



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

MÁRCIA CRISTINA ALTVATER VILAS BOAS

OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS E A TRANSIÇÃO
PARADIGMÁTICA: DA INTEGRAÇÃO À INTERAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sob a orientação do Prof. Dr. Vladimir Brega Filho e coorientação do Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado.

JACAREZINHO

2011

MÁRCIA CRISTINA ALTVATER VILAS BOAS

**OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS E A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: DA
INTEGRAÇÃO À INTERAÇÃO**

Essa dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada por unanimidade na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Paraná, Campus de Jacarezinho, na área: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Professor Doutor Vladimir Brega Filho - UENP

Membro: Professora Doutora Hildegard Taggesell Giotri - UENP

Membro: Professor Doutor Edinilson Donisete Machado - UNIVEM

Coordenador: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, 12 de agosto de 2011

*Dedico este trabalho a todos aqueles que ousam buscar e sonhar o que
está no coração do Pai, pois Ele nos diz:*

*“Porque os meus pensamentos não são os vossos pensamentos, nem os
vossos caminhos, os meus caminhos, diz o Senhor,
porque, assim como os céus são mais altos do que a terra, assim são os
meus caminhos mais altos do que os vossos caminhos, e os meus pensamentos, mais altos
do que os vossos pensamentos.”*

Isaías 55:8-9

Agradecimentos

Primeiro, ao Senhor Jesus, a minha eterna gratidão por tudo o que tem feito e me proporcionado, porque os seus planos para mim têm sido muito maiores que os meus.

Aos meus pais, Adílio Altvater e Maria Inês P. Altvater, pelo amor, caráter e retidão com que sempre conduziram a minha educação.

Ao meu esposo Waldyr Vilas Boas Junior, pelo amor, incentivo, suporte e por não ter me deixado desistir.

Aos meus filhos amados, Vítor Altvater Vilas Boas e Julia Altvater Vilas Boas, por terem suportado minha ausência, pelo carinho e pela compreensão naqueles dias mais difíceis.

Às minhas irmãs, Ângela C. Altvater Baldan e Rosana C. Altvater Ramos, e aos meus sobrinhos, amo vocês.

Aos meus amigos queridos: Fernando de Brito Alves, por ter sido o primeiro a me incentivar, auxiliando sempre quando precisei, só posso dizer, obrigada; Cláudia De Vico, obrigada pela companhia, pelas conversas, choros e risos, orações, você é muito especial; a todos da Turma do Mestrado 2009-2011, com os quais aprendi muito, inclusive a respeitar aqueles que pensam muito diferente de mim, cresci muito com nossas diferenças; à Natalina, pela paciência, carinho, atenção, sempre e até mesmo quando nem chegou a ser solicitada.

Aos amigos e companheiros de trabalho: Pedro Pavoni Neto, Sandra Daldegan, Suzana e Bruna, vocês também foram imprescindíveis para a realização e conclusão deste trabalho.

Aos professores: Dr. Vladimir Brega Filho e Dr. Edinilson Donisete Machado, pelas orientações preciosas, pelo apoio, críticas, incentivos. Aos demais professores do mestrado, pelas brilhantes aulas ministradas.

Aos professores, funcionários e alunos do Curso de Direito da Fanorpi, com os quais tenho convivido no decorrer desses últimos anos.

A todos os mestres que me ensinaram desde o ensino fundamental, todos tiveram importante participação em minha formação e, portanto, se não fosse por eles, não teria chegado até aqui.

Agradeço, ainda, a Capes, pelo apoio.

Enfim, posso dizer “Ebenezer”, porque até aqui me ajudou o Senhor.

Portanto, meus sinceros agradecimentos a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho, mas ao Senhor somente, seja a honra e a glória para sempre!

“Morrer, se preciso for; matar nunca!”

Cândido Mariano da Silva Rondon

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná, à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. *Os povos indígenas e a transição paradigmática: da integração à interação*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões Críticas – da Universidade Estadual do Norte Pioneiro - UENP: Jacarezinho, 2011.

RESUMO

A presente dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, dentro da área de concentração “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão” e da linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões Críticas, tem como objetivo analisar os povos indígenas e seus direitos a partir da sua história que, no Brasil, é marcada primeiro por uma fase de espoliação e dominação, depois por uma política indigenista integracionista, na qual se buscava a integração do índio à sociedade, não importando suas particularidades ou traços culturais e, finalmente, a partir da CF/88, por uma fase de interação. Dessa análise histórica, tem-se que a CF/88 pode ser considerada um grande marco na transição paradigmática para os povos indígenas, ao garantir-lhes o direito de ser índio, rompendo com o modelo integracionista até então vigente e passando para uma política interacionista, na qual se evidencia o respeito e o direito à alteridade. No entanto, considerando ser o Brasil um país marcado por desigualdades, um país pluricultural e multiétnico, não bastam mudanças nos modelos políticos propostos, há que se buscar também uma mudança comportamental da própria sociedade. Não mais se justifica somente uma busca pela normatização dos direitos de titularidade dos povos indígenas, devendo ser priorizado também sua efetivação, que deve abranger não somente políticas públicas, mas também uma mudança na mentalidade da sociedade de forma geral, antropólogos, filósofos e operadores do direito. Então, como forma de se promover a efetivação dos direitos conquistados, há que se promover diálogos interculturais, partindo-se da premissa de que não há uma cultura superior, mas todas podem dialogar para buscar o crescimento de uma sociedade que pretende ser justa e possa explorar suas riquezas culturais.

PALAVRAS CHAVES: Justiça. Exclusão. Povos indígenas. Integração. Interação, Multiculturalismo. Interculturalismo. Diálogo.

VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. *Indigenous peoples and the paradigm shift: the integration of the interaction*. Dissertation submitted to the Masters Degree Program in Law – Concentration Area: Theory of Justice: Justice and Exclusion; research line: State and Accountability: Critical Issues - of State University of Northern Paraná - UENP: Jacarezinho, 2011.

ABSTRACT

This dissertation presented to the Masters Program in Legal Science, within the area of concentration “Theories of Justice: Justice and Exclusion” and the line of research: State and Accountability: Critical Issues, aims to analyze the indigenous peoples and their rights from their history, which in Brazil is marked first by a phase of plunder and domination, then by an Indian policy integrationist, in which he sought the integration of Indian society, regardless of their characteristics or cultural traits, and finally, from the beginning CF/88, for the phase of interaction. In this historical analysis, has the CF/88 can be considered a major milestone in the transition paradigm for indigenous peoples, to guarantee them the right to be Indian, breaking with the integrationist model then in force and moving to a policy interaction, in which it shows the respect and the right to otherness. However, considering that Brazil is a country marked by inequality, and a multicultural and multiethnic country, not enough political changes in the models proposed, we must also seek a behavioral change in society itself. No longer justified only a quest for standardization of rights which must include the indigenous peoples should also be prioritized to be effective, it should cover not only policy but also society in general, anthropologists, philosophers and jurists. So, as a way to promote the realization of rights won, we have to promote intercultural dialogue, starting from the premise that there is not a superior culture, but all can dialogue to seek growth in a society that claims to be fair and explore its cultural riches.

KEY WORDS: Justice. Exclusion. Indigenous peoples. Integration. Interaction, Multiculturalism. Interculturalism. Dialogue.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 HISTÓRICO.....	15
1.1 Primeiros contatos entre índios e não índios.....	16
1.2 Os índios e a colonização em terras brasileiras.....	19
1.3 Tratamento conferido aos índios ao longo da organização política brasileira.....	21
1.3.1 No período colonial.....	21
1.3.2 Na república.....	28
1.3.3 As constituições.....	33
2 OS POVOS INDÍGENAS E O TRATAMENTO LEGAL NA CONTEMPORANEIDADE.....	40
2.1 As previsões constitucionais.....	41
2.1.1 Princípio constitucional da igualdade e o direito à diferença	41
2.1.2 Conquistas e reconhecimentos: organização social, costumes, direitos originários sobre as terras.....	46
2.1.3 O reconhecimento da diversidade cultural e a pluriethnicidade.....	51
2.1.4 Mudança de paradigma: da integração à interação.....	53
2.2 Instrumentos Internacionais aplicáveis aos povos indígenas.....	57
2.2.1 As Convenções da Organização Internacional do Trabalho: Convenção 107 e 169.....	59
2.2.2 Agenda 21 da ONU.....	61
2.2.3 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.....	62
2.3 Legislação específica no âmbito nacional.....	64
2.3.1 O Estatuto do Índio.....	65
2.3.2 O Projeto de Lei nº. 2.057/91 – Estatuto das Sociedades Indígenas.....	68
3 POVOS INDÍGENAS: A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	71
3.1 A Declaração Universal dos Direitos do homem: entre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo cultural.....	75
3.1.1 Necessidade de superação da dicotomia entre o universalismo e o relativismo.....	78
3.2 Teorias da justiça: considerações pertinentes.....	82
3.2.1 John Rawls e a Teoria da Justiça.....	85
3.2.2 Enrique Dussel, a Ética e a Filosofia da Libertação.....	88
3.2.3 Michael Walzer, as Esferas da Justiça e os conceitos de moralidade máxima e mínima.....	91
3.3 A questão do multiculturalismo, do interculturalismo e a necessidade do diálogo entre as culturas.....	95

4 POVOS INDÍGENAS: DIREITOS, TENSÕES E CAMINHOS.....	101
4.1 O direito à tradição.....	101
4.1.1 A diversidade cultural no Brasil e as manifestações culturais.....	102
4.1.2 As sociedades indígenas: práticas culturais.....	104
4.1.3 Infanticídio: alguns relatos	105
4.2 O direito à saúde.....	110
4.2.1 A saúde dos povos indígenas e a Convenção 169 da OIT.....	110
4.2.2 Regimes da Seguridade Social.....	111
4.2.3 Saúde como fator principal de decréscimo da população indígena	113
4.3 Choque de civilizações e colisão de direitos: direito à vida, à saúde, à liberdade e à tradição.....	117
4.3.1 Retomada da questão do diálogo intercultural.....	118
4.4 O direito à educação diferenciada.....	123
4.4.1 Educação: premissa para o exercício dos direitos conquistados.....	123
4.4.2 Educação indígena na Constituição Federal.....	124
4.4.3 A educação indígena e as previsões infraconstitucionais.....	125
4.4.4 Educação como forma de promover a interação.....	127
CONCLUSÃO.....	132
BIBLIOGRAFIA.....	136

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país conhecido pela riqueza de sua diversidade cultural, oriunda porque não dizer da própria pluralidade étnica. Em completo antagonismo com a riqueza cultural, surge a dificuldade de lidar com temas relacionados a essa diversidade, bem como a efetivação de direitos já conquistados e é sob esse viés que se propõe o estudo sobre os povos indígenas.

Sabe-se que a questão indígena, de certa forma, acaba se resumindo num problema de Estado. Entretanto, não se pode admitir que questões dessa natureza sejam tratadas apenas no âmbito estatal ou que se espere pura e simplesmente sua atuação para resolução de problemas ainda existentes. A questão indígena atual, pugna não somente por uma busca pela efetivação dos direitos conquistados, mas também uma relação direta com a sociedade e sua participação.

Não se objetiva, no entanto, sob qualquer aspecto, estudar e tratar a questão indígena partindo da premissa de que os índios sejam inferiores, mas como agentes de sua história. O que deve ser considerado é que fazemos parte de culturas diferentes e, assim, pode haver o diálogo como forma de troca de saberes, com respeito às diferenças. Para que isso ocorra, não se pode admitir mais qualquer forma de dominação ou sobreposição de uma cultura sobre a outra, sob alegação de uma falsa integração. Deve sim, haver uma interação entre as culturas de índios e não índios, que é o objeto dessa pesquisa e, assim, parte-se do pressuposto de que uma cultura não desaparece por meio da interação. O que faz desaparecer uma cultura é a integração sob forma de dominação, que, por tanto tempo, permeou em nosso país.

Hoje, de acordo com dados da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), existem cerca de 225 sociedades, somando-se cerca de 460 mil índios e representando cerca de 0,25% da população brasileira. Com esses dados, não se pode negar a impressionante diversidade cultural em nosso país e, de consequência, as dificuldades para lidar com temas centrais e que atingem direta e indiretamente a população indígena, tanto a tribalizada como a destribalizada.

Sob esse viés, vale anotar que essa diversidade marcada pela pluriétnicidade não só dos povos indígenas, mas também dos negros, descendentes

asiáticos, europeus, dentre outros, marcou o novo regime democrático no país, expressamente previsto no art. 215 da Constituição Federal, restando reconhecidos além da diversidade cultural e da pluriétnicidade, a garantia elevada ao plano constitucional de preservação dessas culturas, com expressa determinação de que o Estado proteja essas diversidades.

De uma política indigenista integracionista, que marcou o Brasil colonial, passando pelo período republicano, depois pela ditadura militar, chegou-se ao que se pode chamar de política da interação, com respeito às diferenças, traço marcante da Constituição Federal de 1988.

Considerando, dessa forma, ser o Brasil um país rico por suas diversidades culturais e étnicas, tornam-se prementes algumas discussões dos direitos indígenas, num enfoque acerca das teorias da justiça, do universalismo e relativismo cultural, bem como em face da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

Diante disso, há que se buscar fórmulas para se obter a efetivação dos direitos dos povos indígenas, o que se propõe por meio da interculturalidade e do diálogo, partindo-se da premissa de que não há uma cultura superior a outra, mas elas podem conviver e aprender umas com as outras, por meio do que se denomina processo de absorção. O diálogo deve ser buscado como forma de se efetivar todos os direitos fundamentais, e não apenas aqueles inseridos no art. 5º, da CF, mas também os direitos sociais, como a saúde (considerando que os problemas de saúde são tidos como primeiro fator de decréscimo das populações indígenas), educação, além da própria cultura.

Apresenta-se, então, no presente trabalho, uma análise da história dos direitos dos índios em nosso país, a evolução dos direitos humanos e a sua aplicação no plano nacional, bem como o tratamento constitucional dado ao longo de nossa organização política, dando ênfase a avanços e retrocessos da norma legal, demonstrando, na medida do possível, a existência de um completo abismo entre essas normas e a sua efetividade em nosso país.

Como método de abordagem dos conteúdos, propõe-se a utilização tanto do método fenomenológico, quanto do método analítico-sintético de matriz kantiana e das novas contribuições da epistemologia jurídica, iniciando-se pela

análise histórica e hermenêutica do conteúdo dos direitos dos indígenas e dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, analisando suas fontes, princípios informadores e alcance.

Como o objetivo da pesquisa que ora se apresenta é explicativo e histórico, a preocupação central reside em identificar os fatores que determinam ou que contribuem à ocorrência de conflitos em concreto. Para tanto, também serão utilizados alguns procedimentos técnicos pertinentes ao alcance do seu escopo como, por exemplo, pesquisa bibliográfica desenvolvida com base no material o qual será exposto, constituído principalmente de livros e artigos científicos, análise de casos, especialmente alguns *leading cases* considerados relevantes no contexto indígena.

Com a adoção da metodologia ora apontada, pretende-se abordar os conflitos que surgem entre o direito dos povos indígenas expressamente previstos na Constituição Federal e Instrumentos Internacionais a eles aplicáveis e os direitos universalmente concebidos, tudo mediante um processo de autoafirmação histórica dos povos indígenas que deve ocorrer de forma interativa e dialética com a preservação e manutenção das garantias constitucionais e do estado de direito, para que a interação desses povos seja de fato alcançada, com respeito às diferenças culturais.

A partir das propostas aqui apontadas, no primeiro capítulo, será dado enfoque especial à história dos índios no Brasil, os primeiros contatos, a colonização em terras brasileiras e o tratamento legal conferido ao longo da organização política desde o período colonial, passando pela República e pelas Constituições.

No segundo capítulo, será analisado o tratamento legal na contemporaneidade, as previsões constitucionais e a mudança de paradigma, os instrumentos internacionais aplicáveis aos povos indígenas e a legislação específica no âmbito nacional.

Já no terceiro capítulo, serão analisados os direitos humanos universais junto à Declaração Universal dos Direitos Humanos e a questão do relativismo cultural, bem como a questão da necessidade de superação da dicotomia entre esses dois pólos. Para isso, serão traçadas algumas considerações acerca

das teorias da justiça, principalmente no enfoque de John Rawls, Enrique Dussel e Michael Walzer e, posteriormente, será analisada a questão do multiculturalismo, do interculturalismo e do diálogo intercultural.

Finalmente, no quarto e último capítulo, o objeto do estudo será voltado para algumas problemáticas decorrentes dos direitos conquistados pelos povos indígenas, como o direito à tradição e os choques causados pela pluralidade cultural, o direito à saúde visto como principal fator de decréscimo da população indígena e, ainda, o direito à educação diferenciada, como premissa para o exercício dos direitos conquistados e como forma de se promover a necessária interação.

1 HISTÓRICO

O início da história do Brasil, o descobrimento e os primeiros contatos com os povos diferentes aos olhos humanos, sempre estiveram presentes, de certa forma, como uma cena gravada na memória daqueles que têm contato com a história. E, neste ponto, de certa forma, concorda-se com os navegadores portugueses que, naquela ocasião, mencionaram que teriam chegado ao paraíso. Tanto se consideravam no paraíso que, como bem descreve Manuela Carneiro da Cunha (1992, p. 9), os portugueses se sentiam como o “novo Adão” e a cada lugar que iam passando, conferiam um nome (o nome do santo do dia: “Todos os Santos, São Sebastião, Monte Pascoal”). De fato, era uma atividade propriamente “adâmica”.

A vinda dos portugueses ocorreu por conta de diversas negociações diplomáticas (em 1494), especialmente com a Espanha e, por meio do Tratado de Tordesilhas, o Atlântico restou dividido em duas zonas de influência, pelo que referidos Estados desenvolveram explorações e organizaram expedições¹. Foi nesse contexto, que Portugal fez grandes investimentos na área da navegação e, para consolidar tudo isso, no dia 9 de março de 1500, sob o comando de Pedro Álvares de Cabral, partiram mais de 1500 homens de Lisboa, distribuídos em nove naus, em busca de novas riquezas e, mesmo que seus objetivos iniciais tenham sido encontrar um caminho mais fácil para chegar às Índias, o resultado foi bem maior que o esperado, pois acabaram encontrando novas terras, pelo menos sob este enfoque.

Chegaram, assim, à costa brasileira² em 21 de abril de 1500, quando avistaram os primeiros sinais de terra, na verdade, o monte que receberia logo em seguida o nome de Monte Pascoal. No dia seguinte, em 22 de abril de 1500, os portugueses desembarcaram na terra inicialmente chamada de Vera Cruz e que, posteriormente, receberia o nome de Santa Cruz pelo rei D. Manuel.

¹ Não serão traçadas, aqui, considerações acerca do descobrimento da América em 1492 por Cristóvão Colombo, haja vista que o descobrimento não é o principal objeto desta pesquisa, mas apenas ponto de partida para considerações futuras, principalmente acerca do choque de culturas.

² Hoje, Porto Seguro, no Estado da Bahia.

Interessante notar que, invariavelmente, os relatos sobre a história do Brasil trazem a expressão “descobrimento” e, então, este país é considerado como tendo sido “descoberto” pelos portugueses, como se nada, nem ninguém estivesse aqui quando chegaram e não é diferente quando se refere ao “descobrimento” da América³. Todas as pompas e honras sempre foram conferidas aos “descobridores” europeus e, no nosso caso, aos portugueses. Com muita propriedade, JENNINGS *apud* CUNHA (1992, p. 14), enfatiza que “a América não foi descoberta, foi invadida”, com o que de certa forma, concorda-se no presente trabalho.

O que se pretende, no entanto, não é escavar as ocorrências do passado e muito menos tentar alterar a história, a não ser para tê-la em mente como fonte de subsídio e de aprendizado para poder olhar para frente sem cometer os mesmos erros do passado, mas utilizá-los na construção de um futuro melhor. Como dizia José Ortega y Gasset,

O importante é a lembrança dos erros, que nos permite não cometer sempre os mesmos. O verdadeiro tesouro do homem é o tesouro dos seus erros, a larga experiência vital decantada por milênios, gota a gota.

A história do Brasil pode ser recente, porém, a sua riqueza fornece subsídios suficientes para refletir, aprender e projetar um futuro no qual a diversidade cultural seguida de uma interação pode vir a ser o segredo de um verdadeiro tesouro escondido.

1.1 Primeiros contatos entre índios e não índios

Com poucas folhas de papel, Pero Vaz de Caminha relata como foi o primeiro contato entre os portugueses e os índios, no ano de 1500. Considerado o documento inaugural da história do Brasil, a carta de Pero Vaz de Caminha, com data de 1º. de maio de 1500, enviada ao rei D. Manuel por Gaspar de Lemos,

³ Na verdade, os portugueses se referem mais ao termo “descobrimento”, enquanto que os espanhóis se utilizavam mais do termo “conquista”. (SOUZA FILHO, 2009, p. 29)

somente foi publicada em 1817, permanecendo nos arquivos portugueses por mais de três séculos.

Do relato contido da famosa carta, extrai-se que os primeiros contatos entre os portugueses e os índios foram muito amistosos. Inicialmente, não houve conflitos, talvez um certo espanto tanto de um lado como de outro, já que ambos se deparavam com o “novo”, “diferente”, seja na aparência (cor de pele, cabelos), seja nas vestimentas, pois os índios andavam completamente nus. Pero Vaz de Caminha descreveu inicialmente os índios, como homens “pardos, nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas” e, como até aquele momento ainda não tinha conhecimento se a terra descoberta era a Costa da África ou da Índia, aqueles homens nativos, então, acabaram recebendo o nome de “índios” e assim permaneceu. Vale a pena a transcrição deste relato histórico:

[...] quando obatel chegou aaboca do rrio heram aly xbiiij ou xx homees pardos todos nuus sem nhuua cousa que lhe cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos esuas see tas. Vijnham todos rrijos perao batel e nocolaao coe lho lhes fez sinal que posessem os arcos. E eles os poseram. [...].⁴ (CLARET, 2002, p. 35, *ipsis literis*)

Outra descrição desse encontro entre a cultura europeia e a indígena é feito um pouco mais tarde pelo alemão Hans Staden, que permaneceu entre os índios durante um ano e, depois de solto, fez a seguinte descrição:

São gente bonita de corpo e estatura, homens e mulheres igualmente, como as pessoas daqui; apenas, são queimadas de sol, pois andam todos nus, moços e velhos, e nada absolutamente trazem sobre as partes pudendas. Mas se desfiguram com pinturas. Não têm barba, pois arrancam os pêlos, com as raízes, tão pronto lhe nascem. Através do lábio inferior, das bochechas e orelhas, fazem furos e aí penduram pedras. É o seu ornato. Além disso, ataviavam-se com penas. (*apud* SCATAMACCHIA, 1994, p. 6-7)

Não existem dados exatos sobre a ocupação indígena na época do descobrimento. As estimativas⁵ variam entre 1 milhão e 8,5 milhões de índios para as terras baixas da América do Sul (CUNHA, 1992, p. 14). Entretanto, segundo

⁴ [...] quando o batel chegou à boca do rio, eram ali 18 ou 20 homens, pardos, todos nus, sem nenhuma cousa que lhe cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos e suas setas. Vinham todos rijos par o batel e Nicolau Coelho fez sinal que pusessem os arcos; e eles os puseram [...].

⁵ Segundo Manuela Carneiro da Cunha, Rosenblat (1954) dá 1 milhão para o Brasil todo, Moran (1974) fala em 500 mil para a Amazônia, Denevan (1976) fala em 6,8 milhões também para a Amazônia e de que haveria uma estatística de 14,6 habitantes/km².

referida antropóloga, a dificuldade em se estimar a população naquela época não se dava somente no Brasil, pois quanto à população da Europa, na mesma época, as informações são ainda mais contraditórias.

Seja qual for, hoje, a correta estimativa sobre a população indígena do Brasil de 500 anos atrás, não pairam dúvidas de que as informações tidas no século XIX no sentido de que o continente era pouco habitado (CUNHA, 1992, p. 14) não eram corretas e, evidentemente, tais informações tinham seus propósitos, que no momento não convêm discutir.

O que fica evidenciado desse contato entre índios e não índios de início, é que não havia, ao que parece, clima de animosidade⁶, já que depois do primeiro espanto com o “diferente”, houve até troca de presentes, ainda que fosse impossível a comunicação verbal. Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2009, p. 27) enfatiza que “os primeiros relatos não expressam surpresa com o encontro das gentes, mas com seus costumes, sua beleza e sua mansidão”. Inicialmente, portanto, pode-se notar, sem intenção de forçar qualquer conclusão, de que estava presente naquele momento, a interculturalidade, a troca de saberes, o que mais tarde, veio a ser base do contato entre os Irmãos Villas Bôas e o povo do Xingu (VILLAS BÔAS, 2006, p. 173-174) e por que não dizer a premissa para a atual política interacionista presente na Constituição Federal de 1988.

Esse clima ameno perdurou por algum tempo e por conta dos relatos dos portugueses sobre o relacionamento que mantinham com índios, grandes expedições foram organizadas, como por exemplo, a organizada por Américo Vespúcio entre 1501 e 1502. Com o passar do tempo, infelizmente o clima amistoso deu lugar a interesses escusos, revelando o verdadeiro intento dos visitantes, a exploração das riquezas⁷ e, então, estas começaram a ser extraídas e levadas sem qualquer cerimônia. Aos poucos, também, como enfatiza Souza Filho (2009, p. 33) começou haver a dominação da cultura europeia sobre a indígena, “A natural nudez virou vergonha, a Religião crença, a Língua dialética, o Direito costume.” Era o início de um problema com o qual a sociedade ainda é obrigada a conviver.

⁶ Constatação que se extrai dos primeiros relatos contidos na carta de Pero Vaz de Caminha ao rei D. Manuel.

⁷ Como madeira, ouro, prata, cobre, além de muitas outras riquezas naturais, como tomate, milho, batata, etc.

1.2 Os índios e a colonização em terras brasileiras

As expedições navais organizadas logo após o descobrimento tiveram importante papel no início da colonização, pois à medida que iam ocorrendo, as notícias sobre as terras descobertas espalhavam-se não só por Portugal, mas por toda a Europa, havendo uma valorização na divulgação da nova terra (SCATAMACCHIA, 1994, p. 30). Na Europa, pessoas com espírito aventureiro, em busca do desconhecido, eram desafiadas a deixar seu país e a viver em uma nova terra. Portanto, as “visitas” não eram privilégios exclusivos dos portugueses, mas também dos franceses, espanhóis, tanto que, em 1530, o rei de Portugal D. João III manifestou sua preocupação com as investidas dos franceses, que já estavam agindo não mais como “turistas”, mas donos da terra. Tomou-se, então, a iniciativa pela colonização do Brasil e com a vinda de Martin Afonso de Souza (1531) e a decisão de se dividir o país em capitanias hereditárias, começaram a ser criados povoados e vilas, tudo com intuito de garantir o domínio português. Sem qualquer preocupação com as terras indígenas e, muito menos, com a pessoa do índio, as terras brasileiras (até então conhecidas) foram divididas em grandes territórios que eram doados aos homens nobres de Portugal; era como se fosse um grande loteamento em área nobre – o litoral brasileiro – e, assim, iniciavam-se as disputas.

A política amistosa com a prática do escambo⁸ entre os europeus e os índios foi cedendo lugar a relações mais conflituosas (CUNHA, 1992, p. 15), na medida em que o interesse europeu pela exploração do pau-brasil ia aumentando. A partir de então, as empresas coloniais já não se interessavam tanto pela troca, pelo que esta foi cedendo espaço ao interesse pela mão de obra. Os interesses da Coroa Portuguesa eram maiores e, para isso, “[...] interessavam-lhe aliados índios nas suas lutas com franceses, holandeses e espanhóis, [...] enquanto para garantir seus limites externos desejava [sic] ‘fronteiras vivas’, formadas por grupos indígenas aliados [...]” (FARAGE *apud* CUNHA, p.15). Esse interesse pela mão de obra vai ser substituído em meados dos séc. XVIII e se desloca, então, para as terras.

Com a colonização, muitos conflitos surgiram, seja em função da exploração da mão de obra indígena, seja pelo início da destruição cultural, marcada

⁸ Na verdade, os historiadores preferem utilizar-se da palavra escambo, em vez de troca, porque não se tratava de simples troca de mercadorias por valores equivalentes.

pela total imposição e dominação da cultura dita superior. Os índios que resistiam, muitas vezes, chegavam a ser expulsos de seus espaços e até mesmo exterminados pelos portugueses.

Já em meio aos primeiros conflitos em terras brasileiras, em 1549 foi estabelecido o primeiro governo geral do Brasil, tendo como primeiro governador Tomé de Souza, que recebeu a incumbência de defender os portugueses contra os índios e franceses. No entanto, a política adotada por Tomé de Souza baseava-se em que os índios hostis capturados poderiam ser escravizados, o que era chamado de “guerra justa” e, com isso tentava ganhar a lealdade dos índios amigos (RIBEIRO, 2009, p. 38). De certa forma, o escambo ainda era praticado, mas as relações amistosas já tinham cedido lugar à dominação, ainda que disfarçada. Juntamente com a expedição de Tomé de Souza, chegaram ao Brasil, no ano de 1549, os primeiros jesuítas⁹, que vinham com a missão de catequizar os índios.

A partir, então, de 1552, o rei D. João III confiava à Companhia de Jesus o trabalho de conversão dos índios, assim como a criação das aldeias como forma de facilitar o “ensino” cristão (KAISER, 2010, p. 106). A criação das aldeias pelos jesuítas não impedia que os colonizadores invadissem as povoações indígenas e, em muitos casos, houve a escravização dos índios.

Com o enfraquecimento do escambo, que, na verdade, havia sido reimplantado por Tomé de Souza, em 1553, Duarte da Costa assumiu a posição de governador geral. No entanto, sua relação com os índios foi bem mais desastrosa (RIBEIRO, 2009, p. 40) e partir daí começaram a ser evidenciadas as lutas entre portugueses e nativos pela posse das terras¹⁰. No final do ano de 1557, Mem de Sá chegou ao Brasil, as guerras já eram prementes e, então, já em meio a guerras violentas, foi ordenado aos índios vencidos que se tornassem cristãos, bem como que se agrupassem em aldeias, tudo sob o comando dos jesuítas.

Além do conflito existente entre índios e não índios, havia também divergências entre a política do governador geral e os jesuítas, tanto que em 1759, o

⁹ Os jesuítas eram padres da Igreja Católica que faziam parte da Companhia de Jesus, ordem fundada em 1534 por Inácio de Loyola e criada com o intuito de impedir o avanço do protestantismo pelo mundo. No Brasil, dentre os jesuítas mais conhecidos que vieram para o Brasil no séc. XVI, pode-se destacar o Padre Manoel da Nóbrega, Padre José de Anchieta e Padre Antônio Vieira.

¹⁰ Em 1555 ocorre o primeiro conflito dessa natureza, na região da Bahia.

Marquês de Pombal, sob alegação de conspiração contra o reino português, chegou a expulsar os jesuítas do Brasil. De acordo com Leopoldo Jobim (1985, p. 103), “a expulsão dos jesuítas seculariza a política indigenista colonial, e estabelece um sistema pelo qual teoricamente os índios tornam-se livres, embora submetidos a um diretor nomeado pela Coroa”. O sonho de liberdade virou pesadelo e os índios continuavam a ser tratados como escravos.

Luís dos Santos Vilhena diz que

o princípio que deveria nortear o relacionamento com os índios é a determinação de ‘torná-los mais úteis para o Estado’; é necessário ‘policiar e amansar’ os índios para convertê-los em ‘vassalos úteis ao Estado’. (*apud* JOBIM, 1985, p. 106)

Na verdade, ao longo do tempo revelou-se que o único interesse que se buscava proteger era o dos colonizadores europeus.

1.3 Tratamento conferido aos índios ao longo da organização política brasileira

A primeira espoliação dos povos indígenas¹¹, assim, decorreu da colonização do Brasil e, embora o descobrimento pelos portugueses tenha ocorrido no ano de 1500, ainda no século XIX, marcado pela passagem por três regimes políticos, as disparidades ainda eram enormes, especialmente em relação à política indigenista.

1.3.1 No período colonial

Importante reafirmar que a política colonial em relação às sociedades indígenas baseava-se na preparação educacional desses povos por meio da catequese, a fim de submetê-los às regras assimilacionistas dos portugueses, subjugando o povo indígena inclusive, por meio de violência física, escravização, alterando suas práticas sociais tradicionais. As agressões físicas eram

¹¹ Embora se fale muito em “espoliação dos povos indígenas”, estes não serão tratados neste trabalho como vítimas. Aliás, com muita propriedade, Manuela Carneiro da Cunha (1992, p. 18) observa que os índios não são vítimas, são sujeitos, agentes de seu destino.

cometidas em larga escala e muitos religiosos passaram a defender os povos indígenas. No entanto, essa defesa, muitas vezes, ocorria em forma de aproximação à comunidade indígena, para que confiantes, pudessem os missionários catequizá-los e subjugar-los aos domínios portugueses. De acordo com Harmut-Emanuel Kaiser,

Durante o período colonial, o objetivo do trabalho missionário tinha grande significado político. A Coroa portuguesa legitimava sua presença no Brasil com o mandado outorgado pelo papa de conversão dos gentios. (2010, p. 134)

O problema da dominação e da diferença era evidenciado sob as mais variadas formas. Nesse viés, vale a contribuição do antropólogo Carlos Rodrigues Brandão (1986, p. 7-9), ainda que somente para demonstrar a temática ora colocada, já que o autor parte da premissa de que todos os homens seriam iguais por natureza.

A história dos povos repete seguidamente a lição nunca aprendida de que os grupos humanos não hostilizam e não dominam o “outro povo” porque ele é diferente. Na verdade, tornam-no diferente para fazê-lo inimigo. Para vencê-lo e subjugar-lo em nome da razão de ele ser perversamente diferente e precisar ser tornado igual: “civilizado”. Para dominá-lo e obter dele os proveitos materiais do domínio e, sobre a matriz dos princípios que consagram a desigualdade que justifica o domínio, buscar fazer do outro: o índio, o negro, o cigano, o asiático, um outro eu: o índio cristianizado, o negro educado, o cigano sedentarizado, o asiático civilizado. Todos os que são a minoria dos diferentes ou a maioria dos dominados, revestidos do verniz civilizatório daquilo que às vezes se simplifica enunciando que equivale a penetrar na cultura ocidental, o lugar social adequado à identidade mais legítima. (BRANDÃO, 1986, p. 7)

Sobre o “artifício do domínio” referido autor ressalta que

O artifício do domínio – aquilo que é real sob os disfarces dos “encontros de povos e culturas diferentes” – é o trabalho de tornar o outro mais igual a mim para colocá-lo melhor a meu serviço. Ao escravo trazido nas caravelas se batizava no porto de chegada. A consciência ingênua acreditava com isso salvá-lo. Mas o senhor que atribuía ao negro servo um nome de branco, cristão, em troca do nome tribal do lugar de origem, sabia que a água do batismo era apenas uma porta líquida de entrada na redução necessária das diferenças que tornam eficazes os usos da desigualdade. É importante que o escravo fale a língua do senhor para compreendê-lo e saber obedecer. É preciso que possua a mesma fé, para que no mesmo templo faça e refaça as mesmas promessas de obediência e submissão aos poderes ocultos da ordem social consagrada.

Promessas que o senhor paga com a festa e o servo com o trabalho.
(BRANDÃO, 1986, p. 8)

E prossegue,

Assim, aos filhos dos índios abriam escolas e sobre os seus corpos punham roupas de algodão. E se louvava deixarem de comer carne humana, enquanto as cifras geométricas do morticínio dos índios eram civilizadamente escondidas dos assuntos da “vida nacional”. Aos índios se “reduzia”, se “aldeava”, se “civilizava”. Não para serem iguais aos brancos, sendo índios, mas para serem desiguais sem tantas diferenças e assim servirem melhor, mortos ou subjugados, aos interesses dos negócios dos brancos. [...] (BRANDÃO, 1986, p. 9)

As agressões e a evidente política de dominação sobre os povos indígenas não ocorriam somente no Brasil. Em países de colonização espanhola, não era diferente e, diante disso, alguns religiosos passaram a sair em defesa desses povos, como foi o caso de Bartolomé de Las Casas (1474-1566), que no início não condenava o sistema colonial, embora desejasse modificá-lo¹². LAS CASAS defendia posições profundas e muito claras, baseadas no reconhecimento da diversidade cultural dos povos das terras então descobertas e, por isso, foi duramente criticado e acusado, além de ter sido alvo de grandes polêmicas, sendo que uma delas terminou no banco dos tribunais em Valladolid, na Espanha, com debates judiciais que se prolongaram por três anos (1547-1550)¹³.

Havia um completo abismo entre a lei positiva e a realidade em relação a todas as classes menos favorecidas, entre as quais as comunidades indígenas; a minoria dominante tinha na lei o amparo para a prática de seus

¹² Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2009, p. 46) esclarece que FREI BARTOLOMÉ DE LAS CASAS “chegou a América muito cedo (1502) e foi encomendeiro de índios na ilha Espanhola. Guerreou contra os índios em busca de ouro. Na ilha Fernandina presenciou um dos mais cruéis massacres de ocupação e suplício do cacique Hatuey, chefe dos Caonao. Tão fortes cenas e tanta crueldade marcaram sua vida para sempre.”

¹³ Alguns depoimentos colhidos ficaram famosos, como o de SEPÚLVEDA: “[...] e é por isso que as feras são domadas e submetidas ao império do homem. Por essa razão, o homem manda na mulher, o adulto na criança, o pai, no filho; isso quer dizer que os mais poderosos e os perfeitos dominam os mais fracos e os mais imperfeitos. Constata-se essa mesma situação entre os homens; pois há os que, por natureza, são senhores e os que, por natureza, são servos. Os que ultrapassam os outros pela prudência e pela razão, mesmo que não os dominem pela força física, são, pela própria natureza, os senhores; por outro lado, os preguiçosos, os espíritos lentos, mesmo quando têm a força física para realizar todas as tarefas necessárias, são por natureza, servos. E é justo e útil que sejam servos, e vemos que isso é sancionado pela própria lei divina. [...] Concluindo: é justo, normal e de acordo a lei natural que todos os homens probos, inteligentes, virtuosos e humanos dominem todos os que não possuem essas virtudes”. Tais argumentos, entretanto foram derrubados pelo juiz dos debates, Francisco de Vitória. (LAS CASAS, 2008, p. 23-24)

interesses, que não raro, prejudicava diretamente a maioria. Neste caso, os portugueses, na classe dominadora, utilizavam-se do Direito como instrumento de dominação e, como esse instrumento era legal, acabava sendo aceito (CHAUÍ, 2000), até por total desconhecimento dos povos indígenas, que eram a grande maioria na época; com isso, solucionava-se o "problema" de mão de obra, e se escravizavam os índios em prol da Coroa portuguesa. Frise-se que essa escravização humana encontrava-se permitida pelo Regimento de Tomé de Souza, outorgado por D. João III em 1548, sendo que este documento fazia alusão a um tratamento amistoso aos indígenas, mas, ao mesmo tempo, permitia as "guerras justas" como alternativa para garantir a submissão dos índios resistentes ao domínio dos brancos. Havia a referência do reconhecimento à humanidade indígena por parte dos exploradores.

Em 1537, o Papa Paulo III, no âmbito da Igreja, declarou numa Bula que os indígenas "eram entes humanos como os demais homens" (CUNHA, 1992, p. 9). Em 1611, por meio de uma Carta Régia, D. Felipe III afirmava o direito dos índios sobre seus territórios, dando ênfase a sua não molestação. Porém, na prática, isso estava muito aquém da realidade.

No período compreendido entre 1609 e 1754, até chegou a ser editado um decreto e duas leis, no sentido de se ordenar a liberdade dos índios que haviam se tornado escravos (KAISER, 2010, p. 109), as quais não eram respeitadas pelos colonizadores e nem mesmo pelos governadores aqui estabelecidos. Em 1609, D. Felipe III promulgou um Alvará, pelo qual se declarava a proibição do trabalho escravo pelos índios, bem como os declarava homens livres. Mas todo avanço seria revogado posteriormente em face das pressões ocorridas, tanto que em 1611, uma carta de lei anulava o decreto e o alvará anteriormente editados, permitindo novamente a chamada "guerra justa" e a escravidão.

No ano de 1680, houve o reconhecimento da Coroa Portuguesa do direito dos índios sobre seus territórios. No entanto, sabe-se que este território para eles, sempre foi visto sob um ângulo diverso, era nato. Paralelamente a isso, ora se punia quem executasse, ou ordenasse a escravidão, ora a proteção aos índios era

restringida, e a escravidão, então, permitida¹⁴. De qualquer forma, ainda que em algumas localidades, fosse proibida a escravidão dos índios¹⁵, estes eram substituídos pelos negros africanos e a barbárie continuava.

Teórica e no “papel”, completamente dissociada da realidade brasileira, fora reconhecida a condição de humanos aos indígenas, assim como a condição de legítimos detentores de seus territórios. A par de tudo isso, a exploração de madeiras nas terras indígenas era algo notório.

Então, do que se tem notícia, o direito dos índios aos territórios que ocupavam foi reconhecido no Alvará Régio de 1º de abril de 1680, confirmado por uma Lei de 6 de Junho de 1775, a qual previa: “observância do Breve de Benedicto XIV, de 20 de Dezembro de 1741, assim como várias leis do Reino, sobre a liberdade das pessoas e bens e comércio dos índios do Pará e Maranhão.”

Observa-se, no entanto, que esse dispositivo não teve nenhuma eficácia no sentido prático, mas, mesmo assim, é considerado como o ponto de partida para o direito indígena brasileiro, ainda que tivesse validade apenas para os índios do Pará e Maranhão. Mais tarde, por meio do Alvará Régio, de 1755, a regra anteriormente editada se aplicaria por todo território brasileiro. No período compreendido entre 1808-1809, D. João VI promulgou três Cartas Régias decretando novamente a chamada “guerra justa” contra os Botocudos de Minas Gerais; ficava permitido o uso da força como forma de persuasão, um paradoxo bem complexo.

Com a chegada da Família Real portuguesa ao Brasil em 1808, D. João VI tornou referido Alvará em letra morta e instituiu o princípio da “guerra justa” pelo que era permitida a escravização dos índios em conflito com os colonos.

Se nos três séculos anteriores, discutia-se acerca de interesses básicos dos moradores, da Coroa Portuguesa e dos jesuítas, com a vinda da corte portuguesa para o Brasil, no início no século XIX, outras questões começaram a ser

¹⁴ Em 1680, por meio de uma Lei que valia apenas para o Estado do Maranhão, toda pessoa que executasse ou ordenasse a captura de índios deveria ser detida pelo ouvidor geral (KAISER, 2010, p. 113).

¹⁵ Na verdade, pelo menos até a independência do Brasil, houve a prática da escravidão de indígenas. Em todo o período colonial, houve exploração da mão-de-obra indígena através da escravidão, salvo pouquíssimos espaços de tempo. (KAISER, 2010, p. 119)

levantadas. Iniciaram-se acaloradas discussões que iam desde o problema das terras até mesmo à indagação quanto à “humanidade” dos índios. Naturalistas de renome internacional e grandes historiadores, como Von Martius e Varnhagem, contestam a humanidade dos indígenas, tanto que este último chega a citar o discurso do senador Dantas de Barros Leite¹⁶, no qual este dizia:

No reino animal, há raças perdidas; parece que a raça índia, por um efeito de sua organização física, não podendo progredir no meio da civilização, está condenada a esse tal desfecho. Há animais que só podem viver e produzir no meio das trevas; e se os levam para a presença da luz, ou morrem ou desaparecem. Da mesma sorte, entre as diversas raças humanas, o índio parece ter uma organização incompatível com a civilização. (VARNHAGEN, 1867:55-6, *apud* CUNHA, 1992, p. 134-135)

E é justamente por essas e outras razões que ganha destaque a figura de José Bonifácio de Andrada e Silva¹⁷, o primeiro a pensar a questão indígena dentro de um projeto político. Em seus “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil”, José Bonifácio apresentava um programa de integração dos índios à sociedade nacional e tratava sobre formas de catequizar e aldear os índios. Ele justificava que a integração deveria ser feita através da mestiçagem, o que segundo ele, deveria possibilitar o surgimento de uma nova raça e a criação de uma cultura comum e, assim, o governo deveria favorecer os meios para essa integração.

Darcy Ribeiro (1970, p. 135-136) destaca alguns princípios contidos nos Apontamentos de José Bonifácio e que seriam retomados por Cândido Mariano Rondon mais tarde, na organização do Serviço de Proteção ao Índio:

- 1º.) Justiça – não esbulhando mais os índios, pela força, das terras que ainda lhe restam e de que são legítimos senhores;
- 2º.) Brandura, constância e sofrimento de nossa parte, que nos cumpre como a usurpadores e cristãos;
- 3º.) Abrir comércio com os bárbaros, ainda que seja como perda de nossa parte;
- 4º.) Procurar com dádivas e admoestações fazer pazes com os índios inimigos;
- 5º.) Favorecer por todos os meios possíveis os matrimônios entre índios e brancos e mulatos.

¹⁶ Senador no período de 1843 a 1870, na época do Império.

¹⁷ José Bonifácio, conhecido como “patriarca da Independência” posiciona-se no sentido de defender a “humanidade” dos índios, em franca oposição a Von Martius, naturalista de renome internacional.

Os pensamentos aqui retratados refletem bem as opiniões e preconceitos de uma época na qual predominavam ideias de eugenia. Também fica evidente que a política integracionista era vista, de certa forma, como a solução para os problemas indígenas.

Segundo CUNHA,

Com José Bonifácio, a questão indígena torna a ser pensada dentro de um projeto político mais amplo. Trata-se de chamar os índios à sociedade civil, amalgamá-los assim à população livre e incorporá-los a um povo que se deseja criar. É no fundo o projeto pombalino, mas acrescido de princípios éticos: para chamar os índios ao convívio do resto da nação, há que tratá-los com justiça e reconhecer as violências cometidas. É verdade que se tivesse sido aplicado esse projeto, apresentado pelo autor nas cortes portuguesas e na Constituinte de 1823 onde foi muito aplaudido, teríamos assistido a um etnocídio generalizado: a justiça de que fala José Bonifácio consistia na compra das terras dos índios em vez da usurpação direta. (1992, p. 137)

Entretanto, diante de posições como as anteriormente citadas, de naturalistas e historiadores como de Carl Friedrich Philipp Von Martius e Francisco Adolpho de Varnhagen, que refletiam pensamentos racistas e classistas próprios da época, somente um projeto como o de José Bonifácio (ainda que evidentemente integracionista) para chamar a atenção sobre a problemática indígena naquele momento, tanto que Manuela Carneiro da Cunha (1992, p. 137) reconhece que “Seja como for, a recomendação de usarem ‘meios brandos e persuasivos’ no trato com índios a partir de José Bonifácio passa a fazer parte do discurso oficial.”

O projeto de José Bonifácio, no qual a problemática indígena era vista como “questão fundamental” chegou a receber parecer favorável em 18 de junho de 1823 para discussão na Assembléia Constituinte, porém não chegou a ser incorporado pela primeira Constituição Brasileira, a de 1824, que sequer menciona a existência de índios. Apesar disso, a questão indígena ganha outra dimensão a partir dos estudos e considerações do “patriarca da Independência”.

Nesse contexto, deve ser anotado que a legislação indigenista do século XIX, sobretudo até 1845, era bem flutuante.

Por meio da Lei nº. 317, de 21.10.1843, os missionários capuchinhos foram autorizados a entrar no país. Posteriormente, o Decreto nº. 426, de 24 de julho de 1845 (conhecido como Regulamento das Missões) regulamentou as missões de catequese e civilização dos índios e, assim, procurou-se estabelecer as diretrizes sérias para o governo dos índios aldeados, ainda que mais administrativas do que políticas. Por meio do referido Decreto, prolongava-se o sistema de aldeamentos, entendendo-o como uma transição para a assimilação completa dos índios. Muitos historiadores, antropólogos e até juristas¹⁸, mencionam, porém, que o tratamento dos índios nas aldeias apenas tinha mudado de nome, de escravidão para catequização.

A partir de então, fixou-se a dicotomia: índios colonizados e hordas selvagens, terminologia esta que apareceria explícita na Lei de Terras nº. 601, de 18 de setembro de 1850 e no seu respectivo regulamento, Decreto nº. 1.318, de 30 de janeiro de 1854. O índio colonizado seria o índio aldeado, já atingido pela catequese e próximo dos civilizados, enquanto as hordas selvagens seriam os índios ainda arredios à catequese e à civilização, que viviam nômades, errantes a vagar pelo território nacional, no qual deveriam ser constituídas reservas a partir de terras devolutas.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho enfatiza que

A legislação indigenista do século XIX é tão fantasticamente cruel que se dá o apelido de protetora, mas não consegue esconder totalmente que foi construída com extremo cuidado, formando um véu de trama apertada, onde cada linha, cada ponto, cada nó é construído por uma afirmação e muitos silêncios, fazendo com que o conjunto filtre a luz de tal modo que a tênue claridade que a perspassa apenas revele o estranho idioma no qual compaixão se traduz por morte. (2009, p. 98)

Portanto, essa era a legislação relativa aos índios no Império: o Regulamento das Missões (Decreto nº. 426), a Lei de Terras nº. 601 e o decreto que a regulamentava, o Decreto nº. 1318 e, apesar de ser considerado mais um documento administrativo (CUNHA, 1992, p. 139), era o único documento indigenista na época do Brasil Império.

¹⁸ Dentre eles, Darcy Ribeiro, Manuela Carneiro da Cunha, João Mendes Junior e, recentemente, Harmut-Emanuel Kaiser.

1.3.2 Na República

Com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, esperavam-se mudanças no país. No entanto, no tocante aos índios, estes continuavam sendo ignorados no plano político e como havia ocorrido na primeira Constituição, de 1824, também se deu na primeira Constituição Republicana (de 24 de fevereiro de 1891), ou seja, não foi reconhecido qualquer direito à pessoa do índio. Pouco antes da proclamação da República, por meio do Decreto nº. 7, de 7 de novembro de 1889, a competência para o "incentivo da catequese e a civilização dos índios" havia sido transferida aos governos dos Estados. Mais tarde, com a criação do Ministério da Agricultura (com a Lei nº. 1.606 de 29 de dezembro de 1906), a competência para a política indígena foi transferida da Federação para este Ministério. Com isso, o trabalho missionário deixou de ser incentivado e não representou um objeto para os governadores republicanos. Houve separação entre o Estado e a Igreja e, portanto, se o Estado não estava mais ligado diretamente à determinada religião, outros missionários, principalmente os protestantes, começaram a atuar na tentativa de conversão dos índios, porém, sem a ingerência do Estado, como no passado.

De acordo com Darcy Ribeiro (1970, p. 127), tem-se que, nos primeiros vinte anos do período republicano, não houve qualquer mudança no sentido de se regulamentarem as relações com índios ou lhes conferir qualquer direito, e ele ressalta,

[...] embora nesse mesmo período a abertura de ferrovias através da mata, a navegação dos rios por barcos a vapor, a travessia dos sertões por linhas telegráficas, houvessem aberto muitas frentes de luta contra os índios, liquidando as últimas possibilidades de sobrevivência autônoma de diversos grupos tribais até então independentes.

Mas o início do período republicano foi marcado pela institucionalização da proteção estatal com relação aos índios. A política indigenista brasileira ganhou forma a partir da ilustre figura do Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon, conhecido como um dos maiores humanistas do século XX. Segundo

Orlando Villas Bôas (2006, p. 159), antes de Rondon, a política indigenista era vista apenas como uma ação protetora de perfil religioso, “Mas, com Rondon, passa a haver a idéia de que a proteção ao índio não apenas deveria ser laica, mas função do Estado.” Ele sustentava a ideia de uma incorporação do índio à sociedade nacional, desde que fossem protegidos pelo Estado, com proteção de suas terras e preservação de sua organização tribal. O lema de Rondon era: “Morrer, se preciso for; matar, nunca!” e foi esse ideário, segundo Villas Bôas, que inspirou a criação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), em 1910.

Em completo antagonismo ao trabalho de incorporação dos índios à comunhão nacional, havia aqueles que justificavam abertamente a “civilização pela força”, como era o caso de Hermann von Jhering, o qual dizia não esperar qualquer adaptação dos índios à cultura brasileira e previa o extermínio destes povos (KAISER, 2010, p. 155). Posições como essa, começaram a ser fortemente criticadas.

Nesse contexto, deve-se observar que o Serviço de Proteção nasceu após o Brasil ter sido acusado em 1908 de massacrar índios Kaingang e Xokleng no avanço da colonização da região dos estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso. De acordo com Manuela Carneiro da Cunha (1987, p. 79), o Brasil foi acusado publicamente de massacre aos índios, durante o XVI Congresso dos Americanistas ocorrido em Viena, na Áustria, em 1908. Darcy Ribeiro também chegou a dizer que a imprensa foi a grande responsável por colocar o índio como o “assunto do dia”,

O movimento que levaria à criação de um órgão oficial incumbido de tratar do problema começa pelas campanhas da imprensa. A princípio são simples descrições de chacinas e apelos por providências do governo. Aos poucos se avoluma, ganha adeptos dedicados que fundam associações destinadas a defender os índios. Por fim empolga as classes cultas do País; e o índio, até então esquecido, torna-se o assunto do dia – na imprensa, nas revistas especializadas, nas instituições humanitárias, nas reuniões científicas. [...] (1970, p. 129)

Pouco depois, foi editado o Decreto nº. 8.072, de 20 de junho de 1910, que criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), tendo como primeiro diretor o então Coronel Cândido Mariano

Rodon¹⁹ e, finalmente, em 1918, transformado em Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Darcy Ribeiro *apud* Berta Ribeiro (2009, p. 96) enfatizou que o SPI obedecia a seis princípios básicos:

- 1º.) O respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de ser eles próprios, de professar suas crenças, de viver segundo o único modo que sabiam fazê-lo; aquilo que aprenderam de seus antepassados e que só lentamente podia mudar;
- 2º.) A proteção do índio em seu próprio território;
- 3º.) A proibição de desmembramento da família indígena;
- 4º.) A plena garantia possessória, de caráter coletivo e inalienável, das terras que ocupam, como condição básica de sua tranquilidade e desenvolvimento;
- 5º.) A garantia a cada índio, tomado em particular, de todos os direitos do cidadão comum, levando em conta, na atribuição dos deveres, o estágio social em que se encontra;
- 6º.) A segurança aos índios da proteção direta do estado.

Segundo Darcy Ribeiro (1970, p. 136), na apresentação do programa indigenista, Rondon demonstra suas experiências práticas do passado e passa a contar em sua equipe com o Gen. Couto de Magalhães, o qual propõe um sistema de assistência aos índios, nos seguintes termos:

É ensinar em cada tribo alguns meninos a ler e a escrever, conservando-lhes o conhecimento da língua materna, e, sobretudo: não aldear nem pretender governar a tribo selvagem. Deixemo-los com seus costumes, sua alimentação, seu modo de vida. A mudança mais rápida é aquela que só pode ser operada com o tempo, e no decurso de mais de uma geração, pela substituição gradual das idéias e necessidades que eles possuem no estado bárbaro, em comparação com as que hão de ter desde que civilizem. Limitemo-nos a ensinar-lhes que não devem matar aos de outras tribos. É a única coisa que eles divergem essencialmente de nós. Quanto aos mais, seus costumes, suas idéias morais, sua família, seu gênero de trabalho para alimentar-se, são muito preferíveis, no estado de barbaria em que eles se acham, aos nossos costumes que eles repelem enquanto podem, e aos quais se não sujeitam senão quando enfraquecidos por contínuas guerras, se vêm entregar a nós para evitar a morte e destruição. (MAGALHÃES *apud* RIBEIRO, 1970, p.137)

Deve ser destacado também que, pela primeira vez na história do país, o respeito às tribos indígenas ganhou força como princípio de lei. Como bem nos auxilia Darcy Ribeiro,

¹⁹ Rondon recebeu o título de Marechal Cândido Rondon somente em 1940, quando foi nomeado como presidente do Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI).

O regulamento baixado com a lei de criação do Serviço, confirmado, com pequenas modificações, pelo Decreto nº. 9.214, de 15 de dezembro de 1911, fixou as linhas mestras da política indigenista brasileira. (1970, p. 138)

E ele ressalta que

Pela primeira vez era estatuído, como princípio de lei, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de ser eles próprios, de professar suas crenças, de viver segundo o único modo que sabiam fazê-lo: aquilo que aprenderam de seus antepassados e que só lentamente podia mudar. (1970, p. 138)

Denota-se, assim, que a criação do SPI refletia bem a chamada política integracionista, na qual se acreditava que os índios deveriam passar necessariamente por um processo evolutivo e que a civilização representava um estágio mais avançado, o princípio da relativização das culturas imperava. Nesse contexto, o índio era visto como um sujeito transitório e deveria ser preparado para o ingresso no mundo civilizado. E foi nesta ótica que o Código Civil de 1916, no art. 6º., inc. IV, trouxe a previsão de que os índios eram “relativamente incapazes para a prática de atos da vida civil”.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2009, p. 99) menciona que o advento do Código Civil rompeu com a tradição jurídica anterior, já que as Ordenações do Reino instituíam a chamada tutela orfanológica. O Código Civil de 1916, portanto, trouxe os índios para dentro do ordenamento jurídico, inserindo-os entre os relativamente incapazes. Santos Filho (2008, p. 38) tomando algumas considerações tecidas por Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Oliveira Sobrinho, ao se referir à criação do SPI e legislação indigenista no período republicano, enfatiza também o Decreto nº. 5.484 de 1928, o qual veio para regular a situação dos índios nascidos em território nacional: situação dos índios (arts. 1º. a 7º.), terras indígenas (arts. 8º. a 10), registro civil (arts. 11 a 22), matéria penal (arts. 23 a 32), bens (arts. 33 a 39) e disposições gerais (arts. 40 a 50). Referido autor também menciona que “Até 1930 era reconhecido como exitoso o trabalho desenvolvido pelo SPILT, ocorrendo a ‘pacificação’ de diversas tribos.” E ressalta,

Apesar da omissão do legislador constituinte de 1891, com a edição do Decreto 8.072/1910 ocorreu sensível mudança na visão do Estado brasileiro com relação aos índios, sendo adotada política protetiva que ganhou proporção maior com o advento do Código

Civil, em 1916. Não obstante criticado por estar firmado no ideal de integração dos povos indígenas por intermédio de processo de progressiva “civilização”, ao criar regime tutelar específico aos índios, o Decreto 8.072/1910 teve o mérito de acabar com o silêncio da legislação até então vigente, acarretador do crescente esbulho de terras e da morte de muitos índios. (SANTOS FILHO, 2008, p. 39)

De acordo com Orlando Villas Bôas (2006, p. 161), a partir da década de 1930, a equipe que realmente trabalhava no interesse dos índios foi sendo substituída por “burocratas não afeitos à problemática indígena.” As mudanças internas acabaram fazendo com que o SPI perdesse sua função primordial e o órgão passou por um período de duras críticas. Na tentativa de reformular e reerguer a instituição, em 1963, Noel Nutels assumiu a direção do SPI. No entanto, tamanha era a crise, que Villas Bôas (2006, p. 161) chega a dizer “nem ele foi capaz de reverter o declínio da instituição.” Considerando, ainda, que o SPI foi criado num contexto característico da Primeira República, marcada pela estrutura administrativa de Estado, evidenciavam-se investidas de caráter político com a governamentalização dos serviços criados e, assim, as intervenções eram inevitáveis a ponto de comprometer as funções primordiais dessas instituições²⁰. Foi o que ocorreu ao longo da atuação do Serviço de Proteção aos Índios, sendo essa uma das causas da necessidade de criação da FUNAI (Fundação Nacional do Índio) com a consequente extinção do SPI, fato que ocorreu em 1967 por meio da Lei nº. 5.371, de 05 de dezembro de 1967.

Em seguida, foi criado o Estatuto do Índio²¹ (Lei nº. 6.001 de 19 de dezembro de 1973). Com perfil assistencialista e ainda integracionista, era considerado bastante avançado para a época. Seus capítulos dispõem sobre a assistência estatal, o instituto da tutela, os registros civis, as condições de trabalho, as terras indígenas e sua proteção, a cultura, a saúde e também, normas sobre a aplicação do Direito Penal. O que se esperava é que, com a criação da FUNAI e o amparo posterior do mencionado Estatuto, o índio fosse tratado de acordo com os ideais humanísticos que a problemática exigia. O tempo revelou, no entanto, que a

²⁰ Por meio do Decreto-lei nº. 1.736/1939, o SPI ficou subordinado ao Ministério da Agricultura, ficando acentuado que a questão indígena estava ligada diretamente à questão de terras, da colonização (CUNHA, 1992, p. 168).

²¹ O Estatuto do Índio será objeto de estudo separadamente, mas deve ser observado desde já que, muito embora alguns de seus dispositivos sejam atualmente considerados inconstitucionais em face da Constituição Federal de 1988, ainda é considerado como a principal lei indigenista em vigor.

política integracionista (integrar, para depois emancipar) defendida até então, acabava por gerar a morte de muitas culturas indígenas.

1.3.3 As Constituições

Já com relação às Constituições, deve-se ressaltar que a primeira, a de 1824, simplesmente não fez referência aos índios, apesar das tentativas incursivas de José Bonifácio de Andrada e Silva (1763-1838), como exposto anteriormente e o Projeto para a Constituinte, de 1823 (Título XIII), que chegava a mencionar a intenção de catequese e civilização do índio.

Muito embora os acontecimentos da época, a inspiração no liberalismo e no constitucionalismo, a evidência no “rompimento formal de laços coloniais de sujeição a Portugal” (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p.39) exigissem uma tomada de posição frente aos povos indígenas, considerando que teria início a formação da própria nação, não foi o que ocorreu, e a proclamação da independência não foi capaz de ensejar essa mudança no tocante aos povos indígenas e, então, a Carta de 1824 sequer mencionou a existência dos povos indígenas.

Coroando o liberalismo no Brasil, “de um ponto de vista ideológico” (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 257), com a Primeira República, surgiu a Constituição republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que, por sua vez, também ignorou o índio, não lhe reconhecendo qualquer direito, muito embora tenha sido apresentada uma proposta em 1890, de reconhecimento da soberania indígena. A preocupação, à época, baseava-se na proteção das terras e, assim, no art. 64 constava apenas a previsão de passar a posse e domínio das terras devolutas provenientes do Império aos respectivos Estados Federados.

Art. 64 Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas, de ferro federais.

Parágrafo único. Os parques nacionais, que não forem necessários para serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.

As normas que havia até então eram aquelas que constavam na “Lei de Terras” e no seu Regulamento (Decreto nº. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, arts. 72 a 75). O que se constata, portanto, é que não existia qualquer preocupação em nível constitucional com a pessoa do índio e nem com suas terras. O que se buscava, contudo, era incutir a ideia a respeito das terras que estavam sob o domínio da União, a preocupação se resumia à questão das terras.

A Revolução de 1930 marcou o fim da primeira Constituição Republicana e, em 15 de novembro de 1933, foi instalada oficialmente a Assembleia Constituinte. Nasceu, depois, em 16 de julho de 1934, a terceira Constituição brasileira, segunda da República. Muito embora a Constituição de 1934 tenha inaugurado o Estado social brasileiro, com a nova Declaração de Direitos (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 325), não chegou a trazer qualquer alteração que buscasse a proteção aos direitos indígenas, mas trazia no art. 5º. a previsão:

Art. 5º. - Compete privativamente à União;
 [...]
 XIX – legislar sobre:
 [...]
 m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

Relativamente às terras ocupadas pelos indígenas, em seu art. 129, limitou-se a garantir aos silvícolas a posse das terras por eles ocupadas:

Art. 129 Será respeitada a posse de terra de silvícolas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Vale observar, neste passo, o fato de os índios, tratados como “silvícolas” já naquela época, terem a posse das terras que nelas estavam permanentemente localizados.

Promulgada a Constituição de 1934, Getúlio Vargas foi eleito presidente da República (1934-1937) e foi encerrado o período do Governo Provisório estabelecido com a Revolução de 1930. Embora referida Constituição tenha representado avanços com relação aos chamados direitos fundamentais, com relação aos índios, não trouxe nada de novo e, falando do “novo”, valem as observações de Reinéro Antônio Lérias,

Todavia, mais uma vez, o que estava por vir nada tinha de alvissareiro, pelo contrário, constituía-se de um tempo nublado sujeito a tempestades de chumbo, pois anunciava-se o Estado Novo alicerçado em uma Constituição que o que trazia de novo, era o facismo tupiniquim. (2008, p. 222)

Com tentativas de golpe e uma série de reivindicações populares, nasceu a Constituição de 1937 (outorgada em 10 de novembro de 1937). Encerra-se, assim, o breve período de vigência da Constituição de 1934. Observa José Afonso da Silva (2010, p. 83), que a Carta de 1937 sofreu vinte e uma emendas “através de *leis constitucionais*, que a alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento e, não raro, até do capricho do chefe de governo.” Apesar de não ter tido qualquer aplicação, com exceção aos dispositivos de ordem autoritária, a Constituição de 1937 repetiu (com relação à de 1934) no art. 5º., a competência da União em legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.” Também fez transcrever no art. 154 o mesmo teor contido no art. 129 da Carta de 1934, anteriormente transcrito.

No início do ano de 1945, foi deflagrado o processo de redemocratização no país, e a Constituinte de 1946 nasceu de um movimento de repúdio ao Estado Novo (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 355). Assim, em 18 de setembro de 1946 foi promulgada a nova Constituição.

Sob a vigência da Constituição Federal de 1946, conservou-se a previsão contida no citado art. 5º. sobre a competência da União e a política integracionista, já que o que se buscava era a incorporação dos índios à comunhão nacional. Por outro lado, sobre os bens, dispôs-se o seguinte:

Art. 34 Incluem-se entre os bens da União:

I - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;
II - a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro.

Art. 35 Incluem-se entre os bens do Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual.

Ainda, no art. 216, reproduziu-se o texto da Carta de 1934, apenas substituindo a expressão “vedado aliená-las” por “com a condição de não a transferirem”.

Sem dúvida alguma, ocorreram várias inovações e, se comparada à de 1937, “pelo menos no plano discursivo, representou a saída do inferno para o paraíso.” (LÉRIAS, 2008, p. 229). De acordo com os constitucionalistas Paulo Bonavides e Paes de Andrade,

A Constituição de 1946 nos traz a certeza de que toda a ditadura, por mais longa e sombria, está determinada a ter um fim. E, no caso da ditadura de Vargas, pode-se dizer que a luz que se seguiu às trevas foi de especial intensidade: o liberalismo do texto de 46 deve ser motivo de orgulho para todos os brasileiros. Foi o parâmetro importante para nossa recente experiência constituinte e há de ser lembrada com atenção e respeito. (2002, p. 415)

Apesar do sonho da redemocratização, os preceitos progressistas, o esforço de conciliação do Estado liberal com o Estado Social, a Constituição de 1946 não trouxe nada de novo aos povos indígenas, portanto, revendo tão somente a visão integracionista e a velha preocupação com as terras. Os direitos à pessoa do índio, mais uma vez, eram deixados para segundo plano.

Depois de algumas “intervenções cirúrgicas” pelos militares, com os Atos Institucionais (AIs de 1964 a 1967), surgiu, em 24 de janeiro de 1967, a sexta Constituição brasileira (a 5ª. da República). A Constituição Federal de 1967 mostrou-se mais explícita, relativamente aos bens da União e, então, foi incluído preceito quanto às terras ocupadas pelos silvícolas. De qualquer forma, mais uma vez considerou-se a ocupação em si:

Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União:

- I - a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais;
- II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituem limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;
- III - a plataforma continental;
- IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;
- V - os que atualmente lhe pertencem; e
- VI - o mar territorial.

Por meio do contido no art. 186, restou garantida a posse permanente das terras em que habitavam os silvícolas, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais.

Já o preceito contido no artigo 5º. revelou incluírem-se entre os bens dos Estados e Territórios "os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior."

A Emenda Constitucional nº. I, de 1969, não introduziu modificação na regência da matéria, contemplando, tal como a Carta anterior, as terras ocupadas pelos "silvícolas" como sendo da União - artigos 4º. e 5º. e, novamente, a competência da União em legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 8º., XVII, aliena o). No art. 198 da referida Emenda, também restou determinado que as terras habitadas pelos silvícolas fossem consideradas inalienáveis, cabendo-lhes a posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas minerais nelas existentes.

A lógica protecionista de que se pautou o Estado até a entrada em vigor da Constituição de 1988, bem como o regime tutelar, de acordo com o Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio de 1973, certamente marcou época. De acordo com Márcio Santilli (2000, p. 28), "a tutela prestou-se a outros usos, na lógica da substituição de direitos e de promoção do esbulho aos recursos naturais das terras indígenas." Ele ainda diz que

Em geral, o Estado foi um mau tutor. Em outros tempos promoveu a remoção forçada dos índios de suas terras para liberá-los para terceiros, e ainda hoje não concluiu o processo de demarcação. Em nome da tutela também se promoveu a aculturação forçada de índios, estimulando o abandono de suas línguas, religiões e costumes. (SANTILLI, 2000, p. 28-29)

Então, de uma política de submissão, escravidão, que culminou com o extermínio de milhares de índios durante o período colonial (1500-1808), imperial (com a vinda da família real em 1808 e, depois, com o Primeiro e Segundo Reinados – em 1822-1831 e, 1840-1849, respectivamente) os índios passaram por um longo período de tentativas de incorporação à sociedade nacional, durante o período

republicano (criação do SPI em 1910, a FUNAI em 1967 e o Estatuto do Índio, em 1973), até chegar ao estágio atual. No entanto, a tentativa com essa política integracionista, considerando seus reais efeitos, revelou-se, ao longo do tempo, insuficiente para a garantia dos direitos indígenas.

Pode-se dizer, assim, que até 1988, a política indigenista no Brasil estava centralizada na integração dos índios à comunhão nacional, ou seja, era evidentemente marcada por suas atividades voltadas à incorporação do índio e esta era a política presente nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e Emenda de 1969, sem contar as de 1824 e 1891, as quais nem ao menos mencionavam a pessoa do índio. Outra marca era a evidente preocupação com as terras; não havia qualquer preocupação com o respeito ou proteção dos direitos indígenas ou com a pessoa do índio, sua cultura, alteridade e diferença. A integração era a meta.

Essa política indigenista do início do século XX refletia o objetivo republicano fundamentado numa convicção eminentemente positivista. O positivismo fundado por Augusto Comte (1798-1857) exercia forte influência pelo mundo e no Brasil não era diferente. Assim, a concepção evolucionista de cunho positivista foi base da política indígena até 1988.

É certo que todas as Constituições brasileiras chegaram a integrar, em seus textos, declarações dos direitos do homem, inclusive a de 1824, “a primeira Constituição no mundo a positivar de forma clara no texto constitucional os direitos do homem.” (BREGA FILHO, 2002, p. 31). No entanto, não havia nelas o tratamento diferenciado consolidado na Constituição Federal de 1988. Esta, considerada um marco no que se refere aos direitos indígenas, será objeto de estudo em item próprio, assim como o Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/73, editada entre a Constituição de 1967 e a de 1988).

2 OS POVOS INDÍGENAS E O TRATAMENTO LEGAL NA CONTEMPORANEIDADE

Como se viu até então, ao longo da história do Brasil e sob o aspecto jurídico, os povos indígenas receberam tratamentos diversos, passando por diversos momentos desde os primeiros contatos, aos massacres e espoliações, a fase da integração, até a fase atual, denominada de interação.

Com a Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico passou a reconhecer os povos indígenas com suas diferenças, dotados de culturas, tradições, organização social, língua, enfim, peculiaridades próprias de um grupo que aqui se encontrava quando da chegada dos colonizadores portugueses. Pode-se afirmar que a atual Constituição marcou não somente a transição para um novo regime democrático, mas também marcou a história dos povos indígenas neste país.

No entanto, no plano prático, a atual Constituição trouxe a necessidade de revisão da legislação ordinária, bem como a inclusão de novos temas no debate jurídico relativo aos índios. É notória a existência de impasses entre a Constituição brasileira e o Estatuto do Índio, nascendo daí a necessidade de se buscarem soluções para questões baseadas nas interpretações normativas, especialmente no que diz respeito ao tema da capacidade civil plena dos indígenas e no reconhecimento do direito que estes têm de ingressarem em juízo, na defesa dos seus interesses e direitos, deixando de ser apenas uma pendência legislativa passando também a ser uma questão hermenêutica. Há que se considerar, além dos dispositivos constitucionais, os instrumentos normativos internacionais recepcionados pela Constituição Federal, sem se descuidar do Estatuto do Índio, ainda vigente ao menos no que se refere aos dispositivos que não confrontem com as normas constitucionais. Esse impasse reside no fato de que o Estatuto do Índio (Lei nº. 6.015/73) foi elaborado em outro momento histórico, em pleno regime de ditadura militar e, sob este aspecto, a questão da tutela do índio não se coaduna com as normas expressas na CF/88.

2.1 As previsões constitucionais

É notório que o conteúdo de uma Constituição reflete os anseios e aspirações de um povo em dado momento histórico. A relação entre os povos indígenas e a Constituição Federal de 1988 não é diferente, ela veio refletir de forma extraordinária as aspirações de uma comunidade que clamava por mudanças e, assim, os direitos e garantias expressos na Constituição Federal abrangem também os povos indígenas.

2.1.1 Princípio constitucional da igualdade e o direito à diferença

O princípio constitucional da igualdade encontra-se consagrado já no preâmbulo da Constituição Federal e, adiante, de forma mais específica, o art. 5º. dispõe que

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]

Ao longo da história do direito e da própria humanidade, o tema “igualdade” teve diversos tratamentos. No entanto, a busca e a tendência sempre foram no sentido de se tentar eliminar as desigualdades. Sob o enfoque do constitucionalismo clássico, a igualdade, então, era vista como algo formal e abstrato. Já sob o modelo liberal, os direitos individuais foram reconhecidos, mas ainda permanecia a vinculação àquela noção formalista do constitucionalismo clássico. Adiante, e com a inauguração do paradigma social, ampliou-se o movimento que procurou sustentar a igualdade em direitos econômicos e sociais. E foi nesse contexto histórico que foram editadas as normas e garantias constitucionais então vigentes em nosso país.

Nessa ótica, algumas classes de sujeitos que ao longo da história tiveram seus direitos violados, vêm sendo alvo de tratamentos diferenciados. A diferença, assim, considerada ante uma certa vulnerabilidade diante de um sistema

universal, ganha destaque para que haja a promoção de seus direitos e, dessa forma, o respeito à alteridade deve ser assegurado por um tratamento especializado.

Sob esse viés, tratar do tema “igualdade” diante da complexidade que envolve os povos indígenas, não se revela tão simples assim. Isto porque, a par do direito à igualdade, garantido constitucionalmente, existe a necessidade de se fazerem algumas distinções, pois existem diferenças naturais e culturais que precisam ser preservadas, sem que haja qualquer divisão entre seres ditos inferiores e superiores e, portanto, por princípio e diante do ordenamento jurídico vigente, todos são iguais e assim devem ser tratados.

O constitucionalista português Jorge Miranda, de forma brilhante, diz que

O princípio da igualdade é um princípio estruturante ou conformador das ordens jurídicas desde o constitucionalismo moderno (e, de uma maneira ou outra, de todos os ordenamentos ao longo dos tempos, dentro dos seus quadros próprios).

Todavia, a experiência histórica mostra:

- a) Que são coisas diferentes a proclamação do princípio da igualdade e a sua aceitação e aplicação prática; ou a consagração constitucional e a realização legislativa – até porque o princípio comporta manifestações diversas consoante os sectores e os interesses em presença e sofre as refacções decorrentes do ambiente de cada país e de cada época;
- b) Que, a par da construção jurídica a fazer e refazer constantemente, importa indagar da cultura cívica dominante na comunidade, das idéias preconcebidas e dos valores aí assentes, da “Constituição viva”, da realidade constitucional;
- c) Que a conquista da igualdade não se tem conseguido tanto em abstracto quanto em concreto, por meio da eliminação ou da redução de sucessivas desigualdades; e que tem sido fruto quer da difusão das idéias quer das lutas pela igualdade travadas por aqueles que se encontravam em situações de marginalização, opressão e exploração;
- d) Que, embora a supressão destas ou daquelas desigualdades nunca seja definitiva e, por vezes, até venha acompanhada do aparecimento de novas desigualdades, o ideal de uma sociedade alicerçada na igualdade (ou na justiça) é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação não só dos sistemas jurídicos, mas também das estruturas sociais e políticas. (2003, p. 289-290)

Referido autor ainda pondera:

Há três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência: que igualdade não é identidade e que

igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; que igualdade não significa intenção de racionalidade e, em último termo, de justiça; e que igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material. (2003, p. 290)

Quanto à concepção de igualdade, portanto, podem ser destacadas duas vertentes: a) a igualdade formal, que se resume na fórmula expressa em lei “todos são iguais perante a lei”; b) igualdade material, baseado, primeiro, num critério de justiça social e, segundo, num ideal de justiça como reconhecimento de identidades (raça, idade, etnia, entre outros critérios).

A conquista do reconhecimento do direito à igualdade requer a avaliação de situações localizadas. Nesse contexto, faz-se necessária também a valorização da diversidade cultural. Boaventura de Souza Santos, ao discorrer sobre a exigência do reconhecimento das diferenças, diz que

[...] as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. (2003, p. 56)

Acerta Celso Antonio Bandeira de Mello quando menciona que as normas jurídicas não fazem outra coisa senão discriminar situações (2002, p. 12-13), deferindo direitos a determinadas categorias de pessoas e negando a outras, criando regimes jurídicos diferenciados para não reproduzir injustiças. Tratando do assunto e citando referido autor, Fernando de Brito Alves (2009, p. 72) alerta que “A lei sempre elege algo como elemento diferencial, nas diversas situações qualificadas, a fim de discriminar situações para atribuir-lhes o efeito correspondente.” De fato, o princípio da igualdade não anula o direito à diferença; ele deve ser entendido em conexão com os demais princípios estruturantes da ordem jurídica.

E então, como bem ressaltado por Bandeira de Mello (2002, p. 41-43), para que o reconhecimento da diferença e o tratamento jurídico especial de situações que o justifiquem não se desnaturem em tirania, há que se ater para o fato de que essa diferenciação esteja em consonância com os outros interesses protegidos pela Constituição.

Aliás, com muita propriedade, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2005, p. 122) alertam para o fato de ser tarefa do legislador infraconstitucional a reprodução da igualdade expressa na Constituição Federal, mesmo quando estabelece alguns tratamentos diferenciados em relação, por exemplo, aos indígenas.

De acordo com Jorge Miranda, deve ser observado que o ponto primordial do princípio constitucional da igualdade não é a proibição do privilégio ou de discriminações, mas o seu sentido ativo. Então, como adverte referido autor, tem-se que

[...] O cerne do princípio reside no seguinte:

- a) Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes);
- b) Tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais, e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador;
- c) Tratamento desigual que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação;
- d) Tratamento igual ou semelhante, em moldes de proporcionalidade, das situações desiguais relativamente iguais ou semelhantes;
- e) Tratamento das situações não apenas como existem, mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante lei uma verdadeira igualdade através da lei);
- f) Se necessário, admissibilidade de discriminações positivas (ou situações de vantagem fundadas, desigualdades de direito em consequência de desigualdades dos factos e tendentes à superação destas). (2003, p. 290)

E, neste ponto, há de se concordar com Fernando de Brito Alves (2009, p. 76) no sentido de que “a posição adotada por Jorge Miranda é bem mais interessante que a de Celso Antônio Bandeira de Mello”, ao mencionar “ser o ‘discrimen’ aceito pela Constituição em virtude dos valores que ela adota”, lembrando que “é preciso ter cautela no levantamento dos valores e interesses constitucionalmente protegidos [...]”. De qualquer forma, tem-se que a máxima “somos iguais, somos diferentes” bem reflete a realidade fática dos povos indígenas, quando se depara com princípios constitucionais quem devem abrangê-los.

O princípio constitucional da igualdade confirma as conquistas estampadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que em

seu art. 1º. já assegurava que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.”

Quando se fala em igualdade, o que deve imperar é a justiça, na medida em que devem ser limitadas, a todo custo, as arbitrariedades, o excesso de poder e, no caso dos povos indígenas, evitando-se o etnocídio e a consequente degradação de sua história.

A Constituição de 1988 traz previsões nas quais se constata a discriminação positiva dos povos indígenas, na medida em que não os iguala, simplesmente, nem tampouco omite direitos que lhes são próprios. É sob esse viés que Márcio Santilli esclarece,

Discriminar positivamente significa isso: assegurar direitos especiais às minorias diferenciadas, como condição para relações efetivas mais igualitárias com os demais brasileiros, e implementar as políticas compensatórias correspondentes. (2000, p. 32)

Helder Girão Barreto observa o fato de sermos “acostumados a discorrer e defender o ‘direito à igualdade’, quando o que parece mais adequado aos tempos pós-modernos seria propugnar pelo ‘direito à diferença’.” (2008, p.105). Diz o autor:

É certo que a defesa do ‘direito à diferença’ não escapa à crítica, principalmente aquela segundo a qual sendo essa diferença sempre grupal, os direitos do indivíduo se subordinam aos direitos do grupo. Para nós a ‘diferença’ não implica ‘homogeneidade’, mas, ao contrário, ‘individualidade’. No caso indígena, sobretudo, a ‘diferença’ é condição mesma da própria identidade.

E conclui:

[...] o reconhecimento do ‘direito à diferença’ de indivíduos e comunidade etnicamente diferenciados – como os indígenas – insere-se num contexto que envolve os espaços público e privado, cujos instrumentos visarão ao alcance da almejada *identidade própria*. (2008, p. 105)

Afigura-se, no entanto, uma tarefa de difícil conciliação a busca na plena efetivação do princípio da igualdade quando se fala em direitos dos povos indígenas. Isto porque, esse direito à igualdade na diferença trouxe algumas

problemáticas no campo prático, conforme será tratado no último capítulo deste trabalho.

De qualquer forma, é inegável que as conquistas obtidas com as garantias constitucionais foram muito bem recebidas tanto na comunidade jurídica, como pelas comunidades dos povos indígenas. Pode-se dizer que as conquistas superaram os problemas delas decorrentes.

2.1.2 Conquistas e reconhecimentos: organização social, costumes, direitos originários sobre as terras

Em contraste com as Constituições anteriores que, invariavelmente, reservaram apenas um artigo para tratar dos direitos dos índios, a Constituição Federal de 1988 inovou e consagrou-lhes um capítulo todo, o Capítulo VIII, com os arts. 231 e 232.

Dispõe o art. 231, que

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

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

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

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

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

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

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

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

Como bem ressalta o constitucionalista José Afonso da Silva, apesar do grande esforço da Constituinte no sentido de proteger os interesses dos indígenas, o alcance ainda não foi num “nível de proteção inteiramente satisfatório.” (2010, p. 855). Os avanços, de qualquer forma, ainda que um pouco tímidos, foram muito bem recebidos.

Denota-se que a preocupação com as terras ainda é muito latente e é nesta esteira que se vê o disposto no art. 231 ao disciplinar a proteção das terras indígenas. Reconheceram-se, num primeiro plano, os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente e, num segundo momento, passou-se a definir o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Pode-se dizer, sob esse aspecto, que a visão do legislador não mudou muito, visto que invariavelmente a preocupação em relação aos indígenas sempre se resumia a uma única questão: as terras.

Ives Gandra Martins, embora tenha uma posição bem conservadora no que diz respeito aos direitos indígenas, traça importantes considerações ao comentar o art. 231, dizendo:

Todas as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios lhes pertencem e a mais ninguém, desde que os índios lá estejam em caráter permanente. À evidência, como os índios primitivos não saíram de seus lugares de nascimento, por não terem descoberto nenhum dos meios de transporte, e ainda vivem – é desses índios que o constituinte fala – no seu estado primitivo, todas as terras por eles habitadas hoje lhes servem de habitação permanente. (1998, p. 1048-1049)

O que restou assegurado por meio do artigo comentado, portanto, foi a permanência dos índios nas terras já ocupadas por eles, não podendo ser admitidas hipóteses de devolução de terras que já há tempos foram supostamente

abandonadas pelos indígenas e que hoje se encontram na titularidade de particulares. Isto porque, os pressupostos “habitam” e “ocupam” já expressos pela Lei nº. 5.371/67 e pelo Decreto nº. 4.545/2003 não só caracterizam a “posse atual”, como corroboram com a definição de terra indígena trazida no art. 231 da CF²².

De acordo com José Afonso da Silva, existem quatro condições inseridas no art. 231, § 1º., as quais não são suficientes sozinhas, mas todas necessárias para que se tenha como conceituada a terra indígena:

1ª.) serem por eles *habitadas em caráter permanente*; 2ª.) serem por eles *utilizadas para suas atividades produtivas*; 3ª.) serem *imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar*; 4ª.) serem *necessárias a sua reprodução física e cultural*, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, [...] (2010, p. 859)

Ainda que a questão das terras indígenas não seja o tema central do presente trabalho, fica a observação de o art. 231 da CF/88 não ter sido criado para gerar conflitos em torno de terras, entre índios e não índios, mas para garantir às comunidades indígenas o direito às terras que tradicionalmente ocupam em caráter permanente. Por certo, o § 6º. da referida norma também não foi criado para dar margem à expulsão de agricultores e proprietários de terras legitimamente

²² Neste sentido, o próprio Órgão Plenário do Supremo Tribunal Federal, cumprindo sua missão de guardião da constituição, delimitou o alcance da expressão “*terras tradicionalmente ocupadas por índios*”: “Voto do relator Ministro Marco Aurélio: [...] A esta altura, cabe indagar: nas previsões das Cartas pretéritas e na atual, no que alude a “...terras que tradicionalmente ocupam...” é dado concluir estarem albergadas situações há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas? A resposta é, desenganadamente, negativa, considerado não só o princípio da razoabilidade, pressupondo-se o que normalmente ocorre, como também a própria letra dos preceitos constitucionais envolvidos. Os das Cartas anteriores, que versam sobre a situação das terras dos silvícolas, diziam da ocupação, ou seja, de um estado atual em que revela a própria posse das terras pelos indígenas. O legislador de 1988 foi pedagógico. Após mencionar, na cabeça do artigo 231, a ocupação, utilizando-se da expressão “...as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”, veio, no § 1º desse mesmo artigo, a definir o que se entende por terras tradicionalmente ocupadas.” (Supremo Tribunal Federal, RE 219.983, Relator Ministro Marco Aurélio. DJU 17/09/1999, vota também citado pelo mesmo Ministro na recente decisão proferida nos autos da Petição 3388, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Carlos Britto, DJe 01/07/2010, julgamento 19/03/2009). Complementando o voto citado, no mesmo Recurso Extraordinário, o Ministro Nelson Jobim elucida que “[...] Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse das terras. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é posse imemorial, é uma forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígenas, mas há um requisito fático e histórico da atualidade da posse, possuída de forma tradicional.”

adquiridas de acordo com as normas vigentes à época das respectivas aquisições, ou mesmo para simplesmente entregar aos índios terras por eles não habitadas quando da entrada em vigor da CF/88²³. Os avanços constitucionais são bem vindos, mas para garantir situações fáticas já existentes e não para albergar ou criar situações novas, em detrimento de outros direitos já tutelados.

Evidente que existem grandes embates judiciais acerca de processos demarcatórios de pretensas terras indígenas e, neste contexto, acertada a posição de Helder Girão Barreto, o qual aposta no diálogo, em primeiro plano, para dirimir conflitos dessa natureza e, num segundo plano, a ponderação dos interesses envolvidos (2008, p. 108).

Sob outro aspecto, tem-se que a primeira parte do art. 231 revela outra conquista na medida em que consagra aos índios o reconhecimento de sua

²³ Recentemente, em 2009, julgando o controvertido caso da Terra Indígena Raposa do Sol, o Supremo Tribunal Federal reafirmou que a expressão terras tradicionalmente ocupadas por índios refere-se à ocupação atual por parte dos indígenas, vedando-se a demarcação com base em posse pretérita, conforme se verifica no item 11 da ementa, *in verbis*: "[...] 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse esteja coletivamente situado em certo espaço fundiário e também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". [STF, Petição 3388, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Carlos Britto, DJe 01/07/2010, julgamento 19/03/2009]. Denota-se, desde julgamento, que o Supremo Tribunal Federal reafirma o requisito de ocupação atual como condição para o reconhecimento de direitos originários dos índios sobre terras que eles tradicionalmente ocupam. Além disso, a Egrégia Corte foi além e estipulou os limites do conceito constitucional de terras tradicionalmente ocupadas por índios, aduzindo que estão abarcadas nesta expressão as áreas, como o exemplo da Raposa Serra do Sol, em que na data da promulgação da Constituição Federal (05/10/1988), houvesse a presença de índios resistindo à ocupação da cultura envolvente, os quais somente não reocuparam todo o perímetro disputado, em razão do esbulho permanente por parte de não-índios. Também deve ser registrado, por oportuno, trechos do brilhante voto do Ministro Menezes de Direito acerca da tradicionalidade, nos autos da Petição n. 3388: "Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988." [...] "O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios após sua entrada em vigor."

organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. O art. 210, § 2º. e o art. 215, § 1º. complementam a previsão expressa na primeira parte do art. 231.

Por sua vez, o art. 232 dispõe que

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

Nesse ponto, verifica-se que a CF/88 também inovou ao reconhecer a capacidade processual dos índios, de suas comunidades e organizações, quanto à defesa de seus direitos e interesses. Por outro lado, restou atribuído ao Ministério Público o dever de garantir os direitos indígenas, bem como de intervir nos feitos judiciais no tocante aos mesmos, além de fixar a competência da Justiça Federal para julgar as causas envolvendo os índios e seus direitos.

Ana Valéria Araújo, coordenadora de uma obra que contou com a colaboração de quatro advogados índios²⁴, ressalta que

[...] nos primeiros anos logo após a promulgação do texto constitucional era muito comum o completo desconhecimento da existência desse dispositivo, o que importava a necessidade de fazer constar de todas as petições iniciais das ações apresentadas ao Judiciário um tópico explicativo sobre a “capacidade processual dos índios”. Ainda hoje, vez por outra essa questão é levantada por um ou outro juiz que desconhece o assunto, mas em geral ela foi superada. (2006, p. 39)

Além dos dispositivos acima mencionados, os direitos dos povos indígenas ainda encontram-se especificamente regulamentados no art. 20, inc, XI²⁵, art.22, inc. XIV²⁶, art. 109, inc. XI²⁷ e art. 67 dos ADCT²⁸.

²⁴ Trata-se da obra *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença*, em que colaboram Joênia Batista de Carvalho – Wapixana, Paulo Celso de Oliveira – Pankararu, Lúcia Fernanda Jófej – Kaingang, e Vilmar Martins Moura – Guarany.

²⁵ Art. 20. São bens da União:

[...]

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios;

²⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XIV – populações indígenas;

²⁷ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

XI – a disputa sobre direitos indígenas;

2.1.3 O reconhecimento da diversidade cultural e a pluriétnicidade

Além da previsão expressa no mencionado art. 231 da CF, quanto a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, os povos indígenas ainda têm em seu favor, também face o princípio da igualdade e o direito à diferença, o reconhecimento à diversidade cultural e à pluriétnicidade, estampado no art. 215, no qual se lê:

Art. 215 O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

E, sob outro viés, a garantia de manter viva a memória da cultura indígena, por constituir o patrimônio cultural brasileiro, como bem expressa o art. 216:

Art. 216 Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Ainda, na mesma esteira, o art. 210, § 2º., dispõe o seguinte:

Art. 210 Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

[...]

§ 2º. O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Como se vê, a Constituição Federal brasileira, apesar de não tratar do assunto com a amplitude e garantias esperadas pela comunidade indígena em

²⁸ Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

geral, quando trata a cultura como um direito, trouxe grandes avanços se forem consideradas as previsões contidas nas constituições anteriores.

De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho,

Reconhecer a diversidade cultural e étnica de forma integral, sem restrições seria dar igual *status* às diversas culturas diferenciadas e à cultura 'nacional' brasileira. Isto não ocorreu e talvez nem pudesse ocorrer. Assim, a Constituição apenas outorgou direitos de manterem culturas e línguas diferenciadas, mas manteve hegemônica e única a cultura nacional e a língua portuguesa. (2009, p. 158)

Apesar da conquista em relação à preservação dos direitos e tradições culturais, algumas situações denotam a dificuldade na efetivação desses direitos. Tais dificuldades se revelam tanto na linguagem, como nas vestimentas, até mesmo as práticas culturais e religiosas, conforme será tratado oportunamente. De qualquer forma, pode-se afirmar que as diferenças culturais intercedem direta e indiretamente nos direitos dos povos e é nesse contexto que o autor acima mencionado diz que

O padrão cultural estabelecido é intolerante com a diferença e assim procedendo é atentatório ao direito. Faz parte dos direitos coletivos à cultura manifestar-se segundo os seus costumes, livremente e sem que se lhe exija padrão ou lhe imponha censura. (2009, p. 160)

Sabe-se que, na prática, não é tão comum aceitar as manifestações, principalmente dos povos indígenas que ainda vivem em comunidades distantes de centros urbanos, sem, por exemplo, o uso de vestimentas apropriadas²⁹. Quando isso acontece, há choques culturais que ainda se revelam distantes de serem transpassados. Paulo Celso de Oliveira (2006, p. 105) adverte que “uma vez que a Constituição trata de um universo amplo de compromissos, é impossível evitar choques entre suas normas”, e sustenta a aplicação do princípio da razoabilidade.

É certo que vivemos em um país pluriétnico, rico por suas diversidades culturais; mesmo assim, o equilíbrio há que ser buscado como meio de convivência pacífica, sem que sejam feridos os princípios e garantias constitucionais, como o direito à igualdade e à diferença. Não existe padrão cultural certo ou errado, o erro está na intolerância tanto de um grupo como nos demais.

²⁹ Na visão dos não índios.

2.1.4 Mudança de paradigma: da integração à interação

Desde a época da colonização e já com os padres Jesuítas, a política do “integracionismo” foi adotada no Brasil, tendo por finalidade integrar os indígenas à comunhão nacional.

Não era só o Brasil que adotava esse tipo de política, considerada até mesmo “falaciosa” por Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Este autor diz o seguinte:

A política colonialista na América pautou-se pela subjugação e integração dos povos que ia encontrando. A subjugação cultural e econômica consistia em promover uma integração forçada, religiosa e econômica. Ou isso, ou a destruição. A política variou de acordo com a violência ou ambição de seu executor. (2003, p. 77)

E assim, o tempo revelou que essa política integracionista, tida como a viga mestra do indigenismo do Brasil até a entrada em vigor da Constituição de 1988, acabou levando os índios ao afastamento de suas raízes, bem como à desintegração cultural com o quase extermínio da história indígena.

Conforme se demonstrou no início deste trabalho, o objetivo de toda a legislação aplicada aos índios era integrá-los aos padrões da sociedade nacional. Seria o processo civilizatório pelo qual deveriam passar todos os índios. Todas as diretrizes, desde a época do Brasil Império, passando pela República, a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), a entrada em vigor do Código Civil (1916) e, depois, mais tarde, a criação do Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/73) eram bem claras: “integrar, para depois, emancipar”; e, neste caso, a emancipação tinha como pano de fundo tirar os índios da tutela e proteção do Estado. No entanto, essa emancipação tinha um custo alto, o total desprezo dos povos indígenas.

Orlando Villas Bôas descreve acerca de sua impressão sobre essa política integracionista que visava à emancipação dos índios e reflete bem o que se defende neste trabalho, que é o direito à liberdade, a opção do índio em emancipar-se ou não. Vale a pena a transcrição das conclusões do citado indigenista:

Nós sabíamos que o índio pagaria um tributo pesado nesse processo. Foi por essa razão que sempre fomos contrários a propostas que, como a da emancipação, visavam simplesmente tirar o índio de sua sociedade e jogá-lo na nossa, sem que nem ele nem

nós estivéssemos preparados para isso. A emancipação, conforme pensamos, deveria se dar por opção do índio, e não com base num parecer técnico emanado de alguma repartição de Brasília. O conceito de integração, para o qual a idéia de emancipação foi criada, atendia aos interesses da sociedade, mas não aos do índio. A emancipação e a integração agressiva era a outra face do desenvolvimento nacional. (2006, p. 172)

Prosseguindo, Orlando Villas Bôas (2006, p. 173) ressaltava que “a integração, tal como pretendida pela política indigenista oficial, era uma farsa.” E dizia:

Perguntávamos: ‘Integrar em quê?’ Nos pequenos e dispersos grupos de peões que, agregados às fazendas, representam a sociedade nacional? Na ‘saúdável’ comunidade formada por seringueiros, castanheiros, abridores de estradas ou empregados de companhias de mineração, que também representam a nossa sociedade? Ou então fazer com que o índio, abandonando sua unidade tribal, viesse a transformar-se em mão-de-obra barata nos empreendimentos surgidos nas terras que antes constituíam seus domínios? Todos, até mesmo os defensores da integração, sabiam que – guardadas as diferenças de épocas – soluções como essa já haviam sido tentadas no passado, resultando invariavelmente no espantoso decréscimo da população indígena, ou ainda na pobreza e na marginalização dos que lograram sobreviver às ‘integrações’ do passado. Noel Nutels lembrava que a forma mais eficaz de matar o índio era ‘civilizá-lo’. (2006, p. 173)

De fato, o tempo revelou que a chamada política integracionista fazia com que o índio perdesse a sua individualidade e suas características culturais próprias. Aliás, o sentido de integrar não é outro senão o de perder a individualidade, misturando-se a algo diferente com a finalidade de se obter uma nova substância homogênea. E isso seria o total desrespeito às diferenças, o que não mais se admite.

A política integracionista, da forma como vinha sendo realizada, acabava por forçar um contato entre índios e não índios para o qual os mesmos não estavam preparados. Os não índios não sabiam conviver com uma cultura tão diferente como a indígena. Já os índios, forçados a integrar-se à sociedade nacional, a assumir obrigações para as quais também não haviam sido preparados, acabavam refugiando-se, muitas vezes, até mesmo no álcool e em outros vícios e, assim, a cultura indígena, aos poucos, ia se degradando, e a população indígena diminuindo assustadoramente.

Orlando Villas Bôas, que passou grande parte da sua vida em defesa desses povos, inclusive vivendo no meio deles, ao criticar o processo integrativo, alertava para um processo aculturativo, dizendo que

[...] a aculturação, diferentemente da integração, consiste em tomar traços de uma cultura estranha para a sua própria cultura. Trata-se de um processo de absorção pelo qual o índio adquire traços de nossa cultura sem perder os seus. O processo aculturativo não faz desaparecer o mundo mítico do índio, nem sua organização tribal. No momento em que o índio larga o machado de pedra e pega o machado de ferro, ele dá um passo no sentido da aculturação. Trata-se de um processo sem volta, mas que é muito menos nocivo ao índio do que a simples incorporação em nossa sociedade. (2006, p. 175)

O indigenista pondera, então, acerca da necessidade desse processo aculturativo,

O que chamamos processo aculturativo é até necessário para que os grupos indígenas adquiram capacidade de compreensão de sua situação. Por isso, ele pode ser entendido como uma etapa anterior à integração, compreendida agora não como incorporação pura e simples dos grupos tribais em nossa sociedade, mas como sua participação como grupos étnicos autônomos.

E conclui:

Sem que haja uma etapa prévia que permita ao índio adquirir consciência do que está envolvido no processo integrativo, esse processo vira uma farsa. Ninguém pode nem deve impedir o índio de se integrar à nossa sociedade, **se essa for a vontade dele**. Contudo, ao índio precisa ser permitido entender que, sem sua cultura, ele desaparece. (2006, p. 175, grifos nossos)

De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2009, p. 63), a criação de Estados nacionais na América Latina, na sua grande maioria de raízes indígenas, “[...], mas construídos à imagem e semelhança dos antigos colonizadores”, revelava um quadro: “Estado único e Direito único”, gerando sociedades iguais, mesmo que o preço fosse alto no sentido de “reprimir de forma violenta ou sutil as diferenças culturais, étnicas, raciais, [...]”. Imperava a ideia de que todos deveriam ser convertidos ao *status* de cidadão e, para isso, deveriam assimilar e integrar-se àqueles povos ditos civilizados. Referido autor reconhece que

A projetada integração jamais se deu, não só porque as sociedades latino-americanas não ofereceram oportunidades de integração, mas também porque a integração nunca pôde ser sinceramente aceita pelos povos indígenas. A idéia de integrá-los, que se iniciou, talvez, como uma boa intenção, transformou-se rapidamente em deslavado cinismo. A integração passou a ser o discurso culto dos textos e das leis, enquanto na prática, a cordialidade de integração se transformava na crueldade da discriminação. (2009, p. 63)

A política integracionista, desta forma, estava fadada a ter um fim. A “farsa” deveria acabar, e o respeito aos povos indígenas e sua cultura deveriam ser a meta.

A Constituição Federal surgiu, então, para romper com esse paradigma integracionista de que se pautava a política indigenista.

Como bem enfatiza Helder Girão Barreto, é possível identificar dois momentos quanto aos direitos indígenas:

[...] antes da CF/88, os ‘direitos indígenas’ reconhecidos eram basicamente restritos ao *direito de posse* sobre a terra, isto é, estritamente de *natureza civil*; a partir da CF/88, houve uma significativa ampliação destes direitos, sobretudo como consequência do reconhecimento de sua organização social, costume, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para a sua garantia e efetivação. [...] (2008, p. 100)

É justamente por isso, que mencionado autor, entre outros, reconhece que a CF/88, especificamente no que se refere aos “direitos indígenas”, representou uma verdadeira “mudança de paradigma”. Sem dúvida alguma, a CF/88 representa um grande marco no tocante aos direitos dos povos indígenas e, embora, num primeiro momento, essas mudanças pareçam ser singelas, o reconhecimento à diferença e, em outras palavras, o direito do índio de “ser índio”, revelam de forma espetacular a grande mudança, o abandono do “paradigma da integração” e a adoção do “paradigma da interação”. (BARRETO, 2008, p. 104)

Segundo Luiz Fernando Villares, o texto constitucional (1988) representa “uma escolha de relações e aspirações de uma sociedade em seu tempo histórico” e diz que

[...] numa outra sociedade, que não a brasileira, o índio sequer é mencionado no respectivo ordenamento ou, quando existe um tratamento legal específico dele, como nos demais países

americanos, as regras são diferentes das brasileiras, pois diversas foram e são as realidades que amparam a idealização feita pelo direito. (2009, p.19)

Roberto Lemos dos Santos Filho, por seu turno, ao discorrer sobre a importância da CF/88 no que diz respeito aos direitos indígenas (2008, p. 45), fala sobre ter sido a mesma “reconhecida como marco do direito constitucional indígena por ter influenciado a concepção de várias Constituições americanas (Colômbia/1991, México e Paraguai/1992, Peru/1993 e Bolívia/1994)”. Evidente que a nossa Constituição não esgotou todo o conteúdo dos direitos a que fazem jus os povos indígenas, mas é indiscutível ter sinalizado de forma salutar um conteúdo mínimo necessário, para que a partir deles viesse o reconhecimento de outros direitos que direta ou indiretamente decorram daqueles expressamente previstos nos arts. 231 e 232.

2.2 Instrumentos Internacionais aplicáveis aos povos indígenas

Os povos indígenas, além de estarem protegidos especificamente por normas de caráter constitucional, também são abrangidos pelas normas de direito internacional que visam a defesa dos direitos humanos.

Muito embora existam diversos instrumentos internacionais objetivando à proteção dos povos indígenas, a abordagem, neste tópico, ficará restrita aos tratados e convenções que vieram a ser ratificados pelo Brasil e, de acordo com BARRETO “aqueles que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro segundo o procedimento dos arts. 49, I c/c 84, VIII, ambos da CF/88”. (2008, p. 71)

A Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, ao acrescentar o § 3º. ao art. 5º. da Constituição Federal, equiparou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, às emendas constitucionais, porém, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos respectivos membros.

A questão acerca da hierarquia dos tratados e convenções sobre direitos humanos, ainda é objeto de discussão na seara jurídica, principalmente,

quando se depara com aqueles tratados aos quais o Brasil havia aderido antes da introdução do citado § 3º. ao art. 5º. da CF, pela EC 45/2004.

A doutrina aponta para quatro posicionamentos acerca da hierarquia dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos: hierarquia supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional (mas supralegal) e paridade entre tratado e lei federal. (PIOVESAN, 2006. p. 417)

Após a entrada em vigor do preceito expresso no § 3º. do art. 5º. da CF e cumpridos os requisitos exigidos, o *status* normativo dos tratados e convenções resta equiparado às emendas constitucionais. Porém, algumas situações devem ser distinguidas, como aquelas consideradas pelo Ministro Celso de Mello³⁰: a) tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da promulgação da CF/88, mas incorporados à ordem interna após a CF; b) tratados ratificados na vigência da CF/88, mas antes da EC 45/2004, a qual acrescentou o § 3º. ao art. 5º. da CF; c) tratados ratificados após a EC 45/2004. No primeiro caso, o Ministro, valendo-se dos ensinamentos de Celso Lafer, diz que “tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidos nessa condição, pelo § 2º. da Constituição.” Na segunda hipótese, ele diz que “essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o ‘íter’ procedimental estabelecido pelo § 3º. do art. 5º. da Constituição.” E, finalmente, na terceira hipótese, “referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é atribuída por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.” (STF, HC 87.585/TO).

No julgamento do RE 466.343/SP³¹, o Supremo Tribunal Federal, apesar dos votos divergentes de seus ministros, posicionou-se no sentido de considerar a “supralegalidade” dos tratados já vigentes no Brasil, afastando-se a tese sustentada pelo Min. Celso de Mello, segundo o qual os tratados têm valor constitucional. Prevaleceu a tese sustentada pelo Min. Gilmar Mendes, com o argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais,

³⁰ Fundamentação do voto proferido no HC 87.585/TO (STF, j. em 03.12.2008), no qual o Min. Celso de Mello se apoia nos ensinamentos de Celso Lafer, Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade, dentre outros.

³¹ Julgamento em 03.12.2008.

mas, em face do caráter especial em relação aos demais atos normativos de nível constitucional, seriam dotados de um atributo de “supralegalidade”, ou seja, inferiores à CF, mas superiores às leis ordinárias. (CAMBI, 2010, p. 60-65)

De qualquer forma, deve ser observado que em se tratando de instrumentos internacionais aplicáveis aos povos indígenas, inexistiu incompatibilidade entre estes e as normas de direito interno.

Sendo assim, merecem considerações alguns desses instrumentos internacionais aplicáveis aos povos indígenas.

2.2.1 As Convenções da Organização Internacional do Trabalho: Convenção 107 e 169

Desde o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), havia uma preocupação com a questão indígena, já que os índios representavam parte da força de trabalho no período colonial em países sob o domínio europeu. Mesmo assim, somente em 1957 é que surgiu a primeira Convenção, a de nº. 107 (26 de junho de 1957), a tratar de temas relevantes acerca das populações indígenas. A Convenção 107 da OIT tinha cunho evolucionista, mas eminentemente integracionista e, por isso, era criticada, embora tenha vigorado no Brasil no período de 1966 a 2003³².

Entre 1988 e 1989, durante a pauta das Conferências Internacionais do Trabalho, foi proposta a revisão da Convenção nº. 107 “com vistas à preservação e sobrevivência dos sistemas de vida dos povos indígenas e tribais”. Foi então, que restou adotada a Convenção nº. 169, considerado o primeiro documento internacional de proteção e regulamentação dos povos indígenas³³.

No Brasil, referida Convenção não teve aplicação imediata e somente por meio do Decreto Legislativo nº. 134/2002 é que restou aprovado o texto da Convenção 169 da OIT sobre os povos indígenas tribais em países

³² A Convenção 107 da OIT foi ratificada pelo Brasil somente em 18 de junho de 1965. Já a Convenção 169 foi ratificada em 25 de julho de 2002.

³³ As demais convenções da OIT dizem respeito exclusivamente a problemáticas jurídico-trabalhistas e, por isso, não serão tratadas neste trabalho.

independentes. E então, em 19/04/2004, o Decreto nº. 5.051 promulgou a Convenção 169 adotada em Genebra em 27/06/1989, a qual é constituída por 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 através de fronteiras, administração, disposição final e transitórias.

A Convenção 169/OIT, assim, define a política geral para o tratamento dos povos indígenas, obrigando os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver ação coordenada e sistemática no intuito de proteger os direitos desses povos, garantindo o respeito pela sua integridade (art. 2º.), o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação.

Constata-se que referida Convenção, que teria sido uma revisão daquela anterior ratificada pelo Brasil em 1965, já teve um cunho bem diferenciado, respeitando-se as diferenças culturais, visando à promoção de maior eficácia das obrigações assumidas pelos Estados.

As mudanças podem ser percebidas já no preâmbulo da Convenção 169, como segue:

[...]

Considerando que a evolução do Direito Internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;

Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;

[...]

O paradigma da interação com o respeito às diferenças, assim, pode ainda ser verificado pelo teor constante do art. 5º., alínea “a”:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente.

Essa Convenção desempenhou importante papel de mudança no âmbito do Direito Internacional Público, representando nítida “desistência do objetivo de integração” (KAISER, 2010, p. 339), embora essa mudança já houvesse sido realizada, pela ordem jurídica brasileira, por meio da Constituição Federal; além do que se passou a definir a importância de se preservar a dignidade da pessoa humana do índio, merecendo destaque, na contribuição de Sâmia Roges Jordy Barbieri, os seguintes tópicos:

- A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção (art. 1º, II
 - Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.
- Essa ação deverá incluir medidas:
- que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
 - que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;
 - que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida (art. 2º da Convenção 169). (BARBIERI, 2008, p. 44-45)

Deve ser ressaltado também o conteúdo do art. 7º. da referida Convenção 169, à medida que enfatiza caber aos interessados o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, demonstrando nítida preocupação com a alteridade cultural e costumes próprios dos indígenas.

Tem-se, dessa forma, que a Convenção 169 da OIT e a Constituição Federal de 1988 vieram para romper, de fato, com o “paradigma da integração”, passando a consolidar o “paradigma da interação”, pautando-se em uma política de respeito à diversidade cultural aqui existente.

2.2.2 Agenda 21 da ONU

Após a promulgação da CF/88, foi elaborado um documento intitulado AGENDA 21 DA ONU/1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, realizada no Rio de Janeiro, que também veio ampliar e integrar o sistema especial de proteção dos direitos humanos.

Roberto Lemos dos Santos Filho (2008, p. 77), ao referir-se acerca da necessidade de o Governo proteger os territórios indígenas ao promover atividades ambientais, enfatiza que a Agenda 21 da ONU “também preconiza a necessidade de adotarem leis e políticas de preservação das práticas indígenas costumeiras, protegendo a propriedade indígena, aí incluídos suas idéias e conhecimento.”

Deve ser observado que um capítulo inteiro desse documento (capítulo 26) foi dedicado para o reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades, ficando expressamente previsto que as populações indígenas devem desfrutar a plenitude dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem impedimentos ou discriminações, devendo ser fortalecido o papel dessas populações para a implementação de um desenvolvimento saudável e sustentável.

Juntamente com a Convenção 169 da OIT, a Agenda 21/ONU pode ser considerada mais um dos principais documentos internacionais que devem servir de base para a prática de políticas sociais, bem como para a formulação de políticas públicas, visando à solução de litígios que envolvam os indígenas.

2.2.3 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Em 13 de setembro de 2007, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas³⁴.

³⁴ De acordo com Dalmo de Abreu Dallari, “Por se tratar de uma Declaração e não de um tratado, esse documento não tem, do ponto de vista estritamente formal, efeito juridicamente vinculante, sendo essa, exatamente, a natureza da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entretanto, por se tratar de princípios e normas tendo por fundamento preceitos éticos universalmente reconhecidos, sua autoridade moral é inegável, podendo-se mesmo afirmar que, mesmo sem a

Vale a pena a transcrição de alguns trechos dos princípios norteadores da referida Declaração:

A Assembleia Geral,
 Guiada pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e a boa-fé no cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados de acordo com a Carta;
 Afirmando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais;
 Afirmando também que todos os povos contribuem para a diversidade e a riqueza das civilizações e culturas, que constituem patrimônio comum da humanidade;

[...]

Reconhecendo e reafirmando que os indivíduos indígenas têm direito, sem discriminação, a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional, e que os povos indígenas possuem direitos coletivos que são indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos;
 Reconhecendo também que a situação dos povos indígenas varia conforme as regiões e os países e que se deve levar em conta o significado das particularidades nacionais e regionais e das diversas tradições históricas e culturais;
 Proclama solenemente a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, cujo texto figura à continuação, como ideal comum que deve ser perseguido em um espírito de solidariedade e de respeito mútuo: [...] (UNESCO, 2009)

Já no primeiro artigo da Declaração (composta ao todo por 46 artigos) fica assente a vinculação dos direitos humanos reconhecidamente universais e o desfrute dos mesmos pelos indígenas:

Artigo 1

Os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o direito internacional dos direitos humanos.

O direito à liberdade e à igualdade é estendido de forma expressa aos povos indígenas, conforme artigo 2:

natureza de um tratado, pode ser sustentada sua força jurídica por se tratar de preceitos fundados no costume jurídico internacional.” (disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/228>). Acesso em 15 de julho 2011.

Os povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e indivíduos e têm o direito de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação no exercício de seus direitos, que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

O artigo 5, por seu turno, reafirmando o direito à diversidade cultural, dispõe que

Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Os demais dispositivos da referida Declaração, de igual importância, dispõem acerca dos direitos dos povos indígenas em relação à terra, à participação política, aos territórios, aos recursos naturais, às normas não escritas que regem a vida das comunidades indígenas, entre outros.

De fato, como já reconhecido pela UNESCO³⁵, esta Declaração não aborda novos direitos aos povos indígenas, mas reafirma suas necessidades, ratificando os direitos já contemplados internacionalmente. De qualquer forma, como instrumento internacional, referida Declaração vem somar na promoção dos direitos dos povos indígenas, bem como contribuir no processo de conscientização dos não índios acerca dos direitos contemplados.

2.3 Legislação específica no âmbito nacional

Sabe-se que quando ocorre uma mudança na esfera constitucional, com edição de novas normas, como a ocorrida em 1988, faz-se necessário a observância da validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico. Para que estas sejam consideradas válidas, deve-se buscar também a harmonia

³⁵ De acordo com a UNESCO, esta Declaração representa “um documento abrangente que aborda os direitos dos povos indígenas. Ela não estabelece novos direitos, mas reconhece e afirma direitos fundamentais universais no contexto das culturas, realidades e necessidades indígenas. A Declaração constitui um instrumento internacional importante de direitos humanos em relação a povos indígenas porque contribui para a conscientização sobre a opressão histórica impetrada contra os povos indígenas, além de promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e os demais segmentos da sociedade”. (disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001627/162708POR.pdf>>. Acesso em: 19 de jan. 2011)

com a norma de escalão superior. Explícita é a necessidade de reformulação de normas infraconstitucionais, como o Estatuto do Índio, para que aí sim, este possa estar em completa harmonia com a Constituição vigente.

Entretanto, como o Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/73) ainda se encontra em vigor, algumas considerações devem ser tecidas.

2.3.1 O Estatuto do Índio

Apesar de todos os anseios da comunidade indígena e jurídica, atualmente, os direitos dos povos indígenas continuam sendo regulados de forma específica e diretamente, pela Lei nº. 6.001/73 (além das disposições constitucionais: arts. 231 e 232), embora as entidades que representam as comunidades indígenas alertem para o fato de que referida Lei já esteja defasada, por apresentar uma visão discriminatória dos povos indígenas.

No entanto, deve ser novamente observado que referido Estatuto foi criado dentro de um outro contexto histórico, quando da vigência da Constituição de 1967, em que o país vivia sob o regime militar e autoritário.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, a maioria dos textos normativos contidos na Lei nº. 6.001/73, atualmente, podem ser considerados inconstitucionais. Assim, o Estatuto deve ser interpretado, já que ainda em vigor, no sentido de se extrair o melhor de seu conteúdo normativo, mas desde que não confronte com a legislação constitucional hierarquicamente superior, bem como diante dos instrumentos internacionais recepcionados pela Constituição.

Já em seu primeiro artigo, o Estatuto revelava o seu propósito: “integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”. O verdadeiro objetivo, na realidade, ainda que de forma “mascarada” seria fazer com que, ao longo do tempo, “os índios deixassem de ser índios”. (ARAÚJO, 2006, p. 32)

A definição de “índio” consta no inciso I do art. 3º., que o considera “como todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o

distinguem da sociedade nacional.” Já aqui, alguns autores alertam para o fato de que o critério “origem e ascendência pré-colombiana” não conceitua, na essência, quem pode ser considerado índio. Por outro lado, as “características culturais” também podem variar e nem por isso, o índio deixará de ser índio. Diante dessas dificuldades de definições, outras acabam surgindo de forma a superar aquela constante do Estatuto ora comentado. Manuela Carneiro da Cunha (1985, p. 36-37) define comunidades indígenas como aquelas “que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas”. O já citado autor Helder Girão Barreto, discorrendo acerca dessas definições, traz:

Índigena é, no Brasil de hoje, essencialmente aquela parcela da população que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, em suas diversas variantes, motivados por conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: Índio é todo indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade de origem pré-colombiana, que se identifica como etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira que está em contato. (Darcy Ribeiro *apud* BARRETO, 2008, p. 37)

Outra questão bastante discutida gira em torno da disposição contida no art. 4º. do referido Estatuto

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Esse artigo, como se vê, classifica o índio em três categorias, sendo: *isolados, em vias de integração e integrados*. E é justamente nesse ponto que se denota a velha política “integracionista” que buscava e promovia a integração do índio à comunidade nacional, classificando-o de acordo com esses critérios. Para

chegar à condição de integrado, o índio deveria cumprir os requisitos estabelecidos no art. 9º do Estatuto em foco, que disciplina o seguinte,

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

I - idade mínima de 21 anos;

II - conhecimento da língua portuguesa;

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

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

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

O art. 10, por sua vez, traz a seguinte previsão:

Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

A condição de *integrado*, portanto, era feita apenas em caráter formal para fins de cessação do regime tutelar previsto no art. 7º., § 1º. (Lei nº. 6.015/73). Oportuno o esclarecimento de Luiz Fernando Villares ao comentar o art. 4º. do Estatuto do Índio:

Classificar os índios em relação ao seu grau de integração com a sociedade é uma questão superada pela antropologia atual, ainda que alguns argumentem que possa ter alguma utilidade jurídica. Essa classificação importava principalmente sob dois aspectos: no campo da aplicação do Direito Penal, já que os índios isolados e em vias de integração não seriam responsabilizados pelos seus atos tipificados como crimes, numa aplicação do conceito de inimputabilidade [...]; em relação à tutela, em razão da qual seriam também os índios isolados e os em via de integração assistidos em certos casos pelo órgão indigenista federal. A interpretação atual das normas previstas no Estatuto com os ditames da Constituição Federal de 1988 e da Convenção 169 da OIT levam a outro caminho. (2009, p. 64)

O citado autor, diante dessas ponderações, recomenda:

[...] que o Estatuto do Índio seja lido com grandes ressalvas, atentando-se ao fato de que muitas de suas normas são

inconstitucionais ou foram revogadas, nenhuma expressamente, produzindo algumas delas os efeitos, mas de acordo com uma interpretação sistemática de outros instrumentos normativos. (2009, p. 64)

Uma das principais críticas tecidas ao Estatuto do Índio foi bem enfocada por Manuela Carneiro da Cunha (1987, p. 14-15), ao mencionar que o Estatuto confunde índio com silvícola, como se todo índio fosse habitante da selva. Sabe-se, no entanto, que existem muitos índios, hoje, vivendo nas periferias das cidades (BARRETO, p. 36) e, assim, os termos não se confundem³⁶.

É justamente por isso que, atualmente, não se podem analisar os dispositivos constantes da Lei nº. 6.001/73 sem se ater ao disposto na CF/88. Os impasses surgidos acabam por relegar alguns temas a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, além de intervenções de organizações não governamentais e da própria FUNAI, que devem sair em defesa dos interesses indígenas.

2.3.2 O Projeto de Lei nº. 2.057/91 – Estatuto das Sociedades Indígenas

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e a consequente necessidade de reformulação das normas especificamente aplicadas aos índios, passaram a tramitar no Congresso Nacional desde 1991 diversos Projetos de Lei que foram elaborados para a aprovação de um novo Estatuto, muitos deles oriundos do próprio Governo Federal, outros do CIMI (Conselho Indigenista Missionário), do Núcleo de Direitos Indígenas entre outras entidades. Dentre esses projetos, encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados uma proposta de Estatuto das Sociedades Indígenas, representada pelo Projeto de Lei nº. 2.057/91 apresentado pelo Deputado Aluizio Mercadante (PT-SP) em 23 de outubro de 1991.

³⁶ Os termos “índio” e “silvícola” constantes do Estatuto do Índio, e a diferenciação considerada pela CF/88, foram enfocados no julgamento do caso envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol, pelo Supremo Tribunal Federal, cujo trecho se transcreve: “[...] 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO “ÍNDIOS” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo “índios” é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. [...]” . (PET. 3388, rel. Min. Carlos Britto, j. 19.03.2009).

A proposta do Estatuto das Sociedades Indígenas representa o anseio de regulamentar dispositivos constitucionais que já não estão adequados à velha legislação (Estatuto do Índio).

Evidente que o Projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas, por ser ainda um “projeto”, poderá sofrer muitas modificações até que seja definitivamente aprovado, mesmo porque pesam sobre ele diversas críticas. No entanto, o grande diferencial, como já observado anteriormente, talvez resida no fato de que o Estatuto do Índio fora elaborado em um período de autoritarismo e de exclusão das minorias, o que, em tese, é diferente em tempos atuais, considerando as grandes inovações trazidas pela própria CF/88.

O Projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas traz algumas inovações, especialmente com relação ao Estatuto do Índio, merecendo destaque, por ora, a transcrição do art. 2º. que define as “sociedades indígenas” e o art. 92, que traz a definição de índio:

Art. 2º. Sociedades indígenas são grupos socialmente organizados, compostos de uma ou mais comunidades, que se consideram distintos da sociedade envolvente e mantêm vínculos históricos com as sociedades pré-colombianas.

Art. 92 Índio é todo indivíduo que se identifica como pertencente a uma sociedade indígena e é por ela reconhecido como tal.

Pelo teor dos referidos artigos constantes do Projeto de Lei nº. 2.057/1991, bem como pela conclusão de que foram totalmente abolidos os dispositivos relacionados à integração dos índios (constantes do Estatuto do Índio, em seu art. 4º), nos quais se classificavam os índios conforme o grau de integração, denota-se, tal como consta na Constituição Federal, o total abandono àquela escala hierárquico-evolutiva e a consequente política integracionista. Essa mudança de foco foi muito bem percebida por Helder Girão Barreto (2008, p. 35) ao nos revelar que “ali, o índio e, por extensão, suas comunidades e organizações são tratados a partir de uma perspectiva de ‘inferioridade’; acolá, a partir de uma perspectiva de ‘diferença’.” De fato, o respeito à diferença é a base deste Projeto, em total dissonância ao Estatuto do Índio, no qual o índio é tratado como um ser em evolução, mas ainda inferior.

Isso se explica porque a base legal das reivindicações mais fundamentais dos índios no Brasil foi construída pela Constituição Federal/88 e vem sendo presentemente ampliada. O desafio que se apresenta, no entanto, é assegurar plena efetividade ao texto constitucional, cabendo essa tarefa não só ao Estado, mas também aos índios e suas organizações, entidades de apoio, universidades, Ministério Público e a sociedade como um todo. Como se trata de um processo lento, pois condicionado à própria conscientização da sociedade, o êxito dependerá necessariamente do grau de comprometimento diário nessa direção por parte de todos os que atuam na questão.

3 POVOS INDÍGENAS: A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

A história dos povos, tanto europeus, asiáticos, africanos, como os americanos, sempre foi marcada por violência, mortes, destruições, tudo sob o manto das chamadas conquistas ou descobertas, que encobriam de certa forma uma realidade de dominação e subjugação, humanos tentando dominar humanos e, para isso, digladiando-se entre si, culminando não raro com o aniquilamento de alguns povos. Com isso, os valores humanos e a consciência dos mesmos foram se perdendo ao longo do tempo, nascendo daí a necessidade de proteção desses valores. O reconhecimento e a solidificação dessa proteção seriam o próximo passo.

A ideia de igualdade, então, foi surgindo como pressuposto para a compreensão da pessoa humana, bem como para afirmação de direitos que ainda seriam elevados à categoria de “universais”.

Numa breve análise histórica, partindo-se então do Código de Hamurabi³⁷ (aproximadamente em 1694 a.C), a Lei das XII Tábuas³⁸ (ano 452 a.C), passando pela contribuição da Magna Carta de João Sem Terra³⁹ (em 1215), a promulgação do *Bill of Rights*⁴⁰ (em 1689), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (em 1789) até a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴¹ (em 1948), denota-se essa construção dos direitos humanos e sua ampliação até o ponto de se alcançar o *status* como valor jurídico universal.

Embora de alcance inquestionável, evidente que não bastava uma elevação no plano de valor jurídico universal, mas os direitos assim considerados deveriam encontrar previsão num corpo de normas em nível estatal. Foi, então, a partir desse processo de universalização dos direitos humanos, consolidado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que começou a ser delineado o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo como viga mestra a primazia e a dignidade da pessoa humana. Esse sistema de proteção, então, passa

³⁷ Considerado como primeiro documento de reconhecimento de alguns direitos do homem.

³⁸ *Lex Duodecimum Tabularum*, fruto da luta pela igualdade pelos plebeus em Roma.

³⁹ Documento que trouxe grandes contribuições para a evolução dos direitos humanos. (COMPARATO, 2005, p. 69-84)

⁴⁰ Surge com o intuito de acabar com o regime monárquico absolutista, criando a divisão dos poderes e, ao mesmo tempo, protegendo os direitos humanos (COMPARATO, 2005, p.89-93)

⁴¹ Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, após a Segunda Grande Guerra Mundial.

a ser global e, com a sua internacionalização, surgem vários mecanismos, não só em nível global, como regional⁴², com o objetivo primordial de garantir a proteção da vida humana e as condições a ela inerentes⁴³.

No Brasil e no plano constitucional, verifica-se que a Constituição Federal ao tratar dos princípios fundamentais, estabelece no art. 1º., inc. III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O art. 4º., inc. II, ainda estabelece como princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos.

Falando em universalização dos direitos humanos, sendo estes considerados fundamentais num Estado Democrático, é certo que os direitos indígenas não ficam à margem dessa garantia. Os direitos dos povos indígenas devem ser considerados direitos fundamentais, tanto que se encontram presentes no corpo do texto constitucional, como se demonstrou anteriormente. E sob este aspecto, o art. 2º. da Declaração Universal dos Direitos Humanos enfatiza que

Todas as pessoas têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas 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.

Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica, ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Destaque-se que, além dos documentos de alcance universal, existem instrumentos internacionais firmados especificamente em defesa dos povos indígenas, como se demonstrou no capítulo anterior, a exemplo da Convenção

⁴² Com a consolidação dos direitos universais do homem, surgiram vários documentos internacionais, intitulados de Tratados, Pactos, Convenções, Comissões, dentre os quais destacamos: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), além de normas reguladas pela Organização Internacional do Trabalho, que já havia sido criada logo após a Primeira Guerra Mundial. (PIOVESAN, 2004)

⁴³ Discorrendo acerca do tema “Constitucionalismo mundial e multiculturalismo emancipatório”, Eduardo Cambi (2009, p. 65) adverte que “As convenções internacionais de direitos humanos fazem com que os direitos fundamentais existam não somente no interior dos Estados, nas Constituições onde estão positivados. Tornam-se direitos supranacionais, vinculando e subordinando Estados em nível internacional, a fim de que os direitos das pessoas prevaleçam, independentemente da nacionalidade ou da cidadania”.

nº.169 sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, aprovada pela OIT e ratificada pelo Brasil, a qual desempenhou importante papel de mudança, definindo a importância de se preservar a dignidade da pessoa humana do índio, valendo destacar, neste contexto também, a importância da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) em 2007, considerada um marco na história dos direitos humanos no que tange, especificamente, aos povos indígenas.

De qualquer forma, seja sob o enfoque dos direitos fundamentais, seja dos direitos humanos, é indiscutível a sua abrangência sobre os povos indígenas. Aliás, sobre os direitos fundamentais e direitos humanos, Ingo W. Sarlet sustenta o seguinte:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (2006, p. 33)

Tomando-se as considerações acima, não restam dúvidas de que os direitos das comunidades indígenas devem ser tratados à luz do que dispõem os documentos acerca dos direitos humanos, de validade universal, mesmo porque, ordinariamente, já deveriam ser respeitados independentemente da existência de legislação específica interna, o que já obrigaria o Estado a garanti-los.

No entanto, em que pese a posituação dos direitos conferidos aos indígenas, concebido e inserido na pluridimensionalidade dos direitos humanos, ele também sofre com a falta de efetividade e aplicabilidade (BARRETO, 2008, p. 95). Não bastam os direitos indígenas estarem positivados no plano interno dos Estados e até mesmo garantidos internacionalmente⁴⁴, na prática o que falta é a sua

⁴⁴ Justifica-se o tratamento internacional dado aos povos indígenas com repercussão e interesse mundial, considerando que existem inúmeros países com considerável população indígena. Luiz

concretização. Nesse contexto e analisando a questão do conteúdo das expressões ao estudar o histórico dos direitos fundamentais, Vladimir Brega Filho ressalta que

[...] apenas os direitos individuais (Liberdades Públicas) não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, pois havia a necessidade de se criarem condições para o seu exercício. Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais. (2002, p. 22)

Aliás, Norberto Bobbio, sobre a proteção dos direitos conquistados, já dizia:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. (...) O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-lo. (1992, p. 24)

Ainda,

[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (1992, p.24)

A questão que se apresenta, portanto, é no sentido de que as conquistas obtidas, sejam elas no plano dos direitos humanos ou fundamentais, devem servir de instrumento de proteção dos povos indígenas e, então, compreendendo-se o direito desses povos como “direito das minorias”, há que se ter em mente uma convivência de forma democrática a fim de garantir a sua efetivação como um todo. Necessária a compressão de que para a construção do Estado Democrático de Direito, deve-se pautar não apenas no respeito à igualdade,

Fernando Villares (2009, p. 46) observa que “são contingentes populacionais reconhecidos como diferenciados na Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, Chile, China, Dinamarca, Estados Unidos, Índia, Islândia, Japão, Mongólia, Noruega, Rússia, Suécia, Ucrânia; são populações de grande expansão demográfica em quase todos os países da América Latina (com destaque para a Bolívia, Equador, México, Paraguai, Peru, Venezuela e Colômbia), da África, do oriente Médio, do Sudeste Asiático e da Oceania (principalmente na Nova Zelândia e Indonésia).

considerando-se as diferentes culturas, mas a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Helder Girão Barreto faz uma importante observação ao referir-se ao conteúdo dos direitos indígenas:

[...] índio é todo ser humano que se identifica e é identificado como pertencente a uma comunidade indígena. Direitos indígenas, portanto, são direitos humanos – ou ditos, *fundamentais*, quando inseridos em algum Texto Constitucional – referidos aos índios e suas comunidades. (2008, p. 97)

Também deve ser observado que os direitos culturais e étnicos guardam estrita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, porque indissociáveis e, portanto, seja qual for o viés analisado, o *status* de direito fundamental abrange os povos indígenas, considerados no âmbito de sua cultura.

Contudo, apesar de ser indiscutível tal abrangência, na prática, quando se depara com questões e problemas decorrentes da cultura desses povos, surgem algumas tensões, pois a norma não chega a considerar as relações sociais por si só e, então, ao mesmo tempo que se tem a consolidação do direito à autodeterminação e à diferença, têm-se os direitos humanos fundados no princípio da dignidade humana e da igualdade, elevados a nível universal. E, para tentar entender e absorver essas tensões e conflitos ou, ainda, propor caminhos a serem trilhados, algumas considerações prévias são necessárias.

3.1 A Declaração Universal dos Direitos do Homem: entre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo cultural

Como já se discorreu no início, o encontro entre os colonizadores e os povos indígenas, sem dúvida alguma, marcou uma época de dominação da cultura europeia sobre aqueles que aqui habitavam. Indubitavelmente, houve uma troca de inúmeros elementos culturais, proporcionando mudanças até mesmo favoráveis a ambas as culturas, sendo que essas mudanças fazem parte da sua própria constituição, e as trocas culturais ajudam na quebra de muitos preconceitos, possibilitando senão uma convivência harmônica, ao menos uma aproximação

proveitosa. Aliás, sobre essa aproximação e considerando, inclusive, a situação de algumas tribos no Brasil, o antropólogo Claude Lévi-Strauss chegou a afirmar o seguinte:

Aos povos subjugados ou desorganizados não lhes restava senão aceitar as soluções de substituição que lhes eram oferecidas ou, caso não estivessem dispostos a isso, esperar uma aproximação suficiente para estarem em condições de os combaterem no mesmo campo. (2008, p. 43)

Sob outro viés, entretanto, pode-se afirmar também que muitas dessas mudanças, ao longo do tempo, acabaram por aniquilar grande parte da cultura indígena. Os conflitos eram inevitáveis, e a desigualdade era latente. Mércia Miranda Vasconcellos ao discorrer sobre a colonização da América Latina e a questão da dominação da cultura ocidental, salienta que

Após a pretensa independência e depois que o capitalismo converteu-se em fator de progresso, sociedades coloniais vivenciam a violência da coerção ou a violência da assimilação, sob a bandeira do progresso. Entretanto, as teorias assimiladas ficam sem lugar, porque não correspondem à realidade social, ocasionando sérios conflitos e consequências injustas. (2010, p. 90)

E então, quando se fala em relação interétnica, dominação⁴⁵, conflitos e a necessidade de proteção de direitos e da dignidade da pessoa humana, depara-se com a questão do universalismo e o relativismo cultural.

Também como já destacado anteriormente, os direitos humanos e seu processo de universalização passaram a ser um tema discutido e buscado pela comunidade internacional, justificando-se, por seu turno, o controle e vigilância por esta comunidade. (PIOVESAN, 2004, p. 37)

Assim, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), criou-se o conceito de *direitos humanos universais*, formulado com o objetivo de proteger os seres humanos contra as mais variadas formas de discriminação. Esse

⁴⁵ Em países de colonização europeia, como o Brasil, a dominação ainda persiste, talvez nem tanto sob o viés político, mas, sobretudo, cultural e o que se vê, portanto, é que “o colonialismo não mais se dá mediante domínio político, mas social, cultural e econômico, manifestando-se em trocas, intercâmbios e relações em que a parte mais fraca é expropriada de sua humanidade.” (VASCONCELLOS, 2010, p. 95)

reconhecimento universal passou a ser um objetivo a ser conquistado, pelo que os Estados aderiram prontamente a esta visão universal de proteção desses direitos.

O fundamento desse conceito universal é a ideia de igualdade absoluta entre os seres humanos, além do que os valores básicos da dignidade humana são indivisíveis. Nas palavras de Flávia Piovesan (2004, p. 57) “a concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sobre o prisma de sua indivisibilidade.” Sob outro viés, como requisito para se alcançar a titularidade desses direitos, a Declaração de 1948 estabelece única e exclusivamente condição de “pessoa”.

Flávia Piovesan, ainda, ao discorrer sobre o tema da força vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, diz o seguinte:

a Declaração Universal de 1948, ainda que não possua a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constantes dos arts. 1º. (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. (2004, p. 154)

Dessa forma, a consagração e o reconhecimento dos direitos humanos justificam a atuação da comunidade internacional bem como a existência de tratados internacionais com o objetivo de se assegurar a proteção desses direitos elevados à categoria de universais.

É certo que os instrumentos internacionais de direitos humanos são “claramente universalistas”, o que fica evidenciado nas expressões “todas as pessoas” (art. 2º. da Declaração), conforme adverte Flávia Piovesan. (2004, p. 61)

Contudo, entre a teoria e a prática, existem muitas lacunas a serem supridas. Christoph Eberhard, sob este prisma e contrapondo de certa forma esse conceito universal⁴⁶, alerta para o fato de que

⁴⁶ Adiante, referido autor defende a necessidade de uma nova visão de mundo ocidental ao pluralismo e ao interculturalismo, por meio de uma abordagem dialógica, o desenvolvimento de um diálogo intercultural (também defendido por Boaventura de Souza Santos e Raimundo Panikkar), bem como um rompimento do dilema universalismo x relativismo (2004, p. 160-165).

os direitos humanos não são universais na prática, pois não são garantidos de forma universal a todos os seres humanos e são violados no mundo todo, muitas vezes de forma grosseira. A lacuna entre a teoria e a retórica dos direitos humanos e as realidades concretas ainda precisa ser preenchida. (2004, p. 160)

E assim, o conceito universal dos direitos humanos, de matriz liberal, tem sido contestado no decorrer dos anos sob diversos argumentos, desde os filosóficos até os antropológicos⁴⁷. Dentre os argumentos filosóficos, há os que não aceitam a ideia de uma natureza universal dos direitos dos povos. Já os antropológicos sustentam o argumento segundo o qual a cultura local não pode ser sobreposta por uma vontade universal e, sob esse aspecto, falar em direitos humanos universais corresponderia impor ao mundo os valores ocidentais, sob a ótica judaico-cristã.

3.1.1 Necessidade de superação da dicotomia entre o universalismo e o relativismo

Evidente que os direitos humanos, suas concepções e documentos foram desenvolvidos num contexto ocidental e, então, de certa forma, impostos a todos os indivíduos independentemente de sua etnia ou cultura. No entanto, deve ser superado esse embate existente entre o universalismo e o relativismo.

Flávia Piovesan resume essa dicotomia, dizendo:

O debate entre os universalistas e os relativistas culturais retoma o velho dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos: as normas de direitos humanos podem ter um sentido universal ou são culturalmente relativas? (2004, p. 58)

De acordo com a posição universalista, defendida inicialmente pela sociedade francesa⁴⁸ e estados modernos liberais, a ênfase é dada sobre a uniformidade cultural pelo qual deveria ocorrer a assimilação de culturas

⁴⁷ De acordo com Mércio Pereira Gomes (2009, p. 221), “o relativismo cultural, nesse sentido básico, se transformou na principal ferramenta do antropólogo”.

⁴⁸ Com a positivação das primeiras declarações dos direitos humanos, em 1776, pelo Estado da Virgínia (EUA) e depois com a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, em 1789, surgem os textos da Revolução Francesa e assim, os direitos humanos começam a deixar o plano das meras intenções e começam a ser considerados positivos e exigíveis.

consideradas inferiores, como forma de se obter uma sociedade homogênea e sem conflitos, como se isso fosse possível. De todo modo, o objetivo é a proteção do indivíduo e sua dignidade, independentemente de sua origem ou grau de desenvolvimento da sociedade em que vive.

Dentre os defensores da corrente universalista dos direitos humanos, mais modernamente, pode-se destacar o filósofo norte-americano John Rawls, o qual sustenta a ideia de que o respeito aos direitos humanos é condição necessária para que um regime político possa integrar a comunidade internacional (RAWLS, 2002) e o filósofo alemão Jürgen Habermas, ao propor uma universalidade dialógica, argumentativa, de consenso racional e universal com relação a regras mínimas de convivência na sociedade (HABERMAS, 2007).

A pretexto, observa-se que essa visão da corrente universal pode ser claramente identificada no processo de assimilação e de integração dos índios, defendido veementemente pela política indigenista no Brasil e rompida formalmente com a Constituição de 1988, como visto anteriormente.

Apesar dos conceitos sustentados pelas correntes universalistas e relativistas, é importante frisar que os direitos humanos não são estáticos, mas, parafraseando a filósofa judia Hannah Arendt, estão em constante construção e reconstrução (LAFER, 1988, p. 134). Sendo assim, a todo momento, precisam ser revistos e considerados em seu tempo.

A posição relativista, por seu turno, é contra as formulações de caráter universal em relação aos direitos humanos, sustentando que uma posição assim acaba impondo determinados padrões e direitos ocidentalizados, como se fossem universais. Como fundamento, justificam as diferenças culturais de cada sociedade. Tem-se, então, que enquanto para os universalistas a fonte dos direitos humanos estaria fundada na dignidade, para os relativistas, essa fonte deve ser baseada na cultura e nos traços diferenciados de cada uma delas.

Flávia Piovesan, em mais uma importante contribuição, define o seguinte:

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Neste prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está

relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Neste sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeite as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral. (2004, p. 58-60)

Referida autora, ao falar sobre o caráter universal dos direitos humanos, pelo teor constante da Declaração de 1948, ainda enfatiza:

Na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças. [...] O universalismo induz, nesta visão, à destruição da diversidade cultural. (2004, p. 62)

Mas, rebatendo essa concepção dos relativistas, PIOVESAN nos traz que os universalistas justificam que

[...] a posição relativista revela o esforço de justificar graves casos de violações dos direitos humanos que, a partir do sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional. Argumentam que a existência de normas universais pertinentes ao valor da dignidade humana é uma exigência do mundo contemporâneo. (2004, p. 62)

Dentre os defensores mais radicais da corrente relativista, evidentemente, encontram-se os antropólogos de maneira em geral⁴⁹, fortemente influenciados pelo sociólogo francês Émile Durkheim e por sua escola do funcionalismo estrutural⁵⁰. No campo filosófico, contudo, não se pode deixar de mencionar o filósofo argentino Enrique Dussel (2002, p. 93), ao sustentar que as culturas “são modos particulares de vida, modos movidos pelo princípio universal da vida humana de cada sujeito em comunidade, a partir de dentro”.

Em países multiculturais como o Brasil, rico pela pluralidade étnica, o convívio com diversas culturas, sejam elas ocidentais ou orientais, ou mesmo de

⁴⁹ Evidentemente que não há consenso entre os antropólogos, devendo ser mencionados aqueles que se identificam como “antropólogos comunicativos”, como Roberto Cardoso de Oliveira e Sérgio Paulo Rouanet ao sustentarem a abertura do diálogo no meio de comunidades indígenas, como forma de interação entre as culturas (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2001, p. 67).

⁵⁰ Mércio Pereira Gomes (2009, p. 222) observa que Durkheim dialogava frequentemente com os antropólogos quando de seu objeto de pesquisa com os povos indígenas.

raízes indígenas, a tensão gerada por esse encontro torna-se inevitável e, assim, as diferenças culturais acabam questionando a universalidade. (BALDI, 2004, p. 38)

Enquanto de um lado, existe a particularidade das culturas, de outro, existem os direitos humanos elevados ao plano universal e internacional. Daí, o conflito entre o projeto universalista dos direitos humanos e o projeto relativista da antropologia; o conceito universal dos direitos e o conceito relativo das culturas.

Como forma de superar esse embate, a Declaração de Viena, adotada em 25 de julho de 1993, trouxe a seguinte previsão constante do parágrafo 5º.:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Contudo, nem o conceito universalista dos direitos humanos visto como extremamente etnocêntrico, nem o conceito relativista das culturas fundamentado na diferença que, invariavelmente, acaba correndo o risco de justificar violações dos direitos humanos, têm sido suficientes para resolver conflitos gerados a partir desse encontro intercultural. Tampouco as questões eminentemente culturais podem ser resolvidas caso se sustente uma posição extrema de caráter relativista. Isto porque há direitos, mesmo aqueles diretamente decorrentes das culturas, que são inerentes à natureza humana e, dessa forma, podem ser aplicados indistintamente a todo ser humano; por outro lado, há direitos que devem ser formulados de acordo com as características culturais de cada povo.

E é justamente em face dessa dicotomia, que têm surgido posições intermediárias. Assim, pode-se dizer que entre as correntes universalista e relativista, encontram-se os mais moderados admitindo que determinados padrões dos direitos humanos, de fato, são universais⁵¹, mesmo porque para a construção de

⁵¹ Boaventura de Souza Santos (2003, p. 446) menciona que “o sofrimento humano possui uma dimensão individual irredutível, pois não são as sociedades que sofrem, mas sim os indivíduos”.

uma sociedade que se pretende justa e solidária, a proteção dos direitos humanos há que se constituir como pilar central e fundamental e, considerando isso, num âmbito global, há que se atentar para uma conjugação de proteção dos direitos humanos (já considerados de forma universal), respeitando-se, entretanto, algumas particularidades e valores de tolerância, afastando-se, conseqüentemente, de uma visão puramente ocidental, sem se descuidar daqueles valores morais primordiais e essenciais. E isto porque há inúmeras práticas culturais ao redor do mundo que são consideradas totalmente incompatíveis com os direitos humanos já consolidados.

Rejeitando, então, essa dicotomia entre o universalismo e o relativismo, deve ser citado o sociólogo português Boaventura de Souza Santos ao sustentar a possibilidade de primeiro se identificar cada cultura para, depois, a partir de um conjunto de ideias que possam se assemelhar àquelas que formam o conceito ocidental (pretendido universal) de direitos humanos, chegar-se a uma sociedade justa e cosmopolita.

Também sustentando uma posição conciliadora entre as duas correntes, deve ser citado um importante nome da corrente comunitarista, Michael Walzer⁵², como será estudado em seguida.

De qualquer forma, a partir das dificuldades encontradas para resolver questões dessa natureza e no contexto apresentado neste trabalho, faz-se necessária a sua abordagem sob o enfoque das teorias da justiça.

3.2 Teorias da Justiça: considerações pertinentes

Considerando o direito como uma realidade universal, entende-se que onde existir um grupo de seres humanos, deve existir o direito que surge como expressão e necessidade indissociável de uma inevitável convivência. Como bem enfatizou Miguel Reale (2002, p.9-10), “é exatamente por ser o direito um fenômeno universal que é ele suscetível de indagação filosófica.”

⁵² A corrente comunitarista surgiu nos Estados Unidos, na década de 80, e que tem como tese central a necessidade de se entender o indivíduo como um membro inserido em uma determinada comunidade, influenciado sensivelmente, portanto, pelas raízes históricas e valores culturais desta comunidade (TAVARES, 2010).

Já dizia Aristóteles (384-322 a.C) que o homem é um “animal político” (2006, p.146), um ser social. A natureza humana, em sua essência, é associativa e, então, via de regra, o homem não é uma ilha e não gosta de viver só⁵³. Se assim fosse, não haveria necessidade de se regular as condutas humanas, com intervenção do Estado e criação de regras jurídicas. E então, à medida que a sociedade vai se estruturando, uma organização jurídica faz-se necessária.

Pode-se dizer que o direito coincide com o homem e, assim, a sociedade não sobrevive sem que tenha como base o valor da pessoa humana; e esse conteúdo valorativo deve estar acima do direito positivo. Uma maior ou menor valoração do indivíduo vai depender de conceitos filosóficos, como os relacionar à vida em sociedade e à proteção do indivíduo enquanto valor supremo.

A partir disso, pode-se afirmar que não há consenso sobre os modelos propostos, sob a ótica de serem justos ou não. A justiça invariavelmente se torna um problema a ser estudado ou minimamente resolvido onde há conflitos de interesses. Sendo assim, no decorrer dos tempos, foram surgindo correntes de pensamentos acerca da tão almejada “justiça”, embora seja bem possível que nunca se chegue a uma resposta exata, o que, entretanto, não exime os filósofos, juristas ou mesmo os jusfilósofos de questionarem e tentarem encontrar uma resposta.

Nem mesmo o conceito acerca da “justiça” pode ser estático. Com muita propriedade, Miguel Reale (2004) afirmou que “cada tempo histórico tem o seu conceito de justiça”⁵⁴.

Considerando as particularidades existentes em nosso país, colonizado por Europeus que vieram dividir espaço com os povos indígenas e, hoje, com índios ainda vivendo em aldeias que conservam quase intacta a sua cultura e outros, até mesmo desconhecidos por seu próprio órgão protetor (FUNAI), indaga-se: como promover a justiça num “mundo de estranhos”?

⁵³ Em contraposição ao pensamento da “sociedade natural” que surgiu com Aristóteles, estão os contratualistas, segundo os quais a sociedade é um “contrato hipotético formado entre homens”, como Hobbes.

⁵⁴ Em artigo publicado em 04/12/2004, Miguel Reale enfatizou o seguinte: “Se a justiça, como escrevi em 1953, ao redigir a última página de meu curso de Filosofia do Direito, é ‘a constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar, livremente seus valores visando atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com o da coletividade’, a conclusão implícita dessa antiga afirmação é a de que ‘cada tempo histórico tem o seu conceito de justiça’.”

E, nesse contexto, oportuna é a contribuição de Bárbara Anne Hudson, falando sobre “Desigualdade e Cosmopolitismo: Fazendo Justiça em um Mundo de Estranhos” (2008, p. 309-324), no qual sustenta que as “teorias, modelos e práticas de justiça deveriam ser baseadas na necessidade de resolver questões que versem sobre conflitos entre estranhos” e diz:

No que toca às teorias da justiça, o Brasil representa ambas as modalidades de sociedade teorizadas pelos filósofos iluministas. A colonização pelos portugueses e a imigração proveniente de outros países da Europa Ocidental demonstram que o Brasil pertence à comunidade de países que compartilham um mesmo raciocínio devido a experiências e culturas similares. Por outro lado, a presença de sua população original, seus escravos e a tremenda diversidade entre as gerações de imigrantes mostra que o Brasil representa, outrossim, uma sociedade de estranhos para os quais os princípios de justiça cosmopolita foram desenvolvidas. A Justiça deve ser capaz de responder aos indivíduos e grupos com tradições e experiências diversas e com desigualdades contínuas. (2008, p. 312)

A problemática está, portanto, nessa proposição: como promover justiça (com igualdade) em uma sociedade em que convivem várias culturas, sem, contudo, desrespeitá-las? Como essa justiça poderá responder a todos os indivíduos que possuem experiências diferentes e onde a desigualdade é latente?

Sob esse viés e atentando para situações semelhantes, algumas teorias têm surgido no sentido de fundamentar e conceituar a “justiça”, ora defendendo o universalismo, ora o relativismo cultural ou ainda, o pluralismo jurídico e o comunitarismo.

Embora as diferentes concepções a respeito do que se entende por uma “sociedade justa” sejam formuladas no campo da filosofia, seja por filósofos liberais, pluralistas ou comunitaristas, não pairam dúvidas de que o tema envolvendo o debate acerca da justiça adentra a seara do direito, mesmo porque não há como imaginar esse ideal de justiça sem se referir às normas constitucionais, sua força normativa e, ao mesmo tempo, a necessidade de garantia quanto à efetividade dos direitos fundamentais formulados em nível constitucional.

Mesmo considerando as teorias propostas e seus defensores, para o tema objeto desta pesquisa, serão traçadas algumas considerações pontuais acerca das teorias propostas por John Rawls e o contraponto de Enrique Dussel e em

seguida, a proposição defendida por Michael Walzer. Vale dizer que a proposta sustentada por John Rawls é procedimental e busca uma conciliação entre a justiça e o pluralismo político das sociedades contemporâneas, enquanto que Michael Walzer, embora defenda o pluralismo e a igualdade, tem uma perspectiva mais social buscando a compreensão da “cultura” a ser considerada como fonte universal a fim de uma concepção de justiça social.

3.2.1 John Rawls e a Teoria da Justiça

O debate acerca do ideal para se constituir uma sociedade justa envolvendo a sua estrutura normativa iniciou-se com o filósofo norte-americano John Rawls (1921-2002) com a obra “Uma Teoria da Justiça”, publicada originalmente em 1971, tendo por base a sociedade justa idealizada por Platão. Referida obra⁵⁵ é considerada uma das mais importantes dentre as desenvolvidas no século XX e representa grande referência para os defensores do liberalismo igualitário, chamados também de contratualistas⁵⁶.

Para Rawls (2002, p. 3-4), “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento.” E sobre a injustiça, ele ressalta *que* “a injustiça só é tolerável quando é necessário evitar injustiças ainda maiores.”

Um primeiro ponto a ser considerado, segundo entendimento de Rawls, é a igualdade equitativa de oportunidades, considerando haver desigualdades sócioeconômicas que seriam resultado de diferenças oriundas de talento ou esforço e, assim, segundo esse princípio da diferença, aos mais

⁵⁵ A obra *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls está estruturada em três partes: teoria, instituições e objetivos.

⁵⁶ O objetivo de Rawls era ampliar a noção de contrato social defendida pelos autores contratualistas liberais da tradição moderna, Locke, Rousseau e Kant. Nicola Abaggnano (1998, p. 205) define “contratualismo”: “A doutrina que reconhece como origem ou fundamento do Estado (ou em geral, da comunidade civil) uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros. Essa doutrina é bastante antiga, e muito provavelmente, os seus primeiros defensores foram os sofistas. Aristóteles atribui a Licofron (discípulo de Górgias) a doutrina de que “a lei é pura convenção (syntheke) e garantia dos direitos mútuos”.

avantajados deveria ser permitida a obtenção de um benefício. Sob este aspecto, dons particulares não podem ser considerados propriedade privada daqueles que os possuem, pelo contrário, devem ser tidos como posses sociais.

Ainda, no contexto defendido por Rawls, os princípios de justiça devem ser exigidos para uma ordenação social. Em suas palavras,

Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. (2002, p. 5)

Esses princípios de justiça social, para Rawls, são:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (2002, p. 64)

Então, pelo primeiro princípio da justiça, exige-se que as regras que definem as liberdades básicas sejam aplicadas igualmente a todos. Já o segundo princípio consiste em que cada pessoa se beneficie das desigualdades permissíveis na estrutura básica.

Rawls defende, no primeiro caso, um acesso de forma igualitária de toda a sociedade às liberdades públicas e, para isso, para que esse princípio seja operativo, as pessoas deveriam ter a mesma possibilidade de acesso, tanto de cargos como de decisões.

Denota-se que os princípios de justiça sustentados por Rawls têm um caráter substancial e não apenas formal. Por sua teoria, todos os valores sociais devem ser distribuídos de forma igualitária, “a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos”. (2002, p. 66)

A concepção de justiça apresentada por Rawls consiste na “justiça como equidade”, ou seja, uma justiça firmada numa posição de perfeita equidade

entre os indivíduos, na qual os objetivos centrais devem corresponder a uma concepção visando a uma democracia constitucional.

Rawls também defende um mecanismo que ele denomina de “véu da ignorância”, que deveria servir para evitar que determinadas circunstâncias de caráter social acabassem por distorcer os resultados distributivos, a justiça equitativa por ele defendida. Então, por meio desse “véu da ignorância”, os autores da escolha seriam ocultados, ou seja, na “posição original”, do lugar que ocupam na sociedade, obtendo-se a necessária imparcialidade. E então, o recurso utilizado seria o de representação, baseado numa posição original que celebra um “acordo hipotético”.

De acordo com Rawls:

Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como por exemplo a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Mais ainda, admito que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. (2002, 147)

Os indivíduos, assim definidos teoricamente em sua posição original são capazes de um maior senso de justiça e, sendo esse fato de seu conhecimento, garante a integridade do acordo feito na posição original.

Contudo, o “véu da ignorância” não é absoluto:

[...] considera-se como um dado que elas conhecem os fatos genéricos sobre a sociedade humana. Elas entendem as relações políticas e os princípios da teoria econômica; conhecem a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana. De fato, presume-se que as partes conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça. Não há limites para informação genérica [...] (2002, 148)

Comentando essa passagem da obra de Rawls, ROSSO e ALVES observam que

O motivo dessa abstração tão radical é óbvio: se os indivíduos conhecerem, de plano, suas condições na sociedade, certamente não de defender seus próprios interesses pessoais, que variam conforme suas próprias características. (2007, p. 77)

Gisele Cittadino, em seu texto “John Rawls: Imparcialidade e Monólogo” (2004), ao referir-se sobre a ideia de racionalidade na posição original defendida por Rawls, diz o seguinte:

Esta autonomia racional, artificial, permite que as partes, na posição original, definam uma concepção política de justiça que possa ser aceita, em uma sociedade democrática, por cidadãos livres e iguais, mas que estão comprometidos com diferentes doutrinas compreensivas razoáveis. Em outras palavras, princípios de justiça que especificam os termos justos de cooperação social, frente ao “fato do pluralismo”, não podem ser definidos por partes portadoras de autonomia política plena. Daí a necessidade do véu da ignorância que, privando as partes da razão prática ao separá-las de suas próprias personalidades, das contingências históricas e de suas concepções acerca da vida digna, se constitui na primeira e provavelmente na mais fundamental garantia da imparcialidade da concepção política de justiça. (2004, p. 100-101)

E ela prossegue:

Entretanto, apesar das restrições impostas pelo véu da ignorância, Rawls deixa claro que as partes estão obrigadas a levar em conta o fato de que os cidadãos que elas representam são plenamente autônomos, inclusive no sentido de que estão dispostos a respeitar os interesses dos demais cidadãos e não apenas os seus próprios. (2004, p. 101)

No que toca ao objeto desta pesquisa, especialmente, o conceito de justiça na ótica de John Rawls não poderia ser aplicado, ainda mais sob o viés do “véu da ignorância”, mesmo porque aos índios foi conferido o direito “diferença”; assim, se os índios fossem ocultados na sua posição original, fatalmente correriam o risco de não serem considerados em suas diferenças culturais. De todo modo, seria impossível estabelecer-se um critério único de justiça para regular toda a sociedade, considerando-se não somente as diversas classes sociais, como também a diversidade cultural. A neutralidade, portanto, não seria suficiente para garantir que a justiça fosse alcançada.

3.2.2. Enrique Dussel, a Ética e a Filosofia da Libertação

Em contraponto à Teoria da Justiça proposta por John Rawls, passa-se à análise da proposta formulada pelo filósofo argentino Enrique Dussel, que em

suas obras⁵⁷ enfoca o “outro” (vitimizado) como peça chave para uma perspectiva ética transformadora. Esse “outro” pode ser tanto o operário, o índio, o escravo, como também a mulher, o negro, enfim, o que interessa para a filosofia dusseliana é o “outro” considerado a partir de situações limites ou periféricas.

Sobre a *Filosofia da Libertação*, Dussel assim define:

Sem querer me arrogar o direito de representar um movimento amplo, a *Filosofia da Libertação*, que eu ponho em prática desde 1969, toma como ponto de partida uma *realidade* regional própria: a *pobreza* crescente da maioria da população latino-americana; a vigência de um capitalismo *dependente*, que transfere valores para o capitalismo central; a tomada de consciência da *impossibilidade* de uma filosofia autônoma dentro dessas circunstâncias; a *existência* de *tipos de opressão*, mas uma filosofia da “libertação” (em forma de ação, em forma de práxis, cujo ponto de partida é a opressão e cuja meta a atingir é a libertação, já indicada, por exemplo, no machismo ancestral enquanto opressão da mulher etc). (1995, p. 45-46)

E então, o ponto de partida do discurso filosófico de Dussel está no princípio da alteridade, a realidade latino-americana (os oprimidos e os excluídos), e a sua posição de dominação cultural pelo mundo ocidental. A preocupação central apresentada por Dussel é o choque entre os mundos europeu e o ameríndio e a consequente dominação de um sobre o outro, e isto porque o povo europeu e seu discurso filosoficamente universal acaba por dominar o restante da civilização, principalmente os países colonizados, os que se encontram em situações periféricas, à margem da sociedade (DUSSEL, 2000, p. 51-53). E é justamente nessa periferia que se encontra a América Latina.

A dominação traz como consequência diversas formas de violência contra o “outro” (dominado), o qual Dussel (1995, p. 48) define como sendo aquele “que está fora e distante dos horizontes desse mundo de hegemonias”.

Dussel ressalta que

São exatamente situações-limites que interessam à Filosofia da Libertação (as guerras, as revoluções, os processos de libertação das mulheres, das raças oprimidas, das culturas populares, bem como dessas majorias que se encontram em situações de não-

⁵⁷ Dentre as principais, traduzidas no Brasil, devem ser citadas: *Filosofia da Libertação: Crítica à Ideologia da Exclusão*. São Paulo: Paulus. 2ª. edição, 1995; *Teologia da Libertação - Um panorama do seu desenvolvimento*. Petrópolis: Vozes, 1999; *Ética da Libertação - Na idade de globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes. 2ª. edição, 2002.

direito, dessa Periferia ou mundo colonial que, por definição, se acha subjugado por uma estrutura de opressão etc.). O princípio ‘*Liberte hic et nunc* o oprimido!’, ou: ‘Faça com que o atingido/excluído também participe!’ exige a realização de um procedimento, mas não uma ‘aplicação’ propriamente dita do transcendental ao empírico. (DUSSEL, 1995, p. 117)

A proposta da Filosofia da Libertação, basicamente, é romper com uma ordem posta ou imposta pelo mundo ocidental que acaba por desconsiderar as pessoas excluídas (o outro vitimizado) criando uma nova forma de inclusão. Para tanto, esse “outro” deve desempenhar um papel de relevância para se estabelecer o processo de “libertação”, que somente ocorrerá a partir do momento em que esses excluídos sejam considerados e tratados como “pessoa”. O rompimento da ordem posta e ditada pelo mundo ocidental (modelo eurocêntrico) e até mesmo pelos Estados Unidos deve se constituir na premissa para a “libertação”. Não se podem simplesmente acatar os conceitos filosóficos ou normas impostas pelos ditos “dominadores” que não vivem a realidade dos países periféricos.

E é justamente aí que Dussel se contrapõe à Teoria da Justiça formulada por John Rawls, o qual tem como ponto de partida a institucionalidade norte-americana. Assim, a necessidade da ruptura defendida por Dussel está fundamentada no fato de que o estudo do homem e de sua cultura, especialmente da Modernidade, não pode ser feito exclusivamente por filósofos ou cientistas europeus ou norte-americanos, visto que esses estudos não serviriam para a realidade do “outro”, que se encontra tanto na América Latina, como também na África ou na Ásia, onde se concentram as grandes massas.

O filósofo tcheco Ondřej Lánský ao traçar um paralelo entre as formulações propostas por John Rawls e Enrique Dussel, apresenta algumas comparações:

Comparação entre as teorias de Rawls e Dussel: enquanto a teoria de Rawls seja, talvez, um circuito que afirma instituições sociais existentes e restrinja a luta política para a concorrência dos partidos políticos em dado momento, a filosofia de Dussel demanda recusa radical do presente despacho. Em seguida, abre um espaço para a nova concepção de política. Não insiste na definição liberal de comunidade política, que é formal e estruturalmente não autênticos. Em suma, enquanto a teoria de Rawls provavelmente leve à “deethization” da moral, da justiça e da política, Dussel, ao contrário, traz tentativas para a “reethization” dessas esferas. Isso significa, a

meu ver, que a filosofia da libertação de Dussel representa boa base para a formulação adequada da comunidade política e da ação de hoje. (LANSKY, 2010, tradução nossa⁵⁸)

Embora considerada por muitos como uma boa base para formulação adequada para a sociedade na realidade latino-americana, o modelo de libertação proposto por Dussel também não é perfeito. Quando se depara com o princípio da dignidade da pessoa humana e seus conceitos tidos como universais, surgem algumas questões, como o objeto da pesquisa aqui proposta. Isto porque a dignidade de determinados grupos de pessoas – os índios, por exemplo⁵⁹, muitas vezes, é desconhecida do próprio grupo; eles sequer têm noção de que seus direitos estão sendo violados. Não basta reconhecê-los ou tratá-los como “outros”; num processo de libertação, faz-se necessário que estes (também considerados “dominados”), **se** reconheçam nesta condição e aceitem a necessidade de serem libertos⁶⁰.

Mércia Miranda Vasconcellos, ao refletir criticamente a respeito da “ética da libertação”, faz o seguinte alerta:

É necessário libertar, salientando que libertar não é somente quebrar cadeias, mas possibilitar positivamente o desenvolver da vida humana ao exigir que as instituições e o sistema abram novos horizontes transcendentais à mera reprodução como repetição do “mesmo”, causadora da exclusão das vítimas. Libertar não se trata somente de lutar contra a opressão, mas de construir novas instituições, novas diretrizes. (2010, p. 133)

⁵⁸ Comparison of the Dussel's and Rawls' theories: whereas Rawls' theory is perhaps a circuit which affirms existing social institutions and restricts political struggle to competition of the political parties in the given frame, the Dussel's philosophy demands radical refusal of this order. It then opens up a space for new conception of the political. It does not insist on the liberal definition of political community, which is formal and structurally non-authentic. In short, whereas Rawls' theory probably leads to deethization of the moral, justice and politics, Dussel contrary tries for reethization of these spheres. That means, according to me, that Dussel's philosophy of liberation represents very good basis for adequate formulation of political community and action today. (LANSKY, 2010. Disponível em: <www.inter-disciplinary.net/wp-content/uploads/2010/.../olanskypaperm.pdf>. Acesso em 09 de março 2011)

⁵⁹ Considerados “outros” segundo o modelo ora analisado.

⁶⁰ Antônio Carlos Wolkmer (1997), contrariando a forma “monista jurídica” idealizada e de certa forma imposta pelo Ocidente, defende o “pluralismo jurídico”, fundamentando-se nas diversas realidades culturais e históricas que se legitima, portanto, nas necessidades humanas geradas pela diversidade. Então, o pluralismo jurídico surge como proposta alternativa para uma solução da crise jurídica, sugerindo-se um novo paradigma como forma de se olhar o direito.

E então, também sob esse viés, o problema acaba esbarrando na efetividade.

É certo que a proposta de Dussel se contrapõe à visão universal dos direitos humanos e, assim, o projeto de libertação surge a partir de uma visão de caráter mais relativo, considerando-se as diferenças culturais dos povos, especificamente os latino-americanos.

3.2.3 Michel Walzer, as Esferas da Justiça e os conceitos de moralidade máxima e mínima

Procurando conciliar as teorias universalista e relativista, está a corrente de pensamento defendida por Michael Walzer (1906-1981), importante nome da corrente comunitarista⁶¹, desenvolvida no final do século passado, caracterizada por não se acreditar na possibilidade de existência de princípios imparciais e universais ou na existência de indivíduos em abstrato, isto é, sem raízes, já que todos têm em si algum tipo de influência histórica e cultural. Dessa forma, de acordo com a perspectiva comunitarista, a concepção de justiça deve estar enraizada nos valores culturais de cada sociedade, bem como a definição que os mesmos têm acerca de bem.

Os fundamentos da teoria da justiça defendida por Walzer estão na igualdade e a consequente autonomia distributiva. No livro “Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade” (2003), o autor parte da premissa de que há várias categorias de bens, sendo que estas constituem esferas determinadas, específicas, com princípios próprios de distribuição e é no interior dessas esferas que os indivíduos e seus grupos definem os significados dos bens e como os mesmos deverão ser distribuídos, e isso através de um processo deliberativo.

Diante dessa concepção, discutir a justiça como uma *igualdade simples* não é suficiente, tornando-se necessária uma discussão mais aprofundada recorrendo-se ao termo *igualdade complexa*. As esferas a serem consideradas no intuito de se buscar a igualdade, como pressuposto da justiça, são diversas:

⁶¹ Michel Walzer segue a linha de pensamento também defendida por Charles Taylor.

segurança e bem estar social, dinheiro e mercadorias, cargos públicos, trabalho, lazer, educação, parentesco e amor, graça divina, reconhecimento, poder político e tirania das sociedades justas. (WALZER, 2003)

Ao discorrer sobre as esferas da justiça na concepção proposta por Walzer, Felipe Cavaliere Tavares lembra que

[...] o principal aspecto da doutrina de Walzer, e que por isso mesmo precisa ser bem ressaltado, é a construção da verdadeira cidadania, pelo resgate do espaço público e da cada vez maior participação dos indivíduos na vida política da comunidade. O futuro da democracia está cada vez mais na participação direta dos cidadãos, e a sua teoria defende ardorosamente a ideia de que somente pelo debate público pode-se chegar às verdadeiras necessidades de uma comunidade particular, permitindo, assim, a realização da justiça social. (2010, p. 264)

De acordo com Walzer, há que se atentar para o particularismo histórico e social de cada indivíduo, pois existe uma diversidade de visões e entendimentos acerca dos bens sociais e, fatalmente, a concepção do “justo”, sendo imprescindível estudar esses bens assim como a sua distribuição, levando-se em conta tempo e lugar. Dessa forma, qualquer conclusão sobre “justo” ou “injusto” deve ser precedida da busca do significado que o bem social estudado possui, e o processo distributivo não poderá ser independente. (2003, p. 2-20)

Sob esse aspecto, o posicionamento de Walzer se afasta de Rawls, na medida em que não se admite um contrato hipotético ou ideal, com homens e mulheres em sua situação original, sem qualquer conhecimento particular acerca de sua posição social. Para Walzer, em uma sociedade como a nossa, repleta de particularismo históricos, não existe um único caminho, uma fórmula única a ser aplicada universalmente e é exatamente com relação ao ponto de vista moral mínimo que Walzer se distancia de Rawls. (CITTADINO, 2004, p. 128)

Para os adeptos da corrente do pensamento comunitarista, então, seria impossível se escolher princípios de justiça desconsiderando as raízes históricas e culturais de cada indivíduo. E é justamente fundamentado nesse conceito que Michel Walzer formula uma teoria, propondo a conciliação entre o *universalismo* e o *relativismo*, que recebe o nome de *Thick and Thin*.

De acordo com CAVALIERE, no livro *Thick and Thin*, Walzer expõe um conceito de relatividade da justiça, atrelado a uma ideia de diferença e autonomia cultural e, ao mesmo tempo, procura conciliar essas diferenças com ideias do universalismo. Para o autor, isso seria possível porque os argumentos morais (justiça) têm um significado mínimo e outro máximo, isto é, uma explicação *fina* ou *delgada* (thin) e uma explicação *densa* (thick), que seriam aplicáveis a diferentes conceitos para atender variados propósitos.

Ao defender seus argumentos morais, portanto, Walzer parte da premissa de que existem dois tipos de argumentos: o primeiro mais denso (thick) representa aqueles valores de indivíduos que compartilham história e cultura comuns, e então esta moralidade máxima tem cunho mais particularista; o segundo mais delgado ou fino (thin) seriam aqueles valores compartilhados por todos os seres humanos e, assim, a moralidade mínima teria uma validade universal na medida em que compartilhados independentemente do meio ou cultura desses indivíduos⁶².

Discorrendo acerca das propostas de justiça formuladas por Rawls e Walzer, Carlos Bolonha conclui o seguinte:

[...] tanto Rawls quanto Walzer procuram estabelecer metodologias distintas para o trato da questão da Justiça. Por um lado, Rawls aplica um critério analítico-contratual em que é enfocado, em particular, uma propositura formalista e procedimental. A sua teoria nos remete aos parâmetros racionais-práticos na exigência de expectativas razoáveis de conduta humana: é sempre esperado o *dever ser* do agente rawlsiano. Por outro lado, Walzer, sob uma perspectiva bem mais realista e nada procedimentalista, recorre a uma investigação sociocultural para a sua proposta teórica. [...] (2005, p. 113-114)

⁶² Felipe Cavaliere Tavares observa que para Walzer, “estes princípios e regras que formam a moralidade mínima não são fundacionais, ou seja, não é a partir deles que se constrói uma moralidade máxima. Muito pelo contrário, é a partir da moralidade máxima que se constrói a moralidade mínima. A moralidade máxima, de fato, precede a mínima. É a partir dos valores e características particulares e históricas de cada comunidade que se poderá chegar a estes princípios universais que formam a moralidade mínima. Isto significa que não há princípios universais de justiça que possam ser aplicados a uma determinada comunidade, ignorando sua moralidade máxima, ou seja, seus valores e princípios históricos e particulares.” (Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 4899, disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3329.pdf>>. Acesso em 11 de março 2011.

Evidente que as formulações propostas por Michael Walzer devem ser muito bem analisadas ao se considerar as sociedades multiculturais, como a nossa, embora também de difícil aplicação. Em tempos em que se vê a padronização cultural em total detrimento de algumas culturas, a defesa desses valores culturais afigura-se de extrema importância com a apreciação de teorias como as que aqui breve se explanou, devendo sempre ser ressaltada a necessidade de se respeitar a diversidade e os traços culturais de cada sociedade sem, contudo, correr o risco de uma relativização extremada, a ponto de desconsiderar os direitos humanos já elevados à categoria de universais.

3.3 A questão do multiculturalismo, do interculturalismo e a necessidade do diálogo entre as culturas

Como já mencionado no presente trabalho, sabe-se que os direitos humanos, na prática, carecem de efetividade e, portanto, a pretensa universalidade encontra uma base bem fundamentada apenas na teoria.

Christoph Eberhard (2004, p. 160), como citado, adverte que “A lacuna entre a teoria e a retórica dos direitos humanos e as realidades concretas ainda precisa ser preenchida”.

Discorreu-se anteriormente que o Brasil é reconhecidamente um país multicultural⁶³, onde convivem não só várias culturas, mas também várias etnias, devendo ser observado que existência e coexistência dos povos indígenas é a prova do multiculturalismo⁶⁴ em nosso país. Então, pode-se dizer que, em sociedades multiculturais, esta lacuna está presente de forma latente, justificando-se a análise daqueles valores morais mínimos⁶⁵, encontrados em todas as sociedades.

Então, surge a noção de interculturalismo, a partir da necessidade de interação entre as diversas culturas, desde que fundamentada no respeito à diversidade com vistas ao enriquecimento mútuo. No interculturalismo, portanto, não se justifica apenas o reconhecimento da diversidade cultural em si mesma (multiculturalismo), mas tem-se como premissa o respeito às outras culturas, que deve ser exteriorizado e marcado pelo direito à diferença⁶⁶. A partir desse

⁶³ Por multiculturalismo ou pluralismo cultural, pode-se entender o termo que descreve a existência de muitas culturas numa determinada localidade, ainda que separadas geograficamente. Como exemplo de países multiculturais, além do Brasil, podem ser citados: Estados Unidos, Austrália, Canadá, países da América Latina, entre outros.

⁶⁴ Como observa Simone Rodrigues Pinto: “O multiculturalismo constitucional foi-se difundindo na América Latina a partir das Constituições da Guatemala (1986) e da Nicarágua (1987). Desde então, outros países criaram suas próprias variações do reconhecimento dos direitos indígenas, levando em consideração tensões internas e forças antagônicas que transformaram as Constituições latino-americanas em construções legais complexas. Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela possuem Constituições que representam avanços significativos. Todas de alguma forma aceitam e protegem a identidade étnica de suas minorias e quase todas reconhecem a precedência dos povos indígenas em relação ao estabelecimento do Estado”. (In: Revista Sociologia Jurídica. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-6/253>>. Acesso em 14 de março 2011.

⁶⁵ Como demonstrado no item anterior e sustentado por M. Walzer.

⁶⁶ De certa forma, a CF já traz essa ideia, esse direito ao reconhecimento como premissa para a necessária interação ou interculturalismo no art. 231, onde consta: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as

reconhecimento, deve ser promovido o diálogo entre as culturas, seja visando a troca de saberes, seja para permitir aos índios o conhecimento do que se passa a sua volta, inclusive, se necessário, com a presença de antropólogo para facilitação desse diálogo⁶⁷.

Justifica-se o diálogo intercultural e a não aceitação de um relativismo cultural radical, como também não se admite da mesma forma o universalismo exacerbado e porque não dizer ultrapassado. Isto porque, de certo modo, a relativização é capaz de evitar a diferença, porém, se o direito à mudança não for respeitado, *“o direito à diferença é então transformado em obrigação de diferença.”* (CUCHE, 2002, p. 241). Não há uma cultura totalmente dependente ou autônoma; as sociedades são interdependentes e isso faz parte de uma dinâmica cultural que decorre do contato entre elas. Esse encontro intercultural pode ser muito positivo, na medida em que uma cultura respeite a outra, com suas diferenças e sem imposições.

Aliás, com muita propriedade, Raimundo Panikkar observa que

Povo nenhum, não importa o quão moderno ou tradicional, tem o monopólio da verdade! Povo nenhum, não importa o quão civilizado ou natural (seja ele ocidental, oriental, africano, indiano) pode, por si só, definir a natureza da vida adequada ao conjunto da humanidade. (2004, p. 205)

O filósofo espanhol Raimundo Panikkar (2004, p. 216-238), embora entenda que o “diálogo dialógico” seja algo inevitável para se construir uma civilização mais humana, defende um relativismo mais radical, partindo da argumentação de que o conceito dos direitos humanos não é universal, mas ocidental.

terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

⁶⁷ O Projeto de Lei do Senado nº. 156/2009 sobre a reforma do Código de Processo Penal, com redação final aprovada em 08/12/2010, em seu art. 71, dispõe que: “No interrogatório do índio, o juiz, se necessário, solicitará a colaboração de antropólogo com conhecimento da cultura da comunidade a que pertence o interrogando ou de representante do órgão indigenista federal, para servir de intérprete e prestar esclarecimentos que possam melhor contextualizar e facilitar a compreensão das respostas.” (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em 19 de março 2011)

Por seu turno, o sociólogo português Boaventura de Souza Santos, ao identificar as premissas de transformação da conceitualização e a prática dos direitos humanos de um localismo globalizado em um projeto cosmopolita, traz como primeira premissa a ‘superação de debate sobre universalismo e relativismo cultural’, e diz que

Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural, como posição filosófica, é incorreto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores válidos independentemente do contexto da sua enunciação, mas o universalismo cultural, como posição filosófica, é incorreto. (2003, p. 441)

E, então, propõe:

Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes. (2003, p. 441)

Evidentemente que não se admite a invasão ou sobreposição de uma cultura sobre a outra, mas uma proposição de *diálogos interculturais*, como forma de se promover a efetivação da garantia dos direitos humanos, além dos direitos sociais. Deve ser buscada a convalidação dos direitos conquistados e, partindo-se da premissa do direito fundamental à liberdade, reconhecer o direito dos povos de dialogarem entre si, como forma de avaliar suas dificuldades e possibilidades de encontrar soluções.

Quanto ao *diálogo intercultural*, Boaventura explica que “a troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também de diferentes culturas” e ressalta que

[...]. Partindo do pressuposto de que não é uma tarefa impossível, proponho, para levar a cabo, uma ‘hermenêutica diatópica’, um procedimento hermenêutico que julgo adequado para nos guiar nas dificuldades a enfrentar, ainda que não necessariamente para superá-las inteiramente. Na área dos direitos humanos e da dignidade humana, a mobilização pessoal e social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências forem apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local. [...] (2003, p. 443-444)

Então, a proposição do *diálogo intercultural* faz-se possível quando se entende que a luta pela conquista e efetivação dos direitos humanos não pode ser um mero exercício intelectual, mas também uma prática, uma entrega moral, como enfatiza Boaventura,

[...].Tal entrega só é possível a partir da identificação profunda com postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização. Por esta razão, a luta pelos direitos humanos ou pela dignidade humana nunca será eficaz se for baseada em canibalização ou mimetismo cultural. Daí a necessidade do diálogo intercultural e da hermenêutica diatópica. (2003, p. 444)

Para explicar essa ‘hermenêutica diatópica’⁶⁸ Boaventura, ao emprestar o termo inicialmente utilizado por Panikkar, diz que

[...] baseia-se na idéia de que os ‘topoi’ de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. [...] O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível -, mas pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua por intermédio de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé em uma cultura e outro em outra. (2003, p. 444)

Boaventura (2003, p. 447) ainda nos traz que “O reconhecimento de incompletudes mútuas é condição ‘sine qua non’ de um diálogo intercultural.” Sob esse viés, então, para que uma cultura possa dialogar com outra, ou para que esse diálogo seja realmente produtivo, deve primeiramente se reconhecer que não é completa, sempre haverá algo a se acrescentar, o aprendizado é constante.

Ao considerar os povos indígenas, objeto primordial do presente trabalho, haveria necessidade de se analisar a cultura em particular de cada uma das comunidades e, na medida do possível, fazer um cotejo com o *topoi* dos direitos humanos, levando-se em consideração que cada tribo pode ter uma concepção diferente a respeito da “dignidade humana”, de “vida humana”.

⁶⁸ “Hermenêutica diatópica”, no contexto pesquisado por Boaventura, seria um procedimento de interpretação julgado como adequado para direcionar o estudo das culturas em meio a dificuldades. Esse procedimento de interpretação é fundamentado na ideia de que cada cultura tem “lugares comuns” (*topoi*) ou pontos que, por mais fortes que possam ser considerados, ainda são incompletos, e que essa “incompletude” é percebida mais facilmente de fora para dentro. Sendo assim, deve-se buscar ampliar o conceito de “incompletudes” das culturas, como forma de possibilitar o diálogo. Os “topoi”, por sua vez, seriam aqueles lugares comuns que as pessoas usam como ponto de partida para uma argumentação, ou seja, premissas de argumentação.

Ao tratar do tema e depois de considerar os povos indígenas das Américas também como alvo de sua teoria, Boaventura ainda propõe o seguinte,

O dilema da completude cultural pode ser assim formulado: se uma cultura se considera inabalavelmente completa não tem nenhum interesse em envolver-se em diálogos interculturais; se, pelo contrário, admite, como hipótese, a incompletude que outras culturas lhe atribuem e aceita o diálogo, perde a confiança cultural, torna-se vulnerável e corre o risco de ser objeto de conquista. Por definição, não há saídas fáceis para este dilema, mas também não penso que ele seja insuperável. Tendo em mente que o fechamento cultural é uma estratégia autodestrutiva, não vejo outra saída senão elevar as exigências do diálogo intercultural até um nível suficientemente alto para minimizar a possibilidade de conquista cultural, mas não tão alto que destrua a própria possibilidade de diálogo (caso em que se reverteria ao fechamento cultural e, a partir dele, à conquista cultural). (2003, p. 454)

E concluindo, ele enfatiza:

Na forma como têm sido predominantemente concebidos, os direitos humanos são um localismo globalizado, uma espécie de esperanto que dificilmente poderá se tornar a linguagem quotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões culturais do globo. Compete à hermenêutica diatópica proposta neste capítulo transformá-los em uma política cosmopolita que ligue em línguas diferentes de emancipação pessoal e social e as torne mutuamente inteligíveis e traduzíveis. É este o projeto de uma concepção multicultural dos direitos humanos. Nos tempos que correm, este projeto pode parecer mais do que utópico. Certamente é, tão utópico quanto o respeito universal pela dignidade humana. E nem por isso este último deixa de ser uma exigência ética séria. (2003, p. 458)

Falando sobre diálogos entre culturas, também deve se fazer referência a Bartolomé de Las Casas, o qual assumiu franca posição em defesa dos índios, defendendo, já em 1564⁶⁹, a colonização pela pacificação, propondo uma fórmula de convivência pacífica entre todos os povos.

Analisando o tema, seja sob a ótica da “integração” ou da “interação” dos povos indígenas, não se pode admitir que os índios fiquem à margem dessa troca de saberes ou ‘diálogos interculturais’.

⁶⁹ Antônio Armando Ulian do Lago Albuquerque, na obra *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica* (Wolkmer, org., 2004, p.252), argumenta que Las Casas não só se identificou como defensor dos índios, mas de todas as gentes exploradas e injustiçadas da América Indígena, sendo que em 1564, elaborou uma obra importante em que desenvolveu um projeto político-indigenista, o livro *De Regia Postestate*, onde defende a colonização pela pacificação.

Christoph Eberhard, a respeito do tema, salienta que

A questão não é desconstruir a abordagem ocidental refutando sua universalidade, mas sim enriquecê-la por meio de perspectivas culturais diferentes, com vistas a alcançar progressivamente rumo a uma práxis intercultural dos direitos humanos e abrir novos horizontes para uma 'boa vida' para todas as pessoas. (2004, p. 161)

Pode-se dizer, assim, que o diálogo entre as culturas e seu desenvolvimento no plano dos direitos humanos surge como proposta alternativa, porém, "não pode ser interpretado como postura completamente relativista" (EBERHARD, 2004, p. 161). Por outro lado, não pode ser encarado de acordo com a posição universalista, na qual o "diálogo" não está presente, mas somente um "monólogo". Como bem ressaltado por PANIKAR "o diálogo é, antes de tudo, um 'duólogo'." (*apud* EBERHARD, 2004, p. 164). Dessa forma, é por meio do diálogo que poderá haver a troca de saberes e, com isso, o enriquecimento das culturas. Eberhard ainda explica que

Ao negarmos a voz de outros, ficamos impossibilitados de aprender com eles, ao mesmo tempo em que não podemos fecundá-los. Compartilhar, o que inclui dar e receber, só é possível com o reconhecimento do outro. Sem reconhecimento, não há compartilhamento, não se pode alcançar o consenso nem construir um futuro comum. (2004, p. 164-165)

É a partir de então, que Eberhard diz escolher

o caminho do pluralismo 'saúdável', que acarreta uma mudança paradigmática fundamental no pensamento sobre os direitos humanos" o qual se baseia "no diálogo mútuo que permite que descubramos respectivamente aos outros e a nós mesmos, e que descubramos o passado e presente de ambos, construindo juntos um futuro melhor. (2004, p. 166-167)

A partir da concepção a respeito do multiculturalismo que caminha para uma direção interculturalista, com o devido reconhecimento e respeito às diversidades culturais e a breve explanação acerca do diálogo intercultural, como forma de compartilhamento entre as culturas, visando o alcance e construção de um futuro melhor, passa-se a expor, no próximo capítulo, alguns temas e, porque não dizer, tensões da *praxis* envolvendo os povos indígenas.

4 POVOS INDÍGENAS: DIREITOS, TENSÕES E CAMINHOS

Conforme se discorreu até então, a transição paradigmática da chamada “integração” à “interação”, as conquistas obtidas com a Constituição de 1988, seja no plano dos direitos humanos de alcance universal, seja com relação ao reconhecimento do direito à diferença, trouxeram, no plano prático, a necessidade de analisar algumas questões à luz dos direitos conquistados pelos povos indígenas, pois, como visto, o multiculturalismo traz consigo o inevitável choque entre as culturas.

Então, seja sob o viés jurídico, filosófico ou antropológico, as tensões geradas por este conflito ou, ainda, as problemáticas decorrentes dos próprios direitos conquistados, devem ser solucionadas ou, ao menos, amenizadas, visando a garantia da sobrevivência das populações indígenas. Para tanto, serão analisadas algumas questões consideradas pertinentes para o objeto da presente pesquisa.

4.1 O direito à tradição

Como visto anteriormente, aos indígenas restou reconhecido no plano constitucional, o direito à tradição, conforme art. 231 da CF. Além da previsão expressa no mencionado art. 231 da CF, quanto a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, os povos indígenas ainda têm em seu favor, face o princípio da igualdade e o direito à diferença, o reconhecimento à diversidade cultural e à pluriétnicidade, conforme art. 215 e, também, o art. 216, ambos da CF.

Constitui-se em garantia constitucional, portanto, o direito à tradição e o exercício dos direitos culturais, não somente a manifestação das culturas populares, mas também aos indígenas, entre outras, ressaltando-se que no tocante a estes, há previsão específica no art. 231 da CF.

Embora se fale em direito à tradição e direitos culturais, estes não se subsumem apenas a manifestações extrínsecas, nem mesmo podem ficar atrelados

ao que se evidencia quando das comemorações do “dia do índio”⁷⁰. Tratando do tema “cultura como direito”, Carlos Frederico Marés de Souza Filho enfatiza que

Os direitos culturais não são apenas os ligados ao respeito ao exercício de suas tradições, festas, alimentação, mais do que isso é o Direito a que as informações sobre o povo não sejam recobertas por manto de preconceito, desprezo e mentiras. [...] (2009, p. 158-159)

A cultura e tradições indígenas devem ser conhecidas, reconhecidas e respeitadas, para que a partir de então, consideradas as diferenças culturais, seja aberto o caminho para diálogos construtivos visando ao crescimento não somente das comunidades indígenas, mas principalmente dos demais grupos que convivem com o povo brasileiro e que os formam.

4.1.1 A diversidade cultural no Brasil e as manifestações culturais

Muito já se disse acerca da diversidade e da pluralidade cultural em nosso país, lembrando, por oportuno, os dados fornecidos pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), de que hoje, no Brasil, vivem cerca de 460 mil índios, distribuídos entre 225 sociedades indígenas e representando cerca de 0,25% da população brasileira⁷¹. Também de acordo com a FUNAI, mais da metade da população indígena está localizada nas regiões Norte e Centro-Oeste do Brasil, principalmente na área da Amazônia Legal. Mas há índios vivendo em todas as regiões brasileiras, em maior ou menor número, com exceção dos Estados do Piauí e Rio Grande do Norte.

É impressionante a diversidade cultural e, diante disso, inevitável se tornam as tensões e os choques entre as culturas.

Evidente que não existe diversidade somente em relação aos povos indígenas. A diversidade também pode ser verificada quando se depara com a

⁷⁰ Por meio do Decreto-Lei nº. 5.540, de 1943, o então Presidente da República Getúlio Vargas criou o “Dia do Índio”, como forma de relembrar o dia em que várias lideranças indígenas de todo o continente participaram do Primeiro Congresso Indigenista Interamericano, realizado no México. De início, o Brasil não aderiu imediatamente ao instituto, mas após a intervenção do Marechal Cândido Rondon, houve a adesão brasileira, sendo que posteriormente foi instituído o “Dia do Índio”, comemorado no dia 19 de abril.

⁷¹ Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em 15 de março 2011.

cultura de imigrantes asiáticos, europeus, africanos, ou ainda outros povos que aqui residem, formando a nação brasileira. Desse pluralismo cultural, nasce a riqueza da cultura brasileira.

Dentre as inúmeras práticas ou expressões culturais realizadas no Brasil, existem aquelas que são perfeitamente aceitas e outras que não são bem vistas pela sociedade em geral. Outras, ainda, são totalmente repugnadas, chegando, muitas vezes, a ser rechaçadas.

O Supremo Tribunal Federal⁷² chegou a se posicionar contra manifestações culturais que submetiam animais a crueldade, por entender como ofensa ao art. 225, § 1º, inc, VII, da CF, ou seja, entre o direito ao exercício da cultura ou tradição de um povo e a proteção da vida de animais, optou-se por se preservar estes, na medida em que faltaria “razoabilidade na defesa constitucional de manifestações culturais tingidas com sangue e temperadas com crueldade e sofrimento.” (MORAES, 2007, p. 2155). Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal também suspendeu a eficácia de lei estadual que autorizava a “criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes”⁷³, a conhecida “briga de galo”, decidindo ao final, pela inconstitucionalidade da referida lei estadual⁷⁴. No sopesamento entre os valores culturais e ambientais ou animais, prevaleceu o direito à vida dos animais.

Extraí-se, do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que a garantia de exercício dos direitos culturais (art. 215, CF) não é absoluta e, sempre que houver outros direitos envolvidos, haverá necessidade de se fazer a devida análise do caso em concreto. Havendo, portanto, colisão de direitos, para a

⁷² Decisão proferida pela 2ª Turma do STF: “A turma, por maioria, entendeu que a referida manifestação popular ao ‘submeter os animais a crueldade’, ofende o inciso VII do § 1º do art. 225 da CF. Vencido o Min. Maurício Corrêa que entendia, de um lado, que o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, bem como proteger as manifestações das culturas populares – tal como dispõe o art. 215, caput e respectivo § 1º da CF-, coibindo eventuais excessos; e de outro, que se tratava de questão de fato e não de direito, o que é incompatível com o extraordinário.” (STF – 2ª T.- REExt.nº.153.531/SC, Rel. Min. Francisco Rezek, decisão:10.6.1997. Informativo STF, nº 59).

⁷³ Decisão sobre o pedido de liminar: “O Tribunal, por votação unânime, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, até final julgamento da Ação Direta, a execução e aplicabilidade da Lei nº. 2.895, de 20.3.98, do Estado do Rio de Janeiro.” (STF, Adin nº 1.856-6/RJ, j, em 03.09.98)

⁷⁴ Decisão final: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº. 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro.” (STF – Pleno - Adin nº. 1.856-6/RJ, j, em 26.05.2011).

interpretação dos preceitos constitucionais à luz do caso concreto, poderão ser invocados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4.1.2 As sociedades indígenas: práticas culturais

Em que pese a positivação e proteção de práticas tradicionais pelas comunidades indígenas, existem valores que transcendem as culturas tratadas em nível individual e, justamente por isso, tais valores encontram-se consignados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e, portanto, universalmente válidos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2001, p. 55). Daí reside a necessidade de se diferenciar os conceitos de “costumes” ou “culturas” do conceito de “moralidade”, já que existem valores morais que não se encontram presentes nos costumes. (ob. cit., p. 57). Ernst Tugendhat (*apud* CARDOSO DE OLIVEIRA, 2001, p. 57) diz *que* “é inaceitável julgar algo como certo e bom porque estabelecido pelo costume, sem se provar que esse algo é certo é bom.”

Como o objeto da pesquisa proposta são os povos indígenas, a atenção recairá apenas sobre algumas práticas culturais realizadas no seio dessas comunidades.

É indiscutível o reconhecimento sobre a importância e contribuição da cultura indígena sobre a cultura brasileira e até mesmo universal, especialmente algumas plantas e suas descobertas medicinais. Por outro lado, crenças, histórias, folclores, danças e até alguns esportes são verificados em suas mais variadas formas em comunidades indígenas. (RIBEIRO, 2009, p. 106-126)

Como já destacado, a CF em seu art. 231 reconhece aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições. No entanto, neste trabalho, o enfoque recairá apenas sobre uma prática considerada tradicional e ainda existente em algumas tribos. Então, uma questão que tem chamado a atenção, merecendo discussões entre antropólogos, ONGs e operadores do direito, é a prática do infanticídio⁷⁵.

⁷⁵ A questão não será tratada sob o enfoque da criminalização, mas como prática cultural de algumas tribos indígenas.

4.1.3 Infanticídio: alguns relatos

Ainda que considerado por muitos como um fato isolado, a prática do infanticídio em algumas tribos indígenas não pode ser vista apenas num passado distante.

Roberto Cardoso de Oliveira ao relatar sua visita aos índios tapirapés com Charles Wagley (2001, p. 60) deixou registrado que se deparou com a prática do infanticídio no meio daquela comunidade indígena.

Mais recentemente, na última década, inúmeras notícias surgiram, merecendo destaque na imprensa a triste realidade de que muitas crianças estariam sendo mortas, logo ao nascer ou quando ainda crianças, por causa de tradições ainda mantidas em determinadas tribos indígenas.

Não há dados registrados oficialmente, mas sabe-se que no Brasil, das cerca de 225 sociedades indígenas diferentes, é certo que a prática do infanticídio é comum em pelo menos 20 etnias. A prática, ainda que tradicional nessas tribos, vai desde a morte de recém nascidos portadores de deficiências físicas e mentais até a morte de gêmeos, filhos de mães solteiras, dependendo dos costumes da tribo. Nesses casos, a morte de crianças ocorre logo após o seu nascimento ou quando ainda pequenas (em caso de doenças), sendo que muitas delas são enterradas vivas, estranguladas, sufocadas, ou simplesmente deixadas no meio da mata para morrer. (SOUZA, 2009)

É inegável que tal prática, dentro da cultura indígena (tribos que assim procedem) faz parte de um costume milenar, tradicional e não se concebe uma ideia pura e simples de que possa ser extirpada da sua cultura de uma hora para outra. Ademais, a ocorrência de tal prática sempre foi do conhecimento de não índios que mantinham e mantêm convívio com comunidades indígenas, nas quais a mesma ocorre. Entendendo, assim, como uma prática cultural tradicional, tais pessoas sempre adotaram uma atitude de respeito e reconhecimento desta cultura interna vigente dentre os indígenas.

De uma forma geral, a visão antropológica que prima pela política não intervencionista sobre o assunto, bem como da própria FUNAI, é de que a cultura indígena deva ser preservada, sem se atentar para que tipo de prática seja

comum entre eles. Dessa forma, a posição é pela não interferência nas práticas culturais de quaisquer tribos indígenas, ou seja, impera um relativismo radical ou até mesmo muito simplificado⁷⁶, tornando determinadas culturas estáticas ao não se permitir qualquer tipo de transformação, ainda que, muitas vezes, desejadas pelos próprios índios.

A corroborar com tal explanação, tem-se o relato do antropólogo Erwin Frank, ao pesquisar os índios da Amazônia, especialmente os Yanomami. Sobre a prática do infanticídio entre os Yanomami, Erwin Frank, em entrevista publicada pela Folha de Boa Vista⁷⁷, menciona ser uma tradição muito arraigada na sua cultura e diz que “isso expressa a autonomia da mulher em decidir pela vida ou a morte do filho e funciona como uma forma de seleção para as malformações e para o sexo das crianças”. Ele ainda esclarece que para esse ato ou prática cultural,

[...] a índia se isola do grupo e entra na mata quando sente que vai dar à luz. Ali, sozinha, ela decide o destino do filho por diversas razões, sem a interferência de nenhum outro membro da comunidade, nem mesmo o marido. Ela cava um buraco no chão, coloca algumas folhas e tem o filho de cócoras. Um dos métodos para matar a criança é asfixiá-la com folhas. (2005)

Em seus estudos, referido antropólogo ainda revela que “as índias matam os filhos por qualquer malformação da criança ou se o sexo do bebê não corresponde ao esperado.” Ele diz: “Os Yanonami (*sic*), principalmente os grupos mais afastados, preferem que o primeiro filho seja homem. Então a mulher comete o infanticídio para não esperar tanto tempo para engravidar novamente”. E então, na opinião do referido antropólogo, “a nossa sociedade não deve perceber o infanticídio

⁷⁶ A antropóloga Rita Laura Segato, da Universidade de Brasília, apesar de defender a não interferências nas práticas culturais indígenas, expõe sobre o que ela denomina de falácia de uma visão simplificadora do relativismo, que acaba por ignorar divergências dentro de um mesmo contexto cultural: “[...] Outra possibilidade, que sugeri em alguns textos, consiste em revisar a maneira como nós antropólogos entendemos a noção de relativismo. De fato, recorremos freqüentemente ao relativismo de forma um tanto simplificadora, focalizando as visões de mundo de cada povo como uma totalidade. Com isso, muitas vezes não vemos ou minimizamos as parcialidades com pontos de vista diferenciados e os variados grupos de interesse que fraturam a unidade dos povos que estudamos. Não levamos em consideração as relatividades internas que introduzem fissuras no suposto consenso monolítico de valores que, por vezes, erroneamente atribuímos às culturas. Por menor que seja a aldeia, sempre haverá nela dissenso e grupos com interesses que se chocam. É a partir daí que os direitos humanos fazem eco às aspirações de um desses grupos.” (Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100008&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em 15 de março 2011).

⁷⁷ Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3980>>. Acesso em 16 de março 2011.

como uma barbárie contra criancinhas indefesas”. Ele concluiu que “esse é o modo de vida deles e não cabe a nós julgá-los com base nos nossos valores. A diferença entre as culturas deve ser respeitada”. (2005)

Alguns elementos culturais, no entanto, não podem ser vistos como absolutos tornando toda e qualquer prática cultural como algo aceitável, sob o argumento de que não se pode intervir nas tradições culturais, devendo as mesmas ser respeitadas e, assim, resguardado o direito “à diferença”.

Como se demonstrou anteriormente, a CF/88 foi enfática em reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231). No entanto, analisando o tema e tomando-se como premissa o direito à vida, à liberdade, à igualdade (art. 5º.), ainda que respeitando as diferenças, bem como as conquistas sob o enfoque dos direitos humanos, a questão posta não parece ser tão simples de ser resolvida, ou simplesmente, omitida.

A empreitada afigura-se complexa e não se pretende aqui estancar o assunto ou apresentar qualquer solução de caráter definitivo. Contudo, concebendo-se os direitos humanos como universais, em se tratando especialmente do “direito à vida” em colisão com o “direito à cultura dos povos indígenas”, ambos constitucionalmente previstos, algumas considerações devem ser tecidas. Aliás, deve ser observado que o próprio Supremo Tribunal Federal ao analisar o conflito entre manifestações culturais e o direito ao meio ambiente⁷⁸, com relação à crueldade praticada contra animais (“farra do boi” ou “briga de galo”) já assentou que “os excessos devem ser coibidos” e assim, a cultura foi preterida em favor da vida dos animais. Quanto mais se dirá em relação à vida humana.

Sob outro viés, deve ser observado que se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 1.057/2007, que trata da criminalização do chamado “infanticídio indígena”⁷⁹. No entanto, o enfoque do presente estudo é a análise do infanticídio como prática cultural indígena.

Então, a questão do infanticídio, ainda que vista como prática cultural em algumas tribos indígenas legitimada pela CF (art. 231) está muito longe

⁷⁸ REExt. nº. 153.531/SC e Adin nº. 1.856-6/RJ.

⁷⁹ Projeto de Lei nº. 1.057/2007 – Lei Muwaji que dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.

de ser resolvida de forma a não gerar conflitos. Mas o fato é que, hoje, até mesmo índios de algumas comunidades que praticam o infanticídio (como cultura) já têm se manifestado publicamente contrários a essa forma de morticínio.

Exemplo disso foi a publicação de uma “carta aberta”⁸⁰ (SOUZA, Raymond, 2009, p. 118-126) endereçada ao então Presidente da República, enviada por Edson Bakairi⁸¹, um líder indígena sobrevivente de tentativa de infanticídio.

⁸⁰ Carta Aberta do Movimento Indígena contra o infanticídio: “Ao Excelentíssimo Senhor Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, à Primeira Dama D. Marisa e à Nação Brasileira. Nós, indígenas do Mato Grosso e do Brasil, pedimos a sua atenção para os casos de infanticídio, que ocorrem impunemente nas aldeias indígenas do Brasil. O infanticídio, não é um fato novo, infelizmente sempre esteve presente na história das culturas indígenas. Entretanto, tem ganhado a visibilidade na mídia com a divulgação da história da menina Hakani, da etnia Suruwahá, a qual sobreviveu ao infanticídio após o suicídio de seus pais e irmãos. Estamos vivendo um momento de profunda mudança em nossa cultura e estilo de viver, por que vivemos hoje um novo tempo. A realidade dentro das comunidades indígenas é outra. Já não vivemos confinados em nossas aldeias, condenados ao esquecimento e à ignorância. O mundo está dentro das aldeias, através dos meios de comunicação, internet e da escola, o acesso à informação têm colocado o indígena em sintonia com os acontecimentos globais. Tudo isso tem alterado nossa visão de mundo. Hoje já não somos meros objetos de estudos, mas sujeitos, protagonistas de nossa própria história, adquirindo novos saberes e conhecimentos que valorizam a vida e a nossa cultura. Somos índios, somos cidadãos brasileiros! Vivendo na cidade ou na aldeia, não abandonamos as riquezas de nossas culturas, mas julgamos que somos plenamente capazes de distinguir entre o que é bom e o que é danoso à vida e a cultura indígena. Desde já, assumimos as responsabilidades de nosso destino e de fazer escolhas que contribuam para o nosso crescimento. Nos recusamos ativamente a ser meros fantoches nas mãos de organizações científicas e de estudos. Chega de sermos manipulados pelas Organizações Governamentais e não-Governamentais! Portanto manifestamos nosso repúdio à prática do infanticídio e a maneira irresponsável e desumana com que essa questão vem sendo tratada pelos Órgãos Governamentais. Não aceitamos os argumentos antropológicos baseados no relativismo cultural. De acordo com a nossa própria Constituição Brasileira de 1988, que em seu artigo 227, determina: “É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” [...] Não aceitamos o infanticídio como prática cultural justificável, não concordamos com a opinião equivocada de antropólogos que têm a pretensão de justificar estes atos e assim decidir pelos povos indígenas colocando em risco o futuro de etnias inteiras. O direito a vida é um direito fundamental de qualquer ser humano na face da terra, independentemente de sua etnia ou cultura. [...] Milhares de crianças já foram enterradas, enforcadas ou afogadas e quantas mais deixaremos passar por tal crueldade? Nosso movimento espera que a Lei Maior de nosso país seja respeitada, isto é, independentemente de etnia, cor, cultura e raça, todas as crianças gozem do direito à vida. [...]. Pedimos que os Órgãos competentes não mais se omitam em prestar socorro às mães e as crianças em risco de sofrer infanticídio. Nós, abaixo assinados, concordamos com os termos da carta aberta e juntos com os seus autores, pedimos aos governantes do País em todas as instâncias, providências ao combate e a erradicação do infanticídio, para que assim o sangue inocente não seja mais derramado em solo indígena, em solo brasileiro. Mato Grosso, Junho de 2008. Movimento contra o infanticídio indígena.”

⁸¹ Edson Bakairi é líder indígena em Mato grosso, professor licenciado em História com especialização em Antropologia pela UNEMAT, presidente da OPRIMT (Organização dos professores Indígenas de MT) por 3 anos e é sobrevivente de tentativa de infanticídio - abandonado para morrer na mata, foi resgatado e preservado com vida por suas irmãs.

Reafirmando-se aqui que não se justifica qualquer imposição de uma cultura sobre a outra, por se entender que não existe uma melhor que a outra (BRANDÃO, 1986, p. 7-9), o que se verifica, no entanto, é que à medida que os índios praticantes de determinada tradição, como a que ora se analisa, têm algum tipo de contato com os não índios, passam a ter um outro tipo de visão de suas práticas culturais. Quando isso ocorre, ou seja, quando um ou alguns da tribo, se negam a continuar praticando o infanticídio, eles correm o risco de serem isolados de própria tribo e, então, o conflito passa a existir dentro de uma mesma comunidade.

Outro relato de um índio merece destaque. Trata-se de Eli Ticuna⁸², segundo o qual “o povo indígena e sua espiritualidade é regido por leis que devem ser cumpridas. Caso eles não cumpram essas leis, o povo é amaldiçoado. Por isso, tudo que é anormal para os índios, é considerado como maldição pelo povo”. De acordo com Eli, não adianta fazer qualquer imposição aos índios, mesmo que seja algo favorável até mesmo à própria comunidade. Ele ressalta que

[...] o indígena deve ser muito bem informado a respeito das implicações de suas questões culturais. Só assim, eles terão condições, de forma natural e voluntária, de aceitar ou rejeitar determinada oferta que vem de ‘fora’.⁸³

Conclui-se, dessa forma, que as crianças indígenas estão sendo privadas daqueles “valores mínimos” de validade universal⁸⁴, como é o direito à vida. Por outro lado, muitos índios já adultos estão sendo privados de outro direito: o direito à liberdade, tudo em favor do argumento de que deve prevalecer o direito à tradição e à cultura. Contudo, como já se expôs, o exercício dos direitos culturais não é absoluto, pois sempre que houver outros direitos envolvidos, estes deverão ser devidamente apreciados e, sendo possível, poderão ser invocados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁸² Eli Ticuna é diretor adjunto da ONG ATINI.

⁸³ Relato extraído e disponível em: <<http://www.crianca.pb.gov.br/site/?p=4501>>. Acesso em 15 de março 2011.

⁸⁴ De acordo com WALZER (2003), os argumentos morais de justiça têm significado **mínimo** (de validade universal e compartilhados independentemente da cultura dos indivíduos) e **máximo** (de cunho mais particularista, que representam aqueles valores dos indivíduos que compartilham história e cultura comuns).

Sob outro aspecto, para que o direito à vida seja resguardado, deve ser efetivado, também, o direito à saúde.

4.2 O direito à saúde

Dentre as garantias constitucionais evidentemente estendidas aos povos indígenas, está o direito à saúde, que encontra respaldo no art. 196 da CF:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Apesar da positivação desse direito e a sua extensão aos povos indígenas, a sua efetivação ainda está muito aquém da realidade encontrada nas tribos indígenas, principalmente naquelas mais afastadas. Aliás, essa previsão já encontrava respaldo no Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/73):

Art. 54. Os índios têm direito aos meios de proteção à saúde facultados à comunhão nacional.

Portanto, não falta positivação, mas, sim, efetivação.

4.2.1 A saúde dos povos indígenas e a Convenção 169 da OIT

Não bastassem as garantias constitucionais e aquelas especiais previstas no Estatuto do Índio, no plano do Direito Internacional também são encontradas normas aplicáveis especificamente aos povos indígenas, tal como discorrido anteriormente.

Sob esse aspecto, tem-se a Convenção 169 da OIT, a qual, no tocante à saúde dos povos indígenas, traz previsões constantes dos artigos 24 e 25, merecendo destaque o primeiro deles:

Artigo 24. Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma.

A repercussão e a preocupação com a saúde dos povos indígenas, não só do Brasil, têm gerado efeitos na efetivação dos direitos e garantias conquistados. O tema passou a ser amplamente discutido em fóruns de debate em nível mundial e, com isso, a cobrança passou ser ainda maior.

4.2.2 Regimes da Seguridade Social

É de se registrar que o regime de saúde pública previsto na forma do art. 198, da CF, num primeiro momento, foi implementado aos povos indígenas e materializado através do Decreto nº. 3.156, de 27 de agosto de 1999, trazendo mudanças na prestação de assistência à saúde indígena, passando da FUNAI para a FUNASA – Fundação Nacional de Saúde, que até então era um órgão do Ministério da Saúde. Posteriormente à publicação do citado Decreto, foi aprovada a Lei nº. 9.836, de 23 de outubro de 1999, que veio a acrescentar à Lei nº. 8.080/90, dispositivos que instituíam o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. No ano de 1993, ocorreu a segunda Conferência Nacional de Saúde Indígena, momento em que diversas organizações indígenas debateram amplamente as propostas que estavam sendo gestadas em todas as regiões do Brasil sobre a perspectiva de criação de um sistema de saúde específico e diferenciado para as populações indígenas. Das resoluções dessa conferência, surgiu a Lei Arouca (Lei nº. 9.836/99), que criava o Subsistema de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas tendo por base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas. De acordo com a lei, o subsistema deveria:

[...] obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

Outras normas foram editadas, como o Decreto nº. 3.156/99, além da Portaria 852/99 da FUNASA.

Observa-se, no entanto, a par de todas as normas editadas, *que* “há um descompasso visível entre a normatização que é minuciosa e bastante avançada, e a implementação da política.” (VILLARES, 2009, pág. 280). Com isso, muitas propostas começaram a surgir no intuito de garantir a efetivação do direito à saúde pelos povos indígenas, inclusive a revogação do decreto que havia criado a FUNASA⁸⁵.

Em resposta ao impasse surgido entre as necessidades dos povos indígenas, especificamente no tocante à saúde e à política de funcionamento da FUNASA, por meio do Decreto nº. 7.336 em 19 de outubro de 2010, surgiu a Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI, uma área do Ministério da Saúde criada com o objetivo de coordenar e executar o processo de gestão do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena em todo Território Nacional. Com a criação da SESAI, ficou automaticamente extinta a FUNASA.

De acordo o art. 42, Anexo I do Decreto nº. 7.336/2010:

Art. 42. À Secretaria Especial de Saúde Indígena compete:

I - coordenar a implementação da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas mediante gestão democrática e participativa;

II - coordenar o processo de gestão do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena para a proteção, a promoção e a recuperação da saúde dos povos indígenas;

III - orientar o desenvolvimento das ações de atenção integral à saúde indígena e de educação em saúde segundo as peculiaridades, o perfil epidemiológico e a condição sanitária de cada Distrito Sanitário Especial Indígena, em consonância com as políticas e programas do Sistema Único de Saúde;

IV - coordenar e avaliar as ações de atenção à saúde no âmbito do Subsistema de Saúde Indígena;

V - promover a articulação e a integração com os setores governamentais e não governamentais que possuam interface com a atenção à saúde indígena;

VI - promover o fortalecimento e apoiar o exercício do controle social no Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, por meio de suas unidades organizacionais;

VII - identificar, organizar e disseminar conhecimentos referentes à saúde indígena; e

VIII - estabelecer diretrizes e critérios para o planejamento, execução, monitoramento e avaliação das ações de saneamento

⁸⁵ Trata-se da Proposta aprovada durante a Conferência Nacional dos Povos Indígenas/2006: “Retorno do patrimônio da saúde indígena e recursos qualificados para a Funai com a revogação do decreto presidencial que transferiu a saúde indígena para a Funasa.” (Disponível em: <http://www.funai.gov.br/projetos/Plano_editorial/Pdf/Relatorio-Conferencia.pdf>. Acesso em 31 de março 2011)

ambiental e de edificações nos Distritos Sanitários Especiais Indígenas.

A extinção da FUNASA e a criação da SESAI foram comemoradas entre as comunidades indígenas, certamente por se esperar que as mudanças reflitam o anseio por uma melhoria considerável na saúde desses povos, que tanto têm sofrido por falta de assistência médica.

4.2.3 Saúde como fator principal de decréscimo da população indígena

A própria FUNAI reconhece que os índices de mortalidade entre os índios chegam a ser de três a quatro vezes mais altos do que o restante da população brasileira. Entre as crianças, o problema se agrava ainda mais.

Conforme bem observa Luiz Fernando Villares, a saúde mais do que um regime de seguridade social se constitui como política pública fundamental para a inclusão do índio tendo em vista as dificuldades de atendimento e socorro, e a mortalidade acima da média,

Ao lado da proteção das terras tradicionais, o serviço de saúde é a política pública mais importante de proteção dos povos indígenas, pois a alta letalidade das doenças e a dificuldade no atendimento e socorro causam aos índios mortalidade acima da média da população brasileira. As doenças e os problemas de saúde se apresentaram como o primeiro fator do decréscimo das populações indígenas. (2009, p. 276)

Do relato de um índio (Belmiro Lourenço) extraído do Processo Administrativo nº. 08620.002582/2004-DV-13 da FUNAI, que tem por objeto a Revisão dos Limites da Terra Indígena Laranjinha, localizada nos municípios de Abatiá, Ribeirão do Pinhal, Santa Amélia e Bandeirantes (Paraná), denota-se a situação ora em comento,

[...] Depois deu a maleita aqui, lá também. E eles tomaram remédio forte e não guardava dieta. (...) **Morreram tudo desse jeito.** Tudo numa vezada assim. Por isso que acabou lá. Não ficou nenhum lá. Ficou só uma mulher, essa teve um pouco de tempo aqui, depois foi lá para o Pinhal (Pinhalzinho). Lá morreu. **Acabou tudo, fechou.** (...) (*ipsis literis*, grifos nossos)

Ora, se as doenças e os problemas de saúde são considerados o primeiro fator de decréscimo das populações indígenas, talvez seja o tempo de rever a ordem de prioridades estabelecidas tanto pelo Governo Federal quanto pela própria FUNAI e Conselhos Indigenistas, os quais, muitas vezes, têm se preocupado mais com a luta pela demarcação de terras do que com a saúde da população indígena brasileira. De nada adianta uma vasta extensão de terras demarcadas se os índios estão desassistidos em um de seus direitos primordiais – a saúde. É indiscutível que a saúde é um direito fundamental do ser humano. Se a população indígena não tiver esse direito efetivado na prática, cai por terra toda a preocupação no sentido de garantir o direito à igualdade, à diferença, às terras, entre outros. A saúde tem que ser vista como preocupação primária, a fim de estancar a alta taxa de mortalidade entre os índios, por problemas quase que ultrapassados pela grande maioria da população.

No início ano de 2009, uma notícia sobre a morte de uma criança indígena⁸⁶ trouxe à baila a triste realidade sobre a situação da saúde entre os índios. Trata-se da menina “Tititu”, da tribo Suruwahá, merecendo destaque a transcrição de alguns trechos:

[...] A menina nasceu com uma má formação no órgão genital e por conta disso deveria ter sido abandonada para morrer na floresta logo depois do parto. Mas, contrariando a tradição, seus pais lutaram para que ela recebesse tratamento médico e passasse por uma cirurgia corretora do órgão genital. [...] (2009)

Deve ser observado que os Suruwahás têm por tradição sacrificar crianças que nascem com problemas de saúde, constituindo-se a prática do infanticídio como tratado anteriormente. No entanto, os pais da menina “Tititu”, contrariando a tradição do seu povo, buscaram tratamento para sua filha, tendo sido compelidos até mesmo pelo órgão que deveria protegê-los.

[...] Conseguimos a autorização da FUNAI e levamos a família para São Paulo, onde ela foi acompanhada na USP e a cirurgia foi marcada. Devido a uma denúncia feita por antropólogos ultra-relativistas a FUNASA não concedeu a autorização para a cirurgia e os pais entraram em desespero. Tudo que eles queriam era a cirurgia e o tratamento médico de sua filha, e então retornariam para a aldeia. [...] Em alto e bom som, em rede nacional, Naru (pai da

⁸⁶ Disponível em: <<http://www.conteudo.com.br/providafamilia/mais-uma-crianca-indigena-morta-por-culpa-da-funai/?searchterm=atini>>. Acesso em 31 de março 2011.

menina) fez um apelo desesperado: Se o médico operar minha filha, meu coração vai ser só sorriso. **Se o médico não operar eu vou ter que dar veneno para ela. Meu coração vai ser só tristeza. Eu também acabaria tomando veneno, eu iria me matar.** [...] (grifos nossos) (2009)

Com a repercussão do fato, a FUNASA acabou autorizando a cirurgia na criança e o coração de seu pai “Naru” voltou a ser “só sorriso”. Mas a menina ainda necessitava de cuidados especiais.

[...] Em poucos meses a família estava de volta para a área indígena onde Tititu foi recebida com alegria, e foi totalmente aceita e amada pelo seu povo. Tudo levava a crer que Tititu tinha vencido - ela estava crescendo feliz e se tornando uma menina esperta e levada. Mas Naru e Kusiumã tinham consciência que a doença de Tititu era grave e que ela precisaria de acompanhamento médico pelo resto da vida. [...] A FUNASA assumiu o compromisso público de acompanhar Tititu e garantir que os exames não se atrasassem e que o remédio não faltasse nunca. Vários relatórios médicos indicavam que sem o medicamento na dose certa, Tititu sofreria uma desidratação súbita e poderia vir a óbito em poucos dias. (2009)

Apesar do compromisso assumido publicamente, a FUNASA (órgão responsável pela saúde dos povos indígenas, à época) não acompanhou a menina como deveria, e esta acabou sendo acometida por uma forte desidratação, vindo a falecer em seguida. O que poderia ter sido evitado, não foi.

A morte da pequena “Tititu” abalou aqueles que acompanhavam o caso e não se tratava de funcionários da FUNAI ou da FUNASA, órgãos que deveriam cuidar dos índios, mas missionários que acabaram ficando indignados com o ocorrido.

[...] A morte recente de Tititu por desidratação precisa ser explicada. A equipe da JOCUM não estava na aldeia por conta de uma determinação da FUNAI, que alega que os índios confiam mais nos missionários que nos funcionários, e que isso atrapalharia o trabalho das equipes de saúde. É verdade que os índios confiam mais nos missionários, que trabalham com eles desde 1985, falam a língua e respeitam a cultura do povo. Não é verdade que os missionários atrapalham o tratamento médico - pelo contrário, eles servem como intérpretes para as equipes da FUNASA e ajudam os funcionários a entender os melindres da cultura indígena para que os procedimentos médicos sejam compreendidos e aceitos pelo povo. (2009)

Os missionários da JOCUM (Jovens por uma missão) relataram que

[...] Sem a equipe de missionários, os Suruwahá ficam a mercê de funcionários que não falam a língua nem entendem a cultura. Na verdade, o enfermeiro nem estava na aldeia quando Tititu passou mal, mas num posto de saúde afastado. Naru teve que caminhar horas na mata com a Tititu doente nos braços. Ela já chegou no posto com desidratação avançada e não resistiu. (2009)

Extraí-se do relato acima que, não raro, os próprios órgãos de proteção dos índios acabam por corroborar com um fator limitador do que deveria ser atuação de sua exclusiva competência.

Como mencionado anteriormente, a criação da SESAI surgiu como resposta aos anseios por uma atuação mais efetiva desses órgãos, pois a omissão da FUNASA, em muitos casos, era latente.

Também deve ser consignado que a União tem se valido de critérios demasiado restritivos para prestar atendimento de saúde aos indígenas, pelo que o Ministério Público tem buscado pronunciamentos do Poder Judiciário⁸⁷ para fazer tutelar o direito à saúde, garantido aos indígenas em todo o território nacional, independentemente de estarem aldeados ou não.

⁸⁷ ACP. INDÍGENA. ASSISTÊNCIA. SAÚDE. LEGITIMIDADE. In casu, o MPF propôs ação civil pública (ACP) fundada em procedimento administrativo no qual se apurou a recusa de atendimento odontológico a uma indígena por não mais residir na aldeia, pleiteando a condenação da União e da Funai, dentro do subsistema do SUS, a garantir à família dela o acesso às ações de assistência à saúde prestadas pela Funasa, aos demais indígenas independentemente do local de sua residência, bem como a todos os indígenas que estiverem residindo fora da reserva. O juízo de 1º grau julgou procedentes os pedidos e cominou multa diária em caso de descumprimento da sentença, decisão confirmada em grau de apelação, advindo daí os REsps da União e da Funasa. Para o Min. Relator, a alegação de ilegitimidade ativa do MP para a causa não prospera, ressaltou que a tutela buscada na ação não alcança apenas uma pessoa, mas assegura assistência médica e odontológica a todos os indígenas que se encontram na mesma situação constatada no caso concreto, que evidenciou a postura da Administração de limitá-la aos habitantes do aldeamento específico. Na verdade, conforme a legislação vigente, deve ser assegurada a assistência aos indígenas em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, inexistindo respaldo jurídico para o critério excludente defendido pela União de que os serviços de saúde alcançam apenas os índios aldeados. Desse modo, é infundado o argumento de que o acórdão recorrido impõe uma obrigação desproporcional à União, priorizando os indígenas não aldeados (ou seja, já integrados à sociedade) em detrimento de outras tantas realidades mais carentes de proteção, isso porque a tutela judicial buscada pelo Parquet, assegurada na sentença e no acórdão, não acarreta prioridade alguma; ao contrário, impõe um tratamento igualitário dos indígenas, afastando-se o ilegítimo discrimen utilizado pela União e pela Funasa, para que o acesso ao serviço de saúde, que já vem sendo prestado, seja assegurado também aos que não residam no aldeamento. Quanto à multa diária, já está consolidado, na jurisprudência do STJ, o entendimento de que essa é cabível contra a Fazenda Pública e a aferição de sua necessidade, bem como eventual redução de valor competem às instâncias ordinárias. Com esses fundamentos, entre outros, a Turma conheceu em parte dos REsps, mas lhes negou provimento. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.040.411-RS, DJe 19/12/2008; REsp 776.065-SP, DJe 25/9/2008, e REsp 987.280-SP, DJe 20/5/2009. REsp 1.064.009-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4/8/2009.

A consideração do índio como sujeito de direitos pugna por demandas específicas de atendimento por parte do Estado, quer pelo desenvolvimento de políticas públicas, quer pela organização de regimes especiais de seguridade social, ou ainda, do aparelhamento dos órgãos do Estado, especialmente as autarquias já existentes para promover o atendimento adequado aos indígenas especialmente no que diz respeito à saúde e à previdência. Tudo isso faz-se necessário para a consolidação de um Estado Democrático de Direito pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e na igualdade material. Na área específica da saúde, os grupos mais oprimidos e discriminados são os que mais sofrem e, dentre esses grupos, estão os índios.

Como se não bastasse a falta de efetivação desse direito conquistado, em muitos casos, como o da menina “Tititu”, anteriormente relatado, essa efetivação também se esbarra no choque cultural, o qual ocorre quando a própria comunidade indígena se posiciona de forma contrária a determinado tipo de tratamento por conta de seus costumes e tradições⁸⁸.

4.3 Choque de civilizações e colisão de direitos: direito à vida, à saúde, à liberdade e à tradição

Como já demonstrado, no presente trabalho, os povos indígenas obtiveram algumas conquistas no tocante aos seus direitos, especialmente o direito à igualdade, respeitadas suas diferenças.

Tem-se de um lado, portanto, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º., CF); a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios da República Federativa do Brasil (art. 4º.); além do direito à vida⁸⁹, à igualdade e à liberdade, como direitos individuais e

⁸⁸ Em algumas comunidades indígenas, como se demonstrou, o infanticídio é praticado quando uma criança nasce com algum tipo de deformidade física ou mental, por se entender que aquela deformidade é um sinal de maldição para a comunidade e, por isso, os chefes da tribo não procuram e, às vezes, chegam a impedir a realização de tratamento médico, contrariando, inclusive, a vontade dos pais da criança, como se viu no caso da menina “Tititu”.

⁸⁹ José Afonso da Silva, ao observar que a vida humana é o objeto do direito assegurado no art. 5º., e diz ser ela que “constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.” Ainda, que “[...] de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.” (2010, p. 198)

fundamentais garantidos a todos sem distinção de qualquer natureza (art. 5º.) e, como se não bastasse, a previsão de que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança [...] o direito à vida” (art. 227). Mas de outro, o direito de serem reconhecidos aos índios a sua organização social, costumes, crenças e tradições (art. 231). Além do que, tem-se ainda o direito à saúde e à educação, também estendidos aos povos indígenas de maneira específica.

Não se pode negar que a Constituição de um povo deve servir de instrumento de transformação social, e suas normas devem servir de parâmetro para dirimir conflitos ou incompatibilização de preceitos.

A problemática colocada, então, reside em como mediar conflitos desta natureza. Se existem direitos que se contrapõem em dado momento, justifica-se o diálogo como premissa para efetivação dos direitos conquistados, bem como a análise de cada um deles, ainda que no contexto dos povos indígenas, ponderando-os a fim de buscar sempre uma decisão mais justa.

4.3.1 Retomada da questão do diálogo intercultural

Partindo, então, do pressuposto de que conflitos como ora tratados, ainda que analisados dentro da concepção da dignidade da pessoa humana, diferem de um povo para o outro e até mesmo de uma etnia indígena para outra, recorrer a “diálogos interculturais”, conforme defendido por Boaventura Santos, afigura-se de muita propriedade como forma de se resolver ou, ao menos, tentar resolver situações como é o caso da prática do infanticídio indígena.

Aliás, Reinéro Antônio Lérias (2007, p. 111-130), em seu artigo intitulado “Ética, Moral, Ciência e Direitos Humanos”, demonstrando a necessidade de “inter-relação entre ética, moral, ciência e direito humanos em um sentido interdisciplinar e multidisciplinar”, tece várias considerações a respeito de “um novo paradigma do conhecimento”, a partir da análise dos direitos humanos em casos de sexismo e racismo e, em suas considerações finais, ele diz:

[...] Ressaltou-se que cada momento histórico engendra os seus valores e suas regras de conduta, transformando-os em paradigmas

que se pretendem eternos. Mas que ao passar o tempo vão sendo substituídos por outros valores e regras de conduta, que também buscam a eternidade. Sabe-se que nenhum paradigma consegue substituir totalmente aquele que veio substituir. Nos dias coevos convivem valores e condutas milenares com outros que nascem sem se conseguir compreendê-las de maneira plausível. A escravidão humana em suas novas formas, campeia a mídia em todo mundo; a violência contra a mulher também. Os genocídios não são coisas do passado. E, no entanto nunca se discutiu tanto o sentido da ética e da moral. (2007, p. 126)

Mais adiante,

O empecismo cultuado milenarmente pelo homem tem que ser revisto, mesmo porque, quer se queira ou não ele é antes de mais nada um animal e, ao que tudo indica, desviante da natureza. (2007, p. 127)

Por meio de alguns relatos, como se viu anteriormente, pode-se constatar que mesmo sem tentar impor uma determinada cultura sobre a outra, mas utilizando-se de comunicação ou, segundo alguns autores, de diálogos éticos, muitos índios que pela tradição de sua tribo entendiam como maldição: o nascimento de gêmeos; o fato de uma criança nascer com determinado problema físico ou passar a portar determinada doença; após o diálogo, mudaram a visão, permitindo-se, num processo de abertura cultural, realizar tratamentos médicos quando necessários ou, em outros casos, possibilitar o crescimento de várias crianças condenadas à morte.

Não se trata, por certo, de invadir a cultura indígena impondo outros costumes de forma autoritária, mas buscar e proporcionar “diálogos interculturais”, como forma de promover a efetivação da garantia dos direitos humanos, principalmente, o direito à vida.

Do trabalho e visitas realizadas junto aos índios tapirapés, o antropólogo CARDOSO DE OLIVEIRA nos traz o seguinte relato:

Tratava-se da prática do infanticídio e a reação de freiras católicas que habitavam na aldeia. Fomos confrontados com o choque entre valores ocidentais (ou cristãos) e os valores tribais, especialmente no que tange ao sentido da vida. Os índios tapirapés, que moram no vale do rio do mesmo nome, estabeleceram a prática de eliminar o quarto filho. Era uma tentativa de manter a população em número reduzido e assegurar mais de mil indivíduos. Curiosamente, eles descobriram, após séculos de experiência, que, para manter a

população em nível estável, um casal não poderia ter mais de três filhos. Uma vez estabelecida a prática, era difícil erradicá-la, mesmo após uma queda dramática na população que, no momento em que estávamos realizando o trabalho de campo, se mantinha em 54 indivíduos! Ao final, as missionárias, graças a poucas iniciativas – das quais há várias versões registradas – persuadiram o grupo indígena a abandonar o infanticídio. A **interação comunicativa** de perfil positivo foi aplicada a um sistema interétnico formado por missionárias e índios, carregando a marca da sociabilidade “democrática”. Wagley e eu observamos uma comunidade de **comunicação genuína** (como hoje interpreto o que vi naquele momento) entre dois grupos. Nenhum dos habituais mecanismos repressivos e autoritários associados aos missionários foi evidenciado. É verdade afirmar que a Missão das Irmãs de Jesus foi diretamente responsável pela hábil defesa de argumentos em favor do abandono do infanticídio. [...] Elas atribuíam o **maior valor ao indivíduo**, enquanto os tapirapés claramente colocavam a comunidade acima de todos os outros valores. Duas moralidades suscetíveis de **intercâmbio** por meio do **diálogo persuasivo**, de uma argumentação racionalmente elaborada. (2001, p. 61, grifos nossos)

Referido autor observa, no entanto, que nem sempre o diálogo interétnico é “conduzido dentro de linhas argumentativas democráticas” (2001, p. 61). Ele mesmo traz outros relatos de que situações diversas ocorriam com resultados terríveis para a cultura indígena, onde não havia a comunicação “que é um pré-requisito para o diálogo”. (2001, p. 62)

Era o que ocorria com a política indigenista integracionista, pautada numa integração a qualquer custo e, invariavelmente, em total detrimento dos interesses indígenas, pois esse confronto interétnico acabou lhes causando danos imensuráveis. No processo interativo, a comunicação deve ser a premissa para o diálogo e, conseqüentemente, para o enriquecimento não só da cultura indígena, como também daqueles que com ela interagirem. Pode-se concluir que a integração a qualquer custo, imposta ou coativa, destrói, enquanto que a interação pautada no diálogo constrói.

Citando mais uma vez Cardoso de Oliveira (2001, p. 65), pode-se dizer que “a cultura como conceito obscurece uma dimensão difícil da vida em sociedade, que raramente aparece sob escrutínio etnográfico”. O que deve ser buscado num processo verdadeiramente interativo é o reconhecimento de que não existe uma cultura melhor do que outra, umas podem aprender com as outras e, por

isso, sempre podem estar abertas ao crescimento por meio da interação. Aliás, Boaventura Santos (2003, p. 447) já disse que “o reconhecimento de incompletudes mútuas é condição ‘sine qua non’ de um diálogo intercultural.” Na verdade, o reconhecimento é que possibilitará o diálogo, mas por outro lado e de certa forma, paradoxalmente, há necessidade do diálogo para possibilitar esse reconhecimento.

Também deve ser frisado que não se chega ao ponto de analisar qual direito deve se sobrepor ao outro, mas de convalidar todos os direitos conquistados e, partindo-se da premissa do direito fundamental à liberdade, reconhecer o direito dos povos de dialogarem entre si, como forma de avaliarem suas dificuldades e possibilidades de encontrarem soluções, permitindo, assim, aos índios à liberdade de escolha.

Dessa forma, há que ser efetivado (porque reconhecidas a igualdade e a liberdade como direitos fundamentais) o direito de todo indivíduo, índio ou não, de se levantar contra uma cultura ou valores culturais que vierem a ser danosos à própria vida.

Analizando a proposta do “diálogo intercultural” e da “hermenêutica diatópica” sustentados por Boaventura Santos, parece haver certo paradoxo quando se depara com a questão do infanticídio indígena no Brasil. Evidente que para ser colocada em prática a proposta em questão, considerando-se a realidade das tribos indígenas brasileiras, haveria necessidade de analisar a conceituação de dignidade humana dentro de cada etnia, já que o infanticídio não é praticado em todas as tribos, mas em número considerável delas, como: Uaiuai, Bororo, Mehinaco, Tapirapé, Ticuna, Amondauau, Uru-eu-uauuau, Suruwaha, Deni, Jarawara, Jaminawa, Waurá, Kuikuro, Kamayurá, Parintintin, Yanomami, Paracanã, Kajabi (SOUZA, Raymond, 2009, p.17), ainda que se considere que esses dados não sejam oficiais.

Parafraseando Boaventura Santos (2003, p. 458), ao serem analisados os direitos humanos e a questão de sua universalidade em cotejo com a realidade existente nas diferentes regiões culturais ao redor do mundo, surge a proposta da “hermenêutica diatópica”, ou seja, utilização de procedimentos de interpretação considerados adequados para o estudo das culturas, como forma de transformação dos direitos humanos, ligando diferente línguas e culturas e tornando

“mutuamente inteligíveis e traduzíveis”. Deve ser observado ainda que, nesse procedimento, deve-se buscar a ampliação do conceito das “incompletudes” de cada cultura, como forma de possibilitar o diálogo. Boaventura (2003. p. 458) ressalta que, embora esse projeto possa parecer “utópico”, “[...] nem por isso deixa de ser uma exigência ética séria”.

Então, baseado na argumentação de Boaventura Santos acerca da “hermenêutica diatópica”, haveria necessidade de analisar a cultura de cada uma das etnias indígenas em particular e, na medida do possível, fazer um cotejo com o *topoi* dos direitos humanos, já que cada tribo tem uma concepção diferente de dignidade, de vida humana. Para exemplificar, um bebê indígena não é considerado humano ao nascer, muito diferente da conceituação que entendemos por vida humana; para os índios, o bebê vai adquirindo personalidade ao longo de sua vida e das relações sociais que estabelece.

Não se justifica pensar na prevalência de um determinado princípio ou norma constitucional, sem se atentar para as particularidades do caso concreto, segundo um critério razoável de justiça, razão pela qual o “diálogo intercultural” proposto afigura-se muito apropriado, como forma de proporcionar aos índios, no mínimo, o direito à liberdade de escolha e segundo uma ótica de verdadeira interação com respeito às diferenças culturais, não só de direito, mas de fato. As conquistas obtidas, seja no plano dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, não podem ficar apenas no plano do discurso.

Trazendo o tema para o enfoque deste estudo e analisando-o sob a ótica da necessidade da verdadeira interação, do interculturalismo, não se pode admitir que os índios fiquem à margem dessa troca de saberes ou “diálogos interculturais”.

Os direitos indígenas conquistados, incluindo-se aqui especificamente os costumes, crenças e tradições (art. 231), não podem ser efetivados a qualquer custo, sem atentar-se para os princípios e garantias fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal, principalmente os direitos humanos tidos como universais, como o direito à vida. A consolidação de um Estado Democrático de Direito há que se pautar no princípio da dignidade da pessoa humana, sem se descuidar da igualdade e liberdade.

Como a questão do infanticídio considerada como prática cultural legitimada na Constituição Federal é complexa, nada mais justificável do que *a priori* considerar os “diálogos interculturais”, não como forma de impor-se uma cultura sobre a outra, mas buscar garantir aos índios, além do direito à vida, o direito à liberdade de optarem por continuar ou não com suas tradições e hábitos milenares, considerados nocivos à própria vida, como forma de garantir até mesmo a própria sobrevivência de algumas comunidades indígenas.

Para viabilizar esse diálogo, então, deve-se buscar a efetivação de outro direito conquistado pelos povos indígenas: o direito à educação diferenciada.

4.4 O direito à educação diferenciada

Além do direito à saúde, está o direito à educação diferenciada, estabelecido em meio às garantias constitucionais em favor dos povos indígenas. O art. 210, § 2º., dispõe o seguinte:

Art. 210 Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

[...]

§ 2º. O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Assegurar às comunidades indígenas o aprendizado em suas línguas maternas durante a fase do ensino fundamental, constitui-se como a grande premissa para o exercício da cidadania desses povos.

O ensino bilíngue já era garantido desde 1973, conforme disposição constante do art. 49 do Estatuto do Índio:

Art. 49. A alfabetização dos índios far-se-á na língua do grupo a que pertençam, e em português, salvo o uso da primeira.

Embora a garantia de que a alfabetização fosse feita na língua indígena própria, até a CF/88 a educação indígena era toda “orientada para a integração na comunhão nacional”. (SOUZA FILHO, 2009, p. 159)

A partir de então, com essa mudança paradigmática, considerando a “interação” como meta, com o respeito à alteridade dos povos indígenas, a busca pela efetivação desse direito passou a ser intensificada.

4.4.1 Educação: premissa para o exercício dos direitos conquistados

Trazendo o tema para o objeto de estudo, tem-se que para garantia dos direitos, o índio é tratado com diferença por ser minoria em relação a um grupo maior e, assim, a Lei trata o desigual de forma desigual para garantia de seus direitos. O tratamento desigual, sob esse viés, justifica-se no tratamento diferenciado com possibilidade de igualdade, analisando as diferenças de acordo com o caso concreto.

Especialmente sob o ponto de vista do direito à educação, que é tema central deste tópico, deve ser observado que além de todas as disposições relativas à educação, válidas para todas as crianças brasileiras, a Constituição Federal e as leis do País trazem uma série de normas específicas sobre a educação indígena. Essas normas acabam por positivar os direitos humanos sociais e culturais. Toda e qualquer regra ou princípio a respeito da educação se insere no contexto dos direitos humanos referidos. Todavia, no caso da educação indígena, além da formação do indivíduo, do acesso ao conhecimento, à expressão, ao trabalho, etc., deve haver ainda uma maior preocupação, já que se trata da sobrevivência da cultura de cada um dos povos que tomam parte na construção da nação brasileira.

Sendo assim, no caso específico dos indígenas, diante da história de extermínio físico e cultural a que foram submetidos pelos colonizadores europeus, existe uma dívida ainda maior da sociedade brasileira, no sentido da preservação da cultura, da língua, do conhecimento, do modo de vida de cada um dos diferentes povos que fazem do Brasil, conhecido como o país de maior sociodiversidade do planeta.

4.4.2 A educação indígena na Constituição Federal

Justifica-se, pois, a necessidade de organização de um sistema especial de proteção ao índio que possibilite sua inclusão efetiva e a plenificação de seus direitos de cidadania. O ordenamento constitucional, então, se revelou atento às suas especificidades. É o que se verifica no art. 210, § 2º., que novamente se transcreve:

§ 2º. O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Restou assegurado não apenas o direito à educação com o ensino fundamental básico, mas respeitando o direito à diferença, garantiu-se às comunidades indígenas o aprendizado (durante o ensino fundamental) em suas línguas maternas. Nesse ponto, o legislador constitucional deixa evidente a “mudança de paradigma”, haja vista que a mentalidade que imperava quando da elaboração do Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001/1973), explicitamente no art. 50, era de que a educação do índio deveria ser “orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional, bem como do aproveitamento das suas aptidões individuais”.

O direito à educação já era previsto, portanto, desde a entrada em vigor do Estatuto do Índio (1973). Porém, essa educação deveria estar baseada na política indigenista existente à época, ou seja, pautada na integração. Daí, a mudança de paradigma ocorrida com a CF/88, sob esse aspecto, visto que o direito à educação diferenciada prevista no art. 210, § 2º. da CF, amolda-se à política de interação, hoje em vigor.

4.4.3 A educação indígena e as previsões infraconstitucionais

Infraconstitucionalmente, deve ser mencionada, primeiramente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº. 9.394/96) que assegura o respeito à multiculturalidade e em seu art. 78, dispõe:

Art. 78 O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

I – proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;

II – garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.

Os dispositivos legais em questão constituem o que se denomina “[...] rompimento com a mentalidade civilizatória que, carregada de etnocentrismo, considerava as culturas indígenas como um símbolo inequívoco de atraso”. (MOTTA, 1997, p. 453)

A Lei nº. 10.172/01 que aprovou o Plano Nacional de Educação, especificamente sobre Educação Indígena, traça no item 9.3.9 os objetivos e metas:

Estabelecer, dentro de um ano, padrões mínimos mais flexíveis de infraestrutura escolar para esses estabelecimentos, que garantam a adaptação às condições climáticas da região e, sempre que possível, as técnicas de edificação próprias do grupo, de acordo com o uso social e concepções do espaço próprios de cada comunidade indígena, além de condições sanitárias e de higiene.

A Portaria Interministerial nº. 559/91, do MJ e MEC, por seu turno, também deve ser citada por trazer a pretensão de:

[...] garantir às comunidades indígenas uma educação escolar básica, de qualidade, laica e diferenciada, que respeite e fortaleça seus costumes, tradições, língua, processos próprios de aprendizagem e reconheça suas organizações sociais.

O art. 8º, alíneas “d” e “e”, dispõe ainda que no processo de reconhecimento das escolas destinadas às comunidades indígenas devem ser consideradas características específicas da educação indígena no que se refere ao “funcionamento de escolas indígenas de ensino fundamental no interior das aldeias indígenas, a fim de não afastar o aluno índio do convívio familiar e comunitário”; e ainda, a “construção das escolas nos padrões arquitetônicos característicos de cada grupo étnico, respectivamente.”

Oportuno também destacar a Resolução nº. 3/99 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que fixa diretrizes nacionais para o funcionamento das escolas indígenas.

Evidencia-se, dessa forma, que o ordenamento jurídico nacional, seja no plano constitucional, seja infraconstitucional, confere proteção especial ao acesso das comunidades indígenas à educação. Ressalte-se que esse acesso ainda visa assegurar que, no processo educacional, sejam atendidas as especificidades da cultura indígena. Sob esse viés, denota-se a intenção do legislador em aplicar o princípio da isonomia para assegurar o direito à igualdade no atendimento educacional a toda população, independente de raça ou origem, porém, garantindo-se aos indígenas, atendimento especial como forma de conferir “tratamento desigual aos desiguais”.

E é exatamente nesse sentido que se justifica que a educação indígena (no ensino fundamental) seja bilíngue e voltada à preservação e à valorização de suas identidades culturais, proporcionando-se “[...] tratamento diferenciado para os índios para se adequar às suas especificidades o ensino a eles destinado, porque são participantes de uma minoria étnica que merece todo o respeito e o direito a alteridade cultural.” (MOTTA, 1997, p. 454). Referido autor, falando sobre a valorização da pluralidade cultural e da participação indígena no século XXI, ressalta:

No entanto, a oferta de educação escolar específica, diferenciada, intercultural e em conformidade com o universo sócio-linguístico de cada povo indígena, deve ser enfocada e executada de forma democrática, isto é, a ação do Estado deve assegurá-la como um direito a ser implementado com a participação das comunidades indígenas, de suas organizações e de suas entidades afins, e não como uma imposição obrigatória para todos os índios. [...] Felizmente, a experiência e a visão antropológica de Darcy Ribeiro contribuíram para dar aos dispositivos relativos à educação indígena uma dimensão coerente com a abertura necessária para se enfrentar esses desafios, valorizando a pluralidade cultural. (MOTTA, 1997, p. 455)

Daí se dizer que não se justifica uma sobreposição de uma cultura dita dominante sobre a outra, mas possibilitar, por meio da educação, o diálogo entre as culturas e o acesso dos índios a exercer plenamente o direito à cidadania.

4.4.4 Educação como forma de promover a interação

Como se demonstrou no capítulo 3, apesar de considerar que a concepção acerca dos direitos humanos tenha sido desenvolvida num contexto ocidental, deve ser superada a velha discussão entre a corrente universalista (dos direitos humanos) e a relativista (das culturas).

Discorrendo acerca das teorias da justiça, buscou-se demonstrar que as formulações defendidas por John Rawls⁹⁰ seriam de difícil aplicação frente aos povos indígenas, especialmente sob o viés do “véu da ignorância”, considerando-se as particularidades e diferenças culturais. Sob outro aspecto e contrapondo a teoria de John Rawls, foram citados alguns pontos da proposta formulada por Enrique Dussel⁹¹, mas também a dificuldade de sua aplicação, se consideradas as tensões enfocadas no presente trabalho. Como alternativa, tomou-se como referencial a posição sustentada por Michael Walzer⁹², na medida em que, embora atrelado a uma concepção acerca das diferenças e da autonomia cultural, referido autor procura conciliar essas diferenças com os princípios e ideias defendidas pela corrente universalista.

Esta última posição se amolda ao tema objeto da presente pesquisa, porque, ao mesmo tempo em que é exigido o respeito pelas diferenças culturais dos povos, não se pode correr o risco de chegar ao extremo de serem desconsiderados os direitos humanos universais e a sua não efetivação frente aos povos indígenas.

Se o objetivo maior é a busca por uma sociedade justa, nenhuma cultura pode se considerar superior, mas deve sempre se reconhecer como incompleta e disposta ao diálogo, com vistas ao enriquecimento cultural de todos os participantes desse diálogo. No caso dos povos indígenas, esse diálogo tem se

⁹⁰ John Rawls, como visto, é considerado defensor da corrente universalista, na medida em que sustenta suas argumentações numa ideia de “justiça como equidade”, ou seja, de igualdade e respeito aos direitos humanos, como condição necessária de integração à comunidade internacional.

⁹¹ O filósofo argentino Enrique Dussel está entre os defensores da corrente relativista, pois fundamenta seu discurso no princípio da alteridade e diferenças culturais dos povos, bem como a realidade latino-americana e sua posição frente a dominação pelo mundo ocidental.

⁹² Michael Walzer, por seu turno, situa-se entre os defensores da corrente comunitarista. Ele sustenta alguns argumentos procurando conciliar as teorias universalista e relativista.

demonstrado muito proveitoso, possibilitando, em alguns casos, até mesmo a sobrevivência de alguns grupos, como se concluiu da experiência relatada por CARDOSO DE OLIVEIRA (2001, p. 61).

Aliás, é com essa perspectiva que deve ser entendido o verdadeiro sentido do processo interativo, no qual se pauta a política indigenista atualmente. Parafraseando Orlando Villas Bôas (2006, p. 175), na interação, deve ocorrer um processo de aculturação e absorção e, assim, quem participa desse processo pode adquirir traços de outra cultura sem perder os seus. Nesse sentido, pode-se dizer que há muito da cultura dos “não índios” a ser absorvido pelos índios e, conseqüentemente, há muito da cultura indígena a ser absorvido e aprendido pelos “não índios”. Esse é, também, o objetivo e o sentido do diálogo interativo.

Por outro lado, como forma de promover esse diálogo dentro de um processo de interação e buscando a realização da tão almejada justiça, há que ser efetivado o direito à educação diferenciada.

Sendo assim, para que os índios possam exercer seus direitos assegurados, seja no plano constitucional, seja infraconstitucional e ainda nos documentos e tratados internacionais, deve ser assegurado (não como forma de imposição) o acesso à educação, sendo esta a via a permitir um diálogo necessário para troca de saberes. Impedir ou dificultar o acesso à educação, fatalmente, leva o distanciamento e até mesmo à exclusão do grupo, o que, ao longo do tempo, pode colocar em risco a sua própria sobrevivência física e cultural. Já o fortalecimento desse grupo, levando-se em conta a sua identidade cultural, considerando suas especificidades, permitindo-lhes o acesso à educação nos moldes garantidos constitucionalmente, impulsiona-os a descobrir suas potencialidades e, indubitavelmente, abre caminho para o diálogo com outras culturas, num verdadeiro processo de interação e interculturalismo.

A educação é um poderoso instrumento de autodeterminação dos povos indígenas, os quais devem estar num processo de conhecimento da sociedade e liberdade de ação (VILLARES, 2009, p. 263). Contudo, o papel da educação, num primeiro momento, deve ficar restrito a transmitir os conhecimentos tradicionais necessários à vida em comunidade dentro da aldeia indígena.

Posteriormente, há que se respeitar os limites de cada comunidade, oportunizando a elas a liberdade e o direito de se autodeterminar.

Luiz Fernando Villares (2009, p. 264) ainda contribui dizendo que “São os povos indígenas os protagonistas de sua própria educação, num processo que é comunitário e individual, pois depende da vontade do indivíduo de escolher seus caminhos e seu lugar no mundo.”

Não se pode negar que a escola, antes vista até mesmo como forma de ameaça à cultura indígena, hoje tem sido reivindicada pelos índios que não mais se contentam em ficar em suas tribos adstritos a sua própria cultura, merecendo a intervenção da FUNAI, que deve buscar a efetivação desses direitos se necessário até pelas vias judiciais⁹³. Dessa forma, havendo qualquer modo de discriminação em

⁹³ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO INFANTIL PARA CRIANÇAS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO DE ABELARDO LUZ. DEVER CONSTITUCIONAL. FUNAI.

1. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a organização em regime de colaboração de seus sistemas de ensino, uma vez que, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal, "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

2. O artigo 211, § 1º. da Constituição Federal determina que a União, além de organizar o sistema federal de ensino e dos Territórios, exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino, mediante assistência técnica e financeira aos Estados e Municípios.

3. Em que pese a Constituição Federal imponha ao Município o dever de promover atuação prioritária no ensino fundamental, nos termos do § 2º. do artigo 211 da Constituição Federal, o *caput* do mesmo dispositivo prevê a atuação supletiva da União Federal em matéria educacional, justamente para suprir eventual deficiência ou omissão do Município que deixa de atender a equalização de oportunidades educacional e o padrão mínimo de ensino.

4. Em se tratando de um dever constitucional, não cabe sob o argumento de que se está diante de normas meramente programáticas, pois esse dever imposto pela Constituição Federal é muito mais concreto e eficaz do que um mero programa de políticas públicas. Ademais, trata-se, na verdade, de um direito constitucional subjetivo em prol das crianças indígenas, decorrente de preceito expresso na Constituição Federal (art. 210, § 2º., incorporado pela legislação infraconstitucional através da Lei de Diretrizes para Educação, Lei nº. 10.172/2001).

5. A própria Constituição Federal, ao mesmo tempo em que estabelece o direito fundamental ao ensino básico, prevê os recursos orçamentários necessários para a concretização desse direito (artigo 12 da Constituição Federal de 1988).

6. Diante desse quadro legislativo infraconstitucional e Constitucional, em que ao mesmo tempo a Constituição Federal estabelece um direito fundamental e sua fonte orçamentária, improcede a afirmação de que a implementação de condições básicas e fundamentais de ensino em prol das comunidades indígenas seja mera norma programática ou prerrogativa do Estado.

7. A responsabilidade pela implantação desse direito fundamental, em princípio, é do Estado e do Município, nos termos do artigo 211, § 2º. e § 3º. da Constituição Federal, com atuação SUPLETIVA da União Federal na eventual omissão do ente municipal e estadual, conforme prevê a Constituição e a Lei nº. 10.72/2001, Plano Nacional de Educação.

8. A FUNAI não pode ser desobrigada de contribuir e responsabilizar-se, pois não se trata de um projeto educacional comum. Ademais, está amparado pela Constituição Federal, que assegura às comunidades indígenas o direito de uma educação escolar diferenciada, de qualidade, com a

relação às minorias indígenas ou verificando-se a omissão do Estado em cumprir ou implantar políticas públicas no sentido de dar efetividade às garantias conquistadas, cabe a intervenção do Judiciário, o qual passa a agir como instrumento de defesa dos povos indígenas.

Discorrendo acerca do tema, especificamente no tópico “Decisão Judicial: garantia das minorias e desobstrução dos canais democráticos”, Edinilson Donisete Machado argumenta o seguinte,

Desobstruídos os canais democráticos, para que ocorram as mudanças desejadas pela maioria, a ação do Judiciário deixa de ser uma prática meramente negativa, de defesa das minorias contra a democracia, passando a ser instrumento de defesa da maioria contra os obstáculos decorrentes da adoção de mecanismo de representação. (2006, p. 126)

E ele ainda ressalta que “Os Tribunais deverão verificar o processo democrático e, se ele estiver promovendo alguma discriminação quanto às minorias, os tribunais estariam autorizados a intervir.” (2006, p. 127)

De todo modo, sempre que necessário, poderá haver a intervenção do Judiciário como forma de se efetivar as garantias conquistadas pelos povos indígenas.

E é exatamente em função de argumentos como os aqui expostos, que não mais se justifica uma política integracionista, mas também não pode prevalecer o não integracionismo exacerbado, que poderia ceder lugar a uma exclusão social de uma classe que, por muito tempo, foi considerada inferior. O que deve ser buscado é a interação, respeitando-se as diferenças, num processo de aprendizado mútuo, um verdadeiro “duólogo”, no qual todos podem crescer e assim, garantir a própria sobrevivência do grupo.

CONCLUSÃO

De excluídos, marginalizados, dominados e subjugados, os povos indígenas do Brasil podem ser considerados vitoriosos, pois sua trajetória é marcada pela luta por sua própria sobrevivência.

Ao longo da história, como demonstrado neste trabalho, os índios ganharam espaço e reconhecimento, seja por meio da criação de órgãos, seja por meio de um tratamento legal especializado.

Até pouco tempo, o que se buscava por meio da chamada política indigenista era a integração do índio à comunhão nacional. Num processo eminentemente assimilacionista, buscava-se a civilização do índio a qualquer custo, como forma de integrá-lo a uma cultura considerada adequada e, portanto, superior. Aquela cultura europeia ocidentalizada inserida no contexto brasileiro, por muito tempo, também foi imposta aos índios. Com isso, paulatinamente, ia ocorrendo a degradação da história dos povos indígenas, além do próprio decréscimo populacional.

A CF/88 trouxe novas diretrizes e é considerada um grande marco na transição paradigmática no que se refere ao modelo da política indigenista que imperava até então. De uma política eminentemente integracionista, com vistas à civilização e integração dos índios na sociedade brasileira, passou-se a reconhecer o direito à alteridade, o direito do índio de ser simplesmente índio e, então, o que se vê, nos dias atuais, pós CF/88 e leis afins, é a interação como meta. Essa política de interação visa não apenas o respeito à cultura indígena e uma forma de garantia de sobrevivência, mas, também, o direito de ser e viverem como índios.

Essa nova visão da política indigenista, também tem sido a marca dos instrumentos internacionais aplicáveis aos povos indígenas, como a Convenção 169 da OIT, a Agenda 21 da ONU e, por último, a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, de 2007. Por outro lado, a garantia de que os povos indígenas devem desfrutar a plenitude dos direitos humanos, também encontra-se expressamente prevista nos referidos instrumentos internacionais.

No entanto, a par de tantos direitos conquistados (inclusive, internacionalmente) já em meio a essa política de interação, no plano fático, ainda

existe um grande abismo entre a positivação e a efetivação. Aliás, esse é um ponto negativo em países marcados por desigualdades sociais, especialmente em países multiétnicos e pluriculturais como o Brasil. Ainda que o percurso seja árduo, e o caminho a ser perseguido seja complexo, a efetivação deve ser priorizada e, para isso, a atuação não pode ficar restrita a uma ação estatal, há que se buscar o envolvimento da sociedade como um todo, num processo genuinamente interativo.

A partir dessa ótica, o objetivo deste trabalho foi no sentido de demonstrar que os direitos conquistados não podem ser obtidos a qualquer custo, devendo-se atentar para os demais princípios e garantias constitucionais previstos, bem como aqueles considerados universais, como, no caso, o direito à vida e à liberdade. Isto porque há direitos que devem ser minimamente garantidos, até mesmo como forma de sobrevivência dos povos que por tanto tempo foram subjugados e completamente desassistidos, sem, contudo, estereotipá-los sob o argumento de um relativismo extremo.

A proposição, então, foi colocada da seguinte forma: como promover justiça (com igualdade) em uma sociedade em que convivem várias culturas, sem desrespeitá-las? Como essa justiça poderá responder a todos os indivíduos que possuem experiências diferentes e onde a desigualdade é latente?

Para entender essa concepção acerca de justiça, buscou-se alguns referenciais teóricos filosóficos, pois não se trata, simplesmente, de defender o universalismo dos direitos humanos ou mesmo o relativismo das culturas, de forma exacerbada. Essa dicotomia deve ser superada. Discorrendo acerca das teorias da justiça e pontuando alguns de seus aspectos, pretendeu-se demonstrar que as formulações defendidas por John Rawls seriam de difícil aplicação frente aos povos indígenas, considerando-se as particularidades e diferenças culturais. Sob outro enfoque e contrapondo a teoria de John Rawls, foram citados alguns pontos da proposta formulada por Enrique Dussel, mas também a dificuldade de sua aplicação, se consideradas as tensões enfocadas no decorrer da pesquisa apresentada. Então, como alternativa, foram trazidas algumas argumentações de Michael Walzer, o qual, embora atrelado a uma concepção acerca das diferenças e da autonomia cultural, procura conciliar essas diferenças com os princípios e ideias defendidas pela corrente universalista. Demonstrou-se, assim, que esta última posição, aliada às

formulações defendidas por Boaventura de Souza Santos, amolda-se ao tema objeto do presente trabalho, na medida em que, ao mesmo tempo em que é exigido um respeito pelas diferenças culturais dos povos, não se pode correr o risco de chegar ao extremo de serem desconsiderados os valores mínimos, de validade universal.

A partir disso, o que se defendeu no decorrer da pesquisa, foi a busca do diálogo intercultural como forma de viabilizar a construção de melhorias e crescimento entre as culturas, até mesmo daquelas que se consideram superiores. Evidentemente que para isso, nenhuma cultura pode se ver como completa ou superior à outra, mas deve se manter sempre em posição de igualdade para possibilitar um constante aprendizado. Para que haja crescimento, as culturas necessitam se manter abertas, reconhecendo suas “incompletudes”. É com essa perspectiva que deve ser entendido o verdadeiro sentido do processo interativo, no qual se pauta a política indigenista atualmente. Na interação que se pretende, deve ocorrer um processo de aculturação e absorção e, assim, quem participa desse processo pode adquirir traços de outra cultura sem perder os seus, aliás, o que é vital para os povos indígenas, além de ser o objetivo e o sentido do verdadeiro diálogo interativo. Aliás, o diálogo só existe onde há o reconhecimento de “incompletudes” nos mais variados setores da sociedade, e não somente no meio das culturas consideradas diferentes.

Por outro lado, como forma de promover esse diálogo dentro de um processo de interação e buscando a realização da tão almejada justiça, procurou-se demonstrar a necessidade de ser efetivado o direito à educação diferenciada. A plenificação do direito à educação diferenciada deve ser buscada como premissa para efetivação dos demais direitos conquistados pelos índios, ou seja, a via de acesso para a garantia do direito à cidadania, de ser igual em meio às diferenças, o direito de ser livre.

Enfim, de nada valerá a transição paradigmática no tocante à política indigenista, se não for garantido ao índio, o direito de ser e continuar índio, mas essa escolha deve caber somente a ele. E não pode ser negado o fato de que a grande maioria dos povos indígenas, de alguma forma, já teve algum tipo de contato com outros povos. A diversidade, tanto étnica como cultural, não pode ficar dissociada da realidade em que se encontram os povos indígenas, hoje. Sendo assim, não mais se

justifica aquele tratamento dispensado aos índios como se estranhos fossem, mantidos à distância e sob a tutela do Estado. Índios são seres humanos e como tais devem ser tratados, protegidos e valorizados.

Assim, quanto ao futuro dos povos indígenas brasileiros, espera-se que não continuem lutando apenas pela sobrevivência, mas possam usufruir de todos os outros direitos conquistados, como qualquer outro povo o faria.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Uilan do Lago. *Filosofia Político-Indigenista de Bartolomé de Las Casas*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____, *Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do Direito: a nova fundamentação dos direitos de minorias*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

ALTVATER VILAS BOAS, Márcia Cristina. ARANTES, Cláudia Maria Félix De Vico. *O tratamento constitucional das questões indígenas e o direito de propriedade: aspectos críticos*. In: Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI/ Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, n. 9 (julho-dezembro). Jacarezinho, 2008, p. 259-278.

_____. ALVES, Fernando de Brito. *Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas*. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: Fundação Boitux, 2010, p. 4962-4973. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3822.pdf>>. Acesso em 31 de jan. 2011.

ARAÚJO, Ana Valéria (coord.). *Povos Indígenas e a Lei dos "Branços": o direito à diferença*. Brasília: Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004373.pdf>>. Acesso em 24 de jan. 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARISTÓTELES. *Política*. 1. ed. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martins Claret, 2006.

BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. *Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2008.

BARRETO, Helder Girão. *Direito Indígenas: vetores constitucionais*. 1ª ed. (2003), 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?* In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 8º vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho (org.). *Moitará I: O simbolismo nas culturas indígenas brasileiras*. São Paulo: Paulus, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Tourinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOLONHA, Carlos. *Duas Propostas de Justiça: Rawls e Walzer*. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele. (orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *Identidade e Etnia: Construção da Pessoa e Resistência Cultural*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMINHA, Pero Vaz de. *Carta de Pero Vaz de Caminha a El-Rei D. Manuel Sobre o Achamento do Brasil*. Texto integral. Porto Seguro: 1500. Idealização e realização: Martin Claret. São Paulo: Martin Caret, 2002.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *A questão Étnica: qual a possibilidade de uma ética global?* In: Arizpe, Lourdes (Org.). *As Dimensões Culturais da Transformação Global: uma abordagem antropológica*. Brasília. UNESCO, 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001267/126734porb.pdf>>. Acesso em 15 de março 2011.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

_____. *"Invisibilidade", Estado de Direito e Política de Reconhecimento*. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele. (orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: a guerra nas sociedades primitivas*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.

COMISSÃO PRÓ-YANOMAMI. *Yanomami na Imprensa*. Infanticídio é uma tradição milenar dos yanomami. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=398>>. Acesso em 15 de março 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Bauru: EDUSC, 2002.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Definições de Índios e Comunidades Indígenas nos Textos Legais*. In: *Sociedades Indígenas e o Direito: uma questão de direitos humanos* (ensaios). Florianópolis: UFSC: CNPq, 1985.

_____, Manuela Carneiro da. *Os Índios no Direito Brasileiro Hoje*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (org.). *Os direitos dos Índios: ensaios e documentos*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987.

_____, Manuela Carneiro da (org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Demarcação de Áreas Indígenas*. (Nota técnica acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol, publicada em 03.06.2008). Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/228>>. Acesso em 15 de julho 2011.

Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas. 2.ed. Rio de Janeiro : UNIC; Brasília : UNESCO, 2009, 80 p.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

FACHIN, Zulmar. *Direitos Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

FEITOSA, Saulo. *Pluralismo Moral e Direito à Vida: apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígenas do Brasil*. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Programa de Pós-graduação em Ciências da Saúde da Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/6639/1/2010_SauloFerreiraFeitosa.pdf>. Acesso em 19 de março 2011.

FERREIRA, Waldemar Martins (1885-1964). *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Mércio Pereira. *Antropologia: ciência do homem: filosofia da cultura*. 1. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2009.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria e política*. 3ª ed. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2007.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução: Tomás Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro – 11ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de, 1902-1982. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUDSON, Barbara Anne. *Desigualdade e Cosmopolitismo: Fazendo Justiça em um Mundo de Estranhos*. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov e ALVES, Fernando de Brito (org). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 309-325.

JOBIM, Leopoldo. *Ideologia e Colonialismo: um estudo sobre o pensamento político e econômico no Brasil setecentista*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

KAISER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Kaus-Peter Rurak. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010.

KYMLINCKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Uma teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona, Buenos Aires, México: Paídos, 1996.

_____. *Federalismo e secessão: no Ocidente e fora dele*. In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O paraíso destruído: A sangrenta história da conquista da América Espanhola*. Tradução de Heraldo Barbuy. -- 2ª ed. Porto Alegre: L & PM, 2008.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. *As Constituições Brasileiras: direitos fundamentais e cidadanias*. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov e ALVES, Fernando de Brito (org). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 192-264.

_____. *Ética, Moral, Ciência e Direitos Humanos*. In: Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, da FUNDINOPI/ Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n.7 – Jacarezinho, 2007, p. 111-130.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e História*. Tradução de Inácia Canelas. Lisboa: Tradução Editorial Presença, 9ª Edição, 2008.

LIDÓRIO, Ronaldo. *Não há morte sem dor - Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil*. Artigo: Disponível em: <http://www.indigena.org.br/v1/index.php?option=com_content&view=article&id=13:nao-ha-morte-sem-dor&catid=2:publicacoes&Itemid=4>. Acesso em 15 de março de 2011.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Decisão judicial sobre políticas públicas: limites institucionais democráticos e constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2995>. Acesso em 11 de abril 2011.

MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele. (orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIRA, Luís; SOUZA, Herbert José de; ANDRADE, Regis de Castro; PORTANTIERO, Juan Carlos; BARRAZA, Ximena. *América Latina: novas estratégias de dominação*. Petrópolis: Vozes, 2ª Edição, 1982.

MEZZAROBBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta (organizador). *Constituição, Minorias e Inclusão Social*. São Paulo: Rideel, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Constituição do Brasil Interpretada*, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTA, Elias de Oliveira. *Direito Educacional no séc. XXI: com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Brasília: UNESCO, 1997.

NERY, Nelson Junior e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2005.

OLIVEIRA, Paulo Celso de Oliveira. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos indígenas*. In: ARAÚJO, Ana Valéria (coord.). *Povos Indígenas e a Lei dos "Branços": o direito à diferença*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 105. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004373.pdf>>. Acesso em 24 de jan. 2011.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Trad. Herreira Filho, Ed. Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moraes, disponível em <<http://www.culturabrasil.org/rebeliaodasmassas.htm>>. Acesso em 30 de set. 2010.

PANIKKAR, Raimundo. *Seria a noção de direitos humanos uma concepção ocidental?* In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Eermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos*. In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e Reforma do Poder Judiciário*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir (coord.). *Matrizes e conceitos de justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

QUEBRANDO O SILÊNCIO. Um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. Relatório Atini.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Variações sobre a justiça*. Ano: 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 22 de fev. de 2011.

RIBEIRO, Berta, 1924-1997. *O índio na história do Brasil*.- 12. ed. São Paulo: Global, 2009.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

_____. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROSSO, Paulo Sérgio; ALVES, Fernando de Brito. *Igualdade formal e desigualdade utilitária: os discursos de legitimação da exclusão em Aristóteles e Rawls*. In: Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI/Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade de Direito do Norte Pioneiro. n. 7. Jacarezinho, 2007, p. 69-86.

SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: SENAC São Paulo, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*. In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apostamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª.ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2006.

SCATOMACCHIA, Maria Cristina Mineiro. *O encontro entre culturas: Europeus e indígenas no Brasil*. São Paulo: Atual, 1994.

SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100008&script=sci_arttext&lng=en>. Acesso em 10 de fev. de 2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. (1763-1838). *Projeto para o Brasil*: organização Mirim Dolhnikoff. São Paulo: Companhia das Letras: Publifolha, 2000.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Multiculturalismo e direitos coletivos*. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1ª ed., (1998), 6ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Raymond. *Infanticídio indígena no Brasil, a tragédia silenciada*. Livro eletrônico. Ano: 2009: Disponível em: <<http://www.saintgabriel-international.com/infanticidio.htm>>. Acesso em 02 de fev. de 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Banco de dados. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 15 de jan. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Banco de dados. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 07 de abril de 2011.

TAVARES, Felipe Cavalieri. *Michael Walzer e as esferas da justiça*. In: POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir. *Matrizes dos Conceitos de Justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 235-265.

_____. *Thick and Thin: a teoria da justiça de Michael Walzer*. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: Fundação Boitux, 2009, p. 7217-7230. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2247.pdf>. Acesso em 28 de julho 2010.

_____. *Direitos Humanos e Diversidade Cultural: a dignidade humana entre o universalismo e relativismo*. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: Fundação Boitux, 2010, p. 4896-4904. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3329.pdf>>. Acesso em 11 de março 2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Banco de Dados. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em 20 de nov. 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção*. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. *Proteção internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana: reflexão filosófica sob a perspectiva da ética da libertação*. Curitiba: Juruá, 2010.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS BÔAS, Orlando, 1914-2002. *Orlando Villas Bôas: história e causas*.- 1. ed. São Paulo: FTD, 2006.

WALZER, Michel. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*; trad. de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da relação do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.