ADALBERTO FERNANDES SÁ JUNIOR

DO ENFRENTAMENTO AO RECONHECIMENTO

Povos Indígenas e Leis Discriminatórias

EDITORA

2021

DO ENFRENTAMENTO AO RECONHECIMENTO

Povos Indígenas e Leis Discriminatórias

DO ENFRENTAMENTO AO RECONHECIMENTO

Povos Indígenas e Leis Discriminatórias

ADALBERTO FERNANDES SÁ JUNIOR

BOA VISTA/RR
2021

Editora IOLE

Todos os direitos reservados.
A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação dos direitos autorais (Lei n. 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.



EXPEDIENTE

Revisão
Elói Martins Senhoras
Maria Sharlyany Marques Ramos

Capa
Abinadabe Pascoal dos Santos
Elói Martins Senhoras

Projeto Gráfico e Diagramação
Elói Martins Senhoras
Rita de Cássia de Oliveira Ferreira

Conselho Editorial
Abigail Pascoal dos Santos
Charles Pennaforte
Claudete de Castro Silva Vitte
Elói Martins Senhoras
Fabiano de Araújo Moreira
Julio Burdman
Marcos Antônio Fávaro Martins
Rozane Pereira Ignácio
Patrícia Nasser de Carvalho
Simone Rodrigues Batista Mendes
Vitor Stuart Gabriel de Pieri

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO-NA-PUBLICAÇÃO (CIP)

Sa2 SÁ JUNIOR, Adalberto Fernandes.

Do Enfrentamento ao Reconhecimento: Povos Indígenas e Leis Discriminatórias. Boa Vista: Editora IOLE, 2021, 323 p.

Série: Direito. Organizador: Elói Martins Senhoras.

ISBN: 978-65-996305-3-8
https://doi.org/10.5281/zenodo.5714787

1 - Direito. 2 - Direitos Humanos. 3 - Indígena. 4 - Infanticídio.
I - Título. II - Sá Junior, Adalberto Fernandes. III - Direito. IV - Série

CDD–340

A exatidão das informações, conceitos e opiniões é de exclusiva responsabilidade do autor.



EDITORIAL

A editora IOLE tem o objetivo de divulgar a produção de trabalhos intelectuais que tenham qualidade e relevância social, científica ou didática em distintas áreas do conhecimento e direcionadas para um amplo público de leitores com diferentes interesses.

As publicações da editora IOLE têm o intuito de trazerem contribuições para o avanço da reflexão e da *práxis* em diferentes áreas do pensamento e para a consolidação de uma comunidade de autores comprometida com a pluralidade do pensamento e com uma crescente institucionalização dos debates.

O conteúdo produzido e divulgado neste livro é de inteira responsabilidade dos autores em termos de forma, correção e confiabilidade, não representando discurso oficial da editora IOLE, a qual é responsável exclusivamente pela editoração, publicação e divulgação da obra.

Concebido para ser um material com alta capilarização para seu potencial público leitor, o presente livro da editora IOLE é publicado nos formatos impresso e eletrônico a fim de propiciar a democratização do conhecimento por meio do livre acesso e divulgação das obras.

Prof. Dr. Elói Martins Senhoras

(Editor Chefe)

Copyright © Editora IOLE
2021

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO | 09

CAPÍTULO 1 |
Teorias da Justiça e Diversidade Cultural 17

CAPÍTULO 2 |
Povos Indígenas e Direitos Humanos 117

CAPÍTULO 3 |
Lei Muwaji: Do Discurso ao Diálogo 217

CONSIDERAÇÕES FINAIS | 277

REFERÊNCIAS | 287

SOBRE O AUTOR | 315

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

Este livro objetiva analisar a constitucionalidade do projeto de lei n.º 1.057/07, proposto pelo Deputado Federal Henrique Afonso (à época filiado ao PT/AC e atualmente ao PV), mais conhecido como Lei Muwaji, o qual dispõe sobre o combate às práticas tradicionais "nocivas" e sobre a proteção dos direitos humanos de crianças indígenas. Trata-se de saber se o teor do referido projeto é compatível com texto da Constituição depois de devidamente interpretado à luz de uma leitura acurada dos nossos princípios de moralidade política.

Quando afirmamos que o direito só existe depois de interpretado, estamos revelando a teoria do direito que adotamos para buscar respostas constitucionalmente adequadas. A resposta correta em um determinado caso dependerá da teoria do direito adotada pelo intérprete. Um julgador que adota o positivismo normativo de Hans Kelsen com certeza não chegará às mesmas conclusões obtidas por este trabalho, o qual tem por base a teoria do direito como integridade formulada pelo filósofo Ronald Dworkin.

Para Dworkin (2010, p. 63-64), a interpretação do direito é criativa. É questão de impor um propósito a uma prática e este propósito é do intérprete. O objetivo desta interpretação é tornar a prática jurídica o melhor exemplo possível do gênero ao qual pertence. A prática, no entanto, exerce uma coerção no sentido de limitar as interpretações possíveis. Portanto, a interpretação criativa será um caso de interação entre propósito e objeto.

Não há afirmações neutras no direito. São proposições polêmicas que competem entre si sobre a melhor leitura da nossa prática jurídica. Divergimos sobre a leitura dos nossos princípios de moralidade política que mais se adapta e melhor justifica nossas práticas.

A interpretação construtiva é composta por três etapas. A primeira etapa é a identificação das regras e dos padrões apresentados por nossa prática jurídica. Em segundo lugar, o intérprete deve se concentrar numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na primeira etapa. Por último, deve haver uma etapa de reformulação, na qual o intérprete ajusta a prática para melhor servir ao que a justificativa identificada na segunda etapa realmente requer (DWORKIN, 2010, p. 81-82).

O escopo fundamental do direito consiste em restringir o poder do governo. O direito insiste em que a coerção não pode ser usada, se não for permitida por decisões políticas anteriores (DWORKIN, 2010, p. 116). A justificativa do direito não se resume à segurança jurídica. Abrange também a igualdade, segundo a qual o governo deve exercer seu poder político sempre com igual consideração e respeito por todos os seus cidadãos, não tratando de forma diferente indivíduos que se encontram na mesma situação.

Dworkin (2010, p. 119-120) afirma também que os direitos decorrem das decisões políticas anteriores não só quando estão nela explícitos, mas também quando procedem dos princípios de moralidade política que essas decisões pressupõem a título de justificativa. O direito não é mero contrato regulatório de um jogo entre interesses contrapostos. São as nossas práticas comuns; as práticas da nossa comunidade de princípios.

Isto se dá porque Dworkin (2010, p. 273) aceita o princípio jurídico de integridade[1], segundo o qual os juízes devem identificar direitos e deveres legais até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade

[1] O princípio jurídico da integridade não deve ser confundido com o argumento da integridade que irá ser abordado no primeiro capítulo. O primeiro pertence à teoria do direito; o segundo, à teoria política. Para nós, no entanto, há estreita relação e dependência entre ambos. A discussão mais aprofundada sobre este tema não será abordada aqui por fugir dos propósitos desta obra.

personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. O direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito das nossas decisões do passado, mas também o sistema de princípios necessários à sua justificativa.

Desta forma, seguiremos o caminho interpretativo proposto por Dworkin em sua teoria do direito como integridade. É preciso afirmar, no entanto, que a divisão em três etapas é meramente didática. Todas são realizadas ao mesmo tempo. No primeiro capítulo, buscaremos o modelo mais fiel dos nossos princípios de moralidade quando se trata da acomodação justa da diversidade cultural existente entre os cidadãos.

Estudaremos o multiculturalismo como teoria política normativa. Trata-se de verificar de que modo o Estado deve tratar os cidadãos que são culturalmente diferentes da sociedade majoritária, sabendo-se que todos são merecedores de igual consideração e respeito. O problema específico deste capítulo é saber se e como o direito à diferença pode ser compreendido como uma questão de justiça, isto é, como uma exigência da igualdade.

Para tanto, dialogaremos com três autores de diferentes escolas do pensamento: (a) Charles Taylor, comunitarista, que acredita ser possível a adoção pelo Estado de uma noção de boa vida, sem que para tanto se desrespeitem os direitos individuais; (b) Will Kymlicka, liberal, que afirma ser necessário complementar os direitos individuais com os direitos diferenciados em função de grupo; e (c) por fim, James Tully, pós-colonialista, para o qual a Constituição deve ser o resultado de um diálogo transcultural

contínuo regulado pelas convenções do mútuo reconhecimento, do consentimento e da continuidade.

Nossa hipótese é a de que o direito à diferença deve ser entendido como uma exigência do princípio da igualdade. Se o Estado não pode cumprir com o princípio da neutralidade étnica, os direitos diferenciados em função de grupo se fazem necessários para corrigir o tratamento desigual que invariavelmente será dado às culturas minoritárias.

A garantia de uma mesma carta de direitos civis e políticos para todos os cidadãos é insuficiente para acomodar de forma justa as diferenças culturais que existem entre as pessoas. Somente com os direitos diferenciados em função de grupo será possível garantir a todos os indivíduos iguais oportunidades de se ter uma vida bem-sucedida, independente da cultura a que pertençam. O direito à autodeterminação dos indígenas é um destes direitos.

No segundo capítulo, verificaremos se as nossas conclusões sobre a melhor interpretação dos nossos princípios de moralidade política se adaptam e se justificam sob a melhor luz as nossas práticas jurídicas, isto é, as nossas leis e decisões judiciais. A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 ratificou os tratados internacionais de direitos humanos como integrantes do ordenamento jurídico brasileiro[2]. A análise das nossas práticas também abrangerá estes tratados, as recomendações de suas Comissões, além das decisões das Cortes Internacionais, em especial as da Corte Interamericana.

[2] A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 adicionou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição, o qual afirma que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. A partir de então, tornou-se possível falar de controle de convencionalidade, ao lado do controle de constitucionalidade. Anteriormente à edição da emenda, o § 2.º do mesmo artigo já asseverava que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil fosse parte (BR. CN, 1988).

A análise das nossas práticas jurídicas abarcará toda a proteção multinível dos direitos humanos: (a) proteção internacional: (i) tratados de direitos humanos; (ii) manifestações das Comissões de cada tratado; (iii) decisões da Corte Internacional de Justiça; (iv) soft law; (b) proteção regional: (i) tratados, convenções; (ii) relatórios, decisões e resoluções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; (iii) decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos; (iv) soft law; (c) proteção nacional: (i) Constituição; (ii) leis; (iii) decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal da 1ª. Região e Tribunais de Justiça dos Estados da Região Norte.

A pesquisa jurisprudencial foi feita exclusivamente nos sítios virtuais dos vários tribunais. Foram utilizados os seguintes indexadores: infanticídio indígena, costume indígena; indígena e prática tradicional; direito penal e indígena (ou índio); crime e indígena (ou índio); igualdade e indígena; indígena e não-discriminação; indígena e consulta prévia; indígena e cultura. A pesquisa foi feita durante todo o ano de 2012 e não teve limites temporais (até mesmo pela parca jurisprudência dos tribunais brasileiros sobre o tema). No trabalho final, foram incluídas as decisões mais recentes, assim como as mais bem fundamentadas e que serviram de modelo para as demais.

Finalmente, no terceiro capítulo, trataremos exclusivamente da constitucionalidade do projeto de lei n.º 1.057/2007. O problema é saber se o texto do referido projeto se adapta à Constituição depois de devidamente interpretada à luz da melhor leitura dos nossos princípios de moralidade política.

A hipótese é a de que o mencionado projeto é inconstitucional. Em primeiro lugar, iremos expor os antecedentes fáticos que levaram à propositura do projeto. Logo após, analisaremos os seus termos, assim como o seu trâmite no Congresso Nacional, incluindo a análise do substitutivo proposto pela Deputada

Federal Janete Rocha Pietá. Em seguida, elencaremos os artigos aplicáveis especificamente à questão e raciocinaremos a partir das perspectivas indígenas trazidas por alguns relatos etnográficos. Por fim, analisaremos propriamente a constitucionalidade do projeto de lei, a partir das considerações feitas até aqui. Cabe destacar, por fim, o ineditismo e a atualidade deste trabalho. O substitutivo proposto pela Deputada Federal Janete Pietá foi aprovado, no dia 23 de novembro de 2012, pela Comissão de Constituição e Justiça e agora está disponível para votação.

Uma procura no sítio virtual da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações revela a existência de apenas quatro dissertações que tratam especificamente sobre o tema. São elas: *Infanticídio Indígena*: Um Dilema entre a Travessia e o Permanecer à Margem de Si Mesmo de Wilsimara Almeida Barreto Camacho (Unisinos); *Pluralismo Moral e Direito à Vida*: Apontamentos Bioéticos sobre a Prática do Infanticídio em Comunidades Indígenas no Brasil de Saulo Ferreira Feitosa (UnB); *Discursos do Pertencimento*: Do Infanticídio Indígena aos Caminhos da Identidade de João Pires de Rezende Junior (Mackenzie); e *Quem são os humanos dos direitos?* Sobre a Criminalização do Infanticídio Indígena de Marianna Assunção Figueiredo Holanda (UnB).

Desde quando começou esta pesquisa (2011-12), mais uma dissertação e uma tese que tratam especificamente do tema apareceram. São elas, respectivamente: *Lei Muwaji*: Sobre a Formulação da Política Pública de Proteção à Vida da Criança Indígena de Fabrício Rodrigo Silva de Araújo (UFPA); e *Direitos Fundamentais, Eticidade Reflexiva e Multiculturalismo*: Uma Contribuição para o Debate sobre o Infanticídio Indígena no Brasil de Guilherme Scotti Rodrigues (UnB).

CAPÍTULO 1

Teorias da Justiça e Diversidade Cultural

TEORIAS DA JUSTIÇA E DIVERSIDADE CULTURAL

O termo multiculturalismo pode ser compreendido em dois sentidos: (a) como fato e (b) como teoria normativa. No primeiro sentido, (a) refere-se ao fato da maioria das sociedades contemporâneas se distinguirem pela presença maior ou menor da diversidade cultural em seu território. Durante todo o século XX, observou-se um processo de fratura e recomposição das fronteiras culturais dos Estados. Os movimentos de secessão, o processo de descolonização africana, a maior organização dos povos indígenas e o constante fluxo migratório levaram a um entrecruzamento de culturas em um mesmo espaço geopolítico.

Este é um processo antigo e nem sempre harmonioso. A assimilação e a globalização de padrões particulares são uma constante ainda hoje. Atualmente, a maioria dos países são culturalmente diversos. São aproximadamente 184 Estados para 5.000 grupos étnicos, pertencentes a 600 grupos linguísticos (KYMLICKA, 1995, p. 1).

Esta convivência entre diversas culturas frequentemente gera efeitos positivos. O horizonte de compreensão dos indivíduos se alarga. Vários conceitos antes tidos como unânimes passam agora a ser questionados. Descobrem-se outras maneiras de se lidar com um determinado problema. As pessoas passam a dispor de um maior número de ferramentas, teóricas e práticas, para lidar com o mundo, interpretá-lo e retirar dele os elementos necessários para a sua sobrevivência e bem-estar.

Ao mesmo tempo, ela também é fonte de vários problemas. Questões, por exemplo, (i) sobre como distribuir os recursos disponíveis, diante das necessidades dissimiles de cada uma destas culturas; (ii) sobre o papel do Estado frente aos projetos de boa vida adotados por elas; (iii) sobre quais os interesses destes grupos são

justos e, portanto, merecem ser protegidos por meio do ordenamento jurídico, são uma constante. Na base de todas elas, encontra-se a dificuldade de conciliar a unidade com a diversidade.

Estas controvérsias motivaram autores a elaborar ferramentas conceituais e modelos teóricos capazes de dar resposta aos desafios gerados pela diversidade cultural. Por isto, a palavra multiculturalismo pode ser compreendida em um segundo sentido, (b) como uma nova proposta de teoria normativa que critica o liberalismo[3], por este defender, em princípio, uma política de neutralidade frente à cultura.

Segundo os liberais, o Estado não deve se comprometer com nenhuma minoria ou grupo étnico culturalmente desfavorecido. Ao invés disso, deve garantir a todos os cidadãos, seja qual for a cultura a que pertençam, a mesma carta de direitos civis e políticos. Os direitos individuais são trunfos que sempre prevalecerão contra qualquer reivindicação de grupo.

O problema é que muitas destas minorias sofreram historicamente discriminações explícitas ou implícitas por parte da sociedade majoritária na qual estão agrupadas. Desta forma, a inação estatal poderia ser vista como uma maneira de proteger o *status quo* criado por esse mesmo Estado que hoje proclama a sua neutralidade.

Neste capítulo, estudaremos o multiculturalismo neste segundo sentido. Trata-se de verificar de que modo o Estado deve tratar os cidadãos culturalmente diferentes da sociedade majoritária, sabendo-se de antemão que todos são merecedores de igual consideração e respeito. O nosso problema é saber se e como o

[3] Por liberalismo, deve-se entender o liberalismo igualitário tal qual o modelo proposto por John Rawls (2002) em sua teoria da justiça como equidade. A justiça é concebida como a virtude mais importante das instituições sociais. O justo é anterior e independente das concepções de bem adotadas pelos indivíduos. Delimita o espaço dentro do qual cada cidadão pode buscar a realização do seu próprio plano de vida. Dentre os liberais mais importantes, podemos citar, além de Rawls, Ronald Dworkin e Bruce Ackerman.

direito à diferença pode ser compreendido como uma questão de justiça, isto é, como uma exigência do princípio da igualdade.

Para tanto, dialogaremos com três autores de diferentes escolas do pensamento: (a) Charles Taylor, comunitarista[4], que acredita ser possível a adoção pelo Estado de uma noção de boa vida, sem que para tanto se desrespeitem os direitos individuais; (b) Will Kymlicka, liberal, que afirma ser necessário complementar os direitos individuais com os direitos diferenciados em função de grupo; (c) por fim, James Tully, pós-colonialista[5], para o qual a Constituição deve ser o resultado de um diálogo transcultural contínuo regulado pelas convenções do mútuo reconhecimento, do consentimento e da continuidade.

Nossa hipótese é a de que o direito à diferença deve ser entendido como uma exigência do princípio da igualdade. Se o Estado não pode cumprir com o princípio da neutralidade étnica, os direitos diferenciados em função de grupo se fazem necessários para corrigir o tratamento desigual que invariavelmente será dado às culturas minoritárias.

A garantia de uma mesma carta de direitos civis e políticos para todos os cidadãos é insuficiente para acomodar de forma justa as diferenças culturais que existem entre as pessoas. Somente com os direitos diferenciados em função de grupo será possível garantir

[4] O comunitarismo surge ao final do século XX, por volta da década de 80, e se volta contra o individualismo presente no liberalismo igualitário. Para esta escola, a identidade do indivíduo é formada, pelo menos em parte, pelos vínculos com a comunidade. Por consequência, se o "eu" não é anterior aos fins, o justo também não pode ser concebido como anterior e independente do bem. Pelo contrário, o justo é relativo ao bem. Isto permite a defesa pelos comunitaristas da adoção de uma noção de boa vida pelo Estado. Os principais representantes do comunitarismo são Charles Taylor, Michael Sandel, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre.

[5] O pós-colonialismo é um conjunto de teorias que analisa os efeitos políticos, filosóficos, artísticos e literários do colonialismo nos países colonizados. Surgidos no fim dos anos 80 e início dos 90 do século XX, os estudos pós-coloniais são eminentemente transversais. No entanto, esta não é uma área que apresenta consensos em torno de suas categorias, incluindo-se a própria definição de pós-colonial. São autores pós-coloniais, por exemplo, Aimé Césaire, Frantz Fanon e Edward Said.

a todos os indivíduos iguais oportunidades de se ter uma vida bem-sucedida, independente da cultura a que pertençam. O direito à autodeterminação é um destes direitos.

Pode-se questionar a possibilidade de comparação entre teorias de diferentes escolas do pensamento. Estas podem ser comparadas. Basta que se aceite a sugestão dada por Kymlicka (2006) e Dworkin (2005). Toda teoria da justiça é uma teoria igualitária. Para todas, a igualdade é a virtude mais importante das instituições sociais. Os modelos teóricos objetivam definir o modo com o Estado deve se comportar, para que os cidadãos sejam tratados com igual consideração e respeito, isto é, como seres humanos igualmente dignos.

Não há debate sobre a virtude primeira (a igualdade), mas sim sobre a variável que deve ser igualada. Em palavras mais simples, trata-se da pergunta "igualdade de quê?". Desta forma, a título de exemplo, é possível comparar um autor comunitarista e outro liberal. Taylor objetiva igual reconhecimento. Kymlicka, igual liberdade para todos os cidadãos.

Por fim, após a exposição da tese de cada autor, sempre haverá uma consideração crítica, na qual serão assinalados os pontos fortes e fracos da teoria sob análise. É pelo diálogo crítico com estes autores que será possível, ao final deste capítulo, elaborar aquilo que acreditamos ser o modelo mais fiel aos nossos princípios de moralidade política.

A POLÍTICA DO RECONHECIMENTO DE CHARLES TAYLOR

A política do reconhecimento de Charles Taylor quer resguardar a identidade particular de indivíduos e grupos, sem que

os direitos individuais sejam ameaçados. Uma sociedade pode se organizar em torno de uma definição de boa vida sem que se depreciem aqueles que não partilham desta ideia. Pode-se interpretar o liberalismo de modo substantivo. O Estado pode buscar metas coletivas sem desrespeito à igual dignidade de todos.

Para compreender devidamente a sua proposta, faz-se necessário diferenciar duas questões abordadas pelo autor: (a) as questões ontológicas e (b) as questões normativas. As questões ontológicas se referem aos fatores que usamos para explicar a vida em sociedade. Neste sentido, podemos diferenciar os atomistas dos holistas. Os atomistas são aqueles que explicam a vida social a partir do indivíduo. Os holistas, a partir da comunidade.

As questões normativas referem-se à posição moral ou política que se adota. Neste caso, podemos separar os liberais dos comunitaristas. Os liberais afirmam que o Estado deve ser neutro diante das concepções de boa vida adotadas pelos indivíduos. Os comunitaristas acreditam que uma sociedade democrática precisa de uma definição em comum de boa vida (TAYLOR, 2000, p. 197-198).

As duas questões são independentes. Tomar uma determinada posição em relação à primeira questão não nos inclina necessariamente para uma certa posição quanto à segunda. Cada posição do debate atomismo-holismo pode ser combinada com qualquer posição do debate individualista-coletivista. Taylor mesmo irá se definir como um holista liberal.

Identidade e Reconhecimento

Comecemos pelas questões ontológicas. Nesta parte, o debate entre atomistas e holistas será organizado ponto por ponto, na

seguinte ordem: (a) indivíduo e comunidade; (b) razão e interpretação; (c) linguagem; (d) desejo e avaliação forte; (e) ação; (f) o justo e o bem. Em todas as questões, será dado maior destaque ao holismo, por ser a posição adotada por Taylor. Iniciemos pelo primeiro ponto, (a) indivíduo e comunidade.

Para o atomismo, o indivíduo é anterior à comunidade. A identidade de cada indivíduo é resultado de suas escolhas autônomas. A comunidade é uma associação cooperativa acordada entre os indivíduos. Ela tem por único objetivo o fornecimento dos bens necessários para que cada um realize o seu próprio plano de vida.

Para o holismo, a comunidade é anterior ao indivíduo. A comunidade molda, pelo menos parcialmente, a identidade do indivíduo[6]. Por identidade, deve-se entender a compreensão de quem somos enquanto pessoas. A identidade humana é moldada pelo reconhecimento da comunidade ou por sua ausência. O caráter crucial da vida humana é, portanto, dialógico. Sempre definimos nossa identidade em contato com que os outros significativos[7] desejam ver em nós e por vezes em luta contra essas coisas.

Em resumo, a identidade é negociada por meio do diálogo com o outro[8]. O reconhecimento, o não-reconhecimento ou o falso reconhecimento determinam a interpretação que o indivíduo tem de si mesmo e, por conseguinte, o seu desejo de transformá-la ou de afirmá-la. Por isso, os indivíduos também se diferenciam entre si. A

[6] Para Sandel (1982, p. 55-59, 152-154), nosso eu é, pelo menos parcialmente, constituído por objetivos que não escolhemos, mas antes descobrimos em virtude de estarmos inseridos em algum contexto social compartilhado. Sobre a crítica comunitária de que o liberalismo depende de uma noção de *self* desprendido de laços comunitários, ver também em: MACINTYRE, 1981, cap. 15; BELL, 1993, p. 24-54 e KYMLICKA, 1989, p. 255.

[7] Termo criado por G. H. Mead (1967).

[8] A autodeterminação é exercida dentro dos papéis sociais e não fora deles (MACINTYRE, 1981, p. 204-205).

descoberta da própria identidade passa pela luta contra a expectativa que os outros tem a nosso respeito.

Essa determinação dialógica do humano ocorre fundamentalmente com aqueles em que há uma identificação inicialmente recíproca, isto é, com aqueles que nós amamos. É por meio deles que os sujeitos se vinculam àquilo que eles reconhecem intimamente como sendo bom para as suas vidas. É o elemento amoroso, portanto, o responsável pela interiorização sentimental de uma certa concepção de boa vida na identidade do indivíduo.

Eis o motivo da identidade individual já estar expressa na identidade imediata da coletividade onde a pessoa se encontra lançada em termos sociais, históricos e culturais. A comunidade não se resume a uma mera associação instrumental, portanto. Ela também implica um compartilhamento de uma noção de boa vida e, por conseguinte, de uma identidade humana dentre outras possíveis.

(b) Razão e interpretação: para o atomismo, o sujeito é capaz de se desprender racionalmente dos seus vínculos com o mundo social. Nada é provido de autoridade antes do seu julgamento de valor. Ele também é capaz de chegar, pelo simples exercício da razão, a leis de valor universal sobre as obrigações morais que devemos uns para com os outros.

Para o holismo, esta é uma imagem inviável. Como não há sujeito que não exista fora de um corpo[9], a razão só pode ser exercida dentro de um horizonte de sentido. A própria racionalidade, inclusive, é uma forma significativa construída historicamente[10].

A dinâmica da atividade reflexiva está no voltar-se para si mesmo. Seu objetivo é indagar-se a respeito da legitimidade dos preconceitos a partir dos quais se torna possível a atividade do

[9] Trata-se do eu inserido ou situado proposto por Michael Sandel (1982, p. 94 e 100).

[10] Sandra Harding (1998) também critica a pretensa neutralidade da racionalidade.

pensamento. Ela quer compreender adequadamente aquilo que o agente já é em sua identidade e que o expressa por meio de suas reações instintivas. A razão atomística, portanto, não é capaz de por os seus próprios fins. Ela não consegue visualizar que a sua reflexão depende de fontes que estão fora dela e que ressoam em seu interior[11].

O homem é um animal que interpreta continuamente a si mesmo[12]. A articulação significativa que fazemos de nós mesmos é constitutiva do que somos. Toda interpretação feita pelo homem tem como pano de fundo aquilo que ele já se apresenta como *sendo*[13].

Se não há razão pura, também não existe um método neutro. Qualquer objetividade já é resultado da compreensão feita de si pelo homem. Aquela só se refere ao mundo tal como nós o experimentamos. Ver o mundo de forma mecânica e funcional só é apenas uma dentre as várias formas possíveis de compreendê-lo.

Para Heidegger (1998, p. 81), as ciências que buscam definir o que é o homem precisam questionar a si mesmas. As ciências não questionam as ontologias objetivadas a partir das quais elas se tornam possíveis. Por isso, elas acabam por restringir o humano à esfera do ente e não à do ser[14]. Elas tomam o humano como um dado

[11] A capacidade de reflexão permite ao *self* se ver sob a melhor luz, analisar a sua natureza constitutiva, verificar suas relações e limites com o outro. Nossas vidas vão melhor não quando é possível selecionar e rever os projetos de boa vida, mas sim quando se tem posse das condições necessárias para obter uma consciência destes objetivos compartilhados que nos constituem (SANDEL, 1982, p. 152-154).

[12] Somos *self-interpreting animals* (TAYLOR, 1996, p. 45).

[13] Para Heidegger (1998, § 10), o *Dasein*, ao estar no movimento existencial de compreensão do Ser, já parte de um modo de compreensão deste. A comparação entre Taylor e Heidegger não é despropositada. Taylor é um pensador que procurou na filosofia continental maneiras de superar os limites apresentados pela filosofia analítica. Ver, por exemplo, os artigos *Lichtung ou Lebensform: Paralelos entre Heidegger e Wittgenstein* e *Heidegger, Linguagem e Ecologia* presentes no livro *Argumentos Filosóficos* (2000). Ver também *Hegel e a Sociedade Moderna* (2005, p. 200-206).

[14] Ente é aquilo que é, assim como quem preside é chamado presidente. Ser é o vir-a-ser. É *sendo*, tempo, nada. É aquilo que agora é, mas que amanhã pode deixar de ser. O ser não pode ser concebido

universal e não como um sentido historicamente construído. Ao mesmo tempo em que elas definem o modelo de investigação do objeto de pesquisa, elas também servem para definir-nos.

É possível apenas distanciar-se parcialmente deste horizonte pelo contato com outras culturas. O agente deve reconhecer o outro como co-formador do seu próprio saber. Nós somos *Mit-Dasein* (HEIDEGGER, 1998, § 26). O homem nunca está só em seu modo de ser.

Taylor usa a noção gadameriana de "fusão de horizontes"[15]. Ao nos deslocarmos do nosso padrão cultural em direção ao padrão alheio, expandimos a compreensão de quem somos, o que nos torna possível rever a nossa própria configuração moral. A compreensão de outras sociedades altera a nossa própria autocompreensão (TAYLOR, 1995, p. 129).

Por isto, o horizonte do presente está sempre em constante formação. Somos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Por consequência, o homem está sempre aberto a novas possibilidades de se fazer humano. O *Dasein* heideggeriano é sempre um vir-a-ser. Os agentes podem mudar a sua noção de bem e, por conseguinte, o tema da sua identidade. Mas não existe agente neutro às ideias de bem.

O objetivo de Taylor é evitar a contaminação da experiência do sujeito no mundo por ontologias objetivadas. O homem precisa

como um ente. Da mesma forma, o humano não pode ser reduzido a uma de suas possibilidades identitárias, a uma de suas interpretações feitas pelo homem ao longo da história (HEIDEGGER, 1998, § 1.º).

[15] Para Gadamer (2008, p. 355-356), todo aquele que quer compreender um texto do passado, parte já do efeito que este mesmo texto exerce sobre a sua situação histórica e não de um ponto de partida neutro ou desinteressado. A tarefa da hermenêutica é tomar consciência do poder exercido por este efeito em toda a compreensão. Faz-se necessário, portanto, perceber que não existe para o intérprete a possibilidade de uma compreensão pura, sem pressupostos. Logo, não há também a possibilidade de uma reconstrução objetiva e exata da mentalidade e das circunstâncias do autor ao escrever o texto, como a concepção romântica da hermenêutica pensava ser possível.

conhecer qual é a sua configuração moral e como os seus hiperbens foram articulados na construção da sua identidade. Recuperar as nossas fontes morais significa rever os nossos próprios horizontes em relação àquilo que nos dignifica humanamente (MULHALL; SWIFT, 1997, p. 116). Somente desta forma as decisões dos agentes no espaço público serão tomadas de maneira refletida e consciente.

(c) Linguagem: É também na comunidade que adquirimos a linguagem. A linguagem não pode ser considerada criação de um único indivíduo, nem mero instrumento, como pensam os atomistas. A linguagem representa um modo de ser no mundo. Nós somos introduzidos nela por meio de uma comunidade preexistente.

É na e pela linguagem que o homem ganha a capacidade de expressar a sua identidade enquanto aquilo que lhe é mais próprio. Para uma expressão se tornar compreensível, é preciso que os outros participem do seu sentido. Os sujeitos precisam reconhecer tal expressão por meio de signos comuns a todos. É a comunidade que permite ao indivíduo articular e expressar a sua identidade interna e pessoal.

Todos somos construtores como construídos pela linguagem. Qualquer inovação só pode ocorrer a partir da linguagem comum. O ser humano também é um animal de linguagem (TAYLOR, 1996, p. 74-75).

Taylor nos alerta para a necessidade de revermos diversos termos que usamos como universalmente válidos. As ontologias objetivadas criam termos que passam a ser considerados universais. É natural que as ontologias naturalizem os significados. Vários sentidos se tornam velados pelo uso contínuo da linguagem.

A elaboração de novos vocabulários possibilita ao agente transformar os seus sentimentos, experimentando outras possibilidades de ser humano. Pode-se dizer que o feminismo deu a muitas mulheres um vocabulário novo para interpretar as suas

experiências e que isto repercutiu na imagem que elas têm de si mesmas (ABBEY, 2000, p. 60).

A linguagem e a emoção estão entrelaçadas. Não é à toa que um novo vocabulário pode modificar a emoção antes sentida (ARAÚJO, 2003, p. 161-162). A mudança do vocabulário significa tanto o aprofundamento como a transformação do *self* emocional.

O nosso vocabulário precisa ser contrastado com o das outras culturas. Somente desta forma os nossos juízos de valor não serão etnocêntricos.

(d) Desejo e avaliação forte: o atomismo compreende erroneamente a gênese das nossas predileções individuais. Quem somos e de onde viemos é o pano de fundo a partir do qual nossos gostos, desejos, opiniões e aspirações fazem sentido. Além do mais, alguns bens só são acessíveis aos indivíduos mediante a fruição em comum[16].

Podemos dizer que existem dois tipos de desejo: os de primeira e de segunda ordem. O que está em jogo no desejo de segunda ordem é a certeza que o agente humano tem dos desejos de primeira ordem. Assim, na avaliação fraca, típica do atomismo, para algo ser julgado como bom, basta que seja desejado. Não há, desta forma, qualquer avaliação a partir da configuração moral que constitui o próprio desejo.

Por outro lado, a avaliação forte, característica do holismo, esclarece qualitativamente o que vem a ser os desejos enquanto expressões valorativas da identidade do sujeito humano. Ela verifica

[16] Para MacIntyre (p. 187-191), alguns bens só podem ser conquistados por meio do exercício em comum de certas práticas. Virtude é uma qualidade humana adquirida cuja posse e exercício nos permite alcançar bens internos a estas práticas. Por prática, deve-se entender qualquer atividade cooperativa humana socialmente estabelecida que é realizada na tentativa de alcançar padrões de excelência.

a relação destes com os hiperbens, isto é, com os bens considerados mais importantes de acordo com determinado pano de fundo moral.

Assim, os desejos não refletem simplesmente uma instância subjetiva. Estão vinculados a uma determinada configuração moral. São os horizontes significativos que orientam o agente em suas distinções qualitativas (TAYLOR, 1997, p. 47).

O desejo também não é impulsionado pelo objeto, mas sim pelo significado que esse objeto tem para o *self*. A percepção do agente já se encontra imbuída de sentimentos valorativos que irão determinar o modo como o agente reagirá diante de um objeto.

(e) Ação: a ação não é somente resultado de uma escolha autônoma do indivíduo. O agente humano pauta inescapavelmente a sua ação no contexto de uma determinada configuração moral. O atomismo vê a causa das ações humanas em um certo "estado mental" dos indivíduos. Contra esta perspectiva, Taylor sugere uma concepção qualitativa da ação. A ação do indivíduo já é em si uma expressão de uma prática cultural.

Por ação, deve-se entender um ato humano direcionado à realização de um bem. Por bem, deve-se entender uma noção de vida virtuosa. Portanto, a ação não está limitada ao plano da consumação de objetos, mas ao tipo de humano que o agente quer ser. O bem escolhido expressa a identidade que o agente quer ter.

A ação não está vinculada primeiro ao dever, mas ao bem. Não existe o dever pelo dever, como na ética formal de Kant[17]. O dever existe para realizar um bem nele implícito[18].

[17] Deve-se fazer o que é correto pelo simples fato de ser o correto a se fazer. O correto existe por si. O motivo que confere valor moral à ação é o dever. O dever é o imperativo categórico incondicional. Portanto, o imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade (KANT, 1992, p. 50).

[18] Segundo Charles Taylor, para os liberais, este bem é a autonomia.

Por tal razão, as ações nunca são neutras. Os deveres que regulam as nossas ações já são consequência daquilo que escolhemos como bem e, portanto, daquilo que queremos ser como agentes morais. A ação não quer construir leis, mas realizar um bem que venha tornar a identidade do agente íntegra (ARAÚJO, 2003, p. 131). O que está em jogo na realização do bem é a própria identidade do *self* como agente moral.

As nossas ações só ocorrem porque estão fundadas em avaliações fortes. Estas envolvem discriminações acerca do certo ou errado que são validadas pela configuração moral da comunidade. Os homens não agem movidos por leis universais e neutras, mas sim por valores que os incentivam a realizar um modo possível de ser humano.

A tese de Taylor é a de que os agentes morais não agem motivados pela racionalidade, mas sim pela noção de bem que desejam concretizar no espaço público. Assim, o autor também é contra qualquer forma que venha a naturalizar a estrutura da ação.

(f) O justo e o bem: para o atomismo, se a razão é capaz de por seus próprios fins, o indivíduo também é capaz de revisar os fins da comunidade. Se o "eu" é anterior aos fins, o justo será concebido como anterior e independente de qualquer noção de bem. O justo irá delimitar o espaço dentro do qual cada indivíduo pode realizar a sua noção de vida virtuosa, sem prejuízo para os planos de vida dos demais.

A moral se volta, então, para a determinação do conteúdo dos juízos de obrigação, isto é, para o que devemos uns aos outros. No plano ético, ou seja, no âmbito das noções de boa vida e de vida virtuosa (o que devemos fazer das nossas vidas para as chamarmos de bem-sucedidas), geralmente se adota uma teoria rasa do bem. Somente se determina bens mediatos ou instrumentais, ou seja, bens que valoramos como meios para se alcançar um determinado fim.

Como o atomismo adota a avaliação fraca dos desejos, um plano de vida é valoroso pelo simples fato de ter sido adotado de forma autônoma pelo indivíduo.

Taylor (1997, p. 90-91) critica esta concepção. Como a comunidade é anterior ao indivíduo, este sempre terá por ponto de partida a configuração moral dada pela comunidade. Logo, se o "eu" nunca é completamente anterior aos fins, o justo também não pode ser anterior ao bem. Pelo contrário, o justo é relativo ao bem. Em outras palavras, é impossível pensar a moralidade desligada das questões concernentes à boa vida.

Para o holismo, o atomismo pressupõe pelo menos um mandamento ético: uma vida, para ser considerada bem-sucedida, deve ser vivida pelo agente de forma autônoma. Ela tem que ser, ao máximo, o resultado das escolhas do agente e não de fatores externos.

O liberalismo de base atomística não pode dizer-se neutro culturalmente. Ele não é um terreno imparcial, no qual é possível a convivência de todas as culturas. Trata-se de um modelo político determinado por uma série de condicionantes espaciais e temporais.

O liberalismo é fruto da tradição cristã ocidental. Ele não é uma perspectiva secular pós-religiosa, mas sim um desenvolvimento mais orgânico do próprio cristianismo. A divisão entre Igreja e Estado remonta aos primeiros momentos da civilização cristã. O próprio termo "secular" era parte originalmente do vocabulário cristão.

A questão é que outras sociedades não adotam este mesmo bem, o da autonomia. A título de exemplo, no caso dos teístas, uma compreensão de Deus é o bem constitutivo. Esta noção está no centro da estrutura moral da sociedade (ABBEY, 2000, p. 48).

Não há nenhum critério metahistórico para definir qual destes bens é o melhor. Isto não significa alguma forma de ceticismo ou relativismo. Significa apenas que este critério deve ser alcançado por um diálogo real entre as culturas, nos moldes da fusão de horizontes.

Mesmo quando o indivíduo escolhe o bem de outra comunidade, após o diálogo transcultural, o indivíduo pula de uma configuração moral para outra e o faz em luta contra a comunidade que lhe formou a identidade. Por isso, o "eu" nunca é anterior aos fins. Ele passa de um "eu inserido" para outro "eu inserido". Não há posição neutra a partir da qual se possam formular obrigações universais. O "eu" sempre está inserido em um contexto.

Taylor quer construir uma proposta normativa que entenda antropologicamente bem o ser humano. Taylor dá ênfase à Antropologia como meio de compreender as diversas ontologias elaboradas pelo homem em sua atividade interpretativa.

A neutralidade do *self* atomístico bloqueia as indagações humanas a respeito das suas determinações constitutivas. Devemos, portanto, recuperar as fontes do *self* moderno. Caso contrário, corremos o risco de encobrir a nossa cultura com um discurso aparentemente neutro. Recuperar as fontes do *self* moderno irá possibilitar identificar quais são os nossos hiperbens. É isto que será feito a partir de agora.

O Ideal de Autenticidade

A articulação da noção moderna de dignidade nasceu com o colapso das estruturas hierárquicas das sociedades do antigo regime. Estas se baseavam na honra. A honra era distribuída com base no critério da desigualdade. Se todas as pessoas fossem igualmente

honrosas, a própria ideia de honra e de distinção de quem era honrado seriam prejudicadas.

Tornou-se, então, possível falar de uma dignidade inerente de todos os seres humanos (TAYLOR, 2000, p. 242). Todas as pessoas passaram a ser dignas pelo simples fato de pertencerem ao gênero humano. Esta perspectiva permitiu fundamentar e implementar a democracia em toda a Europa do século XVIII. Se todos os indivíduos são soberanos, ninguém merece mais respeito do que ninguém. Portanto, todos devem ter igual oportunidade de participar dos processos de tomada de decisão.

Outro fator importante foi a nova compreensão da identidade individual que surgiu no final do século XVIII: o ideal da autenticidade. Desde então, tornou-se importante ser fiel a si mesmo e à sua maneira particular de ser. Os seres humanos são dotados de um sentido intuitivo acerca do que é certo e errado. Compreender a moralidade não se resumia mais a um cálculo frio de custo-benefício. Ancorava-se em nossos sentimentos. A moralidade tinha uma voz interior (TAYLOR, 1997, cap. 5). Estar em contato com os nossos próprios sentimentos assumiu uma significação crucial e independente.

A fonte com a qual tínhamos de nos vincular se encontrava em nosso íntimo. Trata-se da virada subjetiva da cultura moderna. Rousseau afirmava que a moralidade se resumia a seguir a voz da natureza localizada dentro de nós. Herder, na época do romantismo alemão, também asseverava que cada um de nós tem um modo original de ser humano.

Inaugurou-se, assim, o princípio da originalidade. Cada voz tem algo peculiar a dizer. Dentro de mim tenho algo que só eu posso articular e descobrir. E, ao articulá-lo, também estarei definindo quem eu sou, realizando uma potencialidade propriamente minha.

Esta ideia foi aplicada em dois níveis. Não só a pessoa tinha de ser fiel a si mesma. O povo também era dotado de uma cultura única dentre os outros povos. O *volk* deveria ser fiel à sua própria cultura (TAYLOR, 2000, p. 245). Nascia o nacionalismo moderno.

Na época das sociedades hierárquicas, a identidade era socialmente derivada. Baseava-se em categorias sociais definidas previamente. Com a modernidade e o ideal de autenticidade, a identidade passa a ser derivada da interioridade de cada um. Por tal razão, ela não goza desde já do reconhecimento social. Ela tem de obtê-lo por meio do intercâmbio com os outros. O que surgiu com a modernidade não foi a necessidade de reconhecimento, mas as condições em que a tentativa de ser reconhecido pode malograr (TAYLOR, 2000, p. 248).

Esta descoberta da identidade interior não se dá de maneira solipsista. Taylor não vê negativamente a ideia dos indivíduos buscarem a sua autorealização. A autenticidade é um modo de ser próprio da modernidade. Taylor só quer buscar as contradições e os limites desta perspectiva, para depois reinterpretá-la com base no holismo.

O mal-estar da modernidade não está na busca da autenticidade, mas na sua realização equivocada em bases atomísticas. Este tipo de individualismo gerou formas degradadas. A cultura moderna pode ser caracterizada como um processo de declive cultural causado principalmente por três fenômenos: (a) o individualismo, (b) a razão instrumental e (c) as consequências destes dois fatores no plano político das sociedades contemporâneas.

(a) Ao conceber-se atomísticamente, o individualismo criou sujeitos centrados apenas em si mesmos, alheios que estão de qualquer compromisso com o outro (TAYLOR, 1994, p. 67). O homem moderno está centrado unicamente na realização do seu plano de vida. Esta incapacidade de ver as premissas antropológicas

dos valores humanos acaba impossibilitando a saída do indivíduo do seu plano egocêntrico. O hiato entre o homem e a sua configuração moral alimenta a fragmentação do *self* e a crise da identidade moderna.

(b) O individualismo também gera o relativismo. Como cada indivíduo deve eleger seu plano de vida, torna-se impossível argumentar racionalmente sobre a boa vida. Trata-se do ceticismo no plano ético. Legitima-se o resultado de qualquer decisão do sujeito sobre seu projeto de boa vida, desde que seja feita de forma autônoma. O debate ético é trivializado, banalizado, reduzido a um ato de vontade. Não há mais horizonte moral a que se possa recorrer. Os indivíduos se limitam a reproduzir comportamentos sem qualquer fundamentação na instância significativa dos valores. O relativismo alimenta o crescimento da aplicação da razão instrumental na esfera privada, isto é, do cálculo custo-benefício.

(c) Os sujeitos imersos no individualismo concebem a política de maneira totalmente instrumental, como o espaço em que se é possível conseguir certos bens necessários para a materialização do projeto de boa vida de cada um. Convertem-se em seres imunes às exigências da cidadania e da solidariedade, por desconhecerem as relações que os prendem à comunidade. A crença ingênua em uma racionalidade pública e universal também faz com que os membros das sociedades contemporâneas não analisem de forma contundente as ideias de bem a partir das quais se posicionam no espaço público. Quanto até mesmo esta crença se enfraquece, a racionalidade instrumental invade o espaço público e acontece a privatização da política, isto é, a utilização da mesma para fins privados (corrupção).

Estas formas degradadas obscurecem o forte ideal que está presente no individualismo: o ideal de autenticidade. O fato de valorizarmos a eleição autônoma do plano de vida não implica que o conteúdo desta escolha tenha que se fundamentar unicamente nos interesses egoístas de cada sujeito. Esta decisão tem que levar em

conta as exigências geradas pela convivência com outros homens. O individualismo, portanto, confunde dois elementos: o ato de eleger um projeto de boa vida e o conteúdo do mesmo.

Reconstruído o ideal de autenticidade a partir de bases holísticas, Taylor sugere, no plano político, a adoção de duas políticas: (a) a da dignidade igual e (b) a do reconhecimento das diferenças. Somente este conjunto de políticas conseguirá responder adequadamente às demandas da identidade do *self* moderno, baseada nos ideais de dignidade e de autenticidade. É o que veremos na próxima parte, a qual tratará das questões normativas.

Liberalismo Substantivo

(a) Com a passagem da honra à dignidade, originou-se uma política da igual dignidade de todos os cidadãos. Seu conteúdo é a equalização de direitos e privilégios. Para alguns países, a equalização só atingiu os direitos civis e de voto. Para outros, estendeu-se à esfera socioeconômica. (b) A segunda mudança, o desenvolvimento da moderna noção de autenticidade, fez surgir uma política da diferença, também fundamentada em bases igualitárias. Assim, diz-se que *todos* devem ter sua identidade peculiar reconhecida.

(a) Com a política da dignidade igual, pretende-se reconhecer aquilo que é comum entre os cidadãos, a sua dignidade de seres humanos. Por isso, recomenda a garantia de uma mesma carta de direitos e imunidades para todos. (b) Com a política da diferença, pede-se para reconhecer a identidade particular de indivíduos e grupos, isto é, aquilo que os distingue de todas as outras pessoas. Este elemento distintivo foi historicamente ignorado, distorcido, assimilado a uma identidade dominante ou majoritária. Essa

assimilação é o pecado capital contra o ideal da autenticidade (TAYLOR, 2000, p. 250-251).

(a) A política da dignidade igual afirma que todos os seres humanos são igualmente dignos de respeito. Para Kant (1992, p. 47), o que pede respeito é nosso status de agentes racionais, capazes de dirigir a própria vida por meio de princípios[19]. O que é destacado como de valor aqui é um potencial humano universal. (b) A política da diferença também reconhece um potencial universal do ser humano, a saber, o de formar e definir a própria identidade tanto como indivíduo quanto como cultura. Só aparentemente ela parece negar o princípio da igualdade humana, por promover a particularidade.

Isto se dá porque a identidade do homem moderno foi construída com base em dois temas: (a) a dignidade baseada na autonomia da vontade (que nos caracteriza como iguais) e (b) a autenticidade como expressividade (que nos singulariza enquanto diferentes).

O liberalismo atomístico se diz cego às diferenças. Afirma poder oferecer um terreno neutro no qual as pessoas de todas as culturas possam se encontrar e coexistir. Acredita ser possível relegar as diferenças entre os indivíduos a uma esfera privada sem nenhuma influência sobre o político. É nela que deverá haver o conflito entre as diversas concepções de boa vida. O Estado deve permanecer neutro em relação à boa vida e indiferente a metas coletivas. Deve assegurar apenas que os cidadãos lidem lealmente uns com os outros e que o Estado lide igualitariamente com todos.

[19] "Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade. Como para derivar as ações das leis é necessária a razão, a vontade não é outra coisa senão razão prática (...), isto é, a vontade é a faculdade de escolher só aquilo que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, como bom." (KANT, 1992, p. 47).

Para Taylor (2000, p. 472), qualquer política que se restrinja à igual dignidade e à igualdade de direitos está fadada a ser homogeneizante. Este modelo é incapaz de dar o devido reconhecimento à autenticidade. Este tipo de liberalismo não é capaz de se relacionar com a diversidade e com as metas coletivas. Isso não quer dizer naturalmente que este modelo procedimental procure abolir as diferenças culturais. Esta seria uma acusação absurda. Mas o autor o considera inóspito à diferença. Ele não pode acomodar aquilo a que de fato aspiram os membros das sociedades distintas: a sobrevivência cultural.

Além do mais, o liberalismo não é um terreno de possível encontro para todas as culturas. Ele é a expressão política de uma gama de culturas, sobremodo incompatível com outras tantas. Ela é o resultado de um desenvolvimento da doutrina cristã.

Contudo, de acordo com Taylor, existem outros modelos de sociedade liberal. Não são modelos procedimentais, mas substanciais de liberalismo. Estão fundados em juízos acerca da boa vida. Em algumas sociedades, como a província francófona de Quebec, a boa vida exige um relevante lugar para a integridade e a sobrevivência da cultura. Taylor endossa este tipo de modelo. É possível interpretar o liberalismo de maneira que ele respeite também o princípio da diferença, permitindo que o Estado assuma metas coletivas sem que se atente contra o princípio da igual dignidade.

A seu ver, uma sociedade pode ser organizada em torno de uma definição da vida virtuosa, sem que isto seja visto como depreciação daqueles que não partilham dessa definição. Esta concepção é liberal e não comunitarista, pelo modo como trata as minorias. Ela continua a garantir os direitos individuais para todos, independente da noção de boa vida.

Para tanto, é preciso distinguir (i) as liberdades fundamentais, aquelas que nunca podem ser feridas e que, portanto, devem ser incessantemente protegidas, (ii) dos privilégios e imunidades, os quais, embora importantes, podem ser revogados ou restringidos por razões de política pública – embora se precise de uma forte razão para fazê-lo (TAYLOR, 2000, p. 265). Este modelo se dispõe a sopesar a importância de certas formas de tratamento uniforme surgidas no âmbito das culturas modernas de revisão judicial com relação à importância da sobrevivência cultural de um povo e opta muitas vezes por esta última.

Além do mais, qualquer padrão de direitos iguais aplicado em um contexto cultural totalmente diferente daquele onde se originou é considerado inaceitável. Taylor (2000, p. 260) não é contra a padronização de direitos restritivos, desde que se verifique em que contexto cultural aquele padrão será aplicado.

Devem-se prever dispositivos jurídicos que garantam os direitos individuais de todos os canadenses e, ao mesmo tempo, os direitos de autogoverno dos diversos grupos étnicos, linguísticos e culturais que compõem aquele país, a exemplo da província francófona de Quebec. Devem-se construir leis que possam ser contextualizadas culturalmente, ou alargar os dispositivos já existentes, no que se refere às metas coletivas dos grupos distintos.

Por fim, cabe ressaltar que as sociedades multinacionais podem entrar em sérios conflitos ou até mesmo se desfazer, devido à carência de reconhecimento do igual valor das várias culturas que as compõem. Uma política do multiculturalismo que queira ser levada a sério precisa reconhecer urgentemente os vínculos entre identidade e reconhecimento.

Considerações Críticas

(a) Pontos fortes: a principal contribuição de Charles Taylor é a parte ontológica. A comunidade é anterior ao indivíduo. A identidade possui caráter dialógico. O que entendemos por pessoa (*self)* é resultado da história de uma comunidade. No entanto, tendemos a naturalizar um único sentido do ser humano.

A reflexão só pode se dar a partir das noções prévias dadas pela comunidade. São os preconceitos que tornam possível a atividade do pensamento. O próprio conceito de razão não é algo dado, mas um sentido historicamente construído.

Não há contradição entre indivíduo e comunidade. Toda comunidade compartilha uma noção de boa vida. Ela constrói a identidade adequada para esta noção. A identidade dos integrantes é formada em diálogo com a comunidade, por relações de reconhecimento. Logo, dar condições para que uma cultura sobreviva significa permitir ao indivíduo a possibilidade de uma autoimagem favorável, necessária para uma vida bem-sucedida.

A título de exemplo, a sociedade liberal adotou a autonomia como noção de boa vida. A ideia de sujeito moderno é a de um agente autônomo. O conceito de dignidade humana está ligado à autonomia. Leis ditas universais são deveres considerados imprescindíveis para uma sociedade contemporânea ocidental.

O que se diz racional depende de um ponto de partida que não pode ser comprovado cientificamente: a capacidade racional humana ou o mínimo epistemológico. Ela deve ser pressuposta. Deste pressuposto depende a validade de várias construções teóricas do nosso tempo. A geometria depende primeiro da figura imaginária do "ponto" para desenvolver-se. Mas como determinar

cientificamente que o "ponto" é "ponto"? É algo somente pressuposto.

Quando passamos a analisar os nossos pressupostos não-refletidos, a partir dos quais compreendemos o mundo, chegamos à conclusão de que devemos ser muito mais humildes quando em contato com outras culturas. Elas partem de outros pontos também pressupostos. A própria noção de tempo retilíneo e progressivo, hoje tida em nossa sociedade como uma variante universal, é uma ideia que foi historicamente construída a partir da modernidade e que em muito difere do tempo circular, por exemplo, dos gregos antigos.

O mesmo se diga da noção moderna de liberdade. Não há assunto filosófico mais problemático do que o "querer". A ideia de autonomia surge com o filósofo medieval Duns Scotus. Pensava este autor que: (i) se Deus é capaz de criar o novo; (ii) se nós somos feitos à sua imagem e semelhança; (iii) logo, nós também somos dotados de liberdade[20].

Esta noção foi importante para que as imagens de céu e de inferno, de salvação e de pecado fossem estabelecidas. Se eu não fosse responsável pelos meus próprios atos, como eu poderia ser condenado pela Igreja? A recuperação da gênese da ideia de autonomia também dá suporte à afirmação de Taylor de que o liberalismo é resultado do cristianismo.

A objetividade só se refere a uma forma de experimentar significativamente o mundo. A reação que eu tenho diante de um objeto não é dada pelo objeto. Os nossos preconceitos também participam das reações vitais. Um mesmo alimento pode parecer

[20] Para saber mais sobre a origem da ideia da autonomia da vontade, favor consultar ARENDT, 2008, vol. 2 sobre o querer, especialmente as p. 390-411 que tratam do pensamento de Duns Scotus. Também concordando com a afirmação heideggeriana de que o ser não pode ser confundido com o ente, Arendt afirma que o homem não possui uma natureza humana, mas sim uma condição humana (2004); que é preciso diferenciar a razão do entendimento. O entendimento procuraria a certeza. A razão, o significado. Por isso, é possível falar em ontologias. Qualquer pretensão de certeza em uma investigação filosófica é uma falácia metafísica (2008).

saboroso para uma determinada pessoa e ruim para outra. Da mesma forma, uma determinada prática cultural pode parecer virtuosa para uma certa comunidade e vilipendiosa para outra.

O contato com outras culturas possui uma função vital. Somente pelo contato com o outro é que eu posso reconhecer a incompletude dos meus preconceitos. Somente quando eu dialogo com alguém que pensa diferente de mim é que me passa a ser possível colocar os meus preconceitos em dúvida. Apenas depois de refletir sobre estes preconceitos, a minha compreensão de mundo pode mudar.

A diversidade é essencial para uma sociedade. Quem tem contato com outras culturas, possui mais alternativas para resolver um mesmo problema. O homem precisa ser flexível e adaptável para sobreviver. Devemos estar abertos a reformulações de nossas crenças. Devemos questioná-las continuamente ao longo das nossas vidas[21].

Se a linguagem representa um modo de ser no mundo, cabe perguntar se a adoção pelo Estado de uma língua oficial não representa por si só uma desvantagem imerecida a favor da sociedade majoritária. Se uma língua é oficial, ela passa a ser de uso obrigatório pelas instituições. Tem muito mais chances de sobreviver do que as línguas das minorias.

A relação entre linguagem e sentimento mostra como a mudança de certos vocábulos feita neste livro (como, por exemplo, de infanticídio indígena para interditos de vida ou não-entes) representa não apenas uma correção jurídica (infanticídio indígena

[21] Por outro lado, uma sociedade que não convive com a diferença, tem muito mais chances de objetivar a sua perspectiva de mundo e de naturalizar o seu discurso. Como afirmava J. S. Mill (1974), a humanidade se torna rapidamente incapaz de conceber a diversidade, se por muito tempo se desacostumou de vê-la.

não é juridicamente infanticídio), mas um respeito às outras formas de se pensar o humano.

Se o justo é relativo ao bem, é necessário definir primeiro o bem para só depois identificar as obrigações que o realizariam da melhor forma. Não existe o dever pelo dever. O liberalismo primeiro definiu o seu hiperbem, a autonomia da vontade. Somente com referência a ele, as obrigações morais que proclama fazem sentido.

Taylor está certo ao afirmar que a noção de bem está ligada à compreensão que temos como pessoas. Na modernidade e no liberalismo, impossível é pensar a ideia de indivíduo desligada da noção de autonomia da vontade. Concordar com os direitos individuais defendidos pelos liberais significa também abraçar uma concepção particular do que é ser humano e de sua relação com o Estado e com a comunidade[22].

Alguns liberais, como Dworkin (2005) e Rawls (1993), aceitaram estas críticas e passaram a reduzir o alcance dos seus juízos. Para Dworkin (2005), a justiça liberal depende de pelo menos dois juízos éticos: (a) a vida, para ser bem-sucedida, deve ser resultado das escolhas do indivíduo; (b) o indivíduo deve ser responsável pelas escolhas que faz[23].

Pode-se agora perguntar: se nós não escolhemos onde nascemos, nem os preconceitos a partir dos quais nos torna possível o pensamento e a ação, por que algumas pessoas que nasceram no

[22] Em outras palavras, quer dizer-se que toda sensibilidade jurídica depende de um tipo de sociedade e de identidade na qual ela faz sentido (GEERTZ, 1998). Os direitos individuais implicam uma noção particular de dignidade e de separação entre esfera pública e privada que não coincidem muitas vezes com a forma como as minorias culturais compreendem o mundo, em especial os povos indígenas.

[23] Rawls (1980) revê sua concepção de bens primários e a faz depender agora de uma concepção particular de pessoa. Por outro lado, passa também a afirmar que a teoria da justiça como equidade forma uma concepção política e não metafísica da justiça somente válida numa democracia constitucional (1985). Dworkin, por sua vez, foi um dos poucos autores liberais a ressaltar explicitamente a relação entre liberdade e cultura. Ver, por exemplo: DWORKIN, 1989, p. 488; 1985, p. 288.

interior das minorias culturais devem ter suas identidades negadas e, por consequência, menos chances de ter uma vida bem-sucedida? Uma decisão neste sentido não estaria diferenciando as pessoas de forma arbitrária, a partir de um fator que não está à disposição da escolha do indivíduo: o local de nascimento?

Para que os indivíduos vivam suas vidas de forma plena, as suas identidades precisam ser reconhecidas. Para tanto, as configurações morais nas quais elas se desenvolveram precisam de proteção. Logo, quando se respeita o autogoverno de uma minoria, está-se garantindo também a integridade das identidades dos seus componentes.

Não há contraposição entre a política da dignidade igual e a política da diferença. Ambas resguardam aspectos da mesma identidade moderna: a dignidade e a autenticidade. A política da diferença não deve ser compreendida como contraposição à igualdade, mas sim como uma exigência dela. O reconhecimento da diferença, portanto, também é uma exigência da igualdade, posto ser também a autenticidade um aspecto do que nos faz seres humanos.

A recuperação da história do *self* moderno e dos temas da dignidade e da autenticidade também é fundamental para entendermos por que o multiculturalismo é um discurso comum entre homens e culturas no final do século XX e começo do XXI.

O liberalismo não pode ignorar que inevitavelmente o Estado deverá tomar decisões nas quais a cultura fará um papel importante. Mesmo que não o queira, o Estado deverá assumir uma posição definida frente às várias culturas que habitam o seu território. Assim, o princípio da neutralidade se mostra simplesmente impossível de ser cumprido. Sem o respeito à diferença, o Estado seguramente estará favorecendo a cultura majoritária por meio das decisões que toma e, por conseguinte, discriminando as suas minorias.

O alerta feito por Taylor para o cuidado que se deve ter ao aplicar os direitos individuais em contextos diferentes daquele de origem é igualmente importante. Toda regra de direito carrega consigo noções inerentes à comunidade onde ela foi elaborada. Estas não devem ser tomadas sem reflexão, posto que, do contrário, estar-se-ia favorecendo a sociedade majoritária em detrimento das minorias culturais quando da aplicação do direito.

Acreditamos, no entanto, que não se faz necessário esperar a atividade legislativa para tornar as regras mais sensíveis à diferença, apesar de sua inquestionável importância. Como o direito só existe depois de interpretado, a lei existente já poderá ser interpretada pelos juízes para que ela gere resultados justos em contextos multiculturais.

O desconhecimento da origem dos conceitos veiculados por nossas regras de direito também leva a manifestações e a decisões irrefletidas no espaço público[24].

A afirmação de Taylor de que unidade do Estado depende do igual reconhecimento das culturas que o compõem é fundamental para vencer o argumento de que a política da diferença poderia minar de alguma forma a soberania nacional.

Por fim, Taylor fez bem em diferenciar as questões ontológicas das normativas. Agora fica claro por que se pode defender uma posição liberal, mesmo reconhecendo o papel da tradição histórica na formação dos nossos preconceitos.

(b) Pontos débeis: as maiores críticas formuladas contra Taylor são aquelas relacionadas à sua proposta normativa do liberalismo substantivo. Como afirma Bonilla (1999, p. 30), as categorias oferecidas por Taylor são insuficientes para

[24] Hannah Arendt (1999) já afirmava que vários males são causados não por motivos torpes, mas simplesmente pela irreflexão. É o que ela deu o nome de banalidade do mal.

compreendermos aspectos fundamentais da diversidade cultural das sociedades contemporâneas.

No entanto, por uma questão de ordem, comecemos pelas críticas à parte ontológica. Para Araújo (2003, p. 94 e 152), uma vez que os nossos sentimentos imediatos e as reações instintivas formam a base da estrutura expressiva, a reflexão em Taylor encontra-se sempre como elemento secundário na composição significativa da manifestação do agente.

Acreditamos que esta crítica não faz jus à proposta de Taylor. O autor ressalta claramente a importância da linguagem e da interpretação na articulação significativa dos sentimentos. Aponta também que os sentimentos podem mudar, depois de avaliada a sua legitimidade. Logo, não há hierarquia entre reflexão e preconceitos. O que o autor quer é mostrar que toda reflexão tem um ponto de partida e que este ponto de partida se encontra na vivência significativa do humano. Não há, portanto, reflexão pura ou pensamento solipsista, por meio do qual se possa chegar a leis universalmente válidas.

A identidade do agente é formulada simultaneamente pelo sensível e pelo inteligível de maneira que não há como privilegiar ontologicamente nenhuma das duas instâncias. A reflexão é também um elemento constituinte das configurações morais que servem de fonte às diversas expressões éticas. Taylor não quer criar uma estrutura intocável das fontes intuitivas da moral, nem ocultar a possibilidade de elaboração de um saber crítico por parte dos agentes a respeito do fundamento das suas ações.

Araújo (2003) afirma ainda que Taylor não explica bem a relação entre identidade e reconhecimento. Realmente, Taylor não se preocupa em mostrar detalhes de como estas relações se dão. No entanto, esta lacuna foi preenchida por Axel Honneth, que atualizou

a categoria hegeliana do reconhecimento por meio da psicologia social de G. H. Mead.

Para Honneth (2003), também o florescimento humano depende da existência de relações éticas bem estabelecidas. São três os padrões de reconhecimento intersubjetivo de cuja realização depende a possibilidade de uma autorrelação imperturbada do ser pessoa: o amor, o direito e a solidariedade. A cada um desses padrões correspondem três tipos de desrespeito, cuja experiência pode influir no surgimento de conflitos sociais na qualidade de motivo da ação. Neste sentido, as lutas por reconhecimento buscam restaurar relações de reconhecimento mútuo ou desenvolvê-las num nível evolutivo superior.

No que se refere à esfera de reconhecimento que nos interessa, o amor, Honneth (2003, p. 163) afirma que a criança aprende a se conceber como sujeito por meio da relação emotiva que ela estabelece com as pessoas próximas, como os pais. Não pode mais se manter em pé, portanto, a concepção ortodoxa segundo a qual o desenvolvimento psíquico se efetua de forma monológica a partir das pulsões libidinosas do ego.

Kymlicka (2006) não vê diferença entre a afirmação rawlsiana de que o "eu antecede os fins" e a tayloriana de que o eu pode escolher outro bem, mudando o tema da construção da sua identidade. A diferença é bem clara, no entanto. Quando se afirma que o "eu antecede os fins", está a se afirmar que eu posso me desvincular de todos os fatores externos ou heterônomos e alcançar de forma solipsista, pelo simples exercício da capacidade racional, leis de valor universal a que todos chegarão se passarem pelo mesmo processo.

É uma crítica direcionada principalmente a Kant. Rawls aceita uma teoria rasa do bem, isto é, afirma que os sujeitos são movidos por bens instrumentais necessários a qualquer projeto de

vida. Rawls afirma ainda que o processo de pensamento promovido pela situação hipotética do contrato original deve estar em equilíbrio reflexivo com os pontos fortes das nossas intuições morais. Logo, Rawls não recai inteiramente na crítica de Taylor. O problema de Rawls é afirmar que seus princípios de justiça são juízos de valor universais, semelhantes aos imperativos categóricos, a que todos chegariam se raciocinassem do mesmo modo.

Para Taylor, no entanto, eu só posso passar de um bem para outro. Não há reflexão pura, quanto menos dever puro. Eu posso sim conhecer outra cultura e o seu hiperbem. Posso, inclusive, decidir seguir a outra cultura, o que trará certos custos para a minha identidade. Mas, neste processo, eu passo de um "eu inserido" para outro "eu inserido". O raciocínio da razão prática se dá pela comparação entre dois bens, entre duas identidades humanas.

Quanto à parte normativa, dois questionamentos podem ser feitos ao liberalismo substantivo proposto por Charles Taylor: (i) se o liberalismo substantivo é realmente um modelo liberal; (ii) se a defesa de uma meta coletiva pelo Estado, com respeito aos direitos individuais, acomoda de forma justa as diferenças características dos povos indígenas.

(i) O primeiro ponto a ser criticado na proposta de Taylor é o caráter liberal deste modelo. Aqui podemos perguntar se pode ser chamado de liberalismo um modelo que considera legítima a adoção pelo Estado de metas coletivas, se este continua a respeitar os direitos individuais das minorias. A resposta só pode ser negativa. Este modelo viola o princípio da igualdade, a qual é central para o liberalismo[25].

[25] É o argumento de Álvaro de Vita (2001) e Barry (2002). Em resumo, estes autores afirmam que o poder coercitivo estatal não pode ser empregado para promover a forma de vida que se julgue mais valiosa. Isto deve ficar por conta de direitos e oportunidades iguais – da liberdade de associação, em particular. Importante ressaltar, no entanto, que Álvaro (2002, p. 25, n. 33) admite que as questões típicas de reconhecimento são aplicáveis, no Brasil, à forma de lidar com os grupos indígenas.

Quando falamos de princípio da igualdade, não estamos nos referindo à política da igual dignidade tal qual definida por Taylor, mas sim ao princípio igualitário abstrato do qual derivam ambas as políticas. Este afirma que todos os cidadãos merecem igual consideração e respeito. Vimos, por exemplo, que até mesmo a política da diferença é baseada em um princípio da igualdade, uma vez que *todos* devem ter suas identidades reconhecidas.

O liberalismo substantivo criaria uma diferença injusta entre os cidadãos. Os adeptos da meta coletiva de boa vida impulsionada pelo Estado teriam pelo menos algo a mais. Sua cultura seria privilegiada frente aos direitos e às imunidades das minorias culturais. A busca da meta coletiva provavelmente envolveria tratamento distinto para pessoas de dentro e de fora do grupo. Esta diferenciação não tem por fundamento nenhum princípio igualitário ou contra a discriminação. É meramente uma questão de arbítrio, de decisão histórica, a qual é insuficiente para o liberalismo considerá-la como justa.

A proposta de Taylor é contrária até mesmo aos seus próprios pressupostos sobre o reconhecimento e a construção dialógica da identidade individual. Se a cultura desempenha um papel fundamental na configuração da identidade individual, resulta bastante problemática a diferenciação arbitrária entre os cidadãos feita pelo Estado. Aos membros das minorias culturais seria outorgado um status secundário, com bastante prejuízo para a sua autoestima. O não reconhecimento igualitário das minorias seguramente se constituirá em uma forma de opressão individual e coletiva (BONILLA, 1999, p. 32).

Pode-se questionar se os direitos civis e políticos não respeitam realmente o ideal de autenticidade proposto por Taylor. A comunidade liberal não impede que associações em torno de uma concepção de boa vida se formem abaixo do Estado. Por outro lado, a prioridade do indivíduo parece mais uma questão normativa do que

ontológica. Não se está a dizer que o homem é um ser desgarrado da comunidade ou que pode ou deve fazê-lo. Significa somente que o Estado deve garantir a liberdade do indivíduo de sair destas comunidades éticas. Trata-se de um direito e não de um dever. Toda comunidade ética abaixo do Estado deve ser mantida pelo convencimento e não pela coerção.

Por que uma forma de vida virtuosa deve ser assumida pelo Estado, utilizando-se de recursos advindos da contribuição de todos, inclusive daqueles que não compartilham do mesmo ideal? Por que o Estado deve suportar uma noção de boa vida, fazendo uso do seu aparato coercitivo? Não estaríamos nos aproximando do perigo das formas ditatoriais de governo? Claro que esta proposta de Taylor se baseia no fato de que é impossível para o Estado se desvincular de uma noção de boa vida. Mas então não seria o caso de conceder direitos diferenciados para aqueles que não compartilham deste ideal? Não se estaria, desta forma, respeitando de uma melhor forma o princípio da igualdade?

Taylor fala ainda que a sobrevivência cultural da comunidade é o bem escolhido por outras sociedades diferentes da americana. Mas, como bem ressaltado por Álvaro (2002, p. 18), as teorias liberais da justiça não definem se um Estado deve ou não ser liberal. Isto é questão de decisão popular. O liberalismo trata, depois que o povo decidiu pelo modelo liberal, de como o Estado deverá se organizar e a que princípios deverá obedecer para poder ser chamado de liberal. Parece que Taylor escreveu a sua teoria com objetivos políticos: dar maior independência à província de Quebec dentro da estrutura federal do Estado canadense.

Por fim, Taylor dá pouca importância à diferenciação entre direitos e imunidades. Os limites entre um e outro são uma questão central para a sua teoria. No entanto, eles não são bem explicitados. Pode-se questionar esta diferenciação. Deve-se levar em conta que grande parte das imunidades foi resultado da atividade dos juízes ao

interpretar os direitos, com o objetivo de conferir tratamento uniforme às pessoas diante da lei.

(ii) O segundo questionamento era se o liberalismo substantivo proposto por Taylor acomoda de forma justa as diferenças típicas dos povos indígenas da América Latina.

O modelo proposto por Taylor só pode ser aplicado em comunidades (como a quebequense) que aceitam e promovem os direitos individuais liberais, isto é, nas quais a identidade é formada tanto pela dignidade como pela autenticidade (BONILLA, 1999, p. 31).

Quando se trata de povos indígenas, estamos diante de questões sobre como o Estado liberal deve tratar grupos cujas organizações políticas são em sua grande maioria iliberais e hierárquicas. Trata-se de povos que não são modernos, isto é, que não possuem muitas das vezes a noção de indivíduo enquanto autonomia. Para muitos deles, o indivíduo é visto como parte da comunidade[26]. Esta tem precedência em relação aos seus integrantes.

Em conclusão, pode-se dizer que o liberalismo substantivo de Taylor não responde bem às diferenças características dos povos indígenas do Brasil e da América Latina.

WILL KYMLICKA E A CIDADANIA MULTICULTURAL

Os direitos civis e políticos tradicionais precisam ser suplementados pelos direitos das minorias. Por direitos tradicionais, deve-se entender aqueles assegurados ao indivíduo independente de seu vínculo com algum grupo. Os direitos diferenciados em função

[26] Trata-se de uma afirmação geral. Cada caso deverá ser analisado em separado. Alguns povos indígenas possuem sim a noção de indivíduo como sujeito autônomo.

de grupo conferem status especial para determinadas minorias culturais.

Uma teoria liberal dos direitos das minorias deve explicar como os direitos de grupo podem coexistir com os direitos tradicionais e como aqueles são limitados pelos princípios da liberdade individual, da democracia e da justiça social.

O que distingue uma teoria liberal do multiculturalismo é o fato dela aceitar proteções externas para as minorias, mas ser bastante cética em relação às restrições internas.

Para justificar estes direitos, Kymlicka irá defender que a escolha individual depende da presença de uma cultura, definida pela linguagem e pela história. Irá também utilizar três tipos de argumentos: igualdade, história e diversidade.

Segundo o argumento da igualdade, as minorias sofrem desvantagens injustas. Estas podem ser retificadas pelos direitos diferenciados em função de grupo. Em segundo lugar, o argumento histórico manda respeitar a soberania anterior das minorias nacionais e os tratados que elas acordaram com a atual sociedade. Por fim, o argumento da diversidade vê no fomento da diversidade cultural consequências positivas para os indivíduos.

Kymlicka também irá discutir como os liberais devem responder a situações onde as minorias demandam o direito de restringir as liberdades básicas de seus próprios membros. Para o autor, isto viola o cometimento liberal com a autonomia individual. No entanto, os Estados liberais não devem impor as normas liberais. Devem apenas tentar convencê-las a liberalizarem-se, usando-se de meios não-coercitivos.

Por fim, Kymlicka irá afirmar que o direito de autogoverno das minorias nacionais, os direitos especiais de representação e os direitos poliétnicos são consistentes com a soberania do Estado e até

mesmo colaboram para ela. Negar estes direitos pode ameaçar a unidade social, encorajando a secessão.

Estados Multinacionais e Poliétnicos

A primeira fonte de diversidade cultural é a coexistência, dentro de um mesmo Estado, de mais de uma nação. Por nação, deve-se entender uma comunidade histórica, mais ou menos completa institucionalmente, que ocupa um determinado território e compartilha uma linguagem e uma cultura distintas. Nação, neste sentido, se relaciona com a ideia de povo ou cultura. Um país que contém mais de uma nação, portanto, não é um Estado-nação, mas um Estado multinacional e as culturas menores que o coabitam formam as "minorias nacionais" (KYMLICKA, 1995, p. 11).

A segunda fonte de pluralismo cultural é a imigração. Grupos imigrantes não são nações, no sentido antes acordado. Eles não ocupam territórios. Os imigrantes participam das instituições públicas da cultura majoritária e falam a língua dominante. Enquanto os grupos de imigrantes reivindicam seu direito de expressar sua particularidade étnica, eles geralmente o querem fazer dentro das instituições públicas da sociedade abrangente. Cada grupo migrante é chamado etnia. Logo, um Estado que possui mais de uma etnia em seu território é chamado de Estado poliétnico (KYMLICKA, 1995, p. 13-15).

Um país pode ser multinacional e poliétnico ao mesmo tempo, resultado que é tanto da colonização, da conquista ou da confederação de mais de uma comunidade nacional, como da imigração individual ou familiar. Cabe ressaltar que, para o autor, todas as minorias nacionais são racialmente e etnicamente mistas internamente.

Três Tipos de Direitos Diferenciados em Função de Grupo

Em todas as democracias liberais, um dos principais mecanismos para acomodar diferenças culturais é a garantia dos direitos civis e políticos para os indivíduos. Estes direitos permitem que o indivíduo forme e mantenha vários grupos e associações. A proteção dada por direitos comuns de cidadania é suficiente para muitas das formas legítimas de diversidade existentes na sociedade, a exemplo da diversidade religiosa[27].

Algumas formas de diferença em função de grupo só podem ser devidamente acomodadas, no entanto, se os seus membros possuírem determinados direitos de grupo, o que Iris Young (1989, p. 258) dá o nome de cidadania diferenciada.

Podemos diferenciar três tipos diferentes de direitos específicos de grupo: (a) direito à autodeterminação (ou de autogoverno); (b) direitos poliétnicos; e (c) direitos especiais de representação (KYMLICKA, 1995, p. 27).

A começar pelo (a) direito à autodeterminação, na maioria dos Estados multinacionais, as nações componentes irão demandar alguma forma de autonomia política ou de jurisdição territorial, a fim de assegurar o livre e completo desenvolvimento de suas culturas e o melhor interesse do seu povo.

Um mecanismo utilizado para atender as demandas por autogoverno é o federalismo. Com a divisão dos poderes entre o governo central e as unidades regionais (províncias, estados, cantões), as fronteiras das unidades regionais podem ser desenhadas

[27] A tendência dos autores liberais é tratar a diversidade como uma questão de variação nos valores e crenças dos indivíduos sobre o significado e os propósitos da vida humana (isto é, sobre concepções de bem). Ver: PHILLIPS, 1993 e GALEOTTI, 1993, p. 590.

para que uma minoria nacional forme uma maioria no interior da subunidade.

O direito ao autogoverno também pode ser realizado por outras instituições políticas. As reservas indígenas, por exemplo, são localizadas no interior dos estados/províncias e seu autogoverno deve ser coordenado com as agências estatais. O objeto mais imediato destas reservas é assegurar o território e os direitos territoriais (propriedade da terra, usufruto de seus recursos, entre outros) destes povos.

Em conclusão, as reivindicações por autogoverno tomam tipicamente a forma de demandas por maior poder político para a subunidade política controlada pelos membros da minoria nacional. Esta subunidade geralmente corresponde ao território ancestral na qual a minoria nacional desenvolveu a sua cultura.

Estas demandas não são vistas como medidas temporárias (como são as ações afirmativas). Estes direitos geralmente são descritos pelos membros das minorias nacionais como inerentes ou permanentes, razão pela qual as minorias nacionais procuram garanti-los por meio da sua inscrição normativa no próprio texto da Constituição.

(b) Os direitos poliétnicos tem por objetivo ajudar os grupos étnicos (imigrantes) e as minorias religiosas a expressarem sua particularidade cultural sem medo de discriminação por parte das instituições políticas e econômicas da sociedade dominante. Estes direitos também não são vistos como medidas temporárias. As diferenças culturais que eles protegem não são algo que o Estado deve procurar eliminar. Os direitos poliétnicos geralmente objetivam promover a integração na sociedade mais abrangente e não o autogoverno destes grupos (o que os diferencia, portanto, dos direitos à autodeterminação).

Alguns exemplos destes direitos são o financiamento público de práticas culturais dos imigrantes; a inclusão da língua materna dos imigrantes no currículo das escolas do Estado; e exceções às leis e aos regulamentos quando os prejudicam.

Por fim, tem-se (c) os direitos de representação especial. O processo político muitas vezes não é representativo. Ele falha em refletir a diversidade da população. A baixa representação de grupos historicamente marginalizados é um fenômeno geral. Por isto, os partidos políticos devem ser mais inclusivos. Poderiam adotar, por exemplo, alguma forma de representação proporcional para os seus quadros. Há também um interesse crescente na ideia de reservar certo número de assentos legislativos para os membros destes grupos[28].

Os direitos de representação de grupo são defendidos algumas vezes como uma resposta a alguma desvantagem sistemática ou a alguma barreira no processo político que impede ou torna impossível a representação efetiva da visão e dos interesses do grupo. Neste sentido, os direitos de representação de grupo são compreendidos como uma medida temporária, uma forma de ação afirmativa.

Outras vezes, a representação especial é defendida como corolário do direito à autodeterminação. Deveras, o direito de uma minoria nacional ao autogoverno restaria extremamente enfraquecido se algum grupo externo revisasse ou revogasse unilateralmente os seus poderes, sem nenhum tipo de consulta ou consentimento por parte da minoria. Como as reivindicações por

[28] Iris Young (1990, p. 188) também defende os direitos de especial representação política para os grupos em desvantagem. Para esta autora, só por meio do diálogo entre atores localizados em posições sociais diferentes, pode-se chegar a um acordo justo. É necessária a formação de uma coalizão arco-íris, na qual todos os grupos tenham voz e vez no processo político. Somente desta forma, cada um poderá mostrar o que o outro ignora.

autogoverno são vistas como inerentes e permanentes, neste caso, as garantias de especial representação também o serão.

Cidadania Diferenciada e Princípios Liberais

Abordar-se-á agora como é possível para os liberais atender as demandas das minorias nacionais e étnicas por direitos diferenciados em função de grupo. Estas reivindicações parecem mais preocupadas com o status de alguns grupos do que com os indivíduos em si. Parecem tratar os indivíduos como portadores passivos das identidades e objetivos do grupo, do que personalidades autônomas capazes de escolher suas próprias metas na vida. Estes direitos diferenciados parecem refletir uma visão coletivista ou comunitarista, ao invés de um compromisso liberal com a liberdade individual e com a igualdade.

Kymlicka irá mostrar que muitas formas de cidadania diferenciada em função do grupo são coerentes com os princípios liberais da liberdade e da igualdade. Para tanto, irá começar pela (a) distinção entre proteções externas e restrições internas; depois (b) abordará os vínculos entre liberdade e cultura; e, por fim, (c) tratará da neutralidade liberal.

(a) Proteções externas e restrições internas: é preciso distinguir primeiramente dois tipos de reivindicações que grupos nacionais ou étnicos podem fazer. A primeira é a reivindicação que um grupo pode fazer contra os seus próprios membros. A segunda é a reivindicação do grupo contra a sociedade mais abrangente. Ambos os tipos de reivindicações são formas das comunidades nacionais e étnicas de alcançar a estabilidade. O primeiro tipo tem por objetivo proteger o grupo do dissenso interno e de seu impacto desestabilizador. Por sua vez, o segundo protege o grupo do impacto

das decisões externas. Kymlicka (1995, p. 35) chama o primeiro tipo de restrições internas e o segundo de proteções externas.

As restrições internas envolvem relações intragrupais. Trata-se do poder de restringir a liberdade dos próprios membros em nome da solidariedade do grupo. As proteções externas se referem a relações entre grupos. Tem por objetivo reduzir a desigualdade entre os mesmos.

Kymlicka irá argumentar que os liberais podem e devem endossar as proteções externas, as quais promovem a igualdade entre os grupos. Devem rejeitar, no entanto, as restrições internas. Elas limitam o direito dos membros do grupo de questionar e revisar as autoridades e as práticas tradicionais.

As restrições internas só serão permitidas, quando for comprovado que a minoria cultural desaparecerá, se alguma delas não for implementada. Estas medidas deverão ser temporárias e deverão respeitar o princípio da igualdade e da dignidade entre as pessoas.

Os direitos diferenciados em função de grupo podem servir aos dois tipos de demandas, a depender das circunstâncias. Podem prover, por exemplo, proteções externas. Os direitos de representação especial do grupo impedem que uma minoria nacional ou étnica seja ignorada quando da tomada de decisões governamentais. O direito ao autogoverno evita a supressão de uma minoria nacional pela maioria. Os direitos poliétnicos protegem práticas religiosas e culturais específicas que podem não sobreviver ao mercado cultural ou cujo exercício é prejudicado pela legislação em vigor.

Nestas circunstâncias, não há conflito entre as proteções externas e os direitos individuais dos membros do grupo. Grupos que mantêm estas proteções externas podem muito bem garantir os direitos civis e políticos dos seus próprios membros. São medidas

não apenas coerentes com estes direitos, como também capazes de promovê-los.

Ao mesmo tempo, tanto os direitos de autogoverno como os direitos poliétnicos podem, sob determinadas circunstâncias, ser usados para limitar os direitos civis e políticos dos membros de um grupo minoritário. Por exemplo, certos povos indígenas argumentam que o seu direito à autodeterminação os excepciona de cumprir a carta de direitos civis e políticos.

Para Kymlicka, há pouco apoio às restrições internas entre os membros dos próprios grupos minoritários[29]. A maioria das demandas por direitos específicos em função de grupo feitas por minorias nacionais ou étnicas nas democracias ocidentais são por proteções externas e não por restrições internas. Isto é verdadeiro, inclusive, para os próprios povos indígenas. As reivindicações pelo domínio de suas terras ancestrais são a maior demanda destes povos.

Em conclusão, Kymlicka só irá defender os direitos diferenciados em função de grupo quando eles promoverem as proteções externas e não as restrições internas[30].

(b) Liberdade individual e cultura: para Kymlicka (1995, p. 76), a autonomia só pode ser exercida sob determinadas precondições culturais. O vínculo do indivíduo com a comunidade cultural deve ser incorporado pelos princípios liberais.

Por cultura, deve-se entender uma cultura societária, que provê aos seus membros um rol de formas de vida significativas por meio de várias atividades humanas. Estas culturas tendem a ser concentradas territorialmente. Baseiam-se em uma linguagem compartilhada. Ela deve ser incorporada institucionalmente, isto é,

[29] O autor não traz nenhum dado estatístico que confirme a sua afirmação.

[30] Esta é a posição adotada também por Amy Gutmann (2003, p. 3) e por Ayelet Shachar (2001, p. 22-25; 2001-2002, p. 254).

ter suas próprias instituições. Uma cultura societária tende a ser uma cultura nacional. Nações são invariavelmente culturais societárias.

Para o liberalismo, o indivíduo deve ter a possibilidade de escolher a sua concepção de boa vida. As vidas são mais plenas quando conduzidas do interior, de acordo com os valores que a própria pessoa elegeu como mais importantes. Fundamental é sermos capazes de revisar as nossas concepções de bem, sob a luz de novas informações e experiências, ou até mesmo de abandoná-las, caso elas não sejam mais merecedoras da nossa fidelidade.

São as culturas societárias que não apenas nos fornecem as opções de boa vida, como também as tornam significativas para nós. As culturas pressupõem um amplo vocabulário compartilhado, o qual permite a existência de práticas sociais e instituições comuns. Para entender o significado de qualquer prática, é necessário compreender este vocabulário compartilhado e, consequentemente, a linguagem, a história e a tradição que o constituem.

Entender estas narrativas culturais é uma precondição para que se possa fazer julgamentos racionais sobre como lidar com as nossas próprias vidas. A cultura não apenas fornece as opções para a nossa escolha deliberada. Ela também providencia as "lentes" pelas quais se torna possível identificar qual experiência é valiosa (DWORKIN, 1985, p. 228).

Mas pode-se perguntar por que os membros de uma minoria nacional precisam ter acesso à sua própria cultura e não a qualquer outra. Como é implausível dizer que uma pessoa não pode mudar de cultura, é pergunta que merece ser respondida. Kymlicka (1995, p. 84-85) afirma que as pessoas estão conectadas às suas próprias culturas de uma forma profunda.

Isto se dá por causa do papel do vínculo cultural na formação da identidade da pessoa. A formação da identidade também se dá por meio do pertencimento. O auto-respeito que as pessoas têm por si

mesmas está intrinsecamente ligado aos seus grupos nacionais. Se uma cultura é desrespeitada sistematicamente, a dignidade e o auto-respeito dos seus membros também estarão ameaçados[31].

A mudança entre culturas é rara e dificultosa. Não deve ser confundida com o simples aproveitamento das oportunidades dadas por diversas culturas societárias. A completa integração pode até mesmo ser impossível para alguns membros da minoria. É um processo custoso. É legítimo perguntar se o Estado pode exigir que dos componentes das minorias o pagamento deste alto preço, ao menos que eles voluntariamente o queiram[32].

O acesso à própria cultura é um bem necessário, algo que as pessoas esperam ou querem ter, independente da sua concepção particular de bem.

A liberdade demandada pelos liberais como necessária ao indivíduo não é uma liberdade de ir além das fronteiras da linguagem e da história da comunidade na qual o indivíduo foi formado. É a liberdade de mover-se dentro desta tradição cultural e, consciente do passado da comunidade, poder distanciar-se de papéis particulares que lhe foram reservados. É uma liberdade de questionamento sobre a legitimidade dos conceitos utilizados pelo indivíduo. Esta legitimidade só pode ser perquirida pela análise da própria história da comunidade. Somente assim se poderão identificar quais aspectos da cultura são dignos de proteção e desenvolvimento e aqueles outros, carecedores de valor.

Poucos autores liberais defenderiam, por exemplo, a abertura das fronteiras. A maioria deles concorda implicitamente com a ideia

[31] Kymlicka (1995, p. 90) afirma que o seu argumento quanto à formação dialógica da identidade do indivíduo é também apoiado por Charles Taylor (2000b) e por Yael Tamir (1993, p. 41, 71-73).

[32] Se uma vida é bem-sucedida quando é resultado das escolhas autônomas feitas pelo indivíduo, este só pode ser responsabilizado pelas opções que fez e não por fatores externos. Se o local de nascimento é um fator externo e arbitrário, oriundo que é da loteria da natureza, o Estado não pode exigir do cidadão uma mudança de cultura.

de que a igualdade deve ser alcançada dentro da própria nação (ver, p. ex., RAWLS, 1993, p. 277). De outra forma, seria impossível manter-se enquanto uma sociedade cultural distinta.

Por outro lado, o liberalismo não obriga que as pessoas revisem seus planos de vida (como erroneamente entendem alguns comunitaristas). É só porque temos a possibilidade de negar algo que ele se torna valioso. Torna-se fiel a ele pelos motivos certos e não em virtude de uma obrigação externa. A exposição a outras formas de vida nos ajuda a fazer julgamentos informados sobre o que é verdadeiramente valioso.

O fato de podermos aprender de diferentes culturas não implica que não pertençamos a diferentes sociedades culturais. Do fato das culturas não possuírem centros fixos ou fronteiras bem delimitadas, não se pode concluir que não possamos identificá-las.

De fato, são as próprias culturas majoritárias que insistem na pureza cultural das minorias. As minorias estão cientes de que há divergências entre seus membros – pessoas que querem privilegiar a própria tradição cultural e outras que desejam uma maior proximidade com a civilização ocidental. O que é demandado pelas minorias nacionais é o direito de decidir quais aspectos da sociedade mais abrangente elas irão incorporar, como e quando.

O que uma cultura é também deve ser diferenciado do seu estado em um momento específico. É certo que uma cultura irá se modificar ao longo do tempo por causa das decisões tomadas pelos seus membros. Esta é a razão pela qual as restrições internas são consideradas injustas. Impedir que algo mude, para que se cristalize e não possa mais ser questionado e revisitado é contra os princípios liberais da liberdade e da autonomia. Também se baseia na falibilidade das nossas concepções de bem. Para que tenhamos certeza do seu valor, precisamos estar continuamente abertos ao seu questionamento e revisão.

A vontade de uma minoria nacional de sobreviver enquanto uma sociedade culturalmente distinta não implica necessariamente um desejo de manter-se culturalmente pura. É simplesmente o desejo de ter o direito de manter seus membros vinculados a uma cultura diferente, para que ela possa se desenvolver da mesma maneira impura que os membros da maioria cultural estão aptos a desenvolver a sua. O desejo de desenvolver a sua própria cultura é consistente e até mesmo promove a interação com outras culturas.

(c) Neutralidade liberal: para o liberalismo tradicional, se cada pessoa pode associar-se com outros que queiram realizar as mesmas práticas étnicas ou religiosas, não há razão para conceder tratamento especial a um grupo específico. Seria ao mesmo tempo desnecessário e injusto. Desnecessário, porque toda concepção de boa vida valiosa sobrevive ao mercado cultural ao ganhar cada vez mais adeptos. Injusto, porque conferiria um tratamento diferenciado a alguns indivíduos em detrimento de outros. O Estado deve ser cego em relação às diferenças étnicas, culturais e nacionais entre os seus cidadãos.

Para Kymlicka (1995, p. 108), esta visão comum ao liberalismo não apenas está errada, como também é incoerente. O Estado não pode deixar de tomar decisões a respeito, por exemplo, da língua oficial a ser adotada por suas instituições governamentais; da demarcação de suas fronteiras internas (e da consequente determinação de quem irá ser maioria ou minoria no seu interior); dos feriados públicos e de seus símbolos; da divisão de poderes entre o governo central e as subunidades federativas. Todas estas decisões envolvem inevitavelmente o reconhecimento, a acomodação e o suporte das necessidades de uma identidade particular de um grupo nacional ou étnico. Portanto, o Estado não pode fugir da etnicidade da mesma forma que se laicizou perante a religião.

Por esta razão, Kymlicka acredita que a defesa dos direitos diferenciados em função de grupo é coerente com os princípios

liberais. Para tanto, o autor lança mão de três tipos de argumentos: (i) a igualdade, (ii) a historicidade e (iii) a diversidade.

Segundo (i) o argumento da igualdade, todos os cidadãos devem ser tratados de maneira igualitária. Alguns grupos minoritários são tratados de forma discriminatória no mercado cultural. O reconhecimento político destas minorias e o suporte dado pelo Estado visam retificar estas desvantagens, para que as relações ocorram sobre uma base mais igualitária. As minorias não podem estar vulneráveis às decisões da maioria.

Desigualdades geradas por fatores alheios à vontade do indivíduo devem ser corrigidas (ver, por exemplo, RAWLS, 1971, p. 96; cf. DWORKIN, 2005). Se a pessoa não escolhe em qual cultura irá nascer (se na dominante ou na marginalizada) e se há um estreito vínculo entre a formação da identidade do indivíduo e a cultura onde nasceu e cresceu (o que pode ser explicado pelas relações de reconhecimento), logo, chega-se à conclusão de que o Estado deve dar tratamento diferenciado aos grupos culturais minoritários, para que as suas culturas tenham a mesma possibilidade de se desenvolver do que aquela da sociedade mais abrangente (KYMLICKA, 1995, p. 111).

Se o Estado suporta a cultura da maioria, ao adotar a sua língua nas escolas e nos serviços públicos, não há razão plausível para que ele recuse um reconhecimento oficial das línguas minoritárias baseado no princípio da separação entre Estado e etnicidade. Este simples exemplo mostra que a analogia com a separação entre Estado e religião é enganosa.

Em um Estado multinacional, qualquer decisão sobre as fronteiras das unidades federativas e sobre a divisão de poderes será inevitavelmente uma decisão sobre qual grupo nacional terá maior acesso ao poder do Estado para sustentar a sua própria cultura. O que o Estado deve garantir é que todos os grupos nacionais tenham a

mesma oportunidade de manter a si mesmos enquanto uma sociedade culturalmente distinta, se assim o quiserem. Decisões sobre quais aspectos de uma cultura serão mantidos devem ser deixados para os próprios membros da cultura em questão.

Por sua vez, o (ii) argumento da historicidade assinala que há um aspecto anterior à determinação da justiça ou injustiça dos direitos diferenciados em função de grupo. Trata-se da determinação de quais cidadãos devem ser governados por quais Estados. Pode-se perguntar, por exemplo, como o Estado brasileiro adquiriu autoridade sobre os povos indígenas localizados no território que já eram deles desde tempos ancestrais. Os acordos históricos, dentre eles a própria Constituição do Brasil, devem ser compreendidos como os documentos que definiram os termos a partir dos quais os Estados adquiriram autoridade sobre estes povos que já existiam anteriormente à formação do próprio Estado. A autoridade do Estado sobre os povos indígenas advém desses acordos, mas também é limitado por eles.

O argumento da igualdade mostra como o Estado deve tratar as minorias de maneira igualitária. O argumento histórico delimita os limites da autoridade do Estado ao governá-las.

Quando for impossível recorrer ao argumento histórico, deve-se apelar para o argumento da igualdade. O argumento da igualdade pode socorrer aqueles grupos que não possuem direitos históricos. Quando os tratados históricos parecem injustos para estes grupos minoritários, dadas as atuais circunstâncias sociais, eles devem ser atualizados e revisados à luz da igualdade. O argumento histórico e o da igualdade devem trabalhar juntos. O primeiro só faz sentido, quando veiculado ao primeiro (KYMLICKA, 1995, p. 120).

O terceiro argumento (iii), o da diversidade, diferente dos dois primeiros, não tem por base um direito das minorias frente à maioria, mas sim um interesse da maioria. É um argumento

defendido em termos de interesse próprio e não de justiça. Um mundo mais diverso é também mais proveitoso. As diversas culturas apresentam diferentes modelos de organização social que podem ser úteis quando da mudança das circunstâncias sociais. Se os liberais acreditam ser importante a existência de diversas concepções de bem em uma mesma cultura, não há razão para não defenderem também a existência de duas ou mais culturas em um mesmo país (KYMLICKA, 1995, p. 121).

O argumento da diversidade é insuficiente para justificar os direitos das minorias nacionais. O direito à autodeterminação parece diminuir o leque de opções disponíveis ao indivíduo. O argumento da diversidade só funciona quando combinado com a igualdade.

Em conclusão, para Kymlicka (1995, p. 124), a defesa do direito do Estado de determinar quem é cidadão se fundamenta nos mesmos princípios que justificam os direitos diferenciados em função de grupo. Geralmente, os autores liberais falam sobre os princípios de justiça em termos universais, como se "todos os indivíduos" tivessem os mesmos direitos. Na verdade, estes direitos são reservados apenas para os cidadãos do Estado.

A cidadania, por si só, já é um direito diferenciado em função de grupo[33]. A garantia de direitos e a distribuição de recursos são feitas com base em um critério arbitrário, o local de nascimento do indivíduo e o seu vínculo com alguma cultura societária. O liberalismo, ao defender a aplicação dos princípios de justiça somente para os cidadãos do Estado, está tratando os indivíduos de maneira diferenciada com base em um critério arbitrário.

A lógica do liberalismo implicaria a abertura das fronteiras de todos os Estados. Se os direitos devem ser garantidos e os recursos distribuídos para todos os indivíduos, pela simples razão de serem pessoas, não há motivo para diferenciá-los com base no local de

[33] Isto ficou claro com a emergência da questão dos apátridas no pós-2ª. Guerra Mundial.

nascimento. Como dizem os liberais, o Estado deve ser neutro em relação à etnicidade. Deve ser indiferente com relação ao pertencimento cultural das pessoas e à sua identidade nacional.

Só podemos, portanto, defender que o Estado tem direito de limitar a imigração, se reconhecermos que o Estado existe não apenas para garantir direitos e oportunidades para os indivíduos, mas também proteger a cultura de um povo. O liberalismo, por conseguinte, assume implicitamente que as pessoas são membros de uma cultura societária.

Tolerância e seus Limites

Como um Estado liberal deve se comportar diante de culturas societárias existentes dentro do seu território que não são liberais?

Para Kymlicka (1995, p. 94), o liberalismo não pode endossar um vínculo cultural de forma acrítica. Eles devem procurar liberalizar as nações de forma não-coercitiva. Assumir que uma cultura é inerentemente iliberal e incapaz de reforma é etnocêntrico e ahistórico. A assimilação não é injusta, se é dada ao imigrante a possibilidade de permanecer em sua cultura original. Em relação às minorias nacionais, elas devem ter o direito de se manter como sociedades distintas, mas certamente elas não têm a obrigação de fazê-lo. A decisão sobre se integrar ou não deve ser tomada pelos próprios membros destas minorias. Isto se dá porque as minorias nacionais formam culturas societárias, enquanto que os grupos imigrantes, não.

Vimos que os princípios liberais impõem duas limitações aos direitos das minorias. Primeiramente, uma concepção liberal dos direitos das minorias não defende, nem justifica as restrições internas (exceto sob circunstâncias extremas). Por outro lado, as proteções

externas só são legítimas quando promovem a igualdade entre os grupos, isto é, quando retificam as vulnerabilidades externas sofridas pelos membros de um grupo em particular.

Por isso, Kymlicka (1995, p. 153) defende o direito das minorias nacionais de manterem-se como sociedades culturais distintas, contanto que elas sejam governadas por princípios liberais. Defender o contrário significaria violar uma das razões pelas quais o liberalismo protege o pertencimento cultural, isto é, o fato dele permitir uma escolha informada sobre como o indivíduo deve conduzir a sua vida[34].

Isto não quer dizer que o Estado deve obrigar coercitivamente as minorias nacionais a se liberalizarem. Para Kymlicka (1995, p. 167), instituições liberais que foram impostas por agentes externos não são capazes de manter as condições necessárias para a sua própria estabilidade. Tudo deve ser determinado por uma negociação pacífica e não pela força.

Os liberais existentes dentro da minoria cultural devem tentar promover os princípios liberais no grupo. Os liberais estrangeiros devem dar suporte a qualquer esforço do grupo ou de suas minorias que tenha por fim a liberalização da comunidade.

Para Kymlicka (1995, p. 169), a intervenção coercitiva só estará justificada, quando ocorrer casos sistemáticos ou grosseiros de violação dos direitos humanos, como escravidão, genocídio,

[34] A tolerância é um valor liberal fundamental, mas, para Kymlicka (1995, p. 154), ele só pode ser devidamente compreendido quando ligado à autonomia, este sim o valor primeiro do liberalismo. Chandran Kukathas (1992a, 1992b) discorda desta afirmação. Ele considera a tolerância o valor mais alto do liberalismo. Por isso, é muito mais simpático à possibilidade das minorias culturais imporem restrições internas aos seus próprios membros, mas, ao mesmo tempo, é reticente em relação às proteções externas. Kukathas é a favor de uma não-interferência recíproca. A sua perspectiva liberal é a favor de algumas restrições internas, mas de nenhuma proteção externa. Os grupos culturais tem amplos poderes sobre os seus próprios membros, contanto que estes tenham o direto de saída. Para ver o argumento completo do autor, favor consultar: KUKATHAS, 2003.

expulsão ou tortura em massa, uma vez que estes fatos também ensejam a intervenção humanitária em países estrangeiros.

Kymlicka (1995, p. 170) sugere quatro critérios para se identificar quando uma intervenção é legítima: (i) a severidade das violações de direitos dentro minoria; (ii) o nível de consenso existente dentro da comunidade a respeito da legitimidade da restrição de direitos individuais; (iii) se há ou não possibilidade dos membros dissidentes de deixar o grupo, se o desejarem; (iv) a existência de acordos históricos com a minoria nacional.

No caso de imigrantes recém-chegados, a questão é muito mais fácil de ser resolvida. Eles devem obedecer os princípios liberais do Estado que os recebem (posto que a migração foi voluntária), desde que saibam de antemão (isto é, antes de chegarem) que isto irá acontecer e desde que, mesmo assim, decidam voluntariamente imigrar.

Em relação aos grupos migrantes mais antigos, étnicos, facções religiosas que mantiveram suas instituições não-liberais por vários anos, já é uma questão mais difícil. O apelo que fazem ao argumento histórico torna mais plausível a sua demanda do que a dos imigrantes recém-chegados.

Sobre a Unidade Social

Kymlicka (1995, p. 173) irá analisar agora o impacto do reconhecimento dos direitos diferenciados em função de grupo no senso de comunidade ou solidariedade. Cabe agora determinarmos se o reconhecimento destes direitos é consistente com os requerimentos de uma democracia liberal estável, incluindo a exigência de uma identidade cívica compartilhada capaz de sustentar o nível de mútua consideração, acomodação e sacrifício exigido

pelas democracias. Para os liberais tradicionais, a única forma de desenvolver esta identidade cívica compartilhada é por meio de uma cidadania comum e indiferenciada (com direitos iguais para todos; as liberdades básicas, civis e políticas).

Para Kymlicka (1995, p. 174), se a cidadania diferenciada é definida em termos de adoção de direitos específicos de grupo, toda a democracia moderna reconhece alguma forma destes direitos, ao limitar, por exemplo, o fluxo migratório.

Os autores liberais tradicionais afirmam que a cidadania diferenciada defendida por Kymlicka não é capaz de realizar a sua função integrativa. Ela não fornece uma experiência compartilhada por todos. Só ressalta as diferenças entre as pessoas. A cidadania deve ser um fórum no qual as pessoas transcendem as suas diferenças e pensam a respeito do bem comum.

Kymlicka irá mostrar que os direitos diferenciados em função de grupo contribuem para o senso de comunidade e de solidariedade, necessários para a estabilidade das democracias contemporâneas.

Marshall (1965, p. 101-102) mostra como os direitos iguais de cidadania ajudaram a promover a inclusão de grupos previamente marginalizados, a exemplo dos direitos sociais promovidos pelo Estado de bem-estar social, os quais integraram as classes trabalhadoras marginalizadas. Os direitos de cidadania, portanto, possuem uma função de integração[35].

No entanto, os direitos iguais de cidadania não foram suficientes para que todos se sentissem completamente integrados. Alguns grupos se sentiram excluídos da participação não por causa do seu status socioeconômico, mas por causa da sua identidade

[35] Mas Marshall (1965, p. 101-102) também afirma que os direitos de cidadania também pressupõem um senso de comunidade. Prover estes direitos para os grupos excluídos não é suficiente para assegurar a integração dos mesmos, se as suas identidades forem totalmente diferentes da concepção existente da identidade nacional.

sociocultural – sua diferença. Claro que muitos dos membros destes grupos também são desprovidos materialmente. Mas esta não é a única causa de sua exclusão. Prover os benefícios materiais necessários não será suficiente para assegurar a integração destes grupos na cultura comum ou mesmo desenvolver um senso de fidelidade compartilhado[36]. Uma cidadania que se queira integracionista deve levar essas diferenças em consideração.

As demandas por direitos especiais de representação, por exemplo, são demandas por inclusão e não por separação. O reconhecimento e a acomodação da diferença existem para facilitar essa inclusão. Eles querem promover a participação cívica e maior legitimidade política. Cidadãos que não se vêem representados no processo político podem começar a questionar a legitimidade das instituições. A necessidade de todos serem representados adequadamente deve ser levada a sério.

Em relação aos direitos poliétnicos, a afiliação ao novo país por parte dos imigrantes parece ser mais forte quando o Estado receptor não apenas tolera, mas acredita ser bem-vinda a diferença cultural. Quanto ao direito à autodeterminação das minorias nacionais, realmente o que se quer é aumentar as barreiras que as separam da sociedade majoritária.

Se o lema da democracia é o governo do povo, as minorias nacionais afirmam que existe mais de um povo e que, portanto, cada um deve ter o direito de governar a si mesmo. Recusar as demandas por direito à autodeterminação somente levará ao aumento do desejo de secessão. Isto porque, como vimos, o que é chamado de

[36] A questão da redistribuição e do reconhecimento é um tema recorrente na teoria política contemporânea. Nancy Fraser (2001) acredita que a justiça atualmente deve abarcar ambos os paradigmas. Para Axel Honneth (2003), a redistribuição está incluída no reconhecimento. Para saber mais sobre o debate entre os dois autores, ver o livro *Redistribution or Recognition?* (2004) da autoria de ambos os autores. Para Álvaro de Vita (2002), o reconhecimento é um paradigma errôneo. As questões políticas podem ser resumidas, em sua maioria, às desvantagens socioeconômicas. O reconhecimento só é aplicável aos povos indígenas. Ver nota 23.

"cidadania comum" envolve dar maior suporte à cultura da nação majoritária. Portanto, o direito à autodeterminação deve necessariamente dar vazão a dois tipos de cidadanias: a comum e a diferenciada.

A identidade, o senso de pertencimento a uma cultura nacional, é muito mais estável do que o regime da cidadania comum (KYMLICKA, 1995, p. 184). Tentativas de subordinar estas identidades a uma mesma carta de direitos sempre fracassaram e geraram mais conflitos. Não há outra alternativa senão acomodá-las. Arranjos baseados no autogoverno das minorias diminuem a possibilidade de conflito. A assimilação não é uma fonte viável de unidade.

Pode-se perguntar o que gera a unidade social. Uma sugestão é a de que a unidade social depende de valores compartilhados. Claro que os cidadãos das modernas democracias não compartilham concepções específicas sobre a boa vida, mas eles podem compartilhar valores políticos. Esta é a opinião de liberais como Rawls (1993) e Dworkin (2005).

Para Kymlicka (1995, p. 188), valores compartilhados não são suficientes para a unidade social. O ingrediente necessário à unidade social é a identidade compartilhada. Os cidadãos tem que se identificar uns com os outros, sentirem-se solidários uns para com os outros. Uma identidade compartilhada deriva de uma história, uma língua e, talvez, uma religião em comum. A identidade compartilhada deriva da tradição[37].

[37] Quando Kymlicka afirma que a unidade social só pode ser alcançada por meio de uma identidade compartilhada, está ao mesmo tempo discordando do conceito de patriotismo constitucional adotado por Habermas (1992, p. 6-7; 1993, p. 144-148). Para este autor, a cidadania deve se basear somente em princípios compartilhados de justiça e democracia. O mesmo pode ser dito em relação a Rainer Forst (2010), discípulo de Habermas. Uma definição de nacionalismo cívico separada da cultura é uma impossibilidade para Kymlicka.

Mas não resta claro como se pode criar um nível aceitável de solidariedade onde ela ainda não existe. Se dois ou mais grupos nacionais não quiserem permanecer juntos, talvez seja impossível criar solidariedade do nada (MILLER, 1993, p. 16).

Em conclusão, a cidadania não é apenas um status legal, definido por um conjunto de direitos e responsabilidades. A cidadania é também uma identidade, uma expressão de que aquela pessoa é membro de uma determinada comunidade política. Por isso, muitos autores liberais tradicionais se apegaram à defesa da cidadania comum, não por causa da garantia de iguais direitos para todos, mas para fortalecer a identidade cívica e a unidade social do país.

Considerações Críticas

(a) Pontos fortes: primeiramente, há de se elogiar o esforço do autor, o qual conseguiu construir, pela primeira vez e com uma boa quantidade de detalhes, uma teoria que fosse capaz de lidar com o desafio da multiculturalidade.

As categorias descritivas utilizadas pelo autor (minorias nacionais e grupos étnicos; Estados multinacionais e poliétnicos; restrições internas e proteções externas) sistematizam de maneira plausível as características e as reivindicações das culturas minoritárias[38]. O Estado brasileiro pode mesmo ser caracterizado como multinacional e poliétnico.

Os povos indígenas foram corretamente caracterizados como minorias nacionais. São nações ou culturas societárias. As suas

[38] Estas duas categorias centrais (minorias nacionais e grupos étnicos), embora úteis para o trato da matéria, são insuficientes para abranger todos os tipos de grupos culturais minoritários. Os remanescentes de quilombos, por exemplo, não se enquadram em nenhuma dessas duas categorias.

demandas também foram acertadamente chamadas de direito à autodeterminação. A demarcação dos territórios indígenas, por exemplo, é importante para que eles tenham condições de se desenvolver como uma cultura distinta.

A defesa do direito à autodeterminação não significa um dever das minorias nacionais de preservar as suas culturas e costumes tradicionais. O que se defende é o seu autogoverno, a possibilidade de se desenvolver como uma cultura distinta e impura, tal qual a nossa. Decisões sobre quais aspectos serão preservados e quais serão negados deverão ser tomadas por seus membros, a partir de seus próprios procedimentos.

A justificativa dada pelo autor para os direitos diferenciados em função de grupo com base no princípio da igualdade é também acertada. Se o Estado não pode cumprir com o princípio da neutralidade étnica e se ele inevitavelmente dará suporte à cultura majoritária, as minorias culturais estão sofrendo uma desvantagem imerecida.

Esta desvantagem repercute na autoestima dos seus integrantes. Suas identidades são formadas por meio de relações de reconhecimento que geram vínculos com a comunidade. Kymlicka aceita explicitamente a tese social do indivíduo proposta por Taylor.

Se os indivíduos não podem escolher onde irão nascer (isto é, o local de nascimento é um fator externo e heterônomo à vontade do indivíduo) e se o Estado não pode exigir que eles se assimilem à cultura majoritária (posto que o Estado não pode responsabilizar o indivíduo por fatos alheios à sua vontade), chegamos à conclusão de que o respeito à diferença cultural é um aspecto essencial do princípio da igualdade.

O resultado não é a adoção de uma concepção de bem por parte do Estado, como sugerido por Taylor (o que faz dele um comunitarista e não um liberal, apesar das suas afirmações em

contrário), mas sim a suplementação dos direitos individuais pelos direitos diferenciados em função de grupo.

Trata-se de um tratamento diferenciado, de uma discriminação inversa. Se quisermos tratar todos os cidadãos de um Estado com igual consideração e respeito, devemos levar em consideração as diferenças culturais entre eles. Para nos fazer seres humanos igualmente dignos, as teorias da justiça tem de ser mais sensíveis às nossas diferenças. Ser diferente é um aspecto essencial da condição de ser humano.

No que se refere aos povos indígenas, há de se perguntar não apenas sobre a justiça do tratamento dado pelo Estado, mas também pela legitimidade do exercício do seu poder. O argumento da historicidade mostra que este só será legítimo, se forem obedecidos acordos feitos com estes povos, acordos estes também presentes nas Constituições dos Estados.

Estes povos devem ter as mesmas chances de participar do processo político do que qualquer outro cidadão brasileiro. Isto inclui a igual oportunidade de se manifestar na sua própria língua. Decisões que lhes afetem exigem consulta prévia.

Não há verdadeira contradição entre o liberalismo e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. Este último não deixa de ser uma exigência do princípio da igualdade. É verdade que o autor só defende este direito enquanto ele provê proteções externas e não restrições internas. No entanto, também afirma que as minorias culturais não devem ser forçadas coercitivamente a adotar os princípios liberais.

(b) Pontos débeis: mesmo com todos estes avanços, a proposta de Kymlicka ainda se mostra insuficiente para acomodar de forma justa a diferença existente entre os povos indígenas. A teoria liberal do multiculturalismo não é suficientemente sensível à diferença.

No centro do problema, está a ideia de Kymlicka a respeito da relação entre liberdade e cultura. O horizonte de sentido só é valorizado, na medida em que fornece opções significativas para o indivíduo, o que lhe permite o exercício esclarecido da liberdade de escolha. No entanto, como Taylor mostrou, esta é uma visão reducionista da cultura.

Se Kymlicka adota a tese da formação dialógica da identidade proposta por Taylor, ele não leva a sério as consequências desta posição, quando da parte propositiva. As concepções de indivíduo e de liberdade de escolha são tomadas como certas *a priori* pelo autor. Kymlicka as utiliza como conceitos dados e não como historicamente construídos. Ele não os insere na experiência histórica. A cultura também define o fato de eu acreditar poder escolher uma alternativa em detrimento de outra ou não.

Para muitas sociedades, não existe a ideia de indivíduo como sujeito autônomo. Ele é concebido como parte da comunidade. O horizonte cultural é valorizado como um fim em si mesmo e não como uma precondição para o exercício da liberdade. A cultura é fonte de autoridade. Indica como os seus integrantes devem se portar.

Por consequência, na parte propositiva, Kymlicka só irá defender os direitos diferenciados em função de grupo quando eles promoverem as proteções externas. A teoria proposta só aceita acomodar a diferença cultural daqueles grupos que compartilham os valores liberais (como a autonomia). O respeito à diferença só é valorizado até o ponto em que os valores liberais não sejam ameaçados.

A proposta de Kymlicka não passa no teste da igualdade e da equidade sugerido pelo próprio autor. Os integrantes dos povos indígenas não escolheram o seu local de nascimento. Mesmo assim, os bens que eles consideram mais importantes não são respeitados

pelo Estado da mesma forma que a autonomia individual, o que gerará danos para a sua autoestima. Por outro lado, esta decisão de que a autonomia é o valor mais importante não foi precedida por uma ampla discussão com os povos indígenas. Logo, qual a legitimidade do Estado em defender este valor frente às cosmologias destes povos?

No plano prático, Kymlicka não recomenda a intervenção coercitiva na organização política das minorias a fim de liberalizá-las. No entanto, a diferenciação entre medidas de dissuasão e de coerção feita pelo autor é pouco clara, o que pode dar espaço para abusos. A título de provocação, pode-se perguntar: até que ponto uma barreira ou um incentivo econômico é somente uma medida de dissuasão? Os limites entre persuasão e coerção são tênues, difusos, instáveis, dinâmicos.

Dentre os critérios elencados por Kymlicka para identificar uma intervenção armada como legítima, o autor não cita a participação de integrantes da minoria cultural na tomada de decisão. Somente afirma que o nível de consenso existente dentro da comunidade a respeito da legitimidade da restrição de direitos individuais será levado em consideração. A decisão fica a cargo da sociedade majoritária, sem nenhuma participação da minoria. A proposta parece ter sérios vícios de legitimidade em seu procedimento.

É problemática a atitude militante que Kymlicka exige dos indivíduos e dos Estados liberais frente às suas comunidades iliberais. Não há dúvida de que os liberais podem e devem manifestar-se publicamente contra as ações das minorias culturais que considerem injustas. No entanto, o direito de manifestação não pode, de nenhum modo, ser confundido com o intento de tentar mudar estas culturas. O compromisso deve ser somente com o questionamento e com a discussão aberta de ideias. Qualquer

proposta de diálogo ou de mudança deve também ter o aceite das minorias culturais em questão.

Toda sociedade tem uma ideia de justiça e divergências internas a respeito de sua real exigência nos casos concretos. Logo, não é surpresa haver correntes liberais dentro das minorias culturais. No entanto, até mesmo a divergência deverá ser canalizada de acordo com os processos decisórios criados interna e socialmente pela comunidade ao longo da história. A diferença, para se manifestar dentro de uma nação indígena, por exemplo, deve guardar respeito para com os procedimentos e os critérios adotados pela comunidade.

Para Bonilla (1999, p. 55-56), também é problemático o fato do conteúdo dos direitos diferenciados em função de grupo sugeridos por Kymlicka ser identificado sem que se mencione qualquer participação dos indivíduos e das comunidades afetadas.

Se a articulação destes direitos nasce do que Kymlicka considera serem os interesses e as necessidades destes grupos, nada mais natural do que dar voz a essas minorias, a fim de se saber, a partir de suas próprias compreensões, quais são as suas reivindicações e demandas. Somente assim saberíamos com certeza quais direitos e quais interpretações dos mesmos lhes deixariam satisfeitos. Ainda que esta exigência não seja incompatível com a perspectiva defendida por Kymlicka, seu silêncio sobre o tema é notável.

Por fim, para nós, o maior comprometimento que uma teoria liberal do multiculturalismo deve ter é com a igualdade e não com a autonomia individual. Somente quando o liberalismo aceitar a historicidade dos seus valores (a parte ontológica de Taylor) e somente quando ela aceitar que o seu maior objetivo é tratar todos os cidadãos como seres igualmente dignos de respeito, é que ela será capaz de acomodar de forma justa a diferença, mesmo que para tanto deva abraçar outros sentidos do que significa ser humano.

O fato arbitrário de alguém ter nascido na cultura majoritária não pode fazer alguém ser privilegiado em detrimento dos demais. O local de nascimento é um aspecto alheio à liberdade de escolha do agente humano. Portanto, todos deverão ter as mesmas condições, independente de sua cultura, de ter uma vida bem-sucedida.

Se é importante para o liberalismo a possibilidade de questionamento, evitando-se que determinas formas de vida sejam hegemônicas no mercado cultural pelos motivos errados, a proteção das minorias contra a maioria se mostra ainda mais importante. São elas que trarão perspectivas novas e divergentes que testarão continuamente a veracidade das próprias bases nas quais se funda o liberalismo e a nossa própria sociedade.

O CONSTITUCIONALISMO PÓS-COLONIAL DE JAMES TULLY

Uma Constituição pode reconhecer e acomodar de forma justa a diversidade cultural. Para tanto, devem-se primeiramente identificar os aspectos débeis do constitucionalismo moderno, responsáveis por fazer dele um discurso de dominação, assimilação e enfrentamento. Somente após, será possível elaborar uma Constituição que seja resultado do diálogo contínuo entre todas as culturas que compõem uma mesma comunidade política e no qual sejam reconhecidos os seus modos de ser, falar e ouvir.

O maior propósito do constitucionalismo deve ser o de conciliar dois bens geralmente vistos como contrapostos: a liberdade e o pertencimento. Se os liberais igualitários conseguiram, a seu modo, conciliar a liberdade e a igualdade, ao mostrá-los como aspectos indissociáveis de um mesmo princípio igualitário abstrato, nada mais natural do que pensar a tarefa do multiculturalismo como

uma forma de se chegar a uma conciliação entre a liberdade e o pertencimento, também sob o manto da igualdade abstrata.

Isto só é possível quando percebemos que os cidadãos já nascem constituídos por sua cultura. A liberdade só pode ser exercida a partir de algum pertencimento histórico. Só existe liberdade situada e agente corporificado. Não existe verdadeira contradição entre liberdade e pertencimento. Uma não pode ser exercida sem a outra. Ambas se implicam mutuamente.

Lutas por Reconhecimento e contra o Imperialismo

Devemos enfrentar o argumento de que as lutas por reconhecimento da diversidade cultural ameaçam a soberania nacional e a unidade do Estado. As demandas por reconhecimento cultural não deixam de fazer parte do mesmo processo de lutas contra o imperialismo que formaram, a seu tempo, os atuais Estados-nações. Todas elas aconteceram por causa da vontade de todos de serem governados de acordos com os seus modos e costumes, livres, portanto, de qualquer dominação estrangeira.

São três os movimentos políticos que fizeram parte deste processo: (i) a luta por igualdade entre os cidadãos e pela independência dos Estados-nações; (ii) as reivindicações das colônias por emancipação política contra o imperialismo europeu; e (iii) a inclusão dos povos e culturas discriminadas pelos dois primeiros momentos de luta.

Ao mesmo tempo em que as colônias se libertavam do imperialismo europeu, elas, agora como novos Estados, também criaram os seus próprios impérios, seja em relação às áreas periféricas, seja em relação aos povos indígenas.

A política do reconhecimento cultural constitui um terceiro momento de um mesmo processo de luta contra o imperialismo. A diferença é que estes povos e culturas excluídos não procuram mais construir uma nação-Estado como meio para alcançar o autogoverno. Eles procuram o reconhecimento da sua diferença cultural no seio das próprias instituições da sociedade majoritária (TULLY, 2007, p. 16-17).

Constitucionalismo Moderno e Homogeneidade Cultural

Primeiro, devem-se identificar os aspectos débeis do constitucionalismo moderno, responsáveis por fazer dele um discurso a favor da homogeneidade cultural.

A linguagem do constitucionalismo moderno é composta por um espectro muito limitado de certos usos de alguns termos, tais como "povo", "nação" e "soberania popular". Todas as palavras são ambíguas e polissêmicas. No entanto, este constitucionalismo fez questão de cristalizar os sentidos favoráveis à implantação e permanência de sua teoria. Foram esquecidos ou velados outros significados possíveis.

O primeiro e esquecido passo a ser dado em qualquer inquirição a respeito da justiça é investigar se a linguagem utilizada é ela mesma justa. A linguagem que utilizamos é capaz de dar aos falantes igual espaço para expressarem suas reivindicações em suas próprias formas culturais? Por isso, uma das principais demandas culturais é o reconhecimento de pessoas e povos em sua própria língua pelo Estado (TULLY, 2007, p. 34).

Quando se afirma que uma demanda por reconhecimento cultural é contraditória em relação às normas do constitucionalismo, o que se está a dizer é que ela é incompatível com um determinado

sentido destas normas considerado normal pelas três mais importantes tradições que se colocaram a tarefa de interpretá-lo: o liberalismo, o nacionalismo e o comunitarismo (TULLY, 2007, p. 36).

São sete as características do constitucionalismo que tentaram eliminar a diversidade cultural a favor de uma unidade soberana. Primeiramente, (i) o constitucionalismo moderno identifica a soberania popular com uma comunidade ou grupo de pessoas culturalmente homogêneo, (a) seja porque é composta por indivíduos iguais e indiferenciados que chegam a um acordo sobre uma associação constitucional por meio de processos deliberativos históricos ou hipotéticos (liberalismo); (b) seja por ser integrada por uma noção de boa vida em comum (comunitarismo); (c) ou ainda por ser uma nação definida culturalmente (nacionalismo).

Assim, as demandas por reconhecimento cultural são vistas como uma ameaça à unidade, (a) seja por ferirem a neutralidade cultural que o Estado deve ter (liberalismo); (b) a sua concepção em comum de boa vida (comunitarismo); (c) ou a integridade da nação (nacionalismo). A solução para todas elas é similar: integrar, assimilar e transcender a diversidade cultural. Se estas medidas não tiverem efeito, a única solução possível é dividir o Estado nas várias facções que o integram (TULLY, 2007, p. 44).

Outra alternativa mais tolerante é a que afirma ser possível conciliar estas demandas com as normas constitucionais, mas só até uma certa medida. O reconhecimento e a proteção da cultura é uma condição necessária para a realização de alguns bens fundamentais que liberais, comunitaristas e nacionalistas valorizam. Esta é a posição de Will Kymlicka (liberal) e a de Charles Taylor (comunitarista), por exemplo. Só reconhecem a diferença até o ponto em que ela não se torne uma ameaça para os bens que consideram fundamentais.

Os conceitos utilizados por estas três tradições de interpretação do constitucionalismo moderno foram criados por homens europeus ou anglo-saxões em uma era de imperialismo. Por isso é tão difícil fazer justiça às demandas por reconhecimento no contexto da estrutura e do vocabulário dessas três tradições. Um estudo pós-colonial que queira ser realmente justo deve reconhecer que, por maiores que sejam os esforços do liberalismo, do nacionalismo e do comunitarismo ao tentar acomodar as demandas por reconhecimento, eles sempre dividirão uma mesma concepção de identidade que não é compartilhada pelos ameríndios[39].

Quando estas tradições tentam alargar a margem de significado dos termos empregados pelo constitucionalismo moderno, elas deixam de questionar as próprias tradições e instituições que procuram legitimar. Não levam a sério o primeiro passo a ser dado: o questionamento da própria linguagem. Os povos indígenas dizem, por exemplo, que esta linguagem não ajuda; pelo contrário, que ela distorce as suas vozes e as suas reclamações. Não existe um ponto de vista imparcial ou uma linguagem compreensiva. Só há uma perspectiva dentre várias outras possíveis.

Em resumo, o povo é concebido pelo constitucionalismo moderno como uma soma de indivíduos, uma comunidade ou uma nação. Ele se baseia na ideia de acordo, consenso, contrato, em oposição ao constitucionalismo antigo que se fundamenta no mero hábito ou costume. Aliás, cabe salientar que a oposição entre contrato e costume é artificiosa. A prática duradoura de um costume reflete também o deliberado julgamento da razão. Sem o consentimento de um povo livre, o costume não conseguiria se manter por tanto tempo, ainda mais no plano tão dinâmico dos fatos sociais. Ambas as formas de constitucionalismo reivindicam fundamentarem-se no consentimento do povo.

[39] O que foi ressaltado nas nossas considerações críticas tanto em relação a Taylor, como a Kymlicka.

Desta forma, já adiantamos a segunda característica inadvertida do constitucionalismo moderno. (ii) Este tipo de constitucionalismo sempre se define por oposição ao antigo. Enquanto o constitucionalismo antigo procurava refletir os costumes da comunidade em suas proposições normativas, o moderno reflete criticamente estas práticas e somente reconhece aquelas que ele considera justas. As sociedades modernas se libertam do costume quando criam uma nova associação política mediante um ato de vontade e razão.

Esta segunda característica se fundamenta numa noção progressiva da história humana. A história era vista como um processo composto por uma mesma série de estágios neutros, pelo qual todas as sociedades teriam necessariamente que passar para evoluir. Havia um único critério para avaliar todas as culturas. A linguagem do constitucionalismo moderno passou a associar a palavra "moderno" a um alto nível de desenvolvimento, enquanto que "tradicional" passou a se referir a um grau inferior na evolução social e econômica.

As colônias, os povos indígenas e as nações mais atrasadas eram consideradas objetos de um mesmo processo causal de melhoramento. A assimilação era vista como um favor que as grandes nações faziam em relação às pequenas. A integração feita pelos países europeus em relação aos povos indígenas também aconteceu entre eles mesmos. Somente alguns países eram considerados as "grandes nações", como a Alemanha, a França e a Inglaterra. Os restantes deveriam ser assimilados para o bem de sua própria sobrevivência.

(iii) A terceira característica é a uniformidade do constitucionalismo moderno, em contraste com a irregularidade e o caráter multiforme das constituições antigas, apontadas como a principal causa das guerras e da instabilidade política.

(iv) A quarta característica é o reconhecimento do costume apenas enquanto estágio de um único processo de desenvolvimento histórico. O progresso histórico das condições sociais e econômicas levaria necessariamente a uma revisão dos costumes e da constituição antiga. A formação de uma sociedade organizada por um único Estado centralizado, composto por indivíduos iguais, legalmente indiferenciados e de hábitos semelhantes seria o resultado inevitável. A constituição moderna não desconhece os costumes antigos e as tradições ancestrais. Mas ela os avalia racionalmente e somente aceita aqueles considerados justos.

(v) Em quinto lugar, a constituição moderna é identificada com um conjunto específico de instituições européias. O desenvolvimento socioeconômico da Europa moderna converge em um conjunto específico de instituições políticas e jurídicas, únicas capazes de representar adequadamente um povo soberano. As ideias, tradições e instituições modernas são superiores a todas as demais. Elas são uma consequência natural de um maior desenvolvimento social e econômico. A centralização e a uniformidade das estruturas político-jurídicas justificam a negação da possibilidade de haver distribuições descentralizadas ou não-uniformes do poder.

(vi) Quanto à sexta característica, o Estado deve ter uma identidade própria enquanto "nação". O Estado deve ser identificado e se identificar a si mesmo como uma comunidade imaginária à qual todos os cidadãos pertencem, tornando-se capaz de gerar sentimentos de pertencimento, fidelidade e aliança (TULLY, 2007, p. 68).

(vii) A constituição moderna aparece como um momento fundacional capaz de proporcionar as condições necessárias para o exercício da democracia. O constitucionalismo antigo não deixa de ser democrático. O fato da constituição mudar conforme se alteram os costumes mostra a sua sensibilidade para com o consentimento popular.

Identificados os aspectos inadvertidos do constitucionalismo moderno, é possível reinterpretá-lo para torná-lo mais sensível à diferença. É a sugestão de um constitucionalismo pós-colonial dada por James Tully.

Por um Constitucionalismo mais Sensível à Diferença

Deve-se retomar o constitucionalismo consuetudinário (*common constitucionalism*), o qual é sensível à diferença cultural. Para tanto, deve haver um diálogo entre as culturas, a fim de se chegar a um acordo sobre novas formas de associação.

Este diálogo deve ser regulado por três convenções: mútuo reconhecimento, consentimento e continuidade. A convenção de mútuo reconhecimento exige que todas as partes sejam reconhecidas como nações independentes e dotadas de autogoverno. A do consentimento, que todas as decisões adotadas neste diálogo sejam produto do livre-arbítrio dos povos. Por fim, a da continuidade ordena que, não alcançado um acordo, não se deve tentar transformar as culturas daqueles que participaram das negociações.

A segunda e a terceira convenções estão intrinsecamente interligadas. As identidades culturais mutuamente reconhecidas das partes continuam durante as negociações e mesmo após uma associação constitucional ser acordada, a menos que um determinado povo consinta em alterar as suas tradições, modos e costumes. Os costumes e os modos de um povo também são resultado da manifestação de seu livre assentimento, senão eles sequer existiriam, ainda mais considerando um plano tão dinâmico como é o dos fatos sociais. Uma solução de continuidade sem a manifestação explícita de acordo por parte da nação modificada

significaria, portanto, um desrespeito à convenção do consentimento.

Um exemplo deste diálogo entre povos é o federalismo. Este é um meio de conciliação. Permite que povos se reconheçam mutuamente e cheguem a um acordo sobre como irão se associar, sem que para tanto sejam desrespeitadas as suas diferenças legais e políticas. A sua principal característica é a descentralização política. Não há subordinação entre um ente federativo e outro. Existe uma igualdade entre todos. Só existe subordinação ao texto constitucional que inaugurou a associação.

De forma contrária, o conceito de soberania popular característico do constitucionalismo moderno reduziu ou até mesmo extinguiu os poderes de autogoverno das províncias locais. Qualquer requisição de maior autonomia por parte dos entes federativos, com exceção da União, parece hoje um pedido injusto de status especial contra a regra da uniformidade. No entanto, de acordo com a convenção do mútuo reconhecimento, a preservação da autonomia foi uma condição para que vários povos integrassem a federação.

Os imigrantes são mais vulneráveis. Não podem reclamar suas próprias instituições políticas para proteger as suas culturas. Procuram o reconhecimento de suas diferenças no seio das próprias instituições da sociedade majoritária. Reivindicam o uso da sua linguagem na esfera pública; currículos escolares que incluam as suas narrativas históricas. Querem viver sem nenhum tipo de discriminação e participar do governo sem nenhuma forma de opressão.

De acordo com as três convenções, poderemos dizer que o que foi voluntário foi a migração e não a perda da tradição. Se uma diferença cultural é constitutiva do jeito que uma pessoa fala e age, não reconhecê-la ou acomodá-la significaria uma forma de injustiça. O Estado não deve assimilar os imigrantes sem o seu consentimento.

Pelo contrário, deve atuar ativamente para que todos os cidadãos tenham os mesmos direitos de manter as tradições que consideram valiosas para as suas identidades. Como a linguagem é um aspecto constitutivo da identidade da pessoa, o direito de se expressar publicamente na sua própria língua é essencial para a participação plena em uma sociedade democrática.

Dois pontos precisam ser ressaltados. Em primeiro lugar, não há uma metanarrativa que possa suplantar as narrativas de cada uma das culturas que sustentam o diálogo. Este deve ser sempre uma forma de entendimento intercultural que não pressuponha nenhuma linguagem compreensiva ou ponto de vista neutro. Cada negociador deve participar por meio de sua própria língua, modo de falar, escutar, de chegar a um acordo e de representar o seu povo. Os termos da associação constitucional são contingentes e devem ser revisados de acordo com as circunstâncias e as vontades das partes. Qualquer intenção de universalidade seria contraditória à proposta do diálogo multicultural trazida por James Tully (2007, p. 131).

Em segundo lugar, as culturas participantes dos diálogos transculturais não são formas de vida estanques, separadas, isoladas e uniformes. Elas interagem entre si. São negociadas internamente. Muitas vezes, são sobrepostas. As culturas existem no contexto de complexos processos históricos de interação com outras culturas, o que só se acelerou com o crescimento contemporâneo da migração. Os cidadãos são membros, ao mesmo tempo, de mais de uma cultura dinâmica. A experiência da troca cultural passou a ser interna às próprias culturas. As culturas não são homogêneas. Elas são continuamente contestadas, transformadas tanto por seus próprios membros como pelo contato com estrangeiros. A identidade cultural não é eterna. Ela está continuamente em mutação.

Duas objeções geralmente são opostas contra as formulações de Tully. Em primeiro lugar, o nacionalismo e o comunitarismo sustentam que o constitucionalismo consuetudinário pode destruir a

integridade da nação ou da comunidade. Ele não permite a purificação cultural necessária para a estabilidade das instituições políticas[40]. Tully responde dizendo que esta crítica se baseia em uma proposição empiricamente falsa: de que há nações culturalmente puras. Além do mais, a sua proposta não é incompatível com o senso de pertencimento do indivíduo a uma comunidade ou nação que quer se governar por seus próprios modos.

A segunda crítica advém dos liberais. Estes afirmam que o modelo proposto pode constituir um grave obstáculo para a proteção da liberdade individual e para a garantia da igual dignidade de todos os cidadãos. Ele pode servir também de proteção para as elites tradicionais e locais. A proposta normativa de Tully não prevê nenhuma ferramenta para proteger as minorias existentes no interior das minorias.

Tully afirma que o reconhecimento e a proteção da diversidade cultural é uma condição necessária para a realização do bem primário do autorespeito e, por consequência, também da liberdade individual e da autonomia da vontade. O autorespeito individual só pode ser assegurado quando as culturas de todos os membros da associação são reconhecidas.

Se os membros de uma associação constitucional observam o desaparecimento de uma cultura alheia com aprovação moral ou indiferença, está se destruindo ao mesmo tempo o autorespeito

[40] Em alguns de seus mais recentes trabalhos, Michael Walzer, representante do comunitarismo, aceita que as "nações incorporadas" dos Estados Unidos devem ter alguns direitos nacionais (ver, por exemplo: WALZER, 1992b, p. 167). Em outras publicações, no entanto, o autor continua a insistir que os Estados Unidos não devem reconhecer nenhum grupo nacional (WALZER, 1992a, p. 101). A sua variação quanto ao tema pode ser explicada por sua teoria dos "significados compartilhados", a qual pressupõe a existência de apenas uma única comunidade em cada Estado, e por sua manifesta crença nos Estados Unidos como uma comunidade homogênea. Para o argumento completo do autor, ver: WALZER, 1983. Para uma discussão sobre as consequências da adoção da teoria dos significados compartilhados para a descrição de Walzer da comunidade política americana, consultar: ROSENBLUM, 1984, p. 585-589; GALSTON, 1989, p. 120-122; KYMLICKA, 1989a, cap. 11.

destes mesmos membros. A participação deste cidadão na vida pública e privada da comunidade também se encontra minada de todas as formas. O bem primário do autorespeito requer que a soberania popular seja concebida como diálogo.

Em relação à possibilidade de proteção de grupos iliberais e antidemocráticos, Tully (2007, p. 191) afirma que uma consistente aplicação das três convenções deve se dar não apenas em relação às nações existentes no interior de Estados multinacionais, mas também entre os cidadãos. É impossível para este modelo dar resguardo a comunidades ditatoriais com base na proteção da diversidade. O constitucionalismo consuetudinário não permite a existência de enclaves ou conversações não-liberais. O modelo proposto não poderá nunca servir de obstáculo para o exercício das liberdades individuais.

Também não se está a defender a cristalização de formas históricas de vida e de organização política própria dos povos indígenas. O que se defende é a possibilidade destes povos inovarem suas tradições ancestrais sem quebra de continuidade e com o consentimento dos seus integrantes. Defende-se a autodeterminação e não a imutabilidade política.

Mesmo que a homogeneidade cultural fosse necessária para a unidade política, ela não poderia ser obtida sem o consentimento dos afetados. O contrário infringiria as próprias bases sobre as quais se sustenta o Estado moderno: o respeito à autonomia dos seus cidadãos. A simples imposição da uniformidade pela assimilação não leva à unidade, mas sim à resistência, à repressão, à desavença e à desunião. A própria situação atual dos povos indígenas comprova este fato. Mesmo depois de anos de repressão e genocídio, eles ainda sobrevivem multiformes, suas populações crescem, suas organizações se tornam mais complexas e a resistência se torna cada vez mais explícita.

Por outro lado, onde a diversidade cultural foi reconhecida e acomodada, a confrontação e o conflito se apaziguaram. Os membros da associação se sentiram aptos a trabalhar em conjunto para resolver os problemas comuns da comunidade. Os cidadãos das minorias culturais passam a ter um senso de pertencimento e de identificação com a associação a partir do momento em que eles passam a ter mais espaço no processo de formação e de tomada de decisão e ao ver que as suas culturas são publicamente afirmadas pelas instituições básicas da sociedade (TULLY, 2007, p. 198).

As dificuldades apresentadas pelo constitucionalismo moderno ao tentar acomodar as demandas por reconhecimento tem como pano de fundo a forma como este modelo pensou a liberdade crítica e o pertencimento como bens mutuamente irreconciliáveis.

O constitucionalismo antigo concretizava o senso de pertencimento pela sua deferência ao costume, mas excluía a liberdade crítica. O constitucionalismo moderno privilegiava a inquirição crítica, o dissenso e a liberdade de questionamento em detrimento da autoridade da história e do costume.

A liberdade e o pertencimento não precisam ser pensados de maneira conflitante, pelo menos se pensarmos a realização destes dois bens por uma associação constitucional que respeita as três convenções. Para este modelo, a cultura de um cidadão deve ser reconhecida e afirmada, posto ser uma parte constitutiva da justiça.

A identidade de uma pessoa enquanto cidadão é inseparável da história compartilhada com outros cidadãos irredutivelmente diferentes. As instituições básicas da sociedade foram formadas pela interação e pelo enriquecimento mútuo entre as culturas.

Muitas das características da cultura dominante são resultado do contato que ela teve com povos que hoje representam as minorias culturais. Por esta razão, a perda de uma cultura minoritária representa também um dano para a cultura majoritária.

Somente um ambiente de multiplicidade cultural pode servir de lugar seguro. Diante de problemas novos, a perda de uma alternativa existente em uma determinada cultura pode ser fatal para a sobrevivência de toda a comunidade.

Os teóricos do constitucionalismo moderno esquecem que as suas concepções de liberdade e dissenso, os seus bens primários, são exercidas dentro do horizonte acrítico das sete características que fazem dele um discurso homogeneizante. Este horizonte parece extremamente contingente quando nos é aberta a possibilidade do diálogo transcultural e do alargamento dos nossos horizontes compreensivos. Ao incentivar o contato com o outro, a possibilidade de compreensão e crítica se tornam maiores pela ampliação dos horizontes culturais de todos os cidadãos (TULLY, 2007, p. 207).

Ultrapassar os próprios horizontes compreensivos só é possível se adentramos outro horizonte compreensivo, justamente o do nosso parceiro de diálogo. A possibilidade de tornar-se mais tolerante para com a cultura dos outros e mais crítico em relação à sua própria cultura se mostra muito maior e mais real. A própria constituição vira objeto de discussão intercultural. O constitucionalismo pós-colonial é mais capaz de oferecer possibilidades reais para que o exercício crítico seja efetivado de forma ampla[41].

A liberdade crítica requer a presença de uma diversidade de culturas. A acomodação justa das diversas culturas exige um diálogo crítico de acordo com as três convenções. Não se trata apenas da simples afirmação da diversidade. Não é apenas uma questão de aumento das alternativas disponíveis. Trata-se do aumento da possibilidade de raciocinarmos e de nos compreendermos mutuamente. O homem não pode ser livre se estiver sozinho. A

[41] Justamente o que é objetivado pelo liberalismo.

liberdade só existe a partir do momento em que o homem convive com a pluralidade.

Por todas estas razões, Tully sustenta que a proteção da diversidade cultural é plenamente compatível com o princípio liberal da neutralidade, se devidamente reinterpretado. A indiferença tradicional das teorias liberais em relação à diversidade cultural significou, na realidade, a promoção encoberta das culturas dominantes por parte do Estado. A neutralidade deveria significar não a cegueira diante das diferenças, mas sim o reconhecimento e o acomodamento de todas as culturas de maneira igualitária.

Em outras palavras, não se deve retirar todas as culturas do espaço público, relegando o mesmo apenas para manifestações políticas. Deve-se reconhecer que a cultura não pode ser desvinculada da política. Todas as culturas devem ter os mesmos direitos e oportunidades para se manifestar no espaço público.

Considerações Críticas

(a) Pontos fortes: Tully nos mostra que é possível interpretar o projeto emancipatório da modernidade de modo diverso para proteger e promover as minorias culturais. A liberdade e a cultura não estão necessariamente em contradição. Os movimentos por maior liberdade e autodeterminação coincidem com os movimentos por proteção e reconhecimento das culturas.

Este é um argumento forte contra a ideia de que o reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos indígenas levaria o Brasil aos mesmos conflitos étnicos vivenciados pelos impérios multinacionais; que a única forma de evitá-los seria garantir a mesma lista de direitos individuais para todos os cidadãos. Agora é possível perceber como este argumento está atrelado às

características do constitucionalismo moderno referentes à centralidade e à unidade das instituições jurídicas e políticas, as quais não permitem nenhuma abertura à distribuição multiforme e descentralizada do poder.

Os conflitos das nações-Estado contra os impérios e as reivindicações dos povos indígenas por maior autonomia fazem parte da mesma luta contra a opressão das minorias. Somente a previsão do direito à autodeterminação dos povos indígenas pode evitar mais lutas por reconhecimento, garantindo-se a estabilidade das instituições políticas.

A proposta de Tully parece, inclusive, ter sido seguida por países como Bolívia e Equador. Estes reclamaram a presença maciça dos povos indígenas nas suas mais recentes assembléias constituintes. Isto conferiu maior legitimidade às suas Constituições, além de maior alcance para os direitos dos povos indígenas em seus artigos.

Ao falar da questão da linguagem, Tully também aponta acertadamente qual o problema das duas teorias anteriores, a de Taylor e a de Kymlicka. Ambas, em suas proposições normativas, não se questionam a respeito da tradição que querem legitimar.

O liberalismo substantivo de Charles Taylor só é compatível com uma comunidade que tem na ideia de autonomia e de autenticidade os seus bens necessários. No entanto, outras comunidades adotam bens diferentes. Portanto, as medidas que recomenda não podem ser universalizadas. No mesmo erro incorre Kymlicka. Este afirma que o Estado deve convencer os grupos minoritários a serem liberais por meio de instrumentos não-coercitivos. Em resumo, elas só admitem a diferença enquanto elas não prejudicarem os seus bens fundamentais.

Mas o problema desta obra é justamente a possibilidade de um Estado liberal acomodar diferenças que infringem valores

considerados fundamentais por ele, ao que se pode dar o nome de diferença radical. Por isso, Tully começa bem ao ressaltar que não existe um ponto de vista neutro, quanto menos uma linguagem compreensiva. Os termos que usamos para designar algo como justo ou injusto velam outros sentidos possíveis.

Lembremos também que a Constituição do Brasil adota o português como idioma oficial, o que gera um grave prejuízo para a participação dos povos indígenas nos processos de tomada de decisão. Se já é difícil para um brasileiro leigo participar do processo político, por causa de sua complexidade, o que se dirá dos povos indígenas? Lembremos também das dificuldades do Estado brasileiro em garantir o direito à educação para os povos indígenas. Sabemos das dificuldades das instituições públicas (da educação primária até as universidades) em garantir um ensino ministrado nas próprias línguas desses povos.

Com a identificação dos aspectos débeis do constitucionalismo moderno, Tully também nos mostra que a associação dos povos indígenas com o adjetivo "atrasado" se fundamenta numa concepção progressiva e evolutiva da história humana, concepção esta que não é compartilhada por aqueles povos.

Vimos também que a uniformidade das instituições exigida pelo Estado moderno serviu, a seu tempo, para garantir o princípio da igual dignidade de todos os cidadãos. Logo, por uma coerência de princípio, pode-se perguntar se, para garantir este mesmo princípio em circunstâncias fáticas diferentes, o Estado não deveria se abrir para outros centros de poder localizados na organização política dos povos indígenas.

As convenções de reconhecimento, consentimento e continuidade nos mostram uma maneira alternativa de manejar os encontros entre comunidades culturalmente diversas. É verdade que o autor não adianta regras detalhadas destes diálogos. No entanto,

seus critérios normativos são ferramentas concretas que podem ser utilizadas.

Para que as convenções de mútuo reconhecimento, consentimento e continuidade sejam obedecidas, as partes devem estar dispostas a participar do diálogo. A sugestão dada por Kymlicka quanto à necessidade do Estado convencer as minorias a liberalizarem-se por meios não-coercitivos não seria endossada.

Segundo as três convenções, os artigos das Constituições referentes aos direitos indígenas devem ser lidos como condições acordadas com estes povos para que eles integrassem os Estados. Há de se ter cuidado ao interpretar estes artigos, para que a convicção pessoal do julgador não se confunda com os princípios de moralidade política nos quais ele se funda. Levar a efeito uma interpretação deste tipo poderá diminuir o alcance destes direitos, ferindo o acordo que os Estados fizeram com estes povos. O poder assim exercido pelo juiz é ilegítimo. Não se funda em uma aceitação anterior dos povos indígenas.

O direito à autodeterminação também não é sinônimo de imutabilidade, mas de autonomia. Qualquer mudança na estrutura interna do povo indígena deve ocorrer de acordo com a sua vontade, assim auferida por procedimentos também internos àquele povo.

Alguns atores políticos afirmam que sustentar um direito ilimitado à autodeterminação dos povos indígenas significaria a manutenção eterna do desrespeito aos direitos humanos. Nesta frase, existe uma noção errônea de direito ilimitado. O direito à autodeterminação não é ilimitado. Ele só não é limitado pela compreensão que temos dos nossos princípios liberais. Os direitos humanos precisam ser interpretados interculturalmente. Eles carregam conceitos que os juízes interpretam de acordo com a sua própria cultura. Uma decisão correta deve interpretar a lei a partir do mundo prático dos povos indígenas.

Frequentemente se faz uso do argumento de que determinadas práticas culturais dos povos indígenas são erradas e que o dissenso na própria comunidade é comprovação disso. Para Tully, se é verdade que todas as sociedades possuem uma noção de justiça, também não deixa de ser verdadeiro o fato de que há discordâncias internas quanto ao real significado da justiça para a solução de um determinado caso concreto. Se em nossa comunidade há dissenso sobre o aborto, por que nas comunidades indígenas não pode haver também? Este argumento se baseia numa pressuposição empiricamente falsa: de que as comunidades indígenas são internamente homogêneas. Pelo contrário, elas são plurais, assim como a nossa[42].

Por fim, ao falar da possibilidade de se ultrapassar os horizontes compreensivos, Tully parece concordar com Taylor. Não há ponto neutro. Eu só posso me deslocar de um horizonte de sentido para outro, justamente o do meu parceiro de diálogo. A partir do momento em que eu me proponho a dialogar, eu passo a ter consciência de que a minha linguagem, a minha racionalidade e a minha visão de mundo representam somente uma perspectiva particular dentre tantas outras que fazem parte da humanidade.

A teoria do autor explica bastante bem como ocorrem as trocas interculturais e como as pessoas podem enriquecer suas visões de mundo, adquirindo novos significados e novas perspectivas pelos novos usos que se dá às mesmas palavras ou aos mesmos comportamentos. Compreender consiste em estar apto a se mover por dentre várias perspectivas compreensivas de mundo por meio do

[42] É a maioria que concebe as minorias como culturas homogêneas. Como diz Da Cunha (1992, p. 286-287), houve uma "naturalização" dos grupos indígenas. Eles não são vistos como agentes com seus próprios projetos. Para Raz (1986, p. 423-424), os povos indígenas são iliberais e incapazes de transformar-se. Mas não dá nenhuma razão.

diálogo, notando suas similaridades e diferenças, mas nunca transcendendo a condição humana da aparência[43].

(b) Pontos débeis: a proposta de Tully adota um giro problemático ao argumentar a favor da aplicação das três convenções do constitucionalismo consuetudinário às relações entre os indivíduos. Ao fazê-lo, Tully passa de uma teoria fraca para uma teoria forte sobre como acomodar a diversidade cultural. Agora ela parece abarcar uma defesa da democracia e dos direitos individuais (BONILLA, 2006, p. 93).

Tully determina, como uma condição prévia do diálogo, que todas as partes aceitem os princípios liberais clássicos, ainda que o significado concreto destes conceitos seja determinado pelas circunstâncias específicas que afetam cada cultura. Se Tully é a favor da proteção da cultura como uma maneira de proteger o horizonte dentro do qual se exerce a liberdade individual, seria uma contradição restringir a liberdade com o fim de proteger e promover a diversidade cultural. Neste sentido, a proposta de Tully não difere muito daquela proposta por Kymlicka. Ambas as teorias favorecem as proteções externas, mas não as restrições internas (BONILLA, 2006, p. 94-95).

Por mais que Tully defenda a tese de que a cultura é uma condição prévia para o autorespeito, ela acaba aparecendo mais uma vez como um meio necessário para o exercício da liberdade de escolha. Sua função parece ser unicamente a de oferecer opções para o indivíduo. No entanto, como vimos na parte ontológica de Taylor, a cultura define, inclusive, nossa concepção de indivíduo e de liberdade. Em contradição consigo mesmo, Tully parece tomar a liberdade como metanarrativa entre todas as narrativas comunitárias

[43] Referência a Hannah Arendt (2008). Para esta autora, nós somos seres que aparecem uns para os outros. É isto que nos permite comprovar a realidade das coisas. Para Arendt, deve-se dar mais valor para o que está na superfície e não para o que está escondido internamente. É uma clara crítica à tradição filosófica que historicamente deu mais importância para o que não aparece do que para os fenômenos.

(BONILLA, 2006, p. 90). As relações entre as nações possuem características que não são compartilhadas pelas relações entre os indivíduos.

A defesa da liberdade feita por Tully também contraria as três convenções do constitucionalismo pós-colonial. Primeiramente, não se respeita a convenção do mútuo reconhecimento. O próprio autor, fundamentando-se em Wittgenstein, afirma que não há um sentido compreensivo ou definitivo para cada palavra, mas sim usos que, de tão frequentes, se tornaram dominantes. Logo, quando o autor faz a defesa da liberdade, pode-se dizer que ele está fazendo a defesa de uma concepção específica de liberdade, justamente aquela da sociedade majoritária e dominante. E esta ideia é tomada como certa, impassível de ser levada ao debate entre as culturas. Portanto, podemos concluir que os indivíduos pertencentes às minorias culturais não têm nem mesmo a oportunidade de manifestar no espaço público a sua opinião acerca da prevalência deste determinado sentido de liberdade. Como o autor não ouve o que as outras culturas têm a dizer, ele também não as trata como partes iguais do diálogo.

Em segundo lugar, fere-se a convenção do consentimento. Mesmo sendo esta concepção específica de liberdade resultado do pensamento dominante e não das cosmologias ameríndias, estes povos serão obrigados a adotá-la, independentemente do exercício do seu livre-arbítrio. Por fim, a convenção da continuidade também sofre danos irreparáveis. Mesmo que a tradição dos povos ancestrais adote outras concepções de liberdade, eles serão obrigados a acatar a doutrina majoritária. A assertiva de Tully contraria até mesmo a própria concepção de constitucionalismo pós-colonial ou consuetudinário. A Constituição deixa de ser o resultado do diálogo contínuo entre todas as culturas.

Parece que a presumida defesa radical feita por Tully a favor da diversidade cultural se reduz à exigência de que os funcionários

governamentais (principalmente, os juízes) levem em consideração a diferença cultural ao ponderar os direitos em conflito. Tully (2007, p. 171) afirma claramente que dois requisitos devem ser satisfeitos para que se permita a limitação de um direito constitucional pelo Legislativo. Primeiramente, (a) o objetivo a ser alcançado deve ser de fundamental importância e deve conformar uma preocupação substancial. Em segundo lugar, (b) os meios empregados devem ser proporcionais aos fins. Esta proporcionalidade tem três exigências: (b^1) as medidas devem ser estritamente conectadas com o objetivo; (b^2) elas devem limitar o direito constitucional o mínimo possível; e, por fim, (b^3) os efeitos positivos por ela provocados devem ser superiores aos danos[44].

Para nós, é estranha a menção à possibilidade de um Poder constituído limitar um direito previsto pela própria Constituição que o instituiu. Ela contraria a afirmação de Tully de que os entes federativos, todos eles dotados de autonomia, devem guardar respeito para com a Constituição. Por outro lado, pode-se perguntar quem será o responsável por determinar quando o objetivo é importante e substancial o bastante para limitar um direito constitucional. Será que os povos indígenas terão voz e espaço para emitir uma opinião a respeito?

O próprio método da ponderação não nos parece o mais adequado para resolver casos difíceis que envolvam grupos culturais em conflito. O próprio Tully (2007, p. 172) afirma que os juízes, os quais geralmente são integrantes da cultura dominante, interpretam frequentemente os termos das regras de direito de acordo com os seus preconceitos e perspectivas culturais próprias. Não há outro método em que isto seja mais verdadeiro do que na ponderação. O juiz nunca chega a uma conclusão da qual pessoalmente discorde. Assim, as regras de direito são aplicadas sem levar em conta as

[44] A compreensão de Tully a respeito da ponderação nos casos difíceis e dos requisitos do princípio da proporcionalidade em muito se assemelha à proposta de Robert Alexy (2008, cap. 2).

diferenças culturais. O resultado não é imparcial e a cultura dominante passa a ser imposta caso a caso.

A ponderação sugerida por Tully abre muito espaço para a discricionariedade do juiz, isto é, quando ele julga não de acordo com os princípios de moralidade política invocados pela Constituição, mas sim segundo suas próprias convicções pessoais. Confirmando este nosso pensamento, Bonilla afirma que os juízes têm privilegiado sensivelmente os direitos individuais e os valores democráticos ao invés de outras soluções mais sensíveis à diversidade cultural. Em relação aos poucos casos que tivemos acesso sobre os interditos de vida, cujas decisões geralmente foram veiculadas pela imprensa, muitas afirmavam estar julgando o fato de uma criança ser submetida a maus-tratos, independente da sua especial condição de indígena; ou ainda que o direito à vida da criança, assim como todos os direitos individuais, tem preferência sobre os direitos culturais, sem ao menos apontar um artigo da nossa Constituição que confirmasse este pensamento. Os direitos individuais sempre acabam prevalecendo, posto que correspondem à visão dominante do juiz e da cultura majoritária.

Um direito constitucional, portanto, não deve ser sopesado, nem com outro direito, quanto menos em relação a outro objetivo social, por mais louvável que ele seja. Os princípios apenas fornecem razões para interpretarmos uma regra de direito de um modo ou de outro. E as regras funcionam na base do "tudo ou nada". Em resumo, os princípios apenas "fecham" a interpretação da regra. Diante de um mesmo texto legal, eles oferecem razões para adotarmos uma dentre várias normas possíveis[45]. Também para Bonilla (2006, p.

[45] Como assinalado na introdução do livro, adota-se a Teoria do Direito como integridade criada por Ronald Dworkin (2002, cap. 2, 3 e 4). De um mesmo texto legal, pode-se chegar a várias proposições normativas (afirmações sobre o que a lei manda, obriga, permite). O direito só existe depois de interpretado. Os princípios de moralidade política fornecem razões para escolhermos uma dentre várias normas possíveis. Eles "fecham" a interpretação. As regras funcionam na base do "tudo ou nada". Não são sopesadas.

97), a sugestão dada por Tully não é adequada para resolver os conflitos entre uma comunidade liberal e outra que não o é, nem os conflitos entre as pessoas dentro de uma comunidade não-liberal.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Nestas observações finais, cabe fazer uma comparação entre as três teorias, retomar os seus pontos fortes e mostrar qual a nossa posição final. Para tanto, lembremos o problema que motivou a pesquisa deste capítulo.

Perguntamos (a) se o respeito à diferença cultural pode ser compreendido como uma questão de justiça, isto é, como uma exigência do princípio da igualdade. Se a resposta a (a) fosse afirmativa, perguntaríamos ainda (b) de que modo o Estado poderia acomodar esta diferença de forma suficientemente justa. A proposta do liberalismo tradicional, isto é, a garantia do mesmo rol de direitos civis e políticos para todos seria uma solução justa?

A nossa hipótese era a de que (a^1) o respeito à diferença cultural é uma questão de justiça e a de que (b^1) a garantia de uma mesma carta de direitos civis e políticos para todos os cidadãos é uma solução insuficientemente justa para acomodar a diferença. Alguns direitos de grupo seriam necessários, dentre eles a autodeterminação dos povos indígenas.

O nosso objetivo final era mostrar que não há contradição entre o princípio da igualdade e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. Este é uma verdadeira exigência daquele, o que seria de fundamental importância para interpretar o significado mais adequado das várias regras constitucionais e de direitos humanos no segundo capítulo e para rebater vários argumentos que se apresentarão quando dos debates sobre a Lei Muwaji.

Para tanto, fizemos uso das teses de Charles Taylor, Will Kymlicka e James Tully.

Charles Taylor respondeu afirmativamente ao questionamento (a). Sim, o respeito à diferença cultural é um requisito da igualdade. Se reconhecermos os vínculos existentes entre identidade e cultura, chegaremos à conclusão de que, para que cada pessoa seja tratada com igualdade, deverá ser respeitada a sua autenticidade e, consequentemente, a distintividade da sua cultura. Em relação a (b), Taylor afirma que os direitos civis e políticos são insuficientes para acomodar a diferença daquelas sociedades que têm na sobrevivência de suas culturas um bem comum. Por isso, ele sugere ser possível a adoção pelo Estado de uma noção de boa vida. No entanto, os direitos individuais nunca poderão ser violados. É isto que diferencia as propostas comunitaristas do seu liberalismo substantivo.

Will Kymlicka também responde de forma afirmativa à primeira pergunta (a). Nesta parte, ele concorda com a tese social do indivíduo apresentada por Taylor. Em relação à segunda pergunta (b), Kymlicka afirma que tanto os direitos civis e políticos como o liberalismo substantivo proposto por Taylor são insuficientemente igualitários. Como o Estado não pode cumprir com o princípio da neutralidade étnica, posto não poder fugir de decisões que favoreçam uma determinada cultura, alguns direitos diferenciados em função de grupo deverão ser garantidos. Para as minorias nacionais, o direito à autodeterminação. Para os grupos étnicos e migrantes, os direitos poliétnicos. Por fim, os direitos de representação.

James Tully, por fim, concorda com os outros dois autores quanto ao quesito (a). Mas discorda deles quanto a (b). Todas as teorias propostas só aceitam a diferença, caso ela não viole os bens considerados fundamentais por seus autores (bem comum para Taylor; autonomia para Kymlicka). Somente um diálogo coordenado pelas convenções do mútuo reconhecimento, do consentimento e da

continuidade poderia gerar um acordo político capaz de acomodar de forma justa a diversidade cultural.

Todos os três autores, no entanto, fracassam em seus intentos de acomodar a diferença radical, assim entendida como aquela que não está de acordo com os nossos critérios morais e políticos básicos (direitos individuais e democracia). Todos eles acabam por exigir, de uma maneira ou de outra, a aceitação dos valores liberais pelas minorias culturais. Caso contrário, elas não serão protegidas das reivindicações da sociedade majoritária.

Taylor admite a adoção de uma noção de boa vida pelo Estado, mas não o desrespeito dos direitos individuais. Kymlicka só confere apoio aos direitos diferenciados em função do grupo quando eles apóiam proteções externas e não restrições internas. Tully assevera que as três convenções também são aplicáveis para as relações entre indivíduos.

Cada um dos autores tenta alcançar um equilíbrio entre os valores historicamente considerados fundamentais pelo Ocidente e a importância que tem as tradições culturais para as diversas nações e etnias. Os direitos individuais e a democracia são vistos por estes autores como um patamar mínimo de respeito ao indivíduo enquanto ser humano.

A democracia e os direitos individuais, no entanto, não são perspectivas políticas naturais ou neutras. Quanto menos são aquelas que deveriam ser aceitas por todos os seres humanos racionais. Não existe discurso que possa se constituir em um denominador comum entre as culturas. Os direitos individuais e a democracia são os nossos valores.

Aceitá-los equivale a concordar com uma série de pressuposições nas quais estes conceitos se baseiam. Para Kymlicka (1995, p. 88), à medida que uma cultura se liberaliza, as pessoas passam a compartilhar cada vez menos noções de boa vida com os

seus pares. Ao mesmo tempo, esta comunidade se torna cada vez mais parecida com outras nações. Elas passam a compartilhar o mesmo tipo de civilização. Uma sensibilidade jurídica não está separada, portanto, de um tipo de sociedade que a sustenta[46].

Neste ponto, deve-se concordar com a crítica ontológica de Taylor e de todo o comunitarismo. O valor da justiça não é aquele aceito racionalmente por todos, mas sim o nosso valor fundamental construído historicamente pelo Ocidente. Ele não pode ser separado de pelo menos uma noção de boa vida: a de que a vida deve ser resultado de escolhas livres feitas pelo indivíduo para ser considerada bem-sucedida. Ora, se o justo não pode ser separado do bem, ele também implica uma noção própria de identidade ou *self*. A noção de justo cria o tipo de indivíduo e de sociedade que a sustenta.

Aceitar os direitos individuais e a democracia também significa aceitar uma concepção particular de indivíduo como sujeito autônomo e de dignidade como autonomia. Não apenas um conceito de indivíduo, mas também de razão (o mínimo epistemológico), de sociedade (como associação cooperativa) e até de tempo (retilíneo e progressivo)[47]. Vimos como o "querer" nasce associado ao tempo progressivo. Se a vontade individual pode gerar o novo no mundo, o tempo não pode mais ser concebido como circular.

Os direitos individuais implicam a separação entre o âmbito público e o privado. Eles são trunfos. Devem proteger a autonomia do indivíduo na esfera privada e garantir a sua igual oportunidade de

[46] A parte jurídica do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios, mas sim parte de uma maneira específica de imaginar a realidade. As sensibilidades jurídicas são formadas dentro de determinados contextos, formados por uma visão de mundo e uma forma de vida específica. O direito nada mais é do que uma linguagem que corrobora o próprio imaginário no qual ele está fundado e que constrói o comportamento que ele mesmo regula (GEERTZ, 2008, p. 259 e 275). Ver também: ANDERSON (2006).

[47] Bonilla (2006, p. 92), Pannikar (1982), Howard (1991) e Mutua (1996) também compartilham desta ideia.

participação na esfera pública. O Estado deve ser neutro frente aos diversos projetos de vida de seus cidadãos. A sociedade é vista como uma ordem não-hierárquica. Todos os cidadãos devem ser tratados como iguais, independente de sua posição social. Existe uma densa camada conceitual por trás da concepção de direitos individuais.

Algumas comunidades não adotam a ideia de indivíduo como sujeito autônomo. Por isso, dão mais importância aos deveres do que aos direitos. Nelas, as pessoas estão mais vinculadas entre si. Há uma prioridade moral e política da comunidade.

Encontramo-nos diante do que se pode chamar de "decisão trágica". Se nos comprometermos com os valores liberais, restringiremos radicalmente o espaço no qual se é permitido ser culturalmente diferente. Se optarmos pela diferença radical, nos veremos obrigados a defender tradições ancestrais que violam nossos valores morais mais caros.

Como o problema objeto desta pesquisa é exemplo, o dilema gerado por esta pergunta não é apenas teórico, mas prático. A tensão entre os valores da liberdade e da diferença cultural faz parte da estrutura fundamental dos Estados liberais contemporâneos.

Para Bonilla (2006, p. 105-106), não existe uma única maneira de resolver a questão. Devem-se dar soluções interculturais particulares para as tensões interculturais constitucionais. Além do mais, vários valores liberais também são compartilhados pelos povos indígenas. Nem sempre será preciso tomar uma "decisão trágica".

Ousamos discordar de Bonilla. Deixemos para depois a questão (a) sobre se há ou não uma única maneira de resolver a tensão entre valores liberais e diferença radical, por ela ser a mais importante e por nos tomar mais tempo e espaço para respondê-la. Comecemos pela questão (b): a de que há valores comuns entre liberais e povos indígenas, o que retiraria em alguns casos a necessidade de se tomar uma "decisão trágica".

A existência de valores comuns entre as culturas ou consagrados interculturalmente pelo diálogo não diminui a tensão entre valores liberais e diferença radical. Não duvidamos da possibilidade destes valores realmente existirem. Duvidar disso seria ter uma visão demasiado cética do mundo. Mas o fato (b^1) de haver valores comuns, não implica necessariamente a consequência (b^2) de que não há necessidade de se tomar uma "decisão trágica".

Os valores podem até ser iguais, mas os significados sociais e as compreensões de mundo continuam a ser diferentes. O fato da dignidade humana ser um valor comum entre vários povos não diminui a diferença existente entre as culturas. Para os islâmicos ortodoxos, cortar a mão de alguém que praticou furto não é uma pena cruel ou degradante. Pelo contrário, se não houvesse este tipo de punição, o castigo a que a pessoa seria submetida no plano espiritual seria muito grande para ser suportado. Esta pena não é contrária ao valor da dignidade humana. Ela o realiza (AN-NA'IM, 1992, p. 34-37).

Do fato dos povos indígenas também valorizarem a vida não se pode retirar a consequência apressada de que as suas compreensões de vida e de morte são iguais às utilizadas por nós, ocidentais modernos. Uma prática ou ritual que nos parece ofensivo à dignidade humana pode estar de acordo com a narrativa histórica da comunidade. O que muda é a interpretação do valor e a prática necessária para concretizá-lo.

Voltemos agora para o primeiro e mais importante questionamento, (a) se há ou não uma única maneira de resolver a tensão entre valores liberais e diferença radical. Concordamos com Bonilla que, para cada caso particular, deverá ser dada uma solução diferenciada. As circunstâncias e o contexto de cada caso tornam impossível a determinação de uma única resposta correta para todos eles.

No entanto, algumas coordenadas teóricas ainda podem ser definidas, para que o julgador tenha um guia ao resolver estes casos concretos. A tensão entre valores liberais e diferença radical não precisa ser necessariamente resolvida por meio de uma "decisão trágica". A utilização do método da ponderação também não seria o mais adequado para estes casos. Vimos, durante o capítulo, que o julgador na maioria das vezes acaba por dar mais peso aos valores liberais, justamente por corresponderem à sua visão dominante.

A tensão entre valores liberais e diferença radical só poderá ser resolvida, se entendermos que há um valor maior do que estes dois em conflito. Este valor é justamente o da igualdade. Assim, não se trata de sopesar cada direito em detrimento do outro para se alcançar uma solução conciliatória. Trata-se, isto sim, de interpretar cada direito a partir do princípio da igualdade, para se identificar qual o real conteúdo de cada um deles.

Enunciemos, então, aquelas assertivas que consideramos verdadeiras até aqui: (i) a finalidade do Estado é tratar todos os seus cidadãos com igual consideração e respeito (princípio da igualdade); (ii) o Estado não pode cumprir com o princípio da neutralidade étnica; (iii) aceitar os direitos individuais e a democracia significa aceitar também uma determinada concepção de indivíduo e de sociedade; (iv) a concepção de indivíduo como sujeito autônomo não é um dado universal, mas sim historicamente construída.

Continuemos com as assertivas que consideramos corretas: (v) a mera garantia de direitos civis e políticos para todos confere uma desvantagem imerecida para a sociedade majoritária; (vi) direitos de grupo são necessários para que todos tenham a mesma oportunidade de ter uma vida bem-sucedida; (vii) um aspecto da vida bem-sucedida é o indivíduo ter sua identidade respeitada; (viii) a formação da identidade de uma pessoa está ligada à comunidade onde ela nasceu; (ix) não respeitar as culturas causará danos à autoestima de seus integrantes; (x) por consequência, o Estado não

estará tratando os seus cidadãos com igual respeito e consideração, descumprindo, portanto, o princípio da igualdade.

Estes dez enunciados indicam o caminho a ser percorrido pelo raciocínio quando argumentamos a partir do princípio da igualdade. Primeiramente, (i) enunciamos a igualdade como valor maior. Depois, identificamos as razões pelas quais a mera garantia de direitos civis e políticos gera uma desvantagem imerecida para a sociedade majoritária (ii, iii, iv e v), assim como a solução considerada por nós a mais adequada (vi). A partir do (vii), iniciamos um argumento *a contrario* (se o Estado não cumprir com vi, o que acontecerá com os indivíduos?) que no (x) nos levará novamente a enunciar o princípio da igualdade.

O mesmo esquema teórico poderia ser feito para o argumento da equidade, mas de maneira mais simples. Para tanto, utilizemos o exemplo das minorias nacionais e do direito à autodeterminação: (i) para ser legítimo, o exercício do poder pelo Estado precisa do consentimento de seus cidadãos; (ii) as minorias nacionais não deram consentimento para que o Estado interviesse em sua organização política interna; (iii) logo, o direito à autodeterminação deve ser respeitado; (iv) se o Estado desobedecer este direito, (v) estará exercendo poder ilegítimo, posto que (vi) as minorias nacionais não deram o seu consentimento, (vii) o que fere até mesmo a base na qual se funda o exercício do poder pelo Estado em relação aos demais cidadãos da sociedade majoritária: a equidade.

No esquema teórico da equidade, seguimos a mesma ordem de raciocínio. Enunciamos o princípio da equidade (i) e o motivo para o que consideramos a solução mais adequada para as minorias nacionais (ii e iii). A partir do enunciado iv, iniciamos o argumento *a contrario* que no (vii) nos levará a enunciar novamente o princípio da equidade.

Apesar de aqui serem esquematizados separadamente, os princípios da igualdade e da equidade estão intrinsecamente relacionados. Somente porque consideramos todos os cidadãos como iguais (igualdade), é que se torna necessário o consentimento para que um deles exerça o poder em relação aos demais (equidade).

Podemos também ir mais a fundo e abordar o problema a partir do princípio da integridade. Podemos perguntar: (i) por que o princípio da igualdade é o nosso valor mais importante? (ii) por que estamos raciocinando esta questão a partir da igualdade e da equidade? (iii) por que este tipo de argumento faz sentido para nós e não nos parece arbitrário? Para estas perguntas, não há outra resposta que possa se dar a não ser a de que (iv) estes princípios representam a forma como compreendemos o mundo e a nós mesmos.

Não há nenhum argumento racional que os justifique, tal qual a figura imaginária do ponto para a matemática. A integridade, portanto, é a nossa história, a nossa tradição. É um sobreprincípio, um modo de ver os princípios. Mas agora podemos dizer também que (v) até mesmo esta argumentação a partir da igualdade, por mais favorável que seja às minorias nacionais, ainda fere a autonomia desses povos, porque (vi) estamos raciocinando a partir de princípios que fazem sentido para nós, mas que podem parecer arbitrários para eles.

Para fazer justiça a estes povos, (vii) devemos raciocinar a partir de princípios que não firam a integridade deles. É o que Tully chamou a atenção. Por mais que nos esforcemos em dizer que o valor primeiro do liberalismo é a igualdade e não a liberdade, ainda assim estaremos compreendendo o outro a partir dos nossos próprios preconceitos. Agora (viii) se encontra totalmente justificada a necessidade imperiosa de um diálogo transcultural como concebido por Taylor, com base em Gadamer, como fusão de horizontes e mediado pelas convenções do mútuo reconhecimento, do consentimento e da continuidade de Tully.

Em conclusão, (ix) somente quando interpretarmos a nossa prática jurídica levando em consideração a integridade das minorias nacionais é que estaremos realmente acomodando de forma justa a diferença apresentada por estas nações. Portanto, devemos ter cuidado com os conceitos presentes na lei, os quais sempre interpretamos a partir das nossas pré-compreensões. Até mesmo o que entendemos ser uma interpretação correta da lei é advindo da nossa cultura e não da deles. Somente percebendo este fato é que seremos capazes de ser suficientemente sensíveis para com a diferença radical.

Retomemos o esquema do argumento da integridade. As perguntas de i a iii buscam o fundamento do fato de considerarmos o princípio da igualdade o valor mais alto. Este fundamento está na integridade (iv). Nas assertivas seguintes, vemos as consequências da integridade para o direito à autodeterminação (v), para o raciocínio moral (vi e vii), para o diálogo transcultural (viii) e, enfim, para a interpretação da lei (ix).

Kymlicka não aceita a igualdade como valor mais alto do liberalismo, mas sim a liberdade. Isto o leva a aceitar sem questionamentos a ideia de indivíduo e de liberdade de escolha. Só aceita o direito à autodeterminação quando promove proteções externas. Em relação às comunidades iliberais, afirma que o Estado deve persuadi-las a se liberalizar (mesmo que outros povos discordem) e ainda faz uma divisão entre medidas persuasivas e coercitivas que abre grande espaço para arbitrariedades.

Se concebermos a igualdade como o valor mais alto do liberalismo e se aceitarmos a integridade como sobreprincípio, não precisaremos dar uma "decisão trágica" para a tensão entre valores liberais e diferença radical. Esta tensão é aparente. Se compreendermos devidamente o direito à autodeterminação a partir dos princípios da igualdade, da equidade e da integridade, veremos que limitar o respeito à diferença àquela que não contraria os nossos

valores fundamentais ainda é uma atitude etnocêntrica e assimilacionista.

Não se trata de uma escolha entre os valores liberais e a diferença radical. Não se está escolhendo aqui a diferença radical em detrimento dos valores liberais. Estamos apenas interpretando a verdadeira exigência do princípio da igualdade. Como vimos, esta é o direito à autodeterminação das minorias nacionais. Este só servirá de acomodação justa da diferença se não for limitado pelos direitos individuais.

Se quisermos tratar todos os cidadãos como iguais, não podemos restringir o direito do outro a partir dos valores que nós consideramos fundamentais, posto que se tratam dos nossos valores e não dos valores deles. Isto infringiria os três princípios: o da igualdade, o da equidade e o da integridade. O outro deve ser compreendido a partir da sua própria perspectiva de mundo e não por meio da nossa.

Bonilla inicia o argumento a favor da diferença radical. Afirma que os direitos individuais representam valores ocidentais; que sua aceitação implica também concordância com um conceito de indivíduo e de sociedade. Ao final, no entanto, não finaliza o argumento. Acaba por optar por uma solução conciliatória que foge ao problema. No mínimo, peca por omissão. Não chega às últimas consequências de sua própria teoria.

A teoria que respeita devidamente a integridade das minorias nacionais é a de Tully (ressalvada, é claro, a sua exigência de que as três convenções sejam aplicadas às relações entre os indivíduos). Somente o diálogo entre as culturas mediado pelas três convenções permitiria que eu percebesse qual a compreensão de mundo do outro e qual o imaginário social a partir do qual eu raciocino. É somente pelo contato com o outro que é possível conhecer-me a mim mesmo.

No entanto, o liberalismo que tenha na igualdade o seu valor mais alto pode ser usado sem problemas, contanto que reconheça o papel da integridade na formulação dos seus raciocínios. Claro que se trata de uma perspectiva ocidental, mas ela ainda fornece critérios significativos que nos ajudam a resolver os vários problemas gerados pela interculturalidade. Além do mais, veremos no capítulo 2 que o nosso raciocínio deve se adaptar às nossas práticas jurídicas[48]. Por isso é importante desenvolver uma teoria sensível à diferença, mas que se adapte a um Estado liberal como o nosso. Por outro lado, mesmo no diálogo, não podemos deixar de ser quem somos. O reconhecimento do papel da tradição na formulação dos nossos princípios morais já permite uma acomodação justa da diferença.

Portanto, podemos dizer que aceitamos (i) a parte ontológica de Taylor; (ii) a teoria liberal do multiculturalismo proposta por Kymlicka, reinterpretada a partir do princípio da igualdade; (iii) as três convenções de Tully como ideais para regular os diálogos entre os povos (e não entre os indivíduos). Como dissemos no início do capítulo, o modelo mais fiel aos nossos princípios de moralidade política é uma reunião dos pontos fortes de cada teoria relida a partir da nossa perspectiva crítica.

Respondendo a pergunta inicial do capítulo, podemos dizer, em conclusão, que (a) o respeito à diferença cultural é uma exigência do princípio da igualdade e, portanto, uma questão de justiça ou de princípio e que (b) a melhor forma de realizá-lo é pela garantia dos direitos de grupo (autodeterminação, poliétnico e representação) e por um contínuo diálogo com as minorias culturais mediado pelas três convenções de Tully.

No que interessa a este trabalho, que tem seu enfoque nos povos indígenas, chegamos à conclusão de que (a) os povos

[48] O que confirma a afirmação presente na introdução deste livro de que as três etapas da interpretação formuladas por Dworkin não podem ser dissociadas. Que se trata de uma mera divisão didática.

indígenas são minorias nacionais; (b) eles tem direito à autodeterminação; (c) este direito à autodeterminação não é limitado pelos direitos individuais; (d) as nossas práticas jurídicas devem ser interpretadas a partir de princípios que fazem sentido para eles, para que se respeite a integridade; (e) o diálogo transcultural com eles deve ser regulado pelas três convenções de Tully. Estas convenções não se aplicam às relações entre os indivíduos integrantes de cada um destes povos.

Uma teoria da justiça, que queira fazer de nós seres humanos iguais, tem de levar em consideração as nossas diferenças culturais. Ou, nas palavras de Santos (1997), todos têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Agora que avaliamos a legitimidade dos nossos preconceitos, podemos interpretar a nossa prática jurídica sem medo de emitir juízos irrefletidos ou etnocêntricos. No segundo capítulo, veremos se a leitura que fizemos dos nossos princípios de moralidade política se adapta e se justifica sob a melhor luz as nossas leis e decisões judiciais sobre o direito à autodeterminação dos povos indígenas.

CAPÍTULO 2

Povos Indígenas e Direitos Humanos

POVOS INDÍGENAS E DIREITOS HUMANOS

O direito à diferença deve ser levado a sério, como uma verdadeira exigência do princípio da igualdade. Trata-se de uma questão de justiça. O Estado não é um fim em si mesmo. Seu objetivo é tratar todos os cidadãos com igual consideração e respeito. Se ele não pode cumprir com o princípio da neutralidade, direitos diferenciados em função de grupo se fazem necessários para corrigir o tratamento desigual dado às minorias culturais. O direito à autodeterminação dos povos indígenas é um destes direitos.

Neste capítulo, verificaremos se as nossas conclusões sobre a melhor interpretação dos nossos princípios de moralidade política se adaptam e se justificam sob a melhor luz as nossas práticas jurídicas, isto é, as nossas leis e decisões judiciais. Desde a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, o ordenamento jurídico brasileiro tornou-se mais complexo. Passou a abarcar os tratados internacionais de direitos humanos[49]. A análise das nossas práticas também abrangerá estes tratados, as recomendações de suas Comissões, além das decisões das Cortes Internacionais, em especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os tribunais brasileiros podem aplicar diretamente os tratados internacionais de direitos humanos que o país ratificou com obediência ao trâmite previsto pela Constituição. Os juízes também têm a obrigação de conformar a aplicação do direito doméstico aos padrões internacionais. Do contrário, aumenta-se o risco do país ser

[49] A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 adicionou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição, o qual afirma que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. A partir de então, tornou-se possível falar de controle de convencionalidade, ao lado do controle de constitucionalidade. Anteriormente à edição da emenda, o § 2.º do mesmo artigo já asseverava que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluiriam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil fosse parte (BR. CN, 1988).

punido internacionalmente. No caso dos povos indígenas, é importante que o direito constitucional doméstico e as leis ordinárias sejam interpretadas à luz do direito internacional dos direitos humanos.

Desta forma raciocinou a Suprema Corte da Austrália (*High Court of Australia*), no caso *Mabo vs. Queensland*, um marco no reconhecimento das terras indígenas naquele país. De acordo com o precedente da Suprema Corte do Território do Norte (*Supreme Court of Northern Territory*), as terras habitadas pelos povos indígenas antes da chegada dos europeus eram consideradas *terra nullius*, isto é, legalmente inabitadas. Com base nos valores consagrados pela atual sociedade australiana e pelo direito internacional contemporâneo, o juiz Brennan J. revisou este entendimento. Afirmou que uma doutrina injusta e discriminatória como esta não poderia mais prosperar (AUS. HCA, 1992).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos[50] (OEA. Corte IDH, 2001), no caso *Mayagna*, afirmou que a implementação de boa-fé das proteções legais tanto internacionais como domésticas relativas aos povos indígenas é uma obrigação afirmativa de todos os Estados, segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos. O Estado pode incorrer em responsabilidade internacional, se ele não tornar aqueles direitos efetivos.

Preceitos que aparecem em tratados não-ratificados ou que são considerados não-vinculantes (*soft law*) podem ser usados como ferramentas interpretativas. Declarações, recomendações das Comissões, direito costumeiro servem de guias de interpretação dos tratados, da Constituição e das leis. Apesar de não obrigarem

[50] A Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José, Costa Rica, é um órgão judicial autônomo. Tem por objetivo a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos do Homem. Junto com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sediada em Washington, D.C., forma o sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

coercitivamente os Estados, os princípios de moralidade política que refletem e articulam podem ser identificados e utilizados quando da interpretação do *jus cogens* (cf. BROWNLIE, 2003, p. 18-19).

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial[51] (ONU. CEDR, 2001, par. 21), ao analisar o primeiro relatório periódico dos Estados Unidos, demonstrou preocupação com o fato do governo americano querer ab-rogar unilateralmente os tratados históricos acordados pelo país com os povos indígenas e também por considerá-los nações domésticas dependentes sujeitas à guarda do Estado. O Comitê se fundamentou na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), mesmo os Estados Unidos não sendo parte da mesma.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA. CIDH, 1997, cap. IX), no Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Equador, analisou as condições de vida dos povos indígenas, degradadas por uma autorização do governo para a exploração de óleo na Região Amazônica. O direito à vida destes povos estava prejudicado pela deterioração do meio ambiente. O direito à vida, à segurança física e à integridade está necessariamente relacionado a um meio ambiente saudável. A Comissão conectou o direito à vida previsto pela Convenção Americana com vários instrumentos internacionais de direitos humanos.

As conclusões que serão testadas neste capítulo são: (i) o respeito à diferença é uma exigência do princípio da igualdade; (ii)

[51] O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial foi instituído pelo art. 8.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial com o objetivo de controlar a aplicação, pelos Estados Partes, das disposições desta Convenção. Os Estados Partes apresentam relatórios ao Comitê, nos quais enunciam as medidas adotadas pelo país para tornar efetivas as disposições da Convenção. O Comitê emite observações finais sobre cada relatório, salientando os aspectos positivos, bem como os problemas detectados, para os quais recomenda as soluções que lhe pareçam as mais adequadas. O Comitê também dispõe de competência para formular recomendações gerais relativas às disposições da Convenção, bem como para examinar queixas interestaduais e individuais. Neste caso, é necessário que o Estado tenha declarado, nos termos do art. 14 da Convenção, o reconhecimento da competência do Comitê para tal efeito.

os direitos civis e políticos são insuficientes para acomodar de forma justa a diferença; (iii) direitos diferenciados em função de grupo são necessários; (iv) o direito à autodeterminação das minorias nacionais é um destes direitos; (v) os povos indígenas são minorias nacionais e sujeitos do direito à autodeterminação; (vi) este direito é justificado pelos princípios da igualdade, da equidade e da integridade; (vii) ele não é limitado pelos direitos individuais; (viii) pelo contrário, exige que qualquer lei, quando lhes for aplicada, leve em conta os pressupostos culturais destes povos quando da interpretação de seus conceitos; (ix) não representa uma ameaça à soberania nacional; contribui para ela; (x) o diálogo transcultural deve ser mediado pelas três convenções (reconhecimento, consentimento e continuidade); (xi) o diálogo deve ser motivado como forma de aprendizado mútuo.

Quando do teste da adequação e da justificação, as assertivas serão agrupadas por tema. Os itens (i) a (iii) tratam do direito à diferença como direito humano; (iv) e (v), dos povos indígenas como sujeitos do direito à autodeterminação; (vi) a (viii), do conteúdo deste direito. Os três últimos, (ix) a (xi), da unidade nacional e do diálogo transcultural.

A análise das nossas práticas jurídicas abarcará toda a proteção multinível dos direitos humanos: (a) proteção internacional: (i) tratados de direitos humanos; (ii) manifestações das Comissões de cada tratado; (iii) decisões da Corte Internacional de Justiça; (iv) *soft law*; (b) proteção regional: (i) tratados, convenções; (ii) relatórios, decisões e resoluções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; (iii) decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos; (iv) *soft law*; (c) proteção nacional: (i) Constituição; (ii) leis; (iii) decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal da 1ª. Região e Tribunais de Justiça dos Estados da Região Norte.

Uma observação deve ser feita em relação à pesquisa da jurisprudência dos tribunais brasileiros. Poucos são os casos que

tratam da aparente tensão entre direitos individuais e a autodeterminação dos povos indígenas[52]. Várias decisões, principalmente dos Tribunais de Justiça dos Estados, apresentam parca fundamentação. Na maioria das vezes, remete-se a poucos artigos da lei ordinária. O sistema internacional e regional de proteção dos direitos humanos raramente é citado. Acredita-se que este capítulo também servirá de compilação do material que pode ser invocado por legisladores e juízes quando da tomada de suas decisões.

DIREITO À DIFERENÇA COMO DIREITO HUMANO

O Estado não é um fim em si mesmo. É instrumento para a realização do princípio da igualdade. Todos os cidadãos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Se o Estado não pode cumprir com o princípio da neutralidade, direitos diferenciados em função de grupo se fazem necessários para corrigir o tratamento desigual dado às minorias culturais. Os direitos civis e políticos são insuficientes para acomodar de forma justa a diferença.

O local de nascimento é um fator heterônomo à vontade do indivíduo. Ele não o escolhe. É fruto da loteria da natureza. A identidade é formada, pelo menos parcialmente, pela comunidade onde nasceu. O Estado não pode responsabilizar o indivíduo por algo

[52] Esta ausência tem explicação. Baratto (2010) lembra que o Brasil possui uma pequena minoria indígena, 0,5% da população, e que suas reivindicações se concentram mais no que este capítulo chamará de direito a não-discriminação, isto é, na garantia para os povos indígenas dos direitos assegurados pelo Estado a todos os cidadãos. Algo diferente acontece, por exemplo, na Colômbia, no Equador e na Bolívia, onde as reclamações por maior autogoverno e respeito à integridade cultural (incluindo o pluralismo jurídico) são uma constante. A Corte Constitucional da Colômbia é uma das mais avançadas em matéria de direitos indígenas. Sempre que possível, far-se-á uso do direito constitucional comparado, a fim de se saber como estas Cortes interpretam os mesmos dispositivos do direito internacional dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Para uma visão geral do constitucionalismo latinoamericano no que tange à garantia dos direitos indígenas, ver: FAJARDO, 2011.

alheio à sua vontade. A assimilação causaria danos à identidade dos integrantes do grupo minoritário. Diminuiria as chances de terem uma vida bem-sucedida. O respeito igual a todas as culturas é um bem necessário. Todas devem ter as mesmas oportunidades de se expressar no espaço público e de competir com paridade de armas no mercado cultural.

Nesta parte, verificaremos se as quatro primeiras conclusões a que chegamos a respeito da melhor leitura dos nossos princípios de moralidade política se adaptam e se justificam as nossas práticas jurídicas. São elas: (i) o respeito à diferença é uma exigência do princípio da igualdade; (ii) os direitos civis e políticos são insuficientes para acomodar de forma justa a diferença; (iii) direitos diferenciados em função de grupo se fazem necessários.

Em relação à primeira assertiva (i), mostraremos que: (a) se a igualdade é o princípio maior de toda teoria da justiça, ela também será o dos direitos humanos. Seus objetivos são iguais. A teoria da justiça define o modo como o Estado deve tratar os seus cidadãos com igual consideração e respeito. Os direitos humanos afirmam que as pessoas devem ser reconhecidas como igualmente dignas; (b) se a igualdade e os direitos humanos exigem que os cidadãos sejam tratados como iguais, as suas diferenças devem ser levadas em consideração. Do contrário, dar-se-á tratamento desigual às minorias. Se o respeito à diferença é exigido pela igualdade, o direito à diferença é um direito humano.

(i) (a) A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (ONU, 1948), em seu preâmbulo, afirma que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da justiça. O princípio de toda justiça é o reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas. Por esta razão, elas devem ser tratadas com igual consideração e respeito por parte do Estado.

Em seu art. 1.º, assevera que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade. No art. 2.º, que qualquer ser humano tem capacidade para gozar os direitos e liberdades que ela estabelece, sem distinção, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Toda pessoa é igualmente digna. Qualquer uma é merecedora das mesmas oportunidades para se ter uma vida bem-sucedida, independente de sua origem étnica. Todos têm o direito de ser reconhecidos, em todos os lugares, como pessoa e como igual perante a lei (arts. 6.º e 7.º).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) (ONU, 1966a), também em seu preâmbulo, sustenta que o ideal do ser humano livre, no gozo de suas liberdades e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado, a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais. Os Estados Partes comprometem-se a garantir a todos os indivíduos presentes em seu território e sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no referido pacto, sem discriminação de qualquer tipo (art. 2.º, § 1.º). Igual conteúdo é declarado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (ONU, 1966b), em seu art. 2.º, § 2.º[53].

A Constituição do Brasil (BR. CN, 1988) coloca, entre os objetivos fundamentais da República, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, inciso V). Em seu art. 5.º, *caput*, sublinha que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

[53] Declarações semelhantes são feitas pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948) (arts. 1.º, 2.º e 17) e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (OEA, 1969) (preâmbulo).

A expressão “todos são iguais” denota que o direito internacional dos direitos humanos e a Constituição do Brasil tem, na igualdade, o seu princípio mais alto. Tratar todos como iguais, sem discriminação de qualquer espécie, não significa desconsiderar as condições de origem, raça, sexo, cor, idade que nos diferenciam. Pelo contrário, é pelo reconhecimento das diferenças que nos tornam seres singulares, que os direitos humanos podem nos fazer seres iguais em dignidade. Verifiquemos o que as nossas práticas dizem a respeito das assertivas (i) (b), (ii) e (iii), as quais serão analisadas em conjunto devido à sua proximidade.

São os próprios tratados que afirmam o direito a ser diferente e a impossibilidade dele ser resguardado devidamente pela mera garantia de uma mesma carta de direitos civis e políticos para todos. São inúmeros os tratados acordados para proteger as pessoas de acordo com as suas condições específicas, o que é necessário para garantir que o indivíduo diferenciado tenha as mesmas oportunidades de gozo dos direitos reservados a todos. A nossa prática incorporou a máxima que é sinônimo do princípio da igualdade: deve-se tratar de forma igual os casos semelhantes e de forma diferente os casos dessemelhantes.

No que se refere às mulheres, por exemplo, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (ONU, 1967), em seu preâmbulo, manifesta preocupação com a persistência da discriminação contra a mulher, apesar da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos humanos, dos esforços de organismos especializados e dos progressos alcançados em matéria de igualdade de direitos. São vários os tratados acordados para dar especial proteção às mulheres. Dentre eles, tem-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (ONU, 1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OEA, 1994).

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (OEA, 1999) declara, em seu art. 1.º, que não constitui tratamento discriminatório a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos deficientes, desde que esta diferenciação não limite o direito à igualdade dessas pessoas.

Em relação à diferença cultural, assunto que nos interessa mais de perto, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (ONU, 1992) acorda, em seu art. 4.º, § 1.º, que os Estados adotarão as medidas necessárias a fim de garantir que as pessoas pertencentes a minorias possam exercer plena e eficazmente todos os seus direitos humanos e liberdades fundamentais sem discriminação alguma e em plena igualdade perante a lei. Estas medidas não devem ser consideradas *prima facie* contrárias ao princípio de igualdade contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 8.º, § 3.º).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), em seu art. 27, afirma que as minorias étnicas, religiosas ou linguísticas dos Estados não poderão ser privadas do direito de ter, em conjunto com os outros membros do seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua religião e de usar a sua língua, o que confirma a existência dos direitos poliétnicos tal qual concebido por Kymlicka[54].

Todas as pessoas têm o direito a ser diferente e de não ser atingido em sua dignidade em razão disto. Em situações diferenciadas, os instrumentos internacionais não se contentam com a mera garantia dos direitos civis e políticos. Pelo contrário,

[54] Sobre o art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ver o Comentário Geral n.º 23 do Comitê de Direitos Humanos (ONU. CDH, 1994).

reservam direitos diferenciados para os indivíduos discriminados. Não se trata de privilégio ou discriminação. O tratamento especial só é permitido quando objetiva a melhor realização da igualdade. O direito à diferença só pode ser compreendido como um direito humano quando tiver por meta realizar de forma mais plena e eficaz a igualdade entre os seres humanos.

Os fatos se repetem, ao se falar de povos indígenas. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), em seu preâmbulo, afirma os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e sublinha que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos, ao mesmo tempo em que reconhece o direito destes a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais. Os povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e indivíduos e tem o direito de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação fundada em sua identidade indígena (art. 2.º).

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (ONU. OIT, 1989) também começa recordando os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação. Observa que, em diversas partes do mundo, estes povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau do restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas sofreram erosão frequentemente. São necessárias medidas especiais para salvaguardar as pessoas, instituições, bens, culturas e o meio ambiente destes povos (art. 2.º).

Os direitos dos povos indígenas são tipicamente concebidos como derivados de princípios de direitos humanos internacionalmente aplicáveis e previamente aceitos. São fundamentados em normas de direitos humanos de aplicação geral,

levando-se sempre em conta o contexto no qual a norma é aplicada (ANAYA, 2004, p. 69-70). Os princípios de direitos humanos são combinados com os desenvolvimentos específicos referentes aos povos indígenas para estabelecer o regime normativo aplicável.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA. CIDH, 2002) efetivamente avançou neste ponto ao afirmar, no seu relatório sobre as violações dos Estados Unidos das obrigações de direitos humanos para com o povo *Shoshone* (caso *Mary* e *Carrie Dann*), a existência de princípios legais internacionais gerais aplicáveis ao contexto dos direitos humanos dos povos indígenas, ao articular o conteúdo destes princípios.

O direito à autodeterminação dos povos indígenas deriva das declarações e tratados internacionais de direitos humanos. A Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais (ONU, 1960) anuncia, em seu § 1.º, que a sujeição dos povos à subjugação, dominação e exploração constitui uma negação dos direitos humanos fundamentais. A Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (ONU. UNESCO, 1978), no art. 1.º, § 5.º, esclarece que as diferenças entre as realizações dos diferentes povos são explicadas totalmente por fatores geográficos, históricos, políticos, econômicos, sociais e culturais. De nenhum modo, estas diferenças podem servir de pretexto para qualquer classificação hierárquica das nações e dos povos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos de um Segmento da População Nicaraguense de Origem *Miskito* (1983) e na Resolução sobre o Procedimento de Solução Amistosa acerca da Situação dos Direitos Humanos de um Segmento da População Nicaraguense de Origem *Miskito* (1984), notou que as medidas especiais de proteção da cultura indígena são baseadas no princípio da igualdade.

Os maiores avanços do direito dos povos indígenas vieram do direito internacional dos direitos humanos. Muitas das reformas constitucionais que aconteceram na América Latina são resultado da adoção pelos países da Convenção nº. 169 da OIT. O modelo multicultural está explicitamente incorporado nas Constituições dos países latinoamericanos[55].

Estas Constituições afirmam a unidade e a diversidade ao mesmo tempo. Em seus textos, constam os direitos individuais e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. A própria Constituição do Brasil (BR. CN, 1988) afirma os direitos individuais em seu art. 5.º e complementa a proteção aos povos indígenas com o art. 231. Esta tensão, aceita por estas Constituições, só pode ser vista como aparente, quando compreendermos os valores não como conflitantes, mas como exigências do mesmo princípio da igualdade[56].

Os povos indígenas fundamentam suas demandas em princípios de direitos humanos internacionalmente aplicáveis, levando-se em consideração suas implicações quando aplicados em um determinado contexto. Os povos indígenas consolidaram um movimento de rejeição da perspectiva assimilacionista, durante os anos 80 e 90, que já nasceu internacionalizado. Estes povos desconhecem as fronteiras imaginárias dos Estados. Entram em

[55] Ver, por exemplo: VAN COTT (2000, p. 265-265, 271-273); AYLWIN, 2011; FAJARDO, 2011; FILIPPI, 2011. A Constituição da Colômbia (1991), art. 7.º, afirma que o Estado reconhece e protege a diversidade cultural e étnica da nação colombiana; a Constituição da Bolívia (2009), no art. 1.º, define a Bolívia como um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias, fundado na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país; a Constituição do Equador (2008), no art. 1.º, caracteriza do Equador como um Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico; a Constituição do México (1917), art. 2.º, declara que a nação mexicana tem uma composição pluricultural sustentada originalmente com seus povos indígenas.

[56] Para uma análise do modelo multicultural e de como ele pode ser operacionalizado por meio de arranjos institucionais que acomodem tanto os direitos individuais como os interesses de grupo, ver: SARTORI, 2001.

contato entre si independente de qualquer limite geográfico ou político[57].

Os povos indígenas se esforçam para sobreviver e florescer em condições de igualdade com os demais povos. A autodeterminação é identificada com um universo de preceitos de direitos humanos referentes aos povos, incluindo os povos indígenas. Está fundada na ideia de que todos são igualmente dignos de controlar os destinos de suas próprias vidas (ANAYA, 2004, p. 98). A igualdade é um preceito central para entender a autodeterminação. Se não há contradição entre o direito à autodeterminação e o princípio da igualdade de uma teoria da justiça, também não há entre aquele e os direitos humanos. O direito à autodeterminação dos povos indígenas é um verdadeiro direito humano.

POVOS INDÍGENAS E DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

Comprovamos que a igualdade é o princípio maior dos direitos humanos. Se o direito à autodeterminação das minorias nacionais é uma exigência do princípio da igualdade, como vimos no primeiro capítulo, podemos nos referir agora a ele como um verdadeiro direito humano. Nesta parte, enfrentemos um primeiro questionamento: os povos indígenas não são minorias nacionais e, portanto, não são merecedoras do direito à autodeterminação.

A nossa hipótese é a de que as nossas práticas jurídicas equiparam os povos indígenas às minorias nacionais, ao caracterizá-los como povos. Se esta comparação é feita, não há nenhuma razão de princípio que justifique a restrição do direito à autodeterminação aos povos que formaram os Estados independentes resultantes da

[57] Cf. ASSIS, 2006; STAVENHAGEN, 1990, 1992; STAVENHAGEN; ITURRALDE, 1990; BRYSK, 2000.

descolonização africana. Os povos indígenas também foram submetidos à colonização e à alheação de seus territórios, o que os impediram de desenvolver-se de acordo com as suas necessidades e interesses.

Ao respondermos o referido questionamento, estaremos ao mesmo tempo certificando de que as nossas práticas jurídicas afirmam o direito à autodeterminação para as minorias nacionais e que os povos indígenas, por se enquadrarem na categoria "minorias nacionais", também são sujeitos deste direito à autodeterminação, justamente os itens (iv) e (v) referentes às conclusões sobre os nossos princípios de moralidade política.

Comecemos elencando os artigos dos tratados internacionais que afirmam de modo geral o direito à autodeterminação. A Carta das Nações Unidas (ONU, 1945), em seu art. 1.º, § 2.º, afirma que é um dos propósitos das Nações Unidas o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, tomando-se as medidas apropriadas para a paz universal.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966a) declara, em seu art. 1.º, § 1.º, que todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude deste direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram seu desenvolvimento econômico, social e cultural. No § 3.º do mesmo artigo, ainda adverte que os Estados Partes, inclusive aqueles responsáveis pela administração de territórios não autônomos ou sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitá-lo, sempre em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas acima referenciada[58].

[58] Disposição semelhante também pode ser encontrada no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966b), art. 1.º, §§ 1.º e 3.º.

A Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais (ONU, 1960), já em seu preâmbulo, reconhece que os povos do mundo inteiro desejam ardentemente o fim do colonialismo, ressalte-se bem, em todas as suas manifestações. Em seus § 1.º, declara peremptoriamente que a sujeição dos povos à subjugação, dominação e exploração constitui uma negação dos direitos humanos fundamentais. É contrária à Carta das Nações Unidas e compromete a causa da paz e da cooperação mundial. Todos os povos têm o direito à livre determinação. Em virtude deste direito, determinam livremente sua condição política e buscam o seu desenvolvimento econômico, social e cultural (§ 2.º).

Falando em desenvolvimento, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (ONU, 1986), no art. 1.º, § 2.º, também assevera que o direito humano ao desenvolvimento implica e pressupõe a plena realização do direito dos povos à autodeterminação, o que inclui o direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais, direito este sujeito apenas às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais (1966).

A associação do direito à autodeterminação ao termo "povo", nos instrumentos internacionais, indica o caráter coletivo ou grupal característico deste direito. Concerne aos seres humanos não apenas como indivíduos isolados dotados de vontade autônoma, mas como criaturas sociais e produtoras de cultura, engajadas na constituição e no desenvolvimento das comunidades, o que leva à sua distinção: cada uma com seus próprios atributos sociais, culturais e políticos, inseridos nas suas próprias narrativas históricas.

O problema é a interpretação que foi dada ao termo "povo" pela teoria clássica, pela teoria do Estado-nação ou, para usarmos os termos de Tully, pelo constitucionalismo moderno. Para ela, cada povo é uma unidade que foi um Estado soberano e unitário ou que pode reivindicar um para si. É uma comunidade ou um grupo de

pessoas culturalmente homogêneo que vê nas demandas por reconhecimento cultural uma ameaça à sua unidade.

No entanto, o direito à autodeterminação que fora afirmado no contexto da descolonização africana não é o mesmo que agora é reivindicado por grupos formados por laços étnicos ou por uma continuidade histórica. As demandas destes grupos não são por um Estado próprio. A comunidade internacional, inclusive, vê com maus olhos e não responde favoravelmente às demandas feitas por grupos nacionalistas que queiram um Estado próprio.

Esta interpretação do termo "povo" e da sua demanda por Estado próprio é devedora do modelo pós-Westfália, o qual concebe o Estado como unidade exclusiva dotada de território e segundo o qual só existe relação entre o indivíduo e o Estado. Esta concepção limitada ignora a multiplicidade, a interdependência e a sobreposição das esferas comunitárias e de autoridade, características da experiência humana de hoje. O mundo está cada vez menos centrado no Estado (ANAYA, 2004, p. 101).

O termo "povo" deve atender a um espectro muito mais amplo de associações e padrões culturais. Limitar a autodeterminação aos povos mutuamente exclusivos e organizados na forma de Estados é diminuir a relevância deste direito no mundo de hoje. Significa fechar os olhos para as relações coloniais que ainda persistem dentro dos Estados, entre as regiões centrais e as periféricas, entre a maioria e as minorias. Os grupos atuais desafiam as estruturas políticas que os abrangem, não com o objetivo de minar a unidade do Estado ou para ter completa autonomia, mas sim para assegurar a sua integridade enquanto grupo e para rearranjar os termos da integração com a sociedade majoritária.

Qualquer concepção de povo e de autodeterminação que não leve em consideração os múltiplos padrões de associação humana e a sua interdependência é no mínimo incompleta, para não dizer

distorcida. O valor da igualdade do qual depende o conceito de autodeterminação possui significado para todas as múltiplas esferas de associação humana que continuam a ser suprimidas, oprimidas e violentadas em sua identidade. Se o compreendermos propriamente, o direito à autodeterminação deverá beneficiar não apenas os povos compreendidos em seu sentido usual (como Estados unitários e de fronteiras soberanas), mas também toda a complexa rede de relações baseadas na solidariedade.

A autodeterminação diz respeito à constituição e ao desenvolvimento de todos os níveis de governo segundo os quais um povo vive, isto é, todas as esferas de comunidade caracterizadas por elementos de identidade e de consciência coletiva, elementos estes que dão sentido à vida das pessoas, independente de qualquer reclamação por total soberania.

Para gozar do direito de ser uma comunidade distinta, os povos indígenas precisam ser concebidos como nações. Do contrário, serão reduzidos aos seus constituintes individuais. Desta forma o direito do grupo à autonomia nunca será concretizado. O uso do termo "povo" para caracterizar as populações indígenas deve implicar uma afirmação de identidade de grupo e de seus correspondentes atributos de comunidade. "Povo" deve significar um conjunto de pessoas unidas por uma cultura em comum, uma tradição ou um senso de pertencimento e que possui uma linguagem compartilhada, instituições políticas e crenças, independente de qualquer demanda por Estado próprio ou soberania completa, como parece anotar a propalada tese da água azul ou da água salgada[59].

[59] Tese segundo a qual o direito à autodeterminação só se aplica aos povos de além-mar, em clara referência aos povos independentes oriundos da descolonização africana. Como afirmado no texto, não há nenhuma razão de princípio para limitar este direito a estes povos. Os povos indígenas também foram e continuam a ser de muitas maneiras povos colonizados, inclusive de forma violenta e contra as suas vontades e interesses. Uma concepção limitada de povo e de autodeterminação só servirá para inflamar as tensões entre os povos que vivem abaixo de um mesmo Estado, colocando em risco, agora sim, a unidade da organização estatal.

Os termos dos instrumentos legais devem ser interpretados de acordo com o seu significado pleno e sempre com os olhos voltados para o contexto de aplicação. Não deve haver nenhuma exceção para a palavra "povo". O erro está em conceber o direito à autodeterminação exclusivamente como um direito a um Estado próprio.

O direito não deve ser confundido com a garantia. A substância da regra, os preceitos que determinam o seu conteúdo, deve ser diferenciada dos remédios que se seguem à sua violação. Estes irão variar de acordo com o contexto e com as circunstâncias relevantes de tempo-espaço. Eles não vão inevitavelmente resultar na formação de novos Estados.

Enquanto os elementos substantivos do direito à autodeterminação se aplicam de forma abrangente com a finalidade de beneficiar todos os segmentos das esferas associativas humanas, o seu aspecto remedial ou garantista tem aplicação muito mais estreita. As prescrições remediais, assim como os mecanismos desenvolvidos pela comunidade internacional, necessariamente só beneficiam os grupos que sofreram violações no aspecto substancial de sua autodeterminação. A questão é que o remédio para a situação atual dos povos indígenas não é o mesmo da época colonial e que visava a formação de novos Estados.

O remédio apropriado para as violações históricas da autodeterminação dos povos indígenas também não significa a reversão completa para o *status quo ante*. Ele deve estar de acordo com as aspirações atuais dos grupos agredidos, cujo conteúdo pode se alterar substancialmente com a passagem do tempo. O direito à

autodeterminação dos povos indígenas não incorpora uma noção compensatória de justiça[60].

O remédio apropriado requer arranjos institucionais adequados às aspirações atuais dos grupos afetados. Estes remédios nem sempre demandarão a formação de novos Estados. O problema foi o desconhecimento deste fato e o não-atendimento das demandas por reconhecimento cultural dos povos indígenas. Vivendo sob um padrão histórico de império e conquista e sofrendo continuamente impedimentos ou ameaças contra a sua habilidade de se desenvolver de acordo com a sua vontade e interesses, estes grupos culturalmente coesos passaram a questionar a legitimidade da autoridade do Estado sobre eles.

Os tratados internacionais de direitos humanos observaram esta diferenciação. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), em seu preâmbulo, afirma que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos. Os povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos (art. 2.º, *caput*). Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude deste direito, determinam livremente sua condição política e buscam o seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

A Convenção nº. 169 da OIT, em seu art. 1.º, letra "b", define os povos indígenas como os povos localizados em países independentes que descendem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica que pertence ao país, ao tempo da

[60] Isto fica claro na questão das terras. O argumento da igualdade que nós propusemos defender não se baseia em uma noção compensatória de justiça. Não tem por pretensão restaurar a situação que os grupos indígenas vivenciavam antes da violação de seu direito à autodeterminação. Esta noção se compatibiliza melhor com a teoria libertária de Nozick (2011). Uma teoria liberal igualitária, por seu lado, visa uma justiça distributiva e não compensatória. Objetiva prover a terra necessária para a viabilidade das comunidades minoritárias de agora em diante, prevenindo-a de qualquer desvantagem imerecida motivada pelo seu pertencimento cultural diferenciado. Também não há notícia de que os povos indígenas queiram restaurar a situação anterior. Eles só querem o suficiente e o necessário para manter-se enquanto sociedades distintas.

conquista, da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras do Estado e que, independente da sua situação jurídica, mantêm algumas ou todas as instituições sociais, econômicas, culturais e políticas dos seus ancestrais. No § 2.º do mesmo artigo, define como critério fundamental para a identificação de um grupo como indígena a consciência de sua identidade cultural, isto é, a autoidentificação. Finalmente, no § 3.º deste artigo, afirma que a utilização do termo "povos" pela Convenção não tem implicação alguma a respeito dos direitos ligados ao termo no direito internacional, ou seja, não se está a afirmar um direito à secessão.

Disposição semelhante se encontra no Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA. CIDH, 1996), art. 1.º. No art. 25, assevera explicitamente que a declaração não contém nada que implique a concessão de algum direito a desconsiderar as fronteiras entre os Estados. Quanto menos implica uma permissão para o exercício de qualquer atividade contrária aos propósitos e princípios da Organização dos Estados Americanos, incluindo-se aí a integridade territorial e a independência política dos Estados, ou que possa ser interpretado em tal sentido (art. 26).

O Relatório do Comitê de Direitos Humanos[61] (ONU. CDH,1992) nota que o direito à autodeterminação se aplica não apenas para situações coloniais, mas para outras situações também e que todo povo de um determinado território deveria poder determinar seu destino político e econômico. O Relatório de 1994 (ONU. CDH, 1994a) afirma claramente que o art. 1.º do PIDCP se

[61] O Comitê de Direitos Humanos (CDH) é o órgão criado em virtude do art. 28 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com o objetivo de controlar a aplicação, pelos Estados Partes, das disposições deste instrumento. Nos termos do art. 40 do referido Pacto, os Estados Partes apresentam relatórios ao Comitê onde enunciam as medidas adotadas para tornar efetivas as disposições do tratado. Os relatórios são analisados pelo Comitê e discutidos com os representantes do Estado Parte em causa, após o qual o Comitê emite as suas observações finais, salientando os aspectos positivos, negativos e as soluções que lhe pareçam adequadas.

aplica a todos os povos e não apenas àqueles que foram colonizados[62].

A Corte Internacional de Justiça[63], na Opinião Consultiva sobre o caso *Western Sahara* (ONU. CIJ, 1975), também afirmou que a autodeterminação tem precedência entre as aspirações atuais dos povos que foram historicamente vítimas das instituições.

James Anaya (2004) relata que o governo australiano, durante a sessão do ano de 1991 do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Povos Indígenas, afirmou que a autodeterminação deve ser considerada de forma abrangente. Estes povos querem hoje assegurar as suas identidades, preservar as suas linguagens, culturas e tradições. Querem alcançar uma maior autonomia, livre de qualquer interferência dos governos centrais.

O governo do Canadá, durante os trabalhos da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas formada para estudar uma possível declaração sobre os direitos dos povos indígenas, afirmou que o exercício do direito à autodeterminação envolve negociações entre os Estados e os vários povos indígenas baseadas em um plano de igualdade.

Os Estados Unidos também adotou, no ano de 2001, uma posição favorável à extensão do direito à autodeterminação para os povos indígenas. Afirmou que estes povos devem negociar seu status político dentro da estrutura institucional dos Estados onde eles

[62] Povos indígenas também argumentaram perante as Nações Unidas que eles têm o direito à autodeterminação. Ver, por exemplo, o caso *Sociedade Tribal Mikmaq vs. Canadá* do Comitê de Direitos Humanos (ONU. CDH, 1990). O Comitê também editou um Comentário Geral sobre o direito à autodeterminação (ONU. CDH, 1984). Para saber mais sobre os casos analisados pelo Comitê de Direitos Humanos sobre direitos indígenas e os seus Comentários Gerais a este respeito, favor consultar: MACKAY, 2011.

[63] A Corte Internacional de Justiça (CIJ), com sede em Haia (Holanda), é o principal órgão judiciário das Nações Unidas. A competência da Corte se estende a todas as questões a ela submetidas pelos Estados e a todos os assuntos previstos na Carta das Nações Unidas e nos tratados e convenções em vigor.

vivem. Eles têm direito à autonomia interna ou autogoverno. Questões relativas a assuntos locais (incluindo a determinação de quem é membro), cultura, linguagem, religião, educação, informação, mídia, saúde, moradia, emprego, desenvolvimento social, atividades econômicas, terras, manejo dos recursos e do meio ambiente, entrada de não-membros, tudo deve ser decidido pelos próprios integrantes do grupo. Estes povos também têm direito aos meios necessários para financiar todas as atividades oriundas do seu direito à autonomia.

Poderíamos também recordar a Resolução n.º 9.12 adotada pela Conferência Geral da UNESCO (ONU. UNESCO, 1968), a qual reitera o objetivo da organização de erradicar o colonialismo e o racismo. A Resolução n.º 12.1, também da UNESCO (ONU. UNESCO, 1976), proclama a incompatibilidade do colonialismo, o neocolonialismo e o racismo, em todas as suas formas e manifestações, com os objetivos fundamentais da organização.

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, na Recomendação Geral n.º 21 (ONU. CEDR. 1996), ao falar do direito à autodeterminação, afirmou que é um dever dos Estados promoverem o direito à autodeterminação, segundo a Declaração sobre Princípios de Direito Internacional relativos às Relações Amistosas e à Cooperação entre Estados (ONU, 1970). Mas, de acordo com o § 6.º da Recomendação, este dever não deve ser interpretado no sentido de encorajar ou autorizar qualquer ação que tenha por objetivo o desmembramento, total ou parcial, da integridade territorial ou da unidade política de Estados independentes e soberanos. O artigo da Declaração manda sim que o governo deve representar todo o povo que habita o seu território, sem qualquer discriminação por motivo de raça, cor ou credo. O direito internacional não reconhece um direito geral dos povos a declarar unilateralmente a secessão de um Estado. Isto está de acordo com a Agenda para a Paz (ONU, 1992), em seu § 17ss, a qual afirma

que a fragmentação de um Estado é prejudicial para a garantia dos direitos humanos, como também para a preservação da paz e da segurança entre as nações. Isto não exclui, no entanto, a possibilidade de arranjos acordados livremente por todas as partes.

O Comitê também é da opinião de que a autoidentificação deve ser o critério fundamental para se determinar quais indivíduos são membros de um particular grupo racial ou étnico, opinião esta manifestada em sua Recomendação Geral n.º 08 (ONU. CEDR, 1990). O Estatuto do Índio (BR. CN, 1973) obedeceu a este mandamento, ao definir o índio ou silvícola, no seu art. 3.º, inciso I, 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.

Neste sentido, cabe fazer um alerta em relação à jurisprudência dos tribunais brasileiros. Não é raro ver decisões que desconsideram a condição especial de indígena pelo simples fato do indivíduo estar integrado à sociedade nacional. O Tribunal de Justiça de Roraima (BR. RR. TJ, 2002), por exemplo, no julgamento do recurso em sentido estrito n.º 018/02 contra sentença de pronúncia, afirmou que a eventual inimputabilidade do acusado, por ser este índio, levantada pela defesa, não procede. O acusado cursou até a 4.ª série completa, exerce profissão de agricultor, possui sítio e casa na cidade de Boa Vista. Enfim, está plenamente integrado ao meio social em que vive.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (BR. RO. TJ, 2010), Desembargador Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes, em despacho em recurso especial, asseverou que, ao se comprovar que o índio encontra-se integrado à sociedade e ainda foi condenado por crime hediondo, não há de se falar no art. 56 do Estatuto do

Índio[64]. Este artigo só se destina aos índios em fase de aculturação. Em decisão recentíssima (BR. RO. TJ, 2012), o Desembargador do mesmo Tribunal, Valter de Oliveira, resumiu o entendimento da 1.ª Câmara Criminal, ao assevera que, em se tratando de crime atribuído a índio, a perícia antropológica pode ser dispensada, quando se tem elementos indicativos de sua perfeita integração à sociedade civilizada ou quando não se aponta nenhum indício de desenvolvimento mental incompleto por parte do acusado.

O Tribunal de Justiça do Estado do Pará (BR. PA. TJ, 2004) também analisou agravo contra decisão que indeferiu o pedido de aplicação do art. 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio, relativo ao cumprimento da pena em regime de semiliberdade, em seu habitat natural e sob a assistência do órgão federal de assistência aos índios. O Tribunal considerou impossível a aplicação do Estatuto quando inequivocadamente comprovada a plena inserção do agravante na sociedade brasileira. Neste caso, ele deverá ser considerado como qualquer outro cidadão brasileiro. Inadmissível é conferir tratamento desigual quando não há fator de desequiparação que o justifique, o que está de acordo com o princípio constitucional da isonomia[65].

[64] O art. 56 do Estatuto do Índio (BR. CN, 1973) afirma que, no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também o grau de integração do silvícola. O parágrafo único deste artigo também afirma que as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

[65] Este entendimento se repete na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Acre (BR. AC. TJ, 2009). As provas dos autos demonstram que o apelante, embora seja indígena, está devidamente integrado à cultura dos brancos. Portanto, está sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil. O art. 56 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) se destina ao silvícola em fase de aculturação, tanto que manda o juiz atentar para o seu grau de integração. Não se destina ao índio já integrado. O mesmo se diga das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (BR. MS. TJ, 2009). Não há de se falar em erro sobre a ilicitude do fato, se inexistem dúvidas a respeito da capacidade do indígena de entender o caráter ilícito de sua conduta. Por fim, é a opinião também do Superior Tribunal de Justiça (BR. STJ, 2007-2008). Se o indígena está em pleno gozo de seus direitos civis, inclusive possuindo título de eleitor, está integrado à sociedade brasileira e sujeito às mesmas leis impostas aos demais cidadãos nascidos em território brasileiro.

Estas decisões incorrem em erro ao considerarem que o indivíduo renuncia a sua condição especial de indígena ao aproveitar as oportunidades da sociedade abrangente. Ser ou não indígena não depende da proximidade que se tem com a população majoritária, mas sim da autoidentificação e do reconhecimento pelo grupo. Kymlicka afirmou que a mudança entre culturas é rara e dificultosa. Ela não deve ser confundida com o simples aproveitamento das oportunidades dadas por diversas culturas societárias. Relações entre as culturas sempre existiram e vão continuar a existir, mas a completa integração pode até mesmo ser impossível para alguns membros dos povos indígenas. Trata-se de um processo custoso (ver capítulo 1).

Um exemplo bastará para entendermos a questão. Tomemos a seguinte situação hipotética que servirá para testar a nossa coerência de princípio. Se um brasileiro aprender a língua inglesa, viajar constantemente para território estadunidense, aproveitar todas as oportunidades econômicas e culturais que aquela sociedade oferece, ele deixará de ser brasileiro e passará a ser americano? Não. Da mesma forma, se nós não nos vestirmos mais como antigamente ao dançar o carimbó, deixaremos de ser paraenses? A resposta continuará a ser negativa. Se assim é, por que os tribunais continuam a aplicar este mesmo raciocínio para os povos indígenas, mesmo depois de 20 anos da promulgação da Constituição de 88? Justamente o Poder que deveria proteger as minorias é o que mais as descaracteriza enquanto minoria[66]. O indígena de hoje não é mais aquele que veste pouca roupa e vive dentro da floresta. Isto se trata de um estereótipo. O indígena de hoje faz negócios com a sociedade abrangente, utiliza os seus meios de comunicação e locomoção. Mas

[66] O poder do povo é superior ao Poder Legislativo e ao Judiciário. Quando a vontade do Legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. A independência dos juízes é necessária para proteger a Constituição e os direitos dos indivíduos dos efeitos de conjunturas particulares que possam gerar perigosas inovações no governo e graves opressões da minoria da comunidade (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, 481-482).

nem por isso deixa de falar a sua língua, de praticar os seus costumes e de ter a sua identidade cultural particular. Se nós não somos os mesmos de 20 anos atrás, por que deveríamos exigir que os indígenas continuem como eram há 500 anos atrás? Como bem afirmado por Tully, é a maioria que purifica a minoria, que a vê como um grupo culturalmente homogêneo, justamente para transformá-la em objeto de decisões da maioria e não sujeitos de seus próprios destinos.

O direito à autodeterminação para os povos indígenas significa justamente isso. Eles querem ser tratados como iguais participantes do processo de criação e modificação das instituições do governo. Não querem mais sofrer a imposição de estruturas governamentais. A possibilidade de se desenvolverem livremente tanto na esfera cultural como econômica deve ser real e não mais suprimida pela ordem política existente. Querem ter controle sobre as suas próprias vidas e destinos, com as mesmas oportunidades dadas aos demais cidadãos. O remédio adequado para tanto deve ser escolhido após uma ampla consulta com estes povos, contando com a sua direta participação ou por meio de representantes livremente escolhidos por eles e por seus próprios procedimentos[67].

As nossas práticas jurídicas afirmam que os povos indígenas são culturas societárias. Como o direito à autodeterminação é dado para todas as minorias nacionais, não há razão de princípio para não estender aquele aos povos indígenas, os quais também foram colonizados e oprimidos. Desta forma, comprovamos que o direito à autodeterminação é exigido pelos direitos humanos e que os povos indígenas são sujeitos deste direito.

[67] Para mais discussões sobre a tese da água salgada e o direito à autodeterminação dos povos no direito internacional, favor consultar: POMERANCE, 1982; THORNBERRY, 1991, p. 13-21, 214-218; CRAWFORD, 1988 e MAKINSON, 1988.

O CONTEÚDO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

O direito à autodeterminação dos povos indígenas pode ser justificado por três argumentos: o da igualdade, o da equidade e o da integridade. Pelo argumento da igualdade, o direito à autodeterminação se faz necessário para corrigir o tratamento desigual dado pelo Estado aos povos indígenas. O Estado não pode cumprir com o princípio da neutralidade. Todas as suas decisões irão invariavelmente privilegiar a cultura da sociedade majoritária.

Os direitos civis e políticos pressupõem uma ampla gama de concepções a respeito do indivíduo e da sociedade que não necessariamente são compartilhadas por estes povos. Os direitos individuais são insuficientes para conferir a todas as pessoas as mesmas oportunidades de se ter uma vida bem-sucedida. Um dos bens necessários para tanto é o respeito à identidade particular de indivíduos e grupos. Como a identidade é formada, pelo menos parcialmente, pela comunidade, se o Estado não respeitar de forma igual todas as culturas que existem em seu território, causará danos à autoestima de muitos de seus cidadãos. Por consequência, não estará cumprindo com as exigências do princípio da igualdade.

Em relação ao argumento da equidade, sabemos que, para ser legítimo, o exercício do poder pelo Estado precisa do consentimento de seus cidadãos. Se todos os seres humanos são iguais em dignidade, somente por expressa manifestação da vontade, um deles pode governar os demais. Os povos indígenas não deram o referido consentimento para que o Estado atual interviesse em sua organização política interna. Logo, o direito à autodeterminação também é uma exigência do princípio da equidade.

Por fim, o argumento da integridade afirma que somente quando interpretamos a nossa prática jurídica levando em consideração os pressupostos culturais dos povos indígenas é que

estaremos realmente acomodando de forma justa a diferença apresentada por estas nações. Ao raciocinar sobre qual é o arranjo institucional que respeita da melhor maneira a diversidade cultural, precisamos oferecer motivos que também sejam compreensíveis para aqueles povos. Do contrário, continuaremos a emitir juízos etnocêntricos.

Estes três argumentos de princípio só podem ser comprovados indiretamente quando da análise das nossas práticas jurídicas. Não há nenhum artigo de lei ou decisão judicial que afirme explicitamente que a autodeterminação tem por fundamento estes três motivos. O conteúdo do direito à autodeterminação abrange, no entanto, três categorias de direitos, em correspondência às três razões de princípio que o justificam: o direito a não-discriminação, o direito ao autogoverno e o direito à integridade cultural, relacionados respectivamente aos princípios da igualdade, da equidade e da integridade. Se mostrarmos que as nossas práticas aceitam estas três categorias de direitos, estaremos ao mesmo tempo comprovando os três argumentos de princípio nos quais eles se baseiam.

De acordo com o direito a não-discriminação, o Estado não pode incorporar instituições ou tolerar práticas que perpetuem um status ou uma condição inferior para os povos indígenas. É uma exigência do princípio da igualdade que os integrantes destas minorias sejam respeitados da mesma forma do que os demais cidadãos do Estado. Para tanto, deverão ser garantidos tanto os direitos e oportunidades reconhecidos a todos, como medidas especiais que assegurem o acesso daqueles povos a estes bens em bases igualitárias.

Segundo o direito ao autogoverno, a autodeterminação constitui um padrão de legitimidade a partir do qual as instituições do governo podem ser medidas. Compreende as condições mínimas para a constituição e o funcionamento de um governo legítimo.

Requer níveis mínimos de participação e consentimento por parte das minorias afetadas, para que o exercício do poder possa ser dito legítimo. Em razão de tal feito, os povos indígenas podem determinar livremente o seu status político. Além do mais, a participação dos povos afetados na tomada de decisões que lhes dizem respeito é uma condição imposta pela equidade.

O direito à integridade cultural consiste no direito dos povos indígenas de manter e desenvolver livremente a sua identidade cultural em coexistência com outros setores da sociedade. Estes povos têm o direito de praticar, preservar, revitalizar suas tradições ancestrais e costumes. Devem-se garantir meios para que as suas peculiaridades étnicas e características distintivas sejam preservadas. Não haveria devido respeito à integridade se dos povos indígenas fossem retiradas as suas práticas e instituições; se eles fossem obrigados a renunciar ao que constitui a verdadeira essência de ser uma minoria.

Uma correta compreensão do direito à autodeterminação a partir de seu conteúdo mostrará que ele não é limitado pelos direitos individuais; que ele exige o respeito para com os pressupostos culturais e o mundo prático dos povos indígenas quando da aplicação de qualquer lei em contextos diferenciados. Desta forma, estaremos ao mesmo tempo comprovando três das nossas conclusões do primeiro capítulo (vi, vii e viii).

Direito a Não-Discriminação

A não-discriminação é uma condição mínima para o exercício da autodeterminação. Trata-se da ausência de políticas oficiais ou de práticas que discriminem indivíduos e grupos. O princípio da igualdade exige que as minorias sejam tratadas com

igual consideração e respeito. Os direitos e oportunidades reconhecidos a todos deverão ser garantidos a eles, assim como medidas especiais que asseguram o acesso daqueles povos a estes bens.

Os povos indígenas foram tratados de maneira adversa por causa de suas identidades culturais particulares. A discriminação possui dois lados. Primeiramente, trata-se da degradação gradual das condições materiais e espirituais necessárias para a manutenção da forma de vida mantida por estes povos. Em segundo lugar, consiste em atitudes e comportamentos que excluem e discriminam negativamente os povos indígenas quando estes intentam participar da sociedade dominante (ONU, 1989). O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, em sua Recomendação Geral n.º 23 (ONU. CEDR, 1997), asseverou que a cultura e a identidade histórica desses povos ainda se encontram prejudicadas.

Discriminação significa toda distinção, exclusão ou restrição baseada na origem ou identidade étnica que tenha por objetivo ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício pela minoria dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou em qualquer outro[68].

A discriminação engloba as ideologias discriminatórias, as atitudes fundadas nos preconceitos étnicos, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade entre as culturas, assim como a falsa ideia de que as relações hierárquicas entre grupos são moral e cientificamente justificáveis. Manifesta-se nas disposições legislativas ou regulamentares; em práticas discriminatórias, crenças, atos antissociais. Cria obstáculos ao

[68] Este conceito tomou por referência aquele dado pelo art. 1.º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979).

desenvolvimento das minorias; perverte também quem os pratica; divide as nações em seu próprio seio. Constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos. A discriminação é contrária aos princípios de direito internacional. Perturba gravemente a paz e a segurança[69].

O preconceito étnico está historicamente vinculado às desigualdades de poder. Ele tende a se fortalecer por causa das diferenças econômicas e sociais que ainda persistem entre os indivíduos e grupos humanos. Qualquer justifica que procura ainda hoje embasar estas desigualdades está totalmente desprovida de qualquer fundamento moral ou científico.

Quaisquer formas de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na origem étnica é incompatível com as exigências de uma ordem internacional e nacional justa. Elas comprometem a igualdade soberana dos Estados e o direito dos povos à livre determinação. Limitam ainda de um modo arbitrário e discriminatório o desenvolvimento integral de todos os seres e grupos humanos. O direito a não-discriminação implica um acesso em plena igualdade aos meios de progresso e de realização coletiva e individual em um clima de respeito aos valores da civilização e das culturas nacionais.

Para reverter este panorama, os Estados devem consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas Constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade entre as culturas, além de assegurar por lei ou outro meio apropriado a realização prática deste princípio. Também deve adotar as medidas adequadas e necessárias, de caráter legislativo ou não, que proíbam qualquer discriminação étnica, assim como as sanções cabíveis. A proteção jurídica dos povos indígenas, por meio de tribunais

[69] Ver art. 2.º, §§ 2.º e 3.º da Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (ONU. UNESCO, 1978).

nacionais competentes, deve ser efetiva. As autoridades e instituições públicas devem se abster também de incorrer em qualquer ato ou prática de discriminação. Leis, disposições penais, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação devem ser derrogadas.

Em resumo, os Estados deverão tomar, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, capazes de assegurar o pleno desenvolvimento e progresso dos povos indígenas, com o fito de garantir-lhes o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em condições paritárias às dos demais cidadãos do Estado.

Para tanto, o Estado não deverá apenas assegurar o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos a todos. Medidas especiais destinadas a proteger os povos indígenas e que tenham por finalidade promover a igualdade não serão consideradas discriminatórias. Medidas especiais de caráter temporário criadas para acelerar a igualdade de fato entre as culturas também não serão consideradas discriminatórias. Em relação às medidas temporárias, elas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados.

São várias as disposições de direito internacional e doméstico que fundamentam o direito a não-discriminação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), no art. 2.º, afirma que todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas por ela, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou de qualquer outra natureza. No art. 22, também afirma que todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966a), art. 2.º, § 1.º, declara que os direitos previstos devem ser garantidos a todos os indivíduos que se encontrem no território dos Estados Partes, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza. Disposição semelhante é prevista pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966b), em seu art. 2.º, § 2.º. O Comitê de Direitos Humanos, no Relatório Anual de 1992 (ONU. CDH, 1992), sublinhou que se deve assegurar as liberdades aos grupos minoritários.

O preâmbulo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1966c) ordena que os Estados não efetuem qualquer ato ou prática de discriminação racial. Aqueles devem tomar medidas eficazes a fim de rever as políticas governamentais nacionais e locais. Qualquer disposição regulamentar que tenha por objetivo criar a discriminação ou perpetrá-la deve ser modificada, ab-rogada ou anulada. Medidas legislativas devem ser tomadas para por fim à discriminação.

Por coerência de princípio, qualquer diferença de tratamento que tenha por propósito realizar os objetivos de igualdade e não-discriminação da Convenção não será considerada discriminatória. Foi o que afirmou o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, na Recomendação Geral n.º 14 (ONU. CEDR, 1993). Os Estados devem assegurar que os membros dos povos indígenas sejam iguais em dignidade e direitos, livres de qualquer discriminação, em particular a baseada na origem indígena (ONU. CEDR, 1997).

A Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (ONU, 1992) afirma, no art. 2.º, § 1.º, declara que as pessoas pertencentes a minorias nacionais, étnicas ou linguísticas terão direito a desfrutar de sua cultura e a utilizar seu idioma, em privado e em público, sem

discriminação alguma. No art. 4.º, § 1.º, afirma que os Estados adotarão todas as medidas necessárias para garantir que estas minorias possam exercer plena e eficazmente todos os direitos humanos e liberdades fundamentais sem discriminação alguma e em plena igualdade perante a lei.

A Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (ONU. UNESCO, 1978), no art. 2.º, § 1.º, assevera que toda teoria que invoque uma superioridade ou inferioridade intrínseca de grupos étnicos e que dê a uns o direito de dominar ou eliminar outros, presumidamente inferiores, ou que faça juízos de valor baseados na diferença racial, carece de fundamento científico e é contrária aos princípios morais da humanidade.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948), art. 2.º, diz que todas as pessoas são iguais perante a lei. Todas têm os mesmos direitos e deveres, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra. A Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969), art. 1.º, § 1.º também manifesta que o exercício dos direitos e liberdades deve se dar sem discriminação alguma. Mesma disposição pode ser encontrada também no Protocolo de São Salvador (OEA, 1998).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007) anuncia, em seu preâmbulo, que os povos indígenas são iguais aos demais povos. Todas as doutrinas baseadas na superioridade de determinados povos, alegando razões de origem nacional ou diferenciais culturais e étnicas, são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas.

No exercício de seus direitos, os povos indígenas devem estar livres de toda forma de discriminação. Esses povos sofreram injustiças históricas como resultado da colonização e da alheação de suas terras, o que lhes tem impedido de exercer seu direito à

autodeterminação e ao desenvolvimento, em conformidade com suas necessidades e interesses.

O art. 1.º da Declaração afirma que os povos indígenas têm direito, como povos ou pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais previstas pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela ordem normativa internacional dos direitos humanos. Os povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais. Tem direito a não serem objeto de nenhuma discriminação fundada em sua origem ou identidade quando do exercício de seus direitos (art. 2.º).

Os Estados adotarão medidas eficazes, em consulta e com a cooperação dos povos indígenas interessados, para combater o preconceito, eliminar a discriminação e promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre aqueles povos e os demais setores da sociedade (art. 15, § 1.º). Estes povos também tem direito, sem qualquer discriminação, à melhora de suas condições econômicas e sociais, especialmente nas áreas de educação, emprego, capacitação profissional, habitação, saneamento, saúde e seguridade social. Os Estados adotarão medidas efetivas e, quando couber, medidas especiais para assegurar a melhora contínua das condições socioeconômicas destes povos (art. 21, §§ 1.º e 2.º).

Em muitas partes do mundo, estes povos não são capazes de usufruir dos mesmos direitos fundamentais e em igual nível ao resto da população dos Estados onde eles vivem[70]. É o que afirma o preâmbulo da Convenção n.º 169 da OIT (ONU. OIT, 1989). As ações a serem tomadas pelos Estados devem incluir medidas para assegurar aos membros destes povos o benefício em uma base igualitária dos mesmos direitos e oportunidades reservadas pelas leis nacionais e seus regulamentos aos demais membros da população.

[70] Ver art. 5.º da Declaração de São José (ONU. UNESCO, 1982). Os povos indígenas são sujeitos, tanto coletiva como individualmente, de todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais ameaçados. Ver também a Agenda 21 (ONU. CNUMAD, 1992), capítulo 26, § 26.1.

Estas providências também devem promover a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais destes povos. Por fim, devem assistir os membros destes povos com o objetivo de eliminar diferenças socioeconômicas que existam entre os indígenas e os outros membros da sociedade nacional, de uma maneira sempre compatível com as suas aspirações e formas de vida (art. 2.º, § 2.º, alíneas a, b e c). Os povos indígenas devem usufruir de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais sem obstáculo ou discriminação (art. 3.º, § 1.º)[71].

O Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA. CIDH, 1996) sustenta que os povos indígenas têm direito ao pleno e efetivo gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Carta da OEA, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais sobre direitos humanos. Nada pode ser interpretado no sentido de limitar, restringir ou negar de qualquer forma esses direitos (art. 2.º, § 1.º).

A Constituição do Brasil (BR. CN, 1988) afirma, já em seu preâmbulo, que a sociedade deve ser fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada que é na harmonia social. Um dos objetivos fundamentais da República é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, inciso V). Nas relações internacionais, o Brasil se regerá pelo repúdio ao racismo (art. 4.º, inciso VIII). Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à igualdade (art. 5.º, *caput*). A prática do racismo constitui crime

[71] A Corte Constitucional Colombiana já teve a oportunidade de aplicar várias disposições da Convenção n.º 169 da OIT em suas decisões. No caso C-139/96, declarou inválidos vários artigos da Lei 89/1890 (sobre os Resguardos Indígenas) com base na referida Convenção. Os mencionados artigos se referiam aos indígenas como "selvagens" e estabeleciam o objetivo de civilizá-los (COL. CC, 1996).

inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5.º, inciso XLII).

A Lei n.º 6.001 (BR. CN, 1973), que dispõe sobre o Estatuto do Índio, afirma, no parágrafo único do art. 1.º c/c art. 2.º, inciso I, que aos índios se estende a proteção das leis do país, assim como os benefícios dela decorrentes. A Lei n.º 7.716 (BR. CN, 1989) diz, no art. 1.º, que serão punidos os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito será apenado com reclusão de um a três anos e multa (art. 20).

As medidas específicas contra a discriminação podem ser agrupadas em quatro categorias: (a) justiça e política; (b) trabalho; (c) saúde; (d) educação e informação.

(a) Justiça e política: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), art. 7.º, afirma que todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação ou incitamento a tal discriminação. Todo ser humano também tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país (art. 21, § 2.º).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966a), art. 14, § 1.º, declara que todas as pessoas são iguais perante os Tribunais. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não

compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento (§ 3.º).

O art. 25 do referido Pacto informa que todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer forma de discriminação e sem restrições infundadas, de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; de ter acesso, em condições de igualdade, às funções públicas de seu país[72].

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), art. 40, afirma que os povos indígenas têm direito a procedimentos justos e equitativos para a solução de controvérsias com os Estados e a uma decisão rápida sobre estas, assim como recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais e coletivos. Estas decisões tomarão devidamente em consideração os costumes, as tradições e os sistemas jurídicos dos povos interessados, assim como as normas internacionais de direitos humanos.

O art. 12 da Convenção n.º 169 da OIT (ONU. OIT, 1989) afirma que os povos indígenas devem ser protegidos dos abusos de seus direitos. Devem poder acionar os procedimentos legais, tanto individualmente como por meio de seus representantes, para a efetiva proteção destes direitos. Medidas também devem ser tomadas para assegurar que os membros desses povos possam entender e ser entendidos nos procedimentos legais, sempre quando necessário por meio de intérprete ou por outro meio efetivo.

[72] Disposições semelhantes podem ser encontradas no preâmbulo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1966c); nos arts. 18 e 20 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948); na Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969), arts. 8.º, 23, 24 e 25.

O art. 8.º, § 3.º do Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA. CIDH, 1996) declara que os Estados devem tomar medidas efetivas para que os membros dos povos indígenas possam entender e ser entendidos nos procedimentos administrativos, jurídicos e políticos. Nas áreas em que a língua indígena é predominante, os Estados estabelecerão estas línguas como idiomas oficiais e as colocarão em situação de igualdade com os idiomas oficiais não-indígenas.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Mary e Carrie Dann* (ONU. CIDH, 2002), asseverou que a garantia dos povos indígenas às terras deve ser assegurada pelo devido processo e por iguais prescrições protetivas. Deve-se garantir a mesma proteção substantiva e procedimental reservada aos cidadãos da sociedade majoritária.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Yatama* (OEA. Corte IDH, 2005), analisou a pretensa violação dos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, relativos às garantias e à proteção judicial, e dos artigos 23 e 24 da mesma Convenção, referentes aos direitos políticos e à igualdade perante a lei.

No caso *Yatama*, os candidatos apresentados pelo partido político regional indígena *Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka* (de agora em diante simplesmente *Yatama*) foram excluídos das eleições municipais do ano de 2000 das Regiões Autônomas do Atlântico Norte e do Atlântico Sul Nicaraguense, como consequência do suposto não-cumprimento dos requisitos estabelecidos pela legislação eleitoral à época. As pretensas vítimas também assinalaram que não houve recurso judicial capaz de amparar os seus direitos.

Ao analisar a violação dos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, relativos à garantia e à proteção

judicial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que as decisões adotadas pelos órgãos internos devem estar devidamente fundamentadas. Do contrário, serão consideradas arbitrárias. Elas devem indicar as normas que devem ser cumpridas, os fatos que conformam o descumprimento e as consequências de tal feito (§ 153). Elas também devem ser comunicadas em prazo razoável. Os recursos não podem apenas existir formalmente. Devem ter efetividade.

Em relação aos artigos 23 e 24 da Convenção Americana, referentes aos direitos políticos e à igualdade perante a lei, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que eles foram violados em prejuízo dos candidatos propostos pelo partido *Yatama*. O dever do Estado de garantir os direitos políticos implica que qualquer regulação de seu exercício só pode ser feita com respeito aos princípios da igualdade e da não-discriminação (§ 184). Tratando-se de pessoas pertencentes a comunidades étnicas ou indígenas, esta regulação deve levar em consideração as especificidades de suas línguas, costumes e formas de organização.

A lei eleitoral nicaraguense, ao autorizar a participação nos processos eleitorais somente por meio de partido político, impõe aos indígenas uma forma de organização que lhes é culturalmente estranha. A imposição do requisito exclusivo do partido político quando da participação em eleições significa para os indígenas uma restrição ilegítima do exercício de seus direitos políticos. Os Estados são obrigados a respeitar as formas de organização próprias destes povos. É o que manda o direito internacional dos direitos humanos.

O mesmo se diga de todos os requisitos de participação em processos eleitorais que não respeitem as condições específicas de vida dos membros das comunidades indígenas e étnicas, os quais se encontram em situações de inferioridade e vulnerabilidade em relação aos demais cidadãos do Estado. O requisito imposto pela lei eleitoral nicaraguense aos partidos políticos de apresentar candidatos

em 80% dos municípios nos quais haveria eleição implicava para o partido indígena *Yatama* ter de participar de eleições em municípios não-indígenas, o que, ao cabo, acabou por representar um obstáculo para a sua participação em municípios majoritariamente indígenas.

A Corte assim sentenciou (§ 225). O Estado deve adotar todas as medidas necessárias para garantir que os membros das comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica da Nicarágua possam participar, em condições de igualdade, da tomada de decisões sobre assuntos e políticas que possam incidir em seus direitos e no desenvolvimento de suas comunidades, de tal forma que possam integrar-se às instituições e órgãos estatais, assim como participar de maneira direta e proporcional à sua população da direção dos assuntos públicos, ou ainda fazê-lo a partir de suas próprias instituições e de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização, sempre quando compatíveis com a Convenção.

O exercício pleno dos direitos por parte dos membros de comunidades indígenas implicará muitas vezes que não sejam impostas condições ou requisitos que ignorem suas particularidades culturais. De fato, como veremos mais tarde, para se garantir devidamente o direito a não-discriminação, muitas vezes será necessário respeitar o direito ao autogoverno e à integridade cultural dos povos indígenas, o que mostra a interdependência entre as três categorias principais do direito à autodeterminação, nada mais natural se pensarmos também na indissociabilidade entre os três argumentos de princípio que o justificam[73].

[73] O precedente do caso *Yatama* serve para justificar as três categorias de direitos: a não-discriminação, o autogoverno e a integridade cultural. Cabe lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou ainda que o princípio fundamental da igualdade e da não-discriminação ingressaram no domínio do *jus cogens*. Tratam-se estes princípios, portanto, de direito imperativo (§§ 184 e 185). É discriminatória qualquer distinção que careça de justificação objetiva e razoável.

Consideramos também este precedente um ponto a favor da nossa hipótese de que o direito à autodeterminação não é limitado pelos direitos civis e políticos. Pelo contrário, ele exige que se levem em consideração a cultura, a tradição, a organização política, as práticas e os costumes dos povos indígenas, quando da aplicação do direito, a fim de se realizar verdadeiramente os princípios fundamentais da igualdade e da não-discriminação.

A Corte afirmou os direitos políticos, ao mesmo tempo em que asseverou que nenhuma disposição da Convenção Americana permite dizer que este direito só pode ser exercido pelos cidadãos por meio de um partido político. É preciso ter cuidado com os conceitos que são utilizados pelo direito. Muitas vezes os interpretamos a partir dos nossos preconceitos e isto acaba não respeitando a diferença do próximo. No caso em tela, deve-se reconhecer que existem outras maneiras de organização política para além dos partidos políticos. É necessário favorecer e assegurar a participação política das comunidades indígenas; respeitar as suas tradições e ordenamentos. O simples reconhecimento do direito garantido a todos muitas vezes será insuficiente para garantir igual acesso às oportunidades e às liberdades[74]. Não raro a interpretação comum destes direitos servirá de obstáculo para o exercício pleno dos direitos humanos e das liberdades fundamentais por parte dos indígenas[75].

[74] O Juiz Diego García-Sayán, em voto concorrente no caso *Yatama*, afirma que a norma estabelece que se deve garantir a todos acesso às funções públicas em condições gerais de igualdade. Isto significa que para facilitar o acesso à função pública de setores da população que se encontram em situação de desvantagem e desigualdade, medidas específicas orientadas a facilitar o dito acesso se fazem necessárias.

[75] No voto concorrente do Juiz Sergio Garcia Ramirez, ainda no caso *Yatama*, foi observado que o direito não pode ser considerado em abstrato, como fórmulas vazias, neutras, incolores, criadas para conduzir a vida de cidadãos imaginários e formado apenas por textos e não condicionado pela realidade estrita (§ 29). O fato destes direitos terem um alcance universal não significa que as medidas a serem adotadas para assegurar o seu exercício tenham de ser uniformes, genéricas, como se não houvesse diferenças, distâncias e contrastes entre os seus titulares (§ 31). Esta é uma afirmação importante que confirma a adequação da parte ontológica de Taylor.

(b) Trabalho: A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), em seu art. 23, § 2.º, afirma que todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966b) reconhece o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: um salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção (§ 2.º); igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade (§ 5.º).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), no art. 17, certifica que os indivíduos e povos indígenas têm direito de desfrutar plenamente de todos os direitos estabelecidos pela ordem trabalhista internacional e nacional aplicável (§ 1.º). Os indígenas têm o direito de não serem submetidos a condições discriminatórias, especialmente em matéria de emprego ou de remuneração (§ 3.º).

A Convenção n.º 169 da OIT (ONU. OIT, 1989), art. 20, § 2.º, afirma que os governos deverão fazer todo o possível para prevenir qualquer discriminação contra os trabalhadores indígenas, em particular no que se refere: à admissão ao emprego, assim como às medidas de promoção e de avanço na carreira; à igual remuneração por trabalho de igual valor; à assistência médica e social, saúde e segurança, todos os benefícios da seguridade social e outros benefícios relacionados à ocupação, além de moradia;

Os trabalhadores indígenas deverão ter a mesma proteção garantida pelo direito nacional aos demais trabalhadores do mesmo setor. Eles devem ser plenamente informados de seus direitos de acordo com a legislação trabalhista, além dos meios disponíveis para garanti-los. Eles não podem se sujeitar a condições de trabalho danosas para a saúde. Não podem ser recrutados coercitivamente,

incluindo-se aqui a servidão por dívida. Em resumo, eles gozam de iguais oportunidades e de igual tratamento no emprego (art. 20, § 3.º).

O Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA. CIDH, 1996), art. 19, declara que os povos indígenas tem direito ao pleno gozo dos direitos e garantias reconhecidos na legislação trabalhista internacional ou nacional e a medidas especiais para corrigir, reparar e prevenir a discriminação a que são historicamente submetidos (§ 1.º). Na medida em que não estiverem eficazmente protegidos pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral, os Estados adotarão medidas especiais para proteger eficazmente trabalhadores e empregados indígenas com vistas a contratações e a condições de emprego justas e igualitárias; para garantir que eles gozem de igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego, bem como na promoção e na ascensão; para que não sejam submetidos à perseguição racial, assédio sexual, a sistemas de contratação coercitivos, inclusive a servidão por dívida; e para que eles tenham pleno conhecimento dos seus direitos, bem como dos recursos de que dispõem para protegê-los.

O art. 6.º, *caput*, da Constituição do Brasil (BR. CN, 1988) também confirma o direito ao trabalho como um direito social garantido a todos os trabalhadores e empregados. O art. 14 do Estatuto do Índio (BR. CN, 1973) diz que não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se a eles todos os dias e garantias das leis trabalhistas e da previdência social.

(c) Saúde: O art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966b) afirma que toda pessoa deve desfrutar do mais alto nível de saúde física e mental. O art. 10 do Protocolo de São Salvador (OEA, 1998) também declara que toda pessoa tem direito à saúde; ao mais elevado nível de bem-estar físico, mental e social.

O art. 11 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem assevera que toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), no art. 24, § 1.º, afirma que as pessoas indígenas tem direito ao acesso, sem qualquer discriminação, a todos os serviços sociais e de saúde. Eles têm o direito de usufruir, por igual, do mais alto nível possível de saúde física e mental. Os Estados tomarão as medidas que forem necessárias para alcançar progressivamente a plena realização deste direito (§ 2.º).

A Convenção n.º 169 da OIT (ONU. OIT, 1989), art. 24, declara que os esquemas de seguridade social deverão ser progressivamente estendidos para cobrir os povos indígenas. Eles deverão ser aplicados sem qualquer discriminação contra aqueles. Os governos deverão assegurar serviços médicos adequados para estes povos, para que eles possam gozar do mais alto padrão de saúde física e mental (art. 25, § 1.º).

Segundo o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA. CIDH, 1996), art. 12, os povos indígenas terão direito de ter acesso, sem discriminação alguma, a todas as instituições e serviços de saúde e atendimento médico acessíveis à população em geral (§ 3.º). Os Estados proverão os meios necessários para que os povos indígenas consigam eliminar situações de saúde reinantes em suas comunidades que sejam deficientes em relação aos padrões aceitos para a população em geral (§ 4.º).

De acordo com o art. 6.º da Constituição (BR. CN, 1988), o direito à saúde é um direito social garantido a todos. O art. 54 do Estatuto do Índio (BR. CN, 1973) estabelece que os índios têm

direito aos meios de proteção à saúde facultados à comunhão nacional.

(d) Educação e informação: A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), art. 26, diz que todo ser humano tem direito à instrução. Esta será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. Ela promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966b), art. 13, reconhece o direito de toda pessoa à educação. Ela deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade, além de fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. Deverá ainda capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre; favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais, étnicos ou religiosos; e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (§ 1.º)[76].

A Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (ONU. UNESCO, 1978), art. 5.º, § 2.º, afirma que todas as autoridades competentes e todo o corpo docente tem a responsabilidade de fazer com que os recursos educacionais do país sejam utilizados para combater o racismo, em particular fazendo com que os programas e os livros incluam noções científicas e éticas sobre a unidade e a diversidade humana e estejam isentos de distinções odiosas sobre qualquer povo. Os recursos do sistema escolar deverão estar à disposição de todos os povos sem restrição ou discriminação alguma

[76] Disposições semelhantes também estão no Protocolo de São Salvador (OEA, 1998), art. 13; e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948), art. 12.

de caráter racial. Medidas adequadas deverão ser tomadas para remediar as restrições impostas a determinados grupos raciais ou étnicos no que diz respeito ao nível educacional e ao nível de vida.

Segundo o art. 14, § 2.º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), os povos indígenas, em particular as crianças, tem direito a todos os níveis e formas de educação do Estado, sem discriminação. Estes povos também tem acesso a todos os meios de informação não-indígenas, sem discriminação (art. 16, § 1.º).

A Convenção n.º 169 da OIT (ONU. OIT, 1989), art. 26, afirma que medidas devem ser tomadas para assegurar que os membros dos povos indígenas tenham iguais oportunidades de adquirir educação em todos os níveis às oferecidas para o restante da população nacional. Providências devem ser adotadas também para assegurar que estes povos tenham a oportunidade de adquirir fluência na língua nacional ou em uma das línguas oficiais do país (art. 28, § 2.º). A provisão de conhecimentos e habilidades que irão ajudar as crianças destes povos a participar de forma plena e igual da sua própria comunidade e da população nacional deve ser uma questão de educação desses povos (art. 29). Por fim, governos deverão adotar medidas adequadas às tradições e culturas destes povos para que eles tenham conhecimento de seus direitos e deveres, especialmente no que se refere ao trabalho, oportunidades econômicas, educação, saúde e bem-estar social. Quando necessário, isto deverá ser feito por meio de traduções escritas e uso de comunicação de massa na língua destes povos (art. 30).

A Constituição do Brasil (BR. CN, 1988), art. 6.º, garante a todos a educação como direito social. O Estatuto do Índio (BR. CN, 1973), art. 48, afirma que se estende à população indígena, com as necessárias adaptações, o sistema de ensino em vigor no país.

Por fim, os povos indígenas têm o direito de participar efetivamente da vida cultural, religiosa, social, econômica e pública do país; de gozar dos benefícios resultantes do progresso científico e intelectual da sociedade abrangente. Ver, por exemplo, o art. 2.º, § 2.º da Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (ONU, 1992); art. 13 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948); art. 14, Protocolo de São Salvador (OEA, 1998).

Direito ao Autogoverno

O princípio da equidade só pode ser devidamente compreendido quando em referência ao princípio da igualdade. Se todos são considerados iguais, dignos de igual consideração e respeito, não há nenhuma razão para que apenas um deles ou um mero grupo governe os demais, a não ser a manifestação expressa da vontade destes. Para ser legítimo, portanto, o exercício do poder pelo Estado precisa do consentimento de seus cidadãos.

O direito à autodeterminação pode ser compreendido neste segundo sentido, como um patamar mínimo a partir do qual se pode dizer de um governo que a sua constituição e funcionamento são legítimos. Trata-se de um padrão ou *standard* de legitimidade a partir do qual as instituições do governo podem ser medidas. A autodeterminação requer níveis mínimos de participação e consentimento por parte dos povos indígenas afetados. Do contrário, o Estado estará exercendo um poder ilegítimo e arbitrário. Ao fazê-lo, estará minando as próprias bases nas quais se funda a sua existência: a igualdade e a equidade.

Para James Anaya (2004, p. 105), o direito à autodeterminação consiste em duas prescrições normativas: (a) a primeira pode ser chamada de constitutiva. Requer que toda ordem institucional seja o resultado substancial de um processo de criação levado a efeito pela vontade das pessoas ou povos governados; (b) em segundo lugar, temos a continuidade (*ongoing*). Requer que a ordem institucional vigente, independentemente do processo que levou à sua criação, seja um abaixo do qual os povos e pessoas possam viver e se desenvolver livremente de forma contínua. Trata-se, respectivamente, das exigências do consentimento e da continuidade feitas por Tully. Nesta parte, estudaremos o consentimento. Ao falarmos da integridade cultural, voltaremos a atenção para a continuidade.

A primeira prescrição normativa, chamada de constitutiva, requer a participação e o consentimento dos povos para que se possa dizer, ao fim, que a ordem política vigente foi e é reflexo da vontade coletiva de todos os governados. Os povos devem determinar livremente o seu status político. Uma participação mínima dos povos na tomada das decisões que os afetem é uma exigência da autodeterminação quando compreendida a partir da equidade. Quando assim compreendemos a autodeterminação, estamos diante do direito ao autogoverno.

Sabemos que os povos indígenas foram impedidos de viver livremente e de se desenvolver como um grupo distinto em suas terras ancestrais, em razão do padrão histórico de império, conquista e colonialismo estabelecido pelos Estados nacionais. Isto levou estes povos a questionarem, a partir da década de 70, com maior força a legitimidade da autoridade do Estado que os governa. Eles querem novamente determinar a sua organização política e procurar o seu desenvolvimento econômico, social e cultural, de acordo com seus interesses. Eles também querem ser tratados como iguais participantes das instituições que os governam.

O Estado deve ser resultado da negociação ou de outro procedimento pacífico que conte com a participação significativa dos grupos indígenas. Os termos da associação constitucional devem ser mutuamente acordados em bases igualitárias. Os povos indígenas não podem mais ser incorporados sem qualquer processo de consulta (DAES, 1993). A integração só pode acontecer quando for preferida por estes povos. O remédio adequado deve ser escolhido após ampla consulta e com a direta participação destes povos ou por meio de seus representantes livremente escolhidos por seus próprios processos.

De forma sistemática, podemos dividir o autogoverno em (i) autonomia e (ii) participação. (i) A autonomia afirma que os povos indígenas devem ter autonomia quanto às esferas de governo e administração. Qualquer alteração na organização interna dos povos indígenas só poderá ocorrer com o seu consentimento. (ii) A segunda manda que se assegure a participação efetiva destas comunidades nos processos de tomada de decisão que os afetem e em todos os níveis. Este segundo aspecto é importante para que não se esqueça que os povos indígenas não vivem isolados da sociedade abrangente. Aqueles que estão em situação de desvantagem devem ter a mesma oportunidade de influenciar a vida política do Estado do que aqueles que se encontram em posição de poder.

Importante ressaltar que a terra é fundamental para a manutenção da autonomia pelos povos indígenas. É meio de subsistência e centro de sua sacralidade. Muitas vezes, para assegurar a autonomia, será necessário respeitar os tratados negociados historicamente com estes povos ou reinterpretá-los à luz do princípio da igualdade. Por fim, o direito ao autogoverno não requer apenas uma forma particular capaz de acomodar estruturalmente todos os povos indígenas. A medida concreta a ser tomada dependerá do contexto específico, das demandas do povo afetado e das possibilidades apresentadas pelo Estado.

Comecemos o teste pela (i) autonomia. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), em seu art. 1.º, § 1.º, afirma que todos os povos têm direito à autodeterminação e que, em virtude deste direito, determinam eles livremente seu estatuto político e buscam seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, na Recomendação Geral n.º 21 sobre o direito à autodeterminação (ONU. CEDR, 1996), § 4.º, afirmou que a autodeterminação dos povos possui dois aspectos que precisam ser distinguidos. O direito à autodeterminação possui um aspecto interno, isto é, o direito de todos os povos de buscar livremente seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural, sem qualquer interferência externa. A este respeito, existe uma ligação com o direito de todo cidadão de tomar parte da condução dos assuntos públicos em qualquer nível[77]. Por consequência, os governos devem representar toda a população, sem discriminação de origem étnica.

O aspecto externo da autodeterminação implica que todos os povos têm o direito de determinar livremente seu status político e o seu lugar na comunidade internacional, baseado no princípio de iguais direitos e exemplificado pela liberação dos povos do colonialismo pela proibição dos povos serem sujeitos à subjugação, dominação ou exploração por outrem.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), em seu art. 4.º, explicita que os povos indígenas, ao exercitarem o seu direito de livre determinação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas aos seus assuntos internos e locais, assim como dispor dos meios necessários para financiar suas funções autônomas. O art. 5.º

[77] O que mostra a interdependência entre a autonomia e a participação para o autogoverno dos povos indígenas. Sem participação, não há verdadeira autonomia. Sem autonomia, não há sequer possibilidade de participação. Ambos aspectos são necessários para que os povos indígenas possam governar a si mesmos de acordo com suas tradições, culturas, necessidades e interesses.

assegura que os povos indígenas têm direito a conservar e a reforçar as suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo o direito, se assim o desejarem, de participar plenamente da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

O art. 14, § 1.º, sublinha que os povos indígenas têm o direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições de educação. Eles poderão oferecer educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de aprender e ensinar. Também tem o direito de estabelecer seus próprios meios de comunicação e informação, em seus próprios idiomas (art. 16, § 1.º). Tem o direito de manter e desenvolver seus sistemas ou instituições políticas, econômicas e sociais e de lhes ser assegurado o desfrute de seus meios de subsistência, dedicando-se livremente a todas as suas atividades tradicionais (art. 20, § 1.º).

O art. 31, § 1.º afirma que os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais e manifestações, suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes, os jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Eles também tem o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual.

Tem o direito de determinar a sua organização política e de eleger a composição de suas instituições de acordo com seus procedimentos próprios (art. 33, § 2.º). Tem o direito, inclusive, de determinar os deveres dos indivíduos para com as comunidades (art. 35).

Em relação aos tratados e acordos históricos, o art. 37, § 1.º, declara que estes e outros arranjos concluídos com o Estado serão

reconhecidos, observados e aplicados. Nada da Declaração poderá ser interpretado com o objetivo de diminuir ou suprimir qualquer direito destes povos que figure em um tratado ou acordo histórico.

A Convenção n.º 169 da OIT (ONU. OIT, 1989) reconhece, já em seu preâmbulo, que se deve remover a orientação assimilacionista em qualquer instrumento. Os povos indígenas devem exercer o controle sobre suas instituições; devem poder manter suas identidades e formas de vida; buscar seu desenvolvimento econômico dentro da estrutura institucional oferecida pelo Estado que os governam.

O art. 4.º afirma que qualquer medida para salvaguardar as pessoas, instituições, a propriedade, o trabalho, a cultura e o meio ambiente destes povos não poderá ser contrária à vontade livremente expressa por eles.

Estes povos devem ter o direito de decidir quais são as suas prioridades em relação ao desenvolvimento que afete suas vidas, crenças, instituições, bem-estar espiritual e terras que ocupam. Devem exercer, na maior extensão possível, o controle sobre seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Qualquer medida com vistas à melhoria das condições de trabalho, dos níveis de saúde e educação, à proteção e à preservação do meio ambiente deve contar com a cooperação dos povos afetados (art. 7.º).

Os governos devem providenciar para que os próprios povos indígenas prestem os serviços médicos. Estes devem estar sob a sua responsabilidade e controle. Deverão também ser planejados e administrados em cooperação com estes povos (art. 25). O mesmo se diga dos programas e serviços de educação (art. 27). Os membros destes povos deverão se envolver na formulação e na implementação dos programas educacionais, com o objetivo de transferir a responsabilidade da condição dos mesmos para estes povos. Os governos também deverão reconhecer o direito destes povos de

estabelecer suas próprias instituições educacionais. Recursos apropriados deverão ser fornecidos para este fim.

O Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA. CIDH, 1996) afirma, no art. 9.º, que os povos indígenas terão o direito de definir e aplicar seus próprios programas, instituições e instalações educacionais; preparar e aplicar seus próprios planos, currículos e materiais didáticos; formar e capacitar seus professores.

Medidas serão tomadas para impedir a conversão forçada de membros de povos indígenas ou a imposição de crenças contra o seu consentimento (art. 10). Estes povos também têm direito a determinar seu status político e a promover seu desenvolvimento econômico, social, espiritual e cultural. Tem direito à autonomia ou ao autogoverno em relação a vários assuntos, como, por exemplo, cultura, religião, educação, informação, meios de comunicação, saúde, habitação, emprego, bem-estar social, atividades econômicas, administração das terras e recursos, meio ambiente e ingresso de não-membros. Tem o direito de manter e desenvolver suas próprias instituições decisórias indígenas.

Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer os seus sistemas jurídicos. Podem aplicá-los aos assuntos internos, inclusive quando se tratar de solução de conflitos, para prevenir crimes ou manter a paz e a harmonia (art. 16). Tem também o direito de controlar e desenvolver suas ciências e tecnologias, incluindo os seus recursos humanos e genéticos, sementes, medicina, conhecimentos da fauna e da flora (art. 20).

Os Estados devem reconhecer o direito dos povos indígenas de decidir democraticamente a respeito dos valores, objetivos, prioridades e estratégias que presidirão e orientarão seu desenvolvimento, ainda que os mesmos sejam distintos dos adotados

pelo Estado ou por outros segmentos da sociedade abrangente (art. 21).

Em relação a tratados, acordos e entendimentos, o art. 22 afirma que eles serão reconhecidos, honrados, observados e aplicados, em consonância com o seu espírito e intenção, bem como os direitos históricos deles emanados.

A Constituição do Brasil (BR. CN, 1988), em seu art. 231, reconhece a organização social dos índios. O art. 2.º do Estatuto do Índio (BR. CN, 1973) assegura aos índios a possibilidade da livre escolha de seus meios de vida e subsistência (inciso IV); garante também a permanência voluntária dos índios no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para o seu desenvolvimento e progresso.

Passemos agora para um dos aspectos centrais da autonomia: o acesso à terra. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), art. 17, afirma que todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. Ninguém será privado arbitrariamente de sua propriedade. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1966c), em seu § 5.º, afirma o direito de qualquer pessoa, tanto individual como coletivamente, à propriedade. A Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969) declara, em seu art. 21, que toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. Nenhuma pessoa poderá ser privada de seus bens, salvo mediante pagamento de indenização justa.

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, na Recomendação Geral n.º 23 sobre povos indígenas (ONU. CEDR, 1997), § 5.º, afirma que os Estados devem reconhecer, proteger os direitos destes povos a ter, desenvolver, controlar e usar suas terras comunais, territórios e recursos. Onde estes povos foram privados de suas terras, elas deverão ser devolvidas. Somente quando não for

possível a restituição, dever-se-á indenizar estas comunidades com uma compensação justa, equânime e imediata. Sempre quando for possível, esta compensação deverá tomar a forma de terras e territórios da mesma qualidade.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), art. 10, afirma que os povos indígenas não poderão ser removidos à força de suas terras e territórios. Qualquer mudança de local dependerá do consentimento livre, prévio e informado com estes povos, nem sem um acordo prévio a respeito de uma indenização justa e equânime, a qual, sempre que possível, preverá a opção de regresso.

Quando ocorrer a privação de bens culturais, religiosos e espirituais, sem o consentimento livre, prévio e informado do povo indígena, ou em violação às suas leis, tradições e costumes, os Estados deverão proporcionar reparações eficazes, as quais poderão incluir a restituição daqueles bens (art. 11, § 2.º).

Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos possuídos ou ocupados tradicionalmente por eles ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. Em razão disso, tem o direito de possuí-los, utilizá-los, desenvolvê-los, controlá-los. Os Estados deverão assegurar o reconhecimento e a proteção jurídica destas terras (art. 26).

Quando estas terras forem confiscadas, ocupadas, utilizadas ou danificadas sem o livre, prévio e informado consentimento destes povos, eles terão direito à reparação, a qual pode incluir a restituição ou, quando isto não for possível, uma indenização justa, imparcial e equânime (art. 28). Salvo acordado de outro modo, a indenização se fará sob a forma de terras de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou ainda na forma de uma indenização pecuniária ou qualquer outra que se acorde adequada.

Não se desenvolverão atividades militares nos territórios dos povos indígenas, a menos que elas sejam justificadas por um interesse público pertinente, ou sejam livremente permitidas pelos povos interessados ou por eles solicitadas. Os Estados deverão realizar consultas eficazes com os povos interessados, por meio de procedimentos apropriados e por intermédio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras (art. 30).

Os povos indígenas podem determinar prioridades e elaborar estratégias para a utilização de suas terras, territórios e recursos. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios, particularmente em relação à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo (art. 32).

A Convenção n.º 169 da OIT (ONU. OIT, 1989) reconhece igualmente o direito de propriedade e de posse destes povos sobre suas terras (art. 14). Quando o Estado tiver direito sobre os recursos minerais ou sobre o subsolo das terras indígenas, deverá consultar os povos afetados, para saber como e em que nível os seus interesses serão prejudicados. Esta consulta deve se dar antes que se permita qualquer exploração. Os povos também devem participar, sempre que possível, dos benefícios destas atividades, além da compensação justa pelos danos sofridos (art. 15, § 2.º).

Estes povos não podem ser removidos de suas terras. Como medida excepcional, a realocação só poderá acontecer com o consentimento livre, prévio e informado dos povos afetados (art. 16, § 1.º). Quando a consulta não for possível, a realocação só será possível após procedimento adequado, no qual se dará oportunidade para uma representação efetiva dos povos afetados (§ 2.º). Sempre que possível, esses povos devem ter o direito de retornar às suas

terras ancestrais, na medida em que os motivos para a realocação deixarem de existir.

Quando o mencionado retorno for impossível, deverá ser acordada indenização na forma de terras de igual qualidade, suficientes para as presentes necessidades e para o futuro desenvolvimento da comunidade. Somente se dará preferência pela compensação em dinheiro, quando houver manifestação expressa do povo afetado neste sentido (§ 4.º).

O Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA. CIDH, 1996) reconhece, no preâmbulo, que as tradicionais formas coletivas de controle e uso da terra são uma condição necessária para a sobrevivência de muitas culturas indígenas. Estas formas são diversas e não coincidem necessariamente com os sistemas a que a legislação comum do Estado dá proteção. Em terras indígenas, as Forças Armadas devem limitar sua atividade ao desempenho estrito de suas funções. Não devem ser causa de abusos.

O art. 18 do Projeto fala somente do direito à terra. Os Estados devem reconhecer o direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam. Quando este direito for preexistente ao Estado, este deverá reconhecer os títulos de propriedade como permanentes, exclusivos, inalienáveis, imprescritíveis e não embargáveis. Estes títulos só poderão ser modificados em comum acordo. Caso a propriedade dos minerais e dos recursos do subsolo seja do Estado, procedimentos adequados deverão determinar se os interesses desses povos serão prejudicados e em que medida, antes de executar ou autorizar qualquer programa de prospecção, planejamento ou exploração dos recursos. Os povos afetados deverão participar dos benefícios da atividade e indenização pelos danos sofridos.

Excepcionalmente, para atender o interesse público, os Estados poderão reassentar os povos indígenas sem o seu consentimento livre, genuíno, público e fundamentado. Em todos os casos, garantir-se-á indenização prévia e imediata na forma de terras adequadas de igual ou de melhor qualidade e condição jurídica. Os povos indígenas devem ter o direito de retorno, se deixarem de existir as causas que deram origem à transferência (§ 6.º).

Os povos indígenas têm direito à restituição das terras que foram confiscadas, ocupadas, usadas ou danificadas sem o seu consentimento. Quando a restituição não for possível, eles terão direito à compensação. Os Estados deverão fazer uso de todas as medidas para prevenir, impedir e punir toda intrusão de terceiros nestas terras (§§ 7.º e 8.º).

A Constituição do Brasil (BR. CN, 1988) garante, no art. 4.º, inciso XXII, o direito de propriedade. No art. 231, *caput*, reconhece o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Estas terras são as habitadas por eles em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias para a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (§ 1.º).

Estas terras destinam-se à sua posse permanente. Cabe aos povos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes (§ 2.º). O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só poderão ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados (§ 3.º).

As terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis. Os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4.º). A remoção destes povos de suas terras é vedada. Somente será permitida em caso de

catástrofe, epidemia que ponha em risco a população indígena, ou no interesse da soberania do país, sempre após deliberação e aprovação do Congresso Nacional, garantindo-se, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo cessado o risco (§ 5.º). São nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse destas terras por terceiros, ou a exploração de suas riquezas naturais. Estes atos não produzem efeitos jurídicos. A nulidade e a extinção não geram direito à indenização (§ 6.º).

É da competência exclusiva do Congresso Nacional, portanto, a autorização para a exploração e aproveitamento de recursos hídricos e para a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas (art. 49, inciso XVI). O art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) afirma que a União deverá concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

O Estatuto do Índio (BR. CN, 1973), art. 2.º, inciso IX c/c art. 22, garante a todos os índios e comunidades indígenas a posse permanente das terras que habitam, assim como o usufruto exclusivo de suas riquezas e utilidades. O povo indígena só poderá ser removido, quando for impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção. A comunidade deverá ser reconduzida para área equivalente à anterior (art. 14, § 3.º). Ela será ressarcida dos prejuízos decorrentes da remoção (§ 4.º).

Considera-se posse a ocupação efetiva da terra, de acordo com os usos, costumes e tradições indígenas, e onde os indígenas habitam e exercem atividades indispensáveis à sua subsistência (art. 23). O usufruto compreende o direito de posse, uso e percepção das riquezas e utilidades das terras ocupadas, além do produto da exploração econômica das mesmas (art. 24). Por isso, o patrimônio indígena é constituído não só pelas terras, mas também pelo usufruto de suas riquezas e pelos bens móveis ou imóveis adquiridos por eles (art. 39).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Carrie Dann* (OEA. CIDH, 2002, § 130), afirmou que os direitos dos povos indígenas sobre a terra devem ser reconhecidos; que a propriedade desta terra é anterior à criação do Estado e, portanto, deve ser permanente e inalienável. Este título só pode ser modificado por consentimento mútuo. Estes povos devem também ter completo conhecimento da natureza e dos atributos da propriedade objeto do acordo. No caso de dano ou perda, uma compensação justa é necessária.

No caso da comunidade *Mayagna Awas Tingni* (OEA. Corte IDH, 2001), a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve a oportunidade de desenvolver a interpretação do art. 21 da Convenção Americana, que protege a propriedade privada, com o objetivo resguardar dimensões outras como a propriedade coletiva, a territorialidade, a ancestralidade e a sacralidade, imprescindíveis para a garantia deste direito em contextos indígenas.

O art. 21 da Convenção Americana diz que toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. Uma leitura desatenta deste artigo deixaria ver que a Convenção protege apenas o direito à propriedade privada na sua dimensão individual, própria do Direito Civil clássico. O artigo fala sobre "toda pessoa", o que se entende por "cada pessoa", natural ou jurídica, individualmente considerada. A expressão "tem direito ao uso e gozo de seus bens" revela a faculdade que o indivíduo tem de exercer o domínio sobre os bens que lhe são próprios.

Mas esta leitura é apenas uma das interpretações possíveis do artigo. O texto não se confunde com a norma. O direito só existe depois de interpretado. É o intérprete que impõe a sua intenção ao texto, vendo-o como o melhor exemplar daqueles princípios de moralidade política que a sua comunidade considera indispensáveis. As palavras são polissêmicas. O texto não apresenta um sentido unívoco a ser descoberto ou revelado. O intérprete participa da

construção do sentido, pois só a partir dos seus preconceitos e das suas condicionantes histórico-espaciais ele passa a ser capaz de compreender e participar do sentido. Este sentido é construído em cada interpretação, tal qual um espetáculo que só se inicia com a participação dos atores e da platéia. De um mesmo texto, portanto, eu posso chegar a diferentes proposições normativas, isto é, afirmações sobre o que a lei manda, permite, proíbe.

A Corte Interamericana tem completa noção sobre esta ideia de interpretação. Tanto que desenvolveu um "método" de interpretação dos instrumentos de direitos humanos baseado em três critérios basilares[78]: (a) a polissemia dos termos jurídicos. Os termos empregados na redação dos tratados de direitos humanos têm significado, sentido e alcance "autônomos", não equiparáveis aos sentidos dados a estes termos no direito doméstico; (b) os instrumentos de direitos humanos são textos vivos. Devem ser interpretados nem de forma rígida, nem estática. A interpretação deve estar de acordo com a evolução das condições de vida[79]; (c) por fim, a interpretação da Convenção Americana deve se integrar com todo o *corpus iuris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos. É útil e apropriado fazer uso de outros tratados distintos da Convenção Americana, a fim de considerar a questão sujeita a exame no quadro da evolução progressiva dos direitos humanos no direito internacional[80].

[78] A este "método", a Corte (OEA. Corte IDH, 2001, § 148) deu o nome de "interpretação evolutiva".

[79] Os termos de um tratado internacional de direitos humanos tem sentido autônomo. Não podem ser equiparados ao sentido que lhes é atribuído pelo direito interno. Ditos tratados são instrumentos vivos cuja interpretação tem de se adequar à evolução dos tempos e às condições de vida atuais (OEA. Corte IDH, 2001, § 146).

[80] Razão pela qual os tribunais domésticos também são obrigados a interpretar as suas Constituições e leis internas à luz da evolução e da progressividade dos direitos humanos no direito internacional. Dentre uma regra de direito internacional ou de direito doméstico e de seus vários sentidos possíveis, dever-se-á escolher aquela interpretação que confere maior proteção à pessoa humana, objeto e fim último de todo o direito.

De acordo com Juiz García Ramírez (OEA. Corte IDH, 2001, voto concorrente), a fundamentação jurídica para os dois primeiros critérios de interpretação da Convenção Americana está no art. 31, § 1.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ONU, 1969), segundo o qual um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos seus termos em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. Por outro lado, tem-se a regra *pro homine*, inerente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, que afirma ser o propósito último dos direitos humanos assegurar a igual dignidade de todos as pessoas. Logo, deve-se escolher, dentre os sentidos possíveis apresentados pelo texto do tratado, aquele que melhor protege a pessoa humana.

O terceiro critério tem seu fundamento jurídico no art. 31, § 3.º da Convenção de Viena, o qual obriga interpretar os tratados no contexto do sistema no qual se inscrevem. Pode ser também invocado o art. 29, letras "b" e "c", da Convenção Americana, os quais proíbem, quando da interpretação, limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade; ou excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano.

Retomando o debate a respeito do sentido do art. 21 da Convenção Americana que protege a propriedade privada, a Corte percebeu que o sentido comum ao direito civil não é suficiente para proteger devidamente a situação de vulnerabilidade apresentada pelos povos indígenas. Diante de uma melhor leitura do princípio da igualdade, o sentido do art. 21 deve ser estendido para proteger o direito das comunidades indígenas à propriedade coletiva. O sentido e o alcance do texto devem responder bem aos problemas emergentes da realidade.

Do simples enunciado do art. 21 da Convenção que manda o Estado garantir a toda a pessoa o direito ao uso e gozo de seus bens, a Corte entende que ele estabeleceu a obrigação do Estado de delimitar, demarcar e titular o território das comunidades indígenas.

Além do mais, enquanto não se efetuar a demarcação, o Estado deve se abster de qualquer ato que afete o uso e o gozo destes bens pelos povos indígenas (OEA. Corte IDH, 2001, § 153).

Para se chegar a uma proteção devida, a Corte precisou considerar a compreensão dos povos indígenas a respeito da terra. A relação destes povos com a terra não é somente uma questão de posse e produção econômica. Ela é também um elemento material e espiritual que estas comunidades devem gozar plenamente, a fim de preservar seu legado cultural e transmiti-lo para as futuras gerações (OEA. Corte IDH, 2001, § 149). Se a relação destes povos com a terra é diferente, qualquer interpretação do direito que a desconsidere levará a uma proteção insuficiente, tal como aquela dada pelo sentido comum do direito civil.

Este é mais um ponto a favor da nossa hipótese de que o direito à autodeterminação dos povos indígenas não é limitado pelos direitos individuais. Se devidamente interpretado, aquele direito exige que os conceitos veiculados pelos direitos individuais sejam relidos a partir dos pressupostos culturais daqueles povos. Somente desta maneira, poder-se-á chegar a uma proteção efetiva que não apenas considera de forma devida a diferença, como também dê iguais oportunidades aos integrantes destes povos de ter uma vida bem-sucedida.

Claro que nem tudo são pontos positivos. Apesar do resultado ser correto, é preciso ter cuidado com alguns argumentos utilizados pela Corte para fundamentar sua posição. Isto porque esta decisão serve de precedente para as posteriores[81]. Estes fundamentos poderão ser utilizados para basear outras decisões a respeito dos direitos dos povos indígenas.

[81] De fato, o caso *Mayagna* é um caso paradigmático. As considerações da Corte a respeito do art. 21 da Convenção Americana foram utilizadas em várias decisões posteriores, a exemplo do caso *Yakye Axa*.

Primeiramente, a Corte faz uso de um argumento positivista para defender a extensão do sentido do art. 21 da Convenção com o fito de abarcar a proteção da propriedade comunal indígena. A Corte (OEA. Corte IDH, 2001, § 145) afirma que, durante os trabalhos preparatórios da Convenção Americana, os legisladores optaram por trocar a frase "toda pessoa tem direito à propriedade privada" pela atual oração "toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens". Como os "bens" compreendem todas as coisas materiais e imateriais, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, tornou-se possível fazer uso da expressão para abarcar o sentido de propriedade indígena ligado à espiritualidade destes povos.

Os termos de um tratado, no entanto, são autônomos também em relação aos legisladores que o editaram. O intérprete é que impõe a intenção ao texto e escolhe o sentido que mais se adapta e melhor o justifica à luz dos princípios de moralidade política que o direito internacional parece refletir. Mesmo se a Convenção Americana tivesse mantido a expressão "propriedade privada", ainda sim seria possível chegar às conclusões obtidas pela Corte. Vimos, por exemplo, que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1966c), em seu § 5.º, afirma o direito de qualquer pessoa, tanto individual como coletivamente, à propriedade. Como o texto da Convenção Americana deve ser interpretado à luz do corpo jurídico internacional, já haveria argumentos suficientes para levar a efeito a interpretação vencedora. Dispensável o argumento positivista, o qual não se coaduna com o "método" da interpretação evolutiva proposto pela Corte.

Por outro lado, fala-se aqui e ali que se está a relativizar os termos empregados pela Convenção. Quando se afirma que se está a relativizar, o que se está expressando é que existe um sentido absoluto para o termo. Primeiro, não há sentidos absolutos, gerais ou neutros para as palavras. Todo sentido é específico, por maior que

seja a sua difusão pelas culturas. Em segundo lugar, isto contraria novamente a proposta de interpretação evolutiva. Se as palavras são polissêmicas e se seus sentidos só podem ser determinados levando-se em consideração o contexto de aplicação, subentende-se que não há sentidos absolutos. Portanto, desnecessária também é qualquer relativização. O que se está a fazer é compreender os termos usados pela Convenção a partir dos preconceitos indígenas e não a partir dos nossos, ocidentais modernos.

A compreensão incompleta das consequências do que se afirma e dos fundamentos nos quais a Corte se baseia para decidir leva muitas vezes a incoerências. No voto conjunto dos Juízes Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli (OEA. Corte IDH, 2001, § 14), afirma-se que a atenção devida à diversidade cultural constitui um requisito essencial para se assegurar a eficácia das normas de proteção dos direitos humanos, nos planos nacional e internacional. A invocação das manifestações culturais, no entanto, não podem atentar contra os padrões universalmente reconhecidos de observância e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, ao mesmo tempo em que se afirma a importância da atenção devida à diversidade cultural, inclusive para o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos, aqueles juízes rechaçam com firmeza qualquer distorção do chamado relativismo cultural. Analisemos com mais cuidado estas afirmações.

Nestas afirmações, a cultura é vista apenas como uma variação na forma de se realizar os direitos humanos fundamentais. Garante-se, por exemplo, o direito à propriedade dos bens, mas esta propriedade pode ser individual ou coletiva. Como afirma o voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez (OEA. Corte IDH, 2001, § 13), pretender que exista uma forma única de usar e desfrutar dos bens equivaleria a negar a milhões de pessoas a tutela deste preceito. Longe de assegurar a igualdade de todas as pessoas, estabelecer-se-

ia uma desigualdade contrária às convicções e aos propósitos que inspiraram o sistema continental de direitos humanos. Em resumo, cada povo, conforme a sua cultura, interesses, aspirações, costumes, características e crenças pode instituir uma determinada visão a respeito do uso e gozo dos bens. Tratam-se de conceitos históricos que devem ser examinados e entendidos desde esta perspectiva (§ 11). Em certos contextos históricos, os direitos da pessoa humana só podem ser garantidos e só podem ser exercidos plenamente quando ao mesmo tempo são reconhecidos os direitos da coletividade. O direito à autodeterminação dos povos indígenas, portanto, é visto como meio para realizar os direitos humanos dos integrantes destes povos. Não se protege a coletividade em si, mas os seus constituintes individuais, em consonância com a regra *pro homine*. Encontramos agora a razão mais profunda pela qual a Corte fala da relativização do termo "bens", o que, como vimos, pressupõe um sentido absoluto.

Se os conceitos são históricos, merecendo ser examinados à luz de seu contexto, qual razão a Corte emprega para não fazer o mesmo em relação à noção de pessoa humana e de direitos humanos fundamentais? Se a Corte só aceita uma variação na forma de concretização dos direitos humanos, acreditando na sua universalidade, ela precisa dar algum argumento que explique a sua convicção. Três correntes geralmente são dadas pela doutrina para quem quer defender uma visão universal dos direitos humanos: (a) os direitos humanos são inerentes à pessoa humana; são resultado de sua própria natureza; (b) os direitos humanos são universais porque foram internacionalmente acordados. Trata-se de padrões internacionalmente reconhecidos e aceitos; (c) os direitos humanos representam valores comuns entre as culturas, resultado que são do diálogo entre as várias sociedades que conformam o globo.

O primeiro é um argumento jusnaturalista. O homem possui uma natureza tal como afirmou Aristóteles. Nós apenas a desenvolvemos. Ou ainda, como afirmou Kant, todos nós somos

seres que devem ser tratados com respeito, porque somos as únicas criaturas dotadas de razão. Trata-se do jusnaturalismo racionalista impregnado no pensamento do século XVIII. O jusnaturalismo em suas diversas formas, teleológico, teológico ou racionalista, é uma fundamentação da verdade e da moral universal que de vez em sempre retoma a cena.

Vimos, no entanto, no primeiro capítulo, que estas são falácias metafísicas. Toda falácia metafísica acredita ser possível determinar o ser. Para nós, que adotamos a parte ontológica de Taylor com fulcro na fenomenologia de Heidegger, o ser nunca pode ser determinado; ele sempre escapa a qualquer revelação completa. Sempre quando se acredita ter determinado o ser, na verdade o que se está a determinar é o ente, aquilo que é. O ser é o nada, é o tempo. Queremos dizer que o homem não possui uma natureza humana. No máximo, poderíamos falar de uma condição humana, como fala Hannah Arendt. Qualquer tentativa de determinação absoluta do ser, é, na verdade, uma "entificação" do ser. Existem, na verdade, várias realidades, vários imaginários sociais, criados pelos povos ao longo da história a fim de compreender a sua experiência particular de ser humano. Existem, na verdade, várias ontologias e não apenas uma única ontologia. Cada uma delas é uma tentativa do homem de imaginar um sentido para o mundo que o envolve. Por isso, Arendt (2008) diferencia a razão do entendimento (*vernunft* e *verstand*). O primeiro busca o significado. O segundo, a certeza. O grande erro da filosofia desde o corpo platônico até Heidegger, passando pela fenomenologia do espírito de Hegel, foi querer achar pelo exercício da razão a certeza das coisas. A filosofia é um exercício de imaginação. A razão não pode ser reduzida ao entendimento. Existem coisas que, apesar de não se poder ter certeza, não podem deixar de ser pensadas e imaginadas[82]. Não se pode querer pela razão

[82] Para um excelente trabalho a respeito do papel do imaginário na construção das instituições sociais, consultar: CASTORIADIS, 1982.

encontrar o absoluto, a verdade única. Este foi o erro do absoluto hegeliano e da ontologia de Heidegger.

Não acreditamos, portanto, em uma possível natureza humana, nem em uma razão pura ou absoluta. Até mesmo a noção de razão é um conceito histórico. Se a Corte põe na história as diversas formas de se realizar os direitos humanos, não faz o mesmo em relação à própria noção de humano. Isto leva a Corte a defender uma noção universal de ser humano e de direitos humanos que só aceita a diversidade cultural quando da sua concretização. Qualquer discordância das conclusões a que se chegará este trabalho no terceiro capítulo sobre a Lei Muwaji deve partir desde estes conceitos iniciais que trabalhamos no capítulo 1.

Por outro lado, a Corte não soube diferenciar as questões ontológicas e as questões normativas, o que é fonte de grandes problemas até mesmo na seara das discussões filosóficas. Aceitar que os conceitos com os quais trabalhamos são resultado da história particular de um povo ou de uma tradição, por mais abrangente e longeva que seja, não significa que eu não possa defender uma solução política que eu considere a melhor. Eu posso afirmar que o assassinato é algo horrível e que deve ser erradicado. Posso até mesmo me utilizar de termos objetivos para dar força à expressão. Não se trata de uma mera questão de gosto. Trata-se de algo que, para mim, é normativamente objetivo. Eu posso falar que gosto de suco de maçã e você, de uva. Posso me contentar com isso. Mas, em relação ao assassinato, eu não utilizo os termos do gosto, mas termos objetivos. Afirmo que, independente da sua opinião, o assassinato é condenável. Não há nenhum problema nisso, contanto que eu aceite o papel da tradição na formação do que eu entendo por assassinato e das razões pelas quais eu acredito ser ele condenável. Por não saber diferenciar estas questões, a Corte só consegue afirmar a objetividade normativa dos direitos humanos quando ligada a uma naturalização do conceito de humano no plano ontológico.

O segundo argumento é o positivista. De acordo com este argumento, os direitos humanos são universais porque foram acordados universalmente. Primeiro, há de se notar que o positivismo também trabalha com uma ontologia objetivada. Para ele, não há razão ou argumento que justifique uma moral ou ordem jurídica ser melhor do que a outra. Algo só se torna obrigatório para mim quando eu manifesto a minha concordância em relação a ele. Não há nenhum argumento que justifique a vinculação além da manifestação expressa da minha vontade. O positivismo não se questiona a respeito da própria noção de vontade que, como vimos no primeiro capítulo, é historicamente construída. Por desconhecer o papel da tradição no plano ontológico, também defenderá no plano normativo que a concordância é um critério universal para se determinar que algo é moral, bom, justo ou verdadeiro.

Apesar de já criticarmos a posição desde aí, podemos comprar a ideia por um instante para rebatê-la a partir de seus próprios argumentos. Se os direitos humanos são universais, posto que foram acordados internacionalmente, pode-se perguntar: os povos indígenas estiveram presentes durante os debates e, principalmente, participaram da deliberação dos principais tratados? Se a resposta for negativa, como a Corte, que está a tratar de um caso de direito indígena, pode defender a universalidade dos direitos humanos?

Esta é a justificação dada pela Corte para a universalidade dos direitos humanos. Relembrando, a Corte fala que "a invocação das manifestações culturais não pode atentar contra os padrões universalmente reconhecidos de direitos fundamentais" (OEA. Corte IDH, 2001, § 14 do voto conjunto de Trindade, Gómez e Burelli). A única forma de mostrarmos que a nossa leitura dos princípios de moralidade política feita no capítulo 1 se adéqua e justifica as nossas práticas jurídicas é mostrar que a decisão da Corte Interamericana no

caso *Mayagna* é parcialmente errada ou insuficientemente justa quanto aos seus fundamentos.

O terceiro argumento é o do diálogo transcultural. Os direitos humanos são universais posto que são resultado de um consenso entre as diversas sociedades ao longo do tempo. A Corte não faz uso deste argumento. É um raciocínio muito utilizado pela Corte Constitucional Colombiana, mas raramente são mencionados dados que comprovem realmente que houve este diálogo e este consenso (ver: BONILLA, 2006, p. 158).

O nosso objetivo é mostrar que a universalidade dos direitos humanos só pode ser defendida em termos normativos. Que a diferença só será acomodada devidamente, quando percebermos o papel da tradição na construção de nossos preconceitos (como afirma mesmo o argumento da integridade). Somente então será possível recolher da história noções outras de ser humano e de direito, sem medo de recair num relativismo cultural que iguale tudo e todos no mesmo plano de insignificância. Somente desta forma os termos dos textos legais não serão mais encarados como absolutos, mas como particulares e específicos. Por fim, somente assim o direito à autodeterminação será devidamente compreendido como uma exigência de reinterpretação dos direitos individuais e não como algo limitado por eles.

A sentença do caso *Yakye Axa* (OEA. Corte IDH, 2005a), por sua vez, abordou o complicado tema dos conflitos entre o direito à propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular. Como ambos são protegidos pela Convenção Americana, o conflito se resolve, segundo a Corte, com a restrição de um deles. As restrições admissíveis devem se pautar por padrões estabelecidos em lei; devem ser necessárias; proporcionais; e sua finalidade deve ser um objetivo legítimo em uma sociedade democrática (§ 144).

No momento de aplicar estes padrões, os Estados devem levar em conta que os direitos territoriais indígenas são de natureza diversa. Estão intimamente ligados à sobrevivência destes povos, à identidade de seus membros, à reprodução de uma cultura particular (§§ 146 e 147). Assim, a restrição do direito à propriedade individual poderia ser necessária para a consecução de um objetivo coletivo: o de preservar identidades culturais específicas em uma sociedade democrática e pluralista (§ 148).

Nem sempre, porém, os direitos das comunidades indígenas sairão vencedores da ponderação. Por razões concretas e justificáveis, os direitos territoriais indígenas podem ser preteridos. Nestes casos, a compensação deve levar em conta o profundo significado que a terra tem para estes povos (§ 149).

No primeiro capítulo, nos manifestamos contra o método da ponderação. Os direitos não se encontram em conflito. Não se trata de delimitar em que medida um direito limita a atuação do outro. Trata-se, isto sim, de interpretar o direito para saber o que ele protege ou não. A ponderação deixa muito espaço para a arbitrariedade dos Estados. Como o sopesamento será decidido por atores da sociedade abrangente, é bem provável que os direitos territoriais indígenas saiam preteridos. É preciso lembrar, no que seguimos Rawls (2002, p. 4), que a justiça é a virtude primeira das instituições sociais. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. A justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas, nem ao cálculo dos interesses sociais. É preciso diferenciar uma questão de princípio de uma questão de política. Os direitos indígenas conformam uma questão de princípio. Não podem ser sopesados com objetivos maiores da sociedade. Eles não podem ser trocados por uma compensação financeira. A compensação é o último caso. Só em caso de

epidemias, catástrofes ou de completo perigo para a soberania do Estado, pode-se pensar na redução dos direitos indígenas, posto que o mesmo é possível em relação aos direitos fundamentais, como ocorre no estado de sítio ou em guerras.

É verdade que os próprios tratados internacionais e a legislação brasileira falam deste sopesamento entre direitos indígenas e um interesse público pertinente, mas este último deve ser interpretado no sentido de calamidades públicas, situações de risco que também justificariam a limitação dos direitos fundamentais dos demais cidadãos.

Um ponto positivo, no entanto, do caso *Yakye Axa* foi a compreensão da Corte de que a garantia efetiva da propriedade comunal indígena implica também garantir a base material e espiritual sobre a qual se sustenta a sua subsistência, a sua qualidade e projeto de vida, a identidade cultural de seus membros e suas perspectivas de desenvolvimento. Em resumo, para os povos indígenas, a garantia do território não é apenas condição para o exercício do direito de autonomia, mas para todos os direitos econômicos, sociais e culturais (§ 154). Isto corrobora a indissociabilidade entre o direito ao autogoverno e o direito à integridade cultural, entre o aspecto constitutivo e o da continuidade da autodeterminação.

Em relação às reparações, no caso *Mayagna Awas Tingni*, a Corte ordenou que o Estado adotasse em seu direito interno todas as medidas legislativas, administrativas ou de outro tipo necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades comunais indígenas. Em segundo lugar, o Estado deve delimitar, demarcar e titular as terras indígenas da comunidade *Mayagna*. Além disso, deve indenizar pecuniariamente a comunidade pelos prejuízos causados por sua abstenção[83].

[83] Pontos resolutivos 3, 4 e 6 (OEA. Corte IDH, 2001).

A reparação sempre deve transcender a questão pecuniária. Em se tratando da questão da terra, somente a sua garantia jurídica pela via da delimitação, da demarcação e da titulação parece ser suficiente para remediar os danos provocados contra a espiritualidade, a identidade e o projeto de vida destas comunidades.

No caso *Yakye Axa*, a Corte manda que o Estado adote, além das medidas de direito interno necessárias e a identificação e a devolução gratuita do território ancestral da comunidade, meios para garantir a subsistência da comunidade até que se concretize a entrega de seu território, além de um programa de fundo de desenvolvimento comunitário (pontos resolutivos 6 a 10) De forma complementar, a Corte dispõe de duas medidas de satisfação: um ato público de reconhecimento da responsabilidade estatal e a publicação e difusão das partes relevantes da sentença, no idioma da comunidade afetada (pontos resolutivos 11 e 12).

No caso *Moiwana* (OEA. Corte IDH, 2005b), que tratou do massacre de membros da comunidade, o que obrigou os sobreviventes a fugir de seu território, abandonando os cadáveres de seus parentes sem que tivessem a oportunidade de realizar os rituais exigidos por sua tradição espiritual para o descanso dos mortos, a Corte, além das medidas já citadas, determinou duas medidas claramente orientadas a restaurar a autoestima do povo *N'djuka*: um pedido público de desculpas, reconhecendo a responsabilidade estatal, e a criação de um monumento em memória (§§ 216 a 218).

O caso *Moiwana* é um dos mais representativos da ideia de que os imaginários sociais e as ontologias devem ser levadas a sério, como realidades verdadeiras. Os danos materiais e imateriais sofridos pelos membros sobreviventes foram muito graves e vinculam diretamente à cultura *N'djuka*. Segundo relato dos membros, a impunidade dos crimes levou os espíritos ofendidos a se vingarem dos descendentes. Outros relataram a contração de enfermidades ocasionadas pela não realização dos ritos mortuários.

Por fim, a desconexão abrupta com o território levou à degradação da comunidade (§§ 195-6). A Corte considerou todos estes fatores quando do cálculo da indenização. Encarou-os como fatos reais e não apenas como imaginações. Levou a sério a cultura da comunidade ofendida.

Perante os fatos análogos do caso *Plan de Sánchez* (OEA. Corte IDH, 2004), a Corte definiu primeiro claramente os impactos que o massacre provocou na cultura e na identidade étnica dos membros sobreviventes da comunidade[84]. Diante deste quadro, a Corte adotou reparações em dois planos: (a) individual: indenização pecuniária; (b) coletivo: (i) retomada das investigações, para que os sobreviventes saibam a verdade sobre os massacres; (ii) ato público de reconhecimento da responsabilidade; (iii) tradução das sentenças para o idioma maia *achí* e sua difusão; (iv) programa de moradia e desenvolvimento.

Um dos desafios ainda não plenamente abordados e resolvidos pela Corte é a questão do consentimento livre, prévio e informado. Os povos indígenas têm o direito de que não se adotem decisões que afetem diretamente seus direitos e territórios, sem que tenha ocorrido anteriormente uma consulta para se obter o seu consentimento livre, prévio e informado. Este consentimento vincula o Estado? Ou Este pode seguir com os seus programas mesmo diante da oposição dos povos indígenas? Para nós, só se garantirá devidamente a autonomia dos povos indígenas, quando o consentimento for considerado vinculante.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Mary* e *Carry* Dann (OEA. CIDH, 2002, art. 140), pronunciou-se a

[84] Com a morte das mulheres e dos idosos, transmissores orais da cultura maia *achí*, seus conhecimentos não puderam ser passados para as novas gerações. Isto provocou um vazio cultural. Os órfãos não receberam a formação tradicional herdada de seus ancestrais. Por outro lado, a militarização e a repressão a que foram submetidos os sobreviventes, especialmente os jovens, ocasionou a perda da fé nas tradições e no conhecimento dos seus antepassados (OEA. Corte IDH, 2004, § 49.12).

favor de que toda medida que afete os direitos ou interesses de povos indígenas seja precedida por um processo de total informação e mútuo consentimento por parte da comunidade. Isto requer, no mínimo, que todos os membros da comunidade estejam plenamente informados da natureza e das consequências da medida e que seja oferecida a elas a oportunidade efetiva de participar individual e coletivamente. O dever de consultar é um componente essencial das obrigações do Estado para levar a efeito o direito de propriedade comunal dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam (§ 155). A Corte Interamericana, no entanto, ainda não se manifestou em definitivo sobre a questão.

Se a equidade exige que os povos deem o seu consentimento em relação a qualquer medida que afete a sua organização política interna, os seus direitos e interesses, o consentimento deverá ser interpretado como vinculante. Ele deve ser anterior ao projeto ou programa. Nenhuma ação poderá ser iniciada antes de feita a consulta com estes povos. Os indígenas afetados deverão ter a oportunidade plena de manifestar a sua opinião de boa-fé. Para tanto, deverão ter todos os conhecimentos necessários sobre a medida a ser adotada pelo Estado. As dúvidas e os requerimentos deverão ser respondidos e atendidos de pronto.

Sobre o tema, as autoridades da OIT, ao interpretarem a Convenção n.º 169, afirmaram que ela não requer que as consultas cheguem a um acordo com os povos indígenas em todos os casos e instâncias (ver, por exemplo: TOMEI; SWEPSTON, 1996). No entanto, é a própria Convenção que estipula, em seu art. 6.º, § 2.º, o acordo ou o consentimento como um dos objetivos da consulta quanto às medidas propostas. A nossa proposta de interpretação se adéqua melhor e está mais de acordo com os princípios expostos no primeiro capítulo.

Esta compreensão forte da autonomia que agora apresentamos justifica também um entendimento estrito acerca dos

tratados históricos com os povos indígenas. Estes tratados devem ter o mesmo status daqueles outros tratados celebrados entre os Estados. Eles não estão sujeitos à ab-rogação unilateral por parte do Estado. Este não pode se recusar a reconhecer os tratados já celebrados ou se recusar a acordar um novo tratado, quando ele mesmo foi o responsável pela mudança das condições fáticas. Por fim, nenhum Estado pode exercer jurisdição sobre os povos indígenas, a não ser que isto seja acordado por meio de um tratado válido ou acordo livremente celebrado. O Estado também não tem direito à terra por descobrimento. Só pode adquiri-la por meio de concessões aceitas sem coerção de qualquer tipo. Os povos indígenas são nações e assim devem ser tratadas.

O Supremo Tribunal Federal possui um importante precedente acerca da demarcação das terras indígenas, o caso *Raposa Serra do Sol* (BR. STF, 2009). O voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto lembra acertadamente que a Constituição de 88 faz uso do substantivo "índios" por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação das numerosas etnias. Trata-se do propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Também recorda corretamente que os índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim da proteção constitucional. Esta proteção não se limita aos silvícolas, aqueles que ainda habitam a selva.

Por aculturação, não se deve entender mais a perda de identidade étnica, mas o somatório de visões de mundo. As relações interétnicas são de mútuo proveito. Caracterizam ganhos culturais incessantemente cumulativos para ambas as partes participantes. O convívio com não-índios, portanto, não deve significar sinal de perda da condição especial de índio.

A terra indígena não deve ser considerada território político. Toda etnia indígena é uma realidade sociocultural e não possui natureza político-territorial. Somente o território, enquanto categoria

jurídico-política, se põe como âmbito especial de incidência de uma dada ordem jurídica soberana ou autônoma. O substantivo "terras" é termo notadamente sócio-cultural e não político. Por esta razão, as comunidades indígenas brasileiras não se apresentam perante a Ordem Jurídica Internacional como nações.

Em relação à caracterização dos povos indígenas como realidades socioculturais e não unidades políticas e autônomas, o Supremo transparece fazer uso do paradigma ultrapassado do Estado-nação. Para o Relator, é inviável caracterizar aqueles povos como nações, posto que se o fizesse estaria concedendo o direito de secessão e de formação de um novo Estado para estas comunidades. Não é isto o que é previsto atualmente pelo direito internacional, que caracteriza estes povos como nações. Mas são nações que não veem mais na formação de um novo Estado o remédio mais adequado para as suas demandas. Nem por isso elas deixam de ser unidades políticas, autônomas, ao lado de sua caracterização mais comum como grupos socioculturais.

O Relator também afirma corretamente que os arts. 231 e 232 da Constituição são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma carta que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral das minorias, tendo em vista o valor da integração comunitária. No caso, a Constituição viabiliza o desfrute pelos índios de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência para poderem preservar sua identidade linguística e cultural. A Constituição concretiza o valor da inclusão comunitária pela vida da identidade étnica.

Os mencionados artigos constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena. A Constituição faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural destas etnias. A terra, no imaginário coletivo indígena, por exemplo, não é um simples objeto

de direito. É um verdadeiro ente que resume em si toda a ancestralidade e toda a posteridade de uma etnia, donde o reconhecimento do direito a uma posse permanente e a um usufruto exclusivo de suas riquezas e utilidades.

Ao voto do Relator, fez-se agregar salvaguardas institucionais ditadas a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito, que conformou maioria. O fundamento das salvaguardas deve ser criticado na mesma medida em que foi a decisão da Corte Interamericana a respeito do caso *Yakye Axa*.

O Ministro Menezes afirma que muitos dos interesses públicos se encontram representados em sede constitucional. Desta forma, podem estar situados em patamar hierárquico idêntico ao dos direitos indígenas. Nestes casos, quando houver enfrentamento, o fato indígena poderá ter sua força jurígena ou criadora condicionada por tais interesses.

Perceba-se como, apesar do sopesamento ser uma via de mão dupla, não é mencionada a possibilidade dos direitos indígenas condicionarem a realização dos interesses públicos. Isto acontece porque, segundo o próprio Ministro, os interesses indígenas, por mais coletivos que sejam, representam apenas uma parcela da vontade nacional. Assim, dá-se sinal de que os direitos indígenas serão sempre preteridos quando de qualquer ponderação.

Por isso, a ponderação não é recomendada. Esta decisão desvirtua a própria noção de Poder Judiciário como protetor das minorias. O Judiciário existe para resolver as questões de princípio e não para calcular os interesses políticos. É verdade que muitas das salvaguardas condicionantes repetem o que está escrito na Constituição, mas pelo menos duas nos parecem de duvidosa constitucionalidade, as de n.º 5, 6 e 7.

A Cláusula n.º 5 afirma que o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional. A instalação de

bases, unidades, postos militares; a expansão estratégica da malha viária; a exploração das alternativas energéticas de cunho estratégico; o resguardo das riquezas; enfim, todas estas medidas, a critério dos órgãos competentes, poderão ser implementadas independentemente de qualquer consulta às comunidades indígenas afetadas ou à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que as representa.

A Cláusula n.º 6 diz que a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em áreas indígenas, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta aos povos indígenas ou à FUNAI. Por fim, a Cláusula 7.º assevera que o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias para a prestação dos seus serviços públicos, em especial os de saúde e de educação.

Este julgado transparece o fato de que a jurisprudência brasileira muito avançou na garantia dos direitos dos povos indígenas, mas que possui ainda um longo caminho a percorrer até o completo tratamento com igual consideração e respeito[85].

Passemos agora para a (ii) participação. A Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (ONU, 1992), art. 2.º, § 3.º, afirma que as minorias têm o direito de participar efetivamente das decisões

[85] O Tribunal Regional Federal da 1.ª Região (BR. TRF1, 1999) é um exemplo. Deu decisão favorável à ação do Ministério Público Federal requerendo a interdição da área em que a Usina Hidrelétrica de Belo Monte planejava ser construída. A autorização prévia do Congresso é imprescindível. Sua ausência não pode ser suplantada. Trata-se de descuido evidente com o ser humano, principalmente com uma minoria étnica. O impacto ambiental do projeto faz com que ele também tenha de ser submetido ao IBAMA. A Corte Constitucional Colombiana também apresenta casos importantes. Ressaltem-se os casos T-257/1993 e SU-510/97-8. Os direitos territoriais indígenas serviram de base para negar acesso de um grupo de missionários às terras indígenas. A Corte também foi contra as licenças de exploração dadas sem consulta prévia e informada (SU-039/97 e T-652/98).

adotadas em nível nacional e regional, no que diz respeito aos seus interesses ou às regiões onde vivem.

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, na Recomendação Geral n.º 23 sobre Povos Indígenas (ONU. CEDR, 1997), § 4.º, letra "d", afirmou que os povos indígenas têm iguais direitos de participar efetivamente da vida pública e das decisões diretamente relacionadas aos seus direitos e interesses. O Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral n.º 23 (ONU. CDH, 1994), afirmou que o art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos requer a participação dos grupos indígenas em qualquer decisão que possa afetar os seus atributos culturais.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), art. 18, afirma que os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos. Os Estados deverão consultar e cooperar de boa-fé com os povos interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar qualquer medida legislativa ou administrativa que afetem os seus direitos e interesses (art. 19).

O art. 2.º, § 1.º, da Convenção n.º 169 da OIT (ONU. OIT, 1989) declara que qualquer ação coordenada e organizada pelo Estado para proteger os direitos dos povos indígenas ou para garantir a sua integridade deve contar com a participação dos povos interessados. Isto é uma responsabilidade de qualquer governo.

Os governos deverão consultar os povos interessados por meio de procedimentos apropriados e particularmente por meio de suas instituições representativas, sempre que qualquer medida os afetar diretamente. Deverão estabelecer meios adequados para que estes povos possam participar de todos os níveis de decisão, pelo menos no mesmo nível disponível para os outros setores da

população. As consultas deverão ser feitas com boa-fé, com objetivo de alcançar acordo ou consentimento quanto às propostas (art. 6.º).

Segundo o art. 15, § 2.º, do Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA. CIDH, 1996), os povos indígenas têm direito de participar de todos os níveis de processo decisório referente a assuntos capazes de afetar seus direitos, suas vidas e seus destinos. Tal direito poderá ser exercido diretamente ou por intermédio de representantes eleitos por eles conforme seus próprios procedimentos. Terão igualmente o direito a manter e a desenvolver suas próprias instituições decisórias indígenas, além da igualdade de oportunidades de acesso a todas as instituições e foros nacionais.

Os Estados promoverão a inclusão, em suas estruturas organizacionais, de instituições e práticas tradicionais dos povos indígenas, consultando-os com o fito de obter o seu consentimento. As instituições relevantes de cada Estado que sirvam a estes povos serão concebidas com a participação destes povos, de modo a reforçar a sua identidade, cultura, tradições, organização, além de promover os valores dos mesmos (art. 17).

Exceto em circunstâncias excepcionais e com base no interesse público, os planos, programas ou projetos dos Estados que afetem os direitos ou condições de vida dos povos indígenas deverão ser precedidos do consentimento e da participação livre e fundamentada destes povos, para que se conheçam as suas preferências e para que não se inclua disposição alguma capaz de gerar efeitos negativos para eles (art. 21). Os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas deverão ser executados, sempre que possível, mediante a colaboração dos índios (BR. CN, 1973, art. 2.º, inciso VII).

Direito à Integridade Cultural

O argumento da integridade afirma que somente quando interpretarmos as nossas práticas jurídicas a partir dos pressupostos culturais dos povos indígenas é que estaremos acomodando de forma justa a diferença apresentada por estas nações. Quando da definição do melhor arranjo institucional que respeite a diversidade cultural, precisaremos oferecer razões que também sejam compreensíveis para aqueles povos. Do contrário, continuaremos a emitir juízos etnocêntricos. A integridade é o último passo para se chegar ao igual tratamento.

O direito à autodeterminação dos povos tem por conteúdo, segundo o ponto de vista do argumento da integridade, o direito à integridade cultural, isto é, o direito dos povos indígenas de manter e desenvolver livremente e em uma base contínua a sua identidade particular em coexistência com outros setores da sociedade.

Em segundo lugar, os meios necessários devem ser garantidos pelo Estado para que as minorias possam preservar as suas peculiaridades étnicas, tradições, culturas, costumes e práticas. Não haveria verdadeira igualdade entre uma maioria e uma minoria, se esta última não tivesse a possibilidade de manter as suas instituições e fosse obrigada a renunciar aquilo que constitui a verdadeira essência de ser uma minoria.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966a), em seu art. 27, declara que, nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural.

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no caso *Ominayak vs. Canadá* (ONU. CDH, 1990a), afirmou que os direitos e garantias culturais que emergem do art. 27 do PIDCP abrangem as atividades econômicas e sociais dos grupos. Em sua aplicação, o art. 27 protege os interesses de grupos e indivíduos relacionados à integridade de suas culturas. O gozo de direitos conexos à cultura adquire significado no contexto de um grupo. Este entendimento está implícito no próprio art. 27, o qual afirma que todas as pessoas tem o direito de usufruir de sua cultura *em comunidade* com outros membros do grupo.

No caso *Kitok vs. Suécia* (ONU. CDH, 1988), o Comitê demonstrou que o interesse do grupo em sobreviver culturalmente como comunidade distinta pode ter prioridade. Ivan Kitok contestou ato do governo sueco que reservava o direito de exercer uma determinada atividade econômica exclusivamente para os membros das vilas *Saami*. Kitok perdeu seus laços de ancestralidade com a comunidade *Saami* e esta negou a sua readmissão como membro. O Comitê afirmou que o art. 27 não fora violado; que o ato do governo tinha por objetivo proteger a comunidade como um todo.

Em *Hopu & Bessert vs. France* (ONU. CDH, 1997), o Comitê analisou o caso de um Hotel que foi construído em um local onde estavam os restos mortais de povos indígenas. Para complicar a questão, estes povos não conseguiram provar sua linhagem ancestral direta com os mortos enterrados naquele local. O Comitê, no entanto, apontou violações ao direito à família e à privacidade, protegidos pelos arts. 17 e 23 do PIDCP. Para tanto, fundamentou-se na necessidade de se aplicar o conceito particular de família existente na cultura dos povos indígenas afetados. Se, para estes povos, a família inclui ancestrais históricos, logo, os locais sagrados implicam direitos à família e à privacidade.

A Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (ONU,

1992), art. 1.º, sublinha que os Estados protegerão a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural e linguística das minorias dentro de seus respectivos territórios e fomentarão condições para a promoção de identidade.

As pessoas pertencentes a minorias nacionais, étnicas ou linguísticas terão direito a desfrutar de sua própria cultura, a professar e praticar sua própria religião e a utilizar seu próprio idioma, em privado e em público, sem ingerência nem discriminação alguma (art. 2.º).

Os Estados adotarão medidas para criar condições favoráveis a fim de que as pessoas pertencentes às minorias possam expressar suas características e desenvolver a sua cultura, idioma, religião, tradições e costumes, salvo em casos em que determinadas práticas violem a legislação nacional e sejam contrárias às normas internacionais (art. 4.º).

A Declaração de São José (ONU. UNESCO, 1982) demonstra, em seu preâmbulo e art. 1.º, preocupação com a perda da identidade cultural entre os povos indígenas da América Latina. Este complexo processo de raízes históricas, sociais, políticas e econômicas chama-se etnocídio. O etnocídio significa que a um grupo étnico é negado o direito de usufruir, desenvolver e transmitir sua própria cultura e língua, tanto coletiva como individualmente. Isto envolve uma forma extrema de violação em massa dos direitos humanos e, em particular, do direito dos grupos étnicos a terem suas identidades culturais respeitadas. O etnocídio é o genocídio cultural, uma violação de direito internacional equivalente ao genocídio.

A Declaração de Princípios de Cooperação Cultural Internacional (ONU. UNESCO, 1966) afirma, em seu art. 1.º, que toda cultura possui uma dignidade e um valor que devem ser respeitados e preservados; que todo povo tem o direito e o dever de desenvolver sua cultura; que todas as culturas, em razão de sua rica

variedade e diversidade e por causa da influência recíproca que elas exercem uma sobre a outra, fazem parte de uma herança comum que pertence a toda a humanidade.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007), em seu art. 8.º, § 1.º, afirma que os povos e as pessoas indígenas têm o direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e o ressarcimento de todo ato que tenha por consequência a privação dos povos de sua integridade como grupos distintos ou de seus valores culturais ou ainda de sua identidade étnica (§ 2.º).

Os povos indígenas tem direito a praticar e a revitalizar suas tradições e costumes culturais. Isto inclui o direito a manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais, interpretações e literaturas. Os Estados proporcionarão reparação, que poderá incluir a restituição, estabelecida conjuntamente com estes povos, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que foram privados, sem seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes (art. 11, §§ 1.º e 2.º).

Estes povos têm o direito de manifestar, praticar, desenvolver e ensinar suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas; de manter e proteger seus lugares religiosos e culturais e de ter acesso a estes de forma privada; de utilizar e dispor de seus objetos de culto e de obter a repatriação dos restos humanos de seus parentes. Os Estados procurarão facilitar o acesso ou a repatriação de objetos de culto e restos humanos que possuam, mediante mecanismos justos, transparentes e eficazes, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas interessados (art. 12).

Eles têm ainda o direito de revitalizar, utilizar, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas, além do direito de atribuir e manter os nomes de suas comunidades, lugares e pessoas (art. 13, § 1.º). Tem também o direito a que a dignidade e a diversidade de suas culturas, tradições, histórias e aspirações sejam devidamente refletidas na educação pública e nos meios de informação públicos (art. 15, § 1.º).

Os povos indígenas têm direito a seus medicamentos tradicionais e a manter suas práticas de saúde, incluindo a conservação de suas plantas, animais e minerais (art. 24, § 1.º). Tem o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem (art. 25).

As comunidades indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes, jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas (art. 31, § 1.º).

Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos (art. 34). No exercício destes direitos, serão sempre respeitados os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos (art. 46).

A Convenção n.º 169 da OIT (ONU. OIT, 1989), em seu art. 5.º, afirma que, ao se aplicar as provisões da Convenção, os valores

e práticas socioculturais, religiosas e espirituais destes povos deverão ser reconhecidos e protegidos. A integridade dos valores, práticas e instituições desses povos deve ser respeitada.

Ao se aplicar as leis nacionais aos povos indígenas, a devida consideração deverá ser dada para os seus costumes e leis consuetudinárias. Estes povos têm o direito de manter seus costumes e instituições, sempre quando não forem incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema legal nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Os procedimentos devem ser estabelecidos, sempre que necessário, para resolver os conflitos que possam surgir quando da aplicação deste princípio (art. 8.º).

Na medida em que for compatível com o sistema legal nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos costumeiramente praticados por estes povos para lidar com ofensas cometidas por seus próprios membros deverão ser respeitados. Os costumes destes povos no que diz respeito à matéria penal devem ser levados em consideração pelas autoridades e Cortes ao lidar com estes casos (art. 9.º).

As crianças destes povos, sempre que possível for, deverão ser ensinadas a ler e a escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais utilizada pelo grupo. Medidas devem ser tomadas para preservar e promover o desenvolvimento e a prática das línguas indígenas destes povos (art. 28).

O Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA, CIDH, 1996), art. 2.º, § 2.º, afirma que os Estados reconhecerão o direito dos povos indígenas à sua ação coletiva, a suas próprias culturas, a professar e praticar suas crenças espirituais e a usar seus idiomas. Os indivíduos indígenas têm o direito de pertencer aos povos indígenas, de acordo com as suas tradições e costumes (art. 3.º).

Os povos indígenas têm o direito de preservar, expressar e desenvolver livremente sua personalidade cultural, em todos os seus aspectos, livres de qualquer tentativa de assimilação. Os Estados não adotarão, apoiarão ou favorecerão política alguma de assimilação artificial ou forçada, de destruição de uma cultura ou que implique possibilidade alguma de extermínio de um povo indígena (art. 5.º).

Os povos indígenas têm direito à sua integridade cultural e ao seu patrimônio histórico e arqueológico, os quais são importantes tanto para sua sobrevivência como para a identidade de seus membros. Tem direito também à restituição de propriedades integrantes deste patrimônio de que tenham sido despojados ou, quando isto não for possível, a uma indenização. Os Estados devem reconhecer e respeitar as formas de vida dos indígenas, seus costumes, tradições, formas de organização social, instituições, práticas, crenças, valores, vestuário e idiomas (art. 7.º).

Os povos indígenas têm direito a seus idiomas, filosofias e concepções lógicas como componentes da cultura nacional e universal. Como tais, os Estados deverão reconhecê-los, respeitá-los e promovê-los (art. 8.º). Em colaboração com os povos indígenas interessados, medidas devem ser tomadas para assegurar que seus lugares sagrados, incluídos os locais de sepultura, sejam preservados, respeitados e protegidos. Os Estados devem garantir o respeito do conjunto da sociedade à integridade dos símbolos, práticas, cerimônias sagradas, expressões e protocolos espirituais indígenas (art. 10).

Os povos indígenas terão direito ao reconhecimento legal e à prática de sua medicina tradicional, tratamento, farmacologia, práticas e promoção da saúde, inclusive da prevenção e reabilitação. Este direito se estende à proteção das plantas de uso medicinal, dos animais e minerais essenciais à vida em seus territórios tradicionais (art. 12).

O direito indígena deve ser reconhecido como parte da ordem jurídica dos Estados. Os povos indígenas têm o direito de manter e fortalecer seus sistemas jurídicos e de aplicá-los aos assuntos internos de suas comunidades, inclusive os sistemas relacionados à solução de conflitos, para prevenir o crime e manter a paz e a harmonia. Na jurisdição de cada Estado, os assuntos referentes a pessoas indígenas ou aos seus interesses serão geridos de modo a proporcioná-los o direito de plena representação, com dignidade e igualdade perante a lei. Isso incluirá a observância do direito e dos costumes indígenas (art. 16).

Por fim, os Estados promoverão a inclusão, em suas estruturas organizacionais, de instituições e práticas tradicionais dos povos indígenas, consultando-os e obtendo seu consentimento. As instituições relevantes de cada Estado que sirvam aos povos indígenas serão concebidas consultando os povos interessados, de modo a reforçar e promover a identidade, a cultura, as tradições, a organização e os valores desses povos (art. 17).

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, na Recomendação Geral n.º 23 sobre Povos Indígenas (ONU. CEDR, 1997), § 4.º, pede que os Estados reconheçam e respeitem a cultura, a história, a linguagem e as formas de vida distintas dos povos indígenas, promovendo a sua preservação. Devem também assegurar que as comunidades indígenas possam exercer o seu direito de praticar e de revitalizar as suas tradições e costumes.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA. CIDH, 1993, §§ 293 e 295-8) também afirmou o direito a ter diferenças aceitas. A Comissão entendeu que os povos indígenas têm o direito de preservar e desenvolver as suas estruturas econômicas tradicionais, instituições e formas de vida, além de ter seu próprio desenvolvimento cultural.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o caso brasileiro do povo *Yanomami* (OEA. CIDH, 1985, §§ 24 e 33), tratou da demarcação da terra deste povo que fora invadida por mineradores à procura de ouro. A Comissão afirmou que o direito internacional reconhece o direito destes grupos a especial proteção de todas as características necessárias para a preservação de sua identidade cultural. Para fundamentar esta prescrição, a Comissão só fez uso do art. 27 do PIDCP, mesmo o Brasil não sendo parte do Pacto à época. Mesmo assim, a Comissão considerou ser aquele um princípio de direito costumeiro ou um princípio geral do direito internacional[86].

No caso *Aleoboetoe vs. Suriname* (OEA. Corte IDH, 1991, 1993), a Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou de um massacre cometido por soldados contra a vila *Saramaca*. a Corte não precisou adentrar os méritos do caso. Suriname admitiu a responsabilidade pelos atos de seus agentes. É importante notar, mesmo assim, que a Corte considerou o direito costumeiro de *Saramaca* sobre relações familiares e sucessões para determinar a reparação e os seus beneficiários. Para calcular a compensação, o costume *Saramaka* foi levado em consideração. O costume é a base para a interpretação destes termos, até o ponto em que não contradiz a própria Convenção Americana (par. 62).

Juiz Cançado Trindade, em seu voto no caso *Sawhoyamaxa* (OEA. Corte IDH, 2006, §§ 28-34), inovou ao afirmar que o respeito à identidade cultural é um componente do próprio direito fundamental à vida, tomado em sentido amplo. A identidade se forma com o passar do tempo, com a trajetória histórica da vida em comunidade. No caso dos povos indígenas, a identidade de seus membros está ligada estreitamente com as terras ancestrais. Privá-los das terras afeta seriamente sua identidade cultural e, por consequência, o direito à vida de cada um e de todos os membros da

[86] Ver também: DAVIS, 1988, p. 10-12, 17-40.

comunidade. Da reconstrução e preservação da identidade cultural depende um projeto de vida e de pós-vida de todos os integrantes.

A Constituição do Brasil (BR. CN, 1988), no art. 215, afirma que o Estado deverá garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, assim como o acesso às fontes da cultura nacional. Deverá apoiar e incentivar a valorização e a difusão de todas as manifestações culturais. Ele protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, bem como de todos os outros grupos que fizeram parte da formação da sociedade brasileira (§ 1.º). A lei deverá dispor sobre a fixação de datas comemorativas de grande significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (§ 2.º). Estabelecerá também o Plano Nacional de Cultura que visará o desenvolvimento cultural do país e a valorização da diversidade étnica e regional (§ 3.º, inciso V).

O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro. Constituem este patrimônio os bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, tais como as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos, os sítios de valor histórico, paisagístico, arqueológico, entre outros (art. 216).

O art. 231 da Constituição também reconhece aos povos indígenas os seus costumes, línguas, crenças e tradições. Apesar do Brasil adotar a língua portuguesa como idioma oficial, no art. 210, § 2.º, a Carta assegura às comunidades indígenas o uso de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem quando do ensino.

O Estatuto do Índio (BR. CN, 1973), art. 6.º, afirma que serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas

e seus efeitos nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

No art. 46, declara que será assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão. A alfabetização, inclusive, dos índios far-se-á na língua do grupo a que pertencem (art. 49). Será tolerada, por fim, a aplicação pelos grupos indígenas e de acordo com as suas instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não se revistam de caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte (art. 57).

Tomemos como paradigma o art. 8.º da Convenção n.º 169 da OIT, que afirma terem os povos indígenas o direito de manter seus costumes e instituições, sempre quando não forem incompatíveis com os direitos fundamentais estabelecidos pelo sistema legal doméstico, nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

A nossa hipótese de que o direito à autodeterminação dos povos indígenas não é limitado pelos direitos individuais parece não passar no teste da adequação. Duas outras teorias parecem passar neste teste com facilidade, a do liberalismo puro e a do liberalismo multicultural de Kymlicka[87]. O liberalismo puro só reconhece a diversidade cultural até o ponto em que ela não ameace os direitos individuais. Parece ser esta a teoria adotada pela Convenção. Mas, se assim é, por que esta mesma Convenção exige que procedimentos sejam estabelecidos para resolver os conflitos que possam advir da

[87] Bonilla (2006) afirma que são estas as três posições que a Corte Constitucional Colombiana já assumiu ao tratar da tensão entre direitos individuais e diferença radical. A nossa hipótese é chamada por este autor de interculturalismo radical. Ela manda maximizar a autonomia política e jurídica das minorias nacionais, enquanto minimiza as restrições à diversidade. Se "radical" significar que a virtude da justiça não aceita compromissos políticos, a sugestão de nome será considerada bem-vinda.

aplicação da regra? O liberalismo puro parece muito mais intransigente e indisponível para qualquer diálogo.

Por isto, a teoria que mais se adequa em uma primeira leitura é o liberalismo multicultural de Kymlicka. Reconhece-se o direito à diversidade cultural quando ele prover proteções externas para os grupos minoritários. Os Estados não podem coagir as minorias a se liberalizarem. Por isso, procedimentos devem ser estabelecidos, justamente para iniciar o diálogo e o convencimento por meios não-coercitivos.

A questão parece ainda mais difícil para a nossa hipótese quando lembramos do art. 5.º, § 1º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966a) o qual afirma que nenhuma disposição poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. Idêntica disposição também se encontra no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966b), art. 5, § 1.º.

O mesmo se diga da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (ONU. UNESCO, 2001), a qual afirma, no art. 4.º, que a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Mas que ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar o seu alcance. A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Manifestações Culturais (ONU. UNESCO, 2005), no art. 2.º, afirma claramente que a diversidade cultural só poderá ser protegida e promovida, se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, incluindo a liberdade de expressão, informação, comunicação e a possibilidade dos indivíduos escolherem suas expressões culturais.

O problema é que sabemos que tanto o liberalismo puro como o liberalismo multicultural são insuficientemente igualitários. Precisamos interpretar as normas de direitos humanos para que a nossa hipótese possa se adequar ao texto dos tratados. Ao contrário do que se pensa, isto não precisará de uma grande argumentação, até porque grande parte dela já foi desenvolvida até aqui.

É verdade que a diversidade cultural não pode ser usada para justificar violações de direitos humanos. Mas a concepção de direitos humanos que utilizamos também precisa ser interpretada de forma intercultural, para que não emitamos juízos etnocêntricos aparentemente neutros. Um exemplo bastará para finalizar o assunto. Vimos que o Estatuto do Índio, em seu art. 57, permite a aplicação pelos grupos indígenas de sanções penais contra os seus membros, desde que não sejam cruéis ou infamantes. Mas o que significa ser uma pena cruel ou infamante? Existe um critério único e universal para se determinar quando um castigo deixa o espaço da ressocialização e adentra o da tortura? A partir do momento em que começamos a refletir sobre as noções que antes usávamos de forma irrefletida, podemos ter a certeza de que o argumento da integridade está agindo. Somente desta forma o direito à integridade cultural poderá ser respeitado. A nossa hipótese, então, se adequa e melhor justifica o nosso direito.

DIÁLOGO E UNIDADE NACIONAL

Comprovamos que o direito à autodeterminação dos povos indígenas pode ser justificado por três argumentos de princípio: o da igualdade, o da equidade e o da integridade. E o fizemos de maneira indireta, pela delimitação de seu conteúdo. À igualdade, corresponde o direito a não-discriminação. À equidade, o direito ao autogoverno

que se desmembra em autonomia e participação. Por fim, à integridade, o direito à integridade cultural.

Para garantir estes três direitos que conformam o gênero maior do direito à autodeterminação, muitas vezes será imprescindível que os direitos humanos fundamentais sejam interpretados interculturalmente, dando-se atenção para os preconceitos que muitas vezes utilizamos de forma irrefletida e sem averiguar a sua legitimidade. É preciso, ao aplicar a legislação, dar-se conta dos pressupostos culturais destes povos, para que não façamos juízos de enfrentamento. Chegamos à conclusão de que a melhor interpretação do direito à autodeterminação, segundo o princípio da igualdade, é aquela que diz que este direito não é limitado pelos direitos individuais. Pelo contrário, ele manda reinterpretarmos estes direitos.

Muito esforço não precisará ser feito para comprovar, por fim, que o diálogo com estas culturas deve se dar por meio das convenções do mútuo reconhecimento, do consentimento e da continuidade. Isto porque as três convenções também guardam coerência de princípio com os três argumentos anteriormente delineados. Assim, podemos dizer finalmente que a igualdade exige o direito a não-discriminação e o mútuo reconhecimento das partes como iguais durante o diálogo. A equidade reclama o direito de autogoverno e o consentimento passa a ser necessário. A integridade está ligada ao direito à integridade cultural e à continuidade. A história de cada comunidade deve ser contínua, sem solução de continuidade. Se assim é, todos os artigos e decisões que mencionamos, apesar de existirem muitas mais, servem para também justificar a adequação das três convenções.

A unidade nacional só pode ser alcançada por meio de um diálogo contínuo entre todas as culturas que existem em um Estado. Qualquer tentativa de desigual tratamento, assimilação ou solução de continuidade irá deixar de considerar as minorias como pessoas

igualmente dignas, o que só aumentará o número de conflitos[88]. Ao contrário do que se pensa, a promoção dos direitos indígenas fortalecerá a democracia (OEA, 2001).

A Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais (ONU, 1960), em seu preâmbulo, se mostra consciente de que os crescentes conflitos surgem do ato de negar a liberdade aos povos até hoje colonizados. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (ONU. UNESCO, 2001) afirma que o respeito à diversidade das culturas e a tolerância são as melhores garantias de paz e segurança. A harmonia social só pode ser alcançada por uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BR. CN, 1988). Assim afirma a Constituição do Brasil de 1988.

[88] Para um panorama geral dos conflitos motivados por fatores culturais, consultar: STAVENHAGEN, 2000; para conhecer mais as lutas por autodeterminação dos povos indígenas da América Latina, cf. POLANCO, 1997.

CAPÍTULO 3

Lei Muwaji: Do Discurso ao Diálogo

LEI MUWAJI: DO DISCURSO AO DIÁLOGO

Este terceiro capítulo trata da constitucionalidade do projeto de lei n.º 1.057/2007, proposto pelo Deputado Federal Henrique Afonso (à época PT/AC e atualmente PV), mais conhecido como Lei Muwaji e que dispõe sobre o combate às práticas tradicionais nocivas e sobre a proteção dos direitos humanos fundamentais de crianças indígenas. Trata-se de analisar se o referido projeto se adapta ao texto da Constituição e aos princípios de moralidade política que dela emanam, depois de devidamente interpretado.

A hipótese é a de que o mencionado projeto é inconstitucional. Primeiramente, fere o princípio da igualdade. Trata as minorias indígenas de forma discriminatória. Em segundo lugar, o princípio da equidade não é obedecido. Os povos indígenas não participaram das audiências públicas nem dos processos de deliberação. Questiona-se, inclusive, se o Poder Legislativo brasileiro possui competência para legislar sobre assuntos internos às organizações políticas desses povos. Por fim, não se segue o princípio da integridade. Não se leva em consideração os pressupostos culturais destes povos, isto é, as perspectivas ameríndias a respeito das mencionadas "práticas nocivas". Oferecem-se argumentos e motivos muitas vezes incompreensíveis para a sua cosmovisão. O projeto é, portanto, ilegítimo.

Em primeiro lugar, iremos expor os antecedentes fáticos que levaram à propositura do projeto. Logo após, analisaremos os seus termos, assim como o seu trâmite no Congresso Nacional, incluindo a análise do substitutivo proposto pela Deputada Federal Janete Rocha Pietá. Em seguida, elencaremos os artigos aplicáveis especificamente à questão e raciocinaremos a partir das perspectivas indígenas trazidas por alguns relatos etnográficos. Por fim,

analisaremos propriamente a constitucionalidade do projeto de lei e de seu substitutivo, a partir das considerações feitas até aqui.

Grande parte das falas dos agentes políticos são desdobramentos de uma concepção hegemônica do que é vida e do que é humano. Como afirmou Taylor, no primeiro capítulo, são preconceitos irrefletidos camuflados de discursos neutros. Quando o Deputado Federal Afonso Henrique afirmou, em audiência pública (2005), que "as culturas indígenas precisam de transformação nos seus aspectos sombrios e negativos" e que não se pode ir contra "aquilo que, internacionalmente, já é consenso nos marcos do século XXI, exatamente o direito à vida", foi possível perceber que a votação do projeto de lei n.º 1.057/2007 não tratava meramente da punição de uma prática, mas da demarcação das fronteiras políticas entre os povos indígenas e o Estado brasileiro. O que está em discussão neste projeto de lei são os limites do direito à autodeterminação dos povos indígenas previsto pela Constituição.

Estas falas permitem transparecer o debate sobre quem tem legitimidade para demarcar ou outorgar as fronteiras da moralidade. Se o direito à vida é um direito basilar que consta de todos os tratados internacionais de direitos humanos e também fundamento de inúmeras Constituições nacionais, o problema é antes a sua interpretação de maneira restrita por parte dos legisladores e dos atores jurídicos, que o compreendem, assim como todo o conjunto dos direitos humanos, como direitos do indivíduo, suprimindo-se a possibilidade de abranger novas alteridades. Trata-se da crença na possível neutralidade do Estado em relação ao plano da cultura. Trata-se do que Taylor chamou de naturalização do discurso. Os agentes não mais refletem acerca das concepções das quais fazem uso.

Sabemos, no entanto, que esta noção de indivíduo é um emblema moderno. Sem aperceber-se, cria-se um racismo institucional que descaracteriza os povos indígenas como sujeitos

coletivos e os reduz a meros objetos de direito em sempiterna desvantagem. O objetivo deste capítulo é desvelar estas concepções naturalizadas acerca do que é vida, humano e do ser criança, tudo com o fito de questionar a legitimidade de quem tem a autoridade para demarcar os limites da moralidade.

ANTECEDENTES FÁTICOS E O PROJETO DE LEI

Hakani[89] nasceu no ano de 1995, filha de uma mulher Suruwahá. Nos primeiros dois anos de vida, ela não se desenvolveu como as outras crianças. Não aprendeu nem a falar nem a andar. A comunidade percebeu e pressionou seus pais para matá-la. Em muitos povos, o ser vivo só se torna ser humano e membro do grupo quando demonstra aptidão para a vida em sociedade. Deficientes e gêmeos são considerados muitas vezes portadores de espíritos maus que podem trazer mau agouro para a comunidade. O melhor a se fazer é eliminá-los.

Os pais não se mostraram capazes de sacrificá-la. Preferiram a morte. Ambos se suicidaram. A responsabilidade passou para o mais velho dos quatro irmãos de Hakani. Ele a levou até a capoeira ao redor da maloca e a enterrou viva, em uma cova rasa. No entanto, o seu choro abafado debaixo da terra podia ser ouvido. Alguém a desenterrou e a entregou para o seu avô, o qual apontou para ela o seu arco e flecha, mas errou o coração, perfurando o seu ombro. Arrependido, o avô ingeriu uma porção do venenoso timbó.

Hakani passou a viver como um espírito amaldiçoado. Por três anos ela sobreviveu bebendo água de chuva e comendo cascas de árvore, folhas, insetos e, ocasionalmente, algum resto de comida

[89] Relato da Organização Não-Governamental ATINI, Voz pela Vida. Para mais informações, acessar o sítio virtual: <www.hakani.org>.

que o irmão mais velho deixava para ela. Além do abandono, ela era continuamente agredida física e moralmente. Por fim, um de seus irmãos a levou até a casa de um casal de missionários que trabalhava com o povo Suruwahá por mais de vinte anos.

Hakani estava terrivelmente desnutrida e muito doente. Com cinco anos de idade, ela pesava 7 quilos e media apenas 69 centímetros de altura. O casal cuidou dela por um tempo na floresta. Logo após, pediram permissão do governo para levá-la à cidade. Sem tratamento médico especializado, ela só conseguiria sobreviver por mais alguns dias.

Em apenas seis meses, ela começou a andar e a falar. Em um ano, seu peso e altura simplesmente dobraram. No entanto, era só o começo de uma longa batalha judicial pela adoção de Hakani por parte do casal de missionários. Estes alegavam que o direito à vida é universal e que não depende da cultura. O direito à diversidade cultural não pode ser invocado quando práticas violam os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Do outro lado, formou-se outra frente de opinião, com o apoio do Ministério Público Federal (MPF), a favor do respeito para com o direito à autodeterminação dos povos indígenas. Esta prática é a manifestação de uma visão de mundo particular. A melhor solução seria não a adoção da criança pelos missionários, mas um diálogo com a comunidade para saber o que deveria ser feito. Caso a criança não fosse aceita de volta, ela poderia ainda ser realocada para outra comunidade disposta a aceitá-la. A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), como representante destas comunidades, deveria estar à frente deste processo.

A juíza do caso decidiu a favor da adoção da menina pelo casal de missionários. Em sua justificativa, afirmou que em casos tão difíceis como este, em que valores de igual hierarquia protegidos pela Constituição entram em conflito, necessário é proceder a uma

ponderação entre o direito à vida e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. Chega-se, assim, à conclusão de que o direito à vida deve prevalecer. O reconhecimento de práticas e costumes pelo art. 231 da Constituição não abarca ações que violem os direitos do indivíduo. Legitimar uma prática só por ela ser localmente aceita seria desconsiderar todos os avanços da humanidade a partir da positivação dos direitos humanos. Desta forma, Hakani foi entregue ao casal de missionários e hoje possui mais de 12 anos, é saudável, como qualquer outra criança.

A etnia Suruwahá vivenciou ainda mais dois casos amplamente divulgados pela imprensa. Os Suruwahá vivem na bacia do rio Purus, no sudoeste do Amazonas e contam com aproximadamente 144 membros. Para eles, como para parte das comunidades indígenas, a coletividade é central para o seu modo de vida. Os problemas não são apenas compartilhados por todos, mas dizem respeito a todos. A alegria do nascimento de uma criança é uma questão que envolve não só os pais ou parentes, mas toda a comunidade. Da mesma forma, não poderia deixar de ser quando Sumawani e Iganani nasceram, respectivamente, com hermafroditismo e paralisia cerebral, pondo-se a pergunta sobre o que deveria ser feito.

As duas crianças não foram abandonadas ao nascer. Os Suruwahá não são um povo isolado e conhecem os benefícios que podem trazer os recursos médicos do homem branco. O cacique da comunidade propôs que as crianças recebessem os cuidados médicos do homem branco e, caso fossem curadas, poderiam retornar ao convívio da aldeia. As crianças receberam tratamento na cidade de São Paulo com a ajuda do grupo missionário evangélico e filantrópico de nome Jovens com uma Missão, ou simplesmente JOCUM. Infelizmente, Sumawani morreu de desidratação, quando já havia se reintegrado à aldeia após a cirurgia que lhe curou do hermafroditismo e depois da injeção de hormônios. Iganani ainda

está em tratamento na cidade de Brasília. Sua mãe, Muwaji, a acompanha. A sua doença precisa de acompanhamento diário.

O tema apresenta também repercussões na Região Amazônica e em especial no Estado do Pará. No hospital municipal da cidade de Altamira, foi internada, em fevereiro de 2011, a criança indígena Igigi da etnia Araweté, de apenas 5 anos, com sinais de queimadura por todo o corpo, hematomas na boca, além de um estado de anemia grave[90]. Por ter nascido com problemas de saúde, a criança precisou passar 2 anos em Belém. Os pais não quiseram acompanhá-la. Quando ela retornou à aldeia, não estava mais adaptada aos costumes da comunidade, nem falava direito mais o idioma dos Araweté, só o português, o que pode ter provocado a rejeição. As suspeitas são de que seus pais a tenham jogado no fogo.

A menina foi novamente vítima de maus tratos, desta vez na Casa de Serviços ao Índio (CAS) em Belém, uma espécie de abrigo para pessoas indígenas vindas de outras partes do Estado. O Conselho Tutelar foi acionado após a criança ter dado entrada na Santa Casa de Misericórdia de Belém em estado de anemia aguda. A família dela está na capital paraense há três semanas, hospedada na CAS, e durante todo este período, a criança teria ficado dentro do quarto, sem receber comida. Para o funcionário da Casa, as autoridades continuam insistindo em deixar a criança nas mãos dos pais. Estes justificam o tratamento falando de um suposto ritual indígena, dizendo que a menina tem doença de homem branco.

O caso foi considerado grave pelo vice-presidente da Comissão Nacional da Criança e do Adolescente, o qual ressaltou que as tradições e a cultura indígena merecem respeito, mas que elas não podem se sobrepor à Constituição, nem aos tratados internacionais que tratam da proteção especial e integral da criança e do adolescente. Para um dos conselheiros tutelares, os dirigentes

[90] Ver notícia no sítio virtual: <http://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=98421&id_pov=24>.

da FUNAI insistem em deixar a criança na comunidade onde ela vive.

O Ministério Público Estadual decidiu por pedir à Justiça que a guarda provisória da menina fique com a enfermeira da FUNAI. O juiz da vara infância e da juventude da comarca de Altamira decidiu que a criança deve ficar temporariamente sob a guarda da enfermeira. O Promotor do caso não acredita que a pequena indígena volte ao convívio da família[91].

A internação de uma criança indígena da etnia Ianomâmi em um hospital de Manaus, em 2009, também levantou a mesma crise institucional. Os pais da criança queriam retirá-la e levá-la para a aldeia. A Justiça Estadual, porém, concedeu uma ordem para que a menina, vítima de hidrocefalia (condição na qual há líquido cérebro-espinhal em excesso), permaneça no local até ter alta. Por outro lado, a FUNAI ameaça recorrer da decisão para garantir os direitos dos pais da menina. Em meio a tudo isto está também o Conselho Tutelar, que teme ser a criança sacrificada quando do retorno à comunidade, como parte do ritual da etnia.

Para o administrador regional da FUNAI em Manaus, a decisão é ilegítima e não está amparada pela Constituição. Os povos indígenas têm direito às suas próprias crenças. Os pais da menina não acreditam mais na medicina ocidental e querem que ela tenha os seus últimos dias na aldeia. Para um antropólogo, o caso mostra de forma emblemática o embate interétnico entre as culturas indígenas e a ocidental. Para ele, se o não-índio está hoje discutindo a eutanásia e o aborto de fetos anencefálicos, esta já é uma questão resolvida

[91] No dia 17 de fevereiro de 2011, o referido juiz indeferiu liminar pleiteada pelo Ministério Público Estadual, o qual requereu a destituição do poder familiar dos pais da criança Araweté. Os pais da criança foram ouvidos pelo magistrado. Novas testemunhas serão arroladas. O juiz determinou prazo de 30 dias para que a FUNAI apresente estudo antropológico da situação da menina na comunidade. A criança também passará por avaliação psicossocial, a ser realizada por equipe interdisciplinar. Somente após as audiências de instrução e julgamento e da apresentação destes estudos, o juiz julgará o mérito da ação. O processo corre em segredo de justiça.

para os Ianomâmis. Eles precisam de gente saudável e uma criança com deficiência gera uma série de transtornos aos integrantes da aldeia.

A juíza do caso defendeu a sua decisão de manter a menina no hospital. Afirmou que está analisando apenas o fato dela se tratar de uma criança. Ela não entrou no mérito dela ser indígena ou não. Antes de tudo, ela é apenas uma criança.

O tema tem forte apelo publicitário. Motivou jornais e revistas de todo o país a emitir editoriais sobre o assunto. Isto ensejou também a discussão pública na sociedade civil e, por fim, impulsionou uma participação mais ativa do Estado em relação ao tema.

Em dezembro de 2005, a Comissão da Amazônia, Integração Nacional e Desenvolvimento Regional da Câmara dos Deputados, por requerimento dos Deputados Henrique Afonso (à época do PT/AC e hoje do PV) e Zico Bronzeado (PT/AC), realizou audiência pública que teve por tema o "esclarecimento sobre denúncia de retirada não autorizada de crianças de aldeia indígena". Participaram o vice-presidente da FUNAI, a presidente e os missionários da JOCUM – Jovens Com Uma Missão e o diretor do Departamento de Saúde Indígena da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA).

Os missionários da JOCUM foram acusados pela FUNAI e pelo Ministério Público Federal de retirarem as crianças indígenas sem autorização. Os missionários buscaram se justificar, afirmando possuírem autorização verbal da FUNASA e da FUNAI para levarem as crianças Suruwahá para tratamento em São Paulo.

Formaram-se novamente os dois blocos de opinião[92]: aqueles favoráveis ao direito à vida e aqueles outros que defendiam o direito à autodeterminação. No primeiro bloco, poderíamos colocar, além

[92] O relato dos discursos feitos nas audiências públicas e dos argumentos utilizados não seria impossível sem a pesquisa de RODRIGUES (2011), o qual teve acesso direto às fontes taquigráficas.

da JOCUM, a organização não-governamental ATINI (que significa "voz pela vida" em Suruwahá), o Deputado Henrique Afonso e a bancada evangélica do Congresso Nacional. Do outro lado, temos a FUNAI, o MPF e o CIMI (o Conselho Indigenista Missionário, organismo da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, CNBB).

Um dos argumentos centrais apresentados pelos missionários da JOCUM é o de que a vida tem mais valor do que a cultura. O ser humano vale porque existe e não por causa da sua específica condição de índio ou brasileiro. Este argumento geralmente é formulado em tom jusnaturalista. Diz-se que os direitos humanos decorrem da própria natureza humana. Que o ser humano é sujeito desses direitos, pelo simples fato de ter nascido.

Muitas vezes, no entanto, o argumento é formulado em bases positivistas. Afirma-se que o Brasil é signatário dos principais tratados de direitos humanos, os quais afirmam a universalidade e a supremacia dos direitos humanos. Quando há colisão entre direitos fundamentais de igual hierarquia, prevalece o direito à vida e à integridade física em detrimento do direito à cultura. Fala-se até que isto é ponto pacífico no direito.

A manifestação do Deputado Federal Henrique Afonso é exemplar deste grupo. Na audiência pública (2005), o Deputado afirmou que as culturas indígenas precisam ser transformadas nos seus aspectos sombrios e negativos. Desenvolver a cultura é um dos dons que o Criador deu aos seres humanos. A fé cristã deve buscar transformá-los a fim de que a dignidade e o direito à vida plena triunfem. Deve-se procurar respeitar os estudos antropológicos, mas não se pode estar preso à presunções científicas, muitas vezes passando por cima da vida. O direito à vida deve estar acima de todos os elementos culturais.

Do outro lado e a favor da maior autodeterminação dos povos indígenas, os atores políticos ressaltam que o direito à diferença está

protegido pelo art. 231 da Constituição. A Carta Maior resguarda as normas de direito consuetudinário dos povos indígenas. A própria interpretação dada aos direitos humanos varia de civilização para civilização. Cada sociedade possui sua própria noção do que significam os direitos humanos. Estes direitos incluem o direito de um povo à autodeterminação e, portanto, um direito a ter a própria concepção a respeito do humano e dos direitos que o resguardam.

O CIMI manifestou repúdio ao projeto de lei 1.057/07. Em seu entender, mesmo aperfeiçoado na forma do substitutivo da Deputada Janete Pietá, posto que retirado foi o aspecto criminalizador, ainda mantém uma postura preconceituosa. Reproduz uma mensagem errônea de que se trata de uma prática generalizada entre os povos indígenas. Defendeu, portanto, a apresentação de um projeto de novo Estatuto dos Povos Indígenas, a partir de discussões com representantes indígenas promovidas pela Comissão Nacional de Política Indigenista, órgão do Ministério da Justiça.

Da parte dos indígenas, não houve manifestação. A audiência pública, ocorrida em dezembro de 2005, não contou com nenhum representante *Suruwahá*[93]. Somente se encontravam representantes dos movimentos indígenas, embora em um número relativamente pequeno. As falas, no entanto, foram marcadas pela afirmação da existência de um diálogo crescente no interior das comunidades e pelo repúdio a formas violentas de intervenção. Foi destacado, inclusive, o protagonismo das mulheres indígenas. Pela força das mulheres, em vários povos, a prática não é mais realizada. Para tanto, não houve necessidade de intervenção externa. Ele é brutal e só aumenta as tensões. O processo deve ser construído no dia a dia. Um dos indígenas relatou também que a atuação dos missionários da JOCUM é ineficiente e que eles acabaram provocando mortes de

[93] Em uma nova audiência pública, em agosto de 2007, contou-se com a participação de lideranças indígenas e de antropólogos, além da reiterada presença da ATINI.

outras pessoas da aldeia. Eles quiseram impor uma religião e a mudança de cultura não teve resultado. A comunidade se revoltou porque a criança não foi sacrificada. Esta questão deve ser discutida de forma ampla e participativa.

Desde então, a Câmara dos Deputados promove o debate do tema em diversas audiências públicas desde 2005. Uma das mais recentes foi em julho de 2009. Sempre lideradas pela bancada evangélica, elas contaram com a presença de representantes da FUNAI, FUNASA, lideranças indígenas, missionários da JOCUM, da ONG ATINI, de antropólogos e de pesquisadores de várias áreas.

O que se viu, ao cabo e em todas elas, foi uma dupla vitimização dos povos indígenas: primeiro, eram tratados como vítimas de sua própria cultura opressora e arcaica, pelos missionários e parlamentares; em segundo lugar, vítimas do "contato interétnico", sobretudo com os missionários, para os agentes da FUNAI, da FUNASA e do MPF.

O direito à diferença é enfaticamente negado em prol de uma "dimensão superior humana" ou de uma "natureza humana", cujo critério é o resguardo total da vida. "Vamos para lá para ensinar aquilo que é ético, aquilo que é moral, aquilo que é bom, aquilo que edifica e não aquilo que destrói a vida", diz o representante da JOCUM na audiência pública (2005). Para finalizar, a advogada da JOCUM, Maíra de Paula Barreto, afirmou: "sou a favor dos direitos humanos como algo universal, comum a todos os povos". E continuou: "acredito que quando há choque com a cultura, o que prevalece são os direitos fundamentais". "Existe sim o certo e o errado (...). A vida não deixa de ser vida se alguém tem uma concepção de religião diferente, a vida tem valor intrínseco (...). A vida está acima da cultura".

Todos esses fatos culminaram no projeto de lei n.º 1.057/07 (em anexo), mais conhecido como Lei Muwaji, em homenagem a

uma mãe Suruwahá que se rebelou contra a tradição de seu grupo e salvou a sua filha deficiente física.

O projeto afirma, em sua comanda, dispor sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e sobre a proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas. Em seu art. 1.º, o texto do projeto afirma que toda prática tradicional dos povos indígenas deve ser fomentada e respeitada, desde que compatível com os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

O art. 2.º do projeto elenca um extenso rol que não se pretende conclusivo sobre as manifestações culturais consideradas como nocivas para a vida e para a integridade física e psíquica da criança. Para além da tipificação dos maus tratos, do abuso sexual e de outras agressões, surpreende o fato de que quase a totalidade dos seus incisos tratarem de homicídios de recém-nascidos, diferenciando-se apenas pelos motivos do ato. Entre estas motivações, incluem-se até casos de recém-nascidos considerados portadores de mu agouro pelo grupo ou fruto de maldição, ou qualquer outra crença que leve ao seu óbito intencional.

O projeto ainda tipifica, em seu art. 4.º, como omissão de socorro, a conduta daquele que tiver conhecimento de alguma situação de risco para a criança indígena e não o notificar para as autoridades competentes, com pena de detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Na mesma pena incorrerão as autoridades que, notificadas, não tomarem as providências cabíveis. É dever destas, inclusive, promover a retirada provisória da criança do convívio do respectivo grupo e determinar a sua alocação em abrigos mantidos por entidades governamentais e não-governamentais (art. 6.º). Caso os genitores teimem em continuar com a prática, mesmo após o diálogo, a criança deverá ser encaminhada para a autoridade jurídica competente para fins de inclusão no programa de adoção (art. 6.º, parágrafo único).

Por fim, o projeto prevê a erradicação das práticas nocivas como política governamental, sempre por meio da educação e do diálogo em direitos humanos (art. 7.º).

A proposta legislativa foi então encaminhada para a Comissão de Direitos Humanos e Minorias, na qual foi designada, como relatora, a Deputada Janete Rocha Pietá (PT/SP). A congressista apresentou o seu último parecer no dia 17 de maio de 2011, na forma de um substitutivo (em anexo). Alegou a Deputada, em síntese, que a principal dificuldade apresentada pelo projeto é a sua tentativa de coibir práticas culturais por nós consideradas nocivas por meio da obrigatoriedade e sob pena de responsabilização.

O próprio uso do termo "nocivo", afirma a relatora, para identificar estas manifestações culturais, apresenta complicações, na medida em que atribui, mesmo que implicitamente, a pecha de cruéis a estes povos, o que desconsidera a pluralidade cultural garantida pela Constituição e os coloca à margem da sociedade.

Importante é o resgate que a Deputada faz do depoimento da liderança indígena Valéria Payê, do Fórum em Defesa dos Direitos Indígenas (FDDI), durante a audiência pública de 2005, na qual afirmou que o seu grupo aboliu a prática do sacrifício de crianças há cerca de 30 anos, após um processo interno de discussão liderado pelas mulheres indígenas da comunidade. Não há necessidade de interferência externa bruta, mas apenas da apropriação do debate pelos povos indígenas, respeitando-se o tempo de cada uma.

Assim, a relatora é a favor não da criminalização, mas de políticas públicas com o fito de conscientizar estes povos a respeito do direito à vida que para todos os cidadãos é assegurado pelo Estado brasileiro. A seu ver, a criminalização dificultaria o diálogo previsto pelo art. 6.º, além de inviabilizar o trabalho das autoridades competentes junto aos povos indígenas, por causa do seu dever legal

de delatar. Por isso, propõe a criação de dois órgãos, o Conselho Nacional de Direitos Indígenas e o Conselho Tutelar Indígena, os quais servirão de *locus* privilegiado para as discussões sobre questões culturais próprias destes grupos. Este substitutivo foi aprovado de forma unânime no dia 1.º de junho de 2011. O projeto seguiu para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para revisão, onde também foi aprovado no dia 23 de novembro de 2012, estando agora disponível para votação.

A Associação Brasileira de Antropologia, na pessoa de João Pacheco de Oliveira (2009), presidente da Comissão de Assuntos Indígenas daquela instituição, também repudiou a criminalização do infanticídio indígena. Para o autor, o projeto de lei promove o preconceito de que os indígenas são irracionais e naturalmente perversos. O infanticídio é uma prática quase inexistente que acontece normalmente em resposta a um infortúnio que afeta a criança de maneira mais grave. Os indígenas da Amazônia são conhecidos por sua extrema preocupação quanto à formação e ao bem-estar de suas crianças.

A proposta procurar retirar dos pais indígenas a guarda de suas crianças para colocá-las sob a proteção do Estado. Não obstante, o Estado brasileiro já demonstrou sua inabilidade para proteger as crianças do país, como bem o demonstram as legiões de crianças moradoras de rua. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborada para proteger os direitos do cidadão e não para dotar o grupo majoritário de instrumentos de afirmação de sua moralidade sobre grupos excluídos ou diferentes, finaliza o autor.

Os povos indígenas da Amazônia deveriam ter o direito de negociar suas discordâncias quanto ao tema em deliberações internas e livres, direito este garantido pela Convenção n.º 169 da OIT. De fato, na audiência pública realizada pelo Congresso Nacional no dia 14 de dezembro de 2005, convocada para discutir a retirada sem autorização das crianças indígenas Sumawani e Iganani, os únicos

que estavam ausentes eram os mais interessados no tema: os representantes do povo Suruwahá.

APROXIMAÇÃO DAS NOSSAS PRÁTICAS JURÍDICAS

Como foi relatado, a tensão entre o direito à vida e o direito à autodeterminação dos povos indígenas parece ser permanente e irreconciliável. No entanto, se raciocinarmos a questão a partir dos argumentos da igualdade, da equidade e da integridade, veremos que conflito é meramente aparente. Elenquemos, antes de tudo, o que as nossas práticas dizem a respeito do direito à vida da criança indígena e deficiente.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), em seu art. 3.º, afirma que todo ser humano tem direito à vida. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. 5.º). Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei (art. 6.º). A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (art. 16, § 3.º). A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais (art. 25, § 1.º)[94].

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966a), art. 6.º, § 1.º, afirma que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 7.º). A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado (art. 23, § 1.º). Toda

[94] Disposições semelhantes também podem ser encontradas na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948), arts. 1.º, 7.º; na Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969), art. 4.º, 5.º, 17 e 19; no Protocolo de São Salvador (OEA, 1998), arts. 15 e 16.

criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado (art. 24, § 1.º).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966b), art. 10 § 1.º, assevera que os Estados Membros reconhecem que se deve conceder à família, núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis. Também se devem adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição (§ 3.º). Toda pessoa tem o direito de desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental, incluindo medidas que se façam necessárias para assegurar a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças (art. 12, § 1.º, 1).

A Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989a), em seu preâmbulo, declara que a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento. Em todos os países do mundo, há crianças que vivem em condições excepcionalmente difíceis. Tais crianças necessitam consideração especial por parte dos Estados Membros.

Para a Convenção, entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade (art. 1.º). Todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão como consideração primordial os interesses superiores da criança (art. 3.º, § 1.º)

Toda criança tem o direito inerente à vida (art. 6.º, § 1.º). Os Estados membros assegurarão ao máximo a sobrevivência e o

desenvolvimento da criança (§ 2.º). Por isto, é necessário registrar imediatamente a criança após o seu nascimento (art. 7.º).

Os Estados Membros deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando a separação for necessária ao interesse maior da criança, o que as autoridades competentes deverão determinar em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, sujeitando-se também à revisão judicial. Tal determinação poderá ser necessária em casos específicos, como, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais (art. 9.º, § 1.º).

Para este fim, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento, seja ele judicial ou administrativo, que lhe diga respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais do direito nacional (art. 12, § 2.º).

Os Estados Membros também tomarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a guarda dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela (art. 19, § 1.º). No caso de criança deficiente física ou mental, ela deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade (art. 23, § 1.º).

A criança tem o direito de gozar do melhor padrão possível de saúde. Para garantir a pena aplicação deste direito, os Estados Membros adotarão medidas apropriadas com vistas a reduzir a mortalidade infantil (art. 24, §§ 1.º e 2.º). Os Estados Membros também adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança (§ 3.º).

Nenhuma criança deverá ser submetida à tortura nem a outro tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante (art. 37). Medidas apropriadas deverão ser tomadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Esta recuperação e reintegração deverão ser efetuadas em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança (art. 39).

O princípio 2 da Declaração dos Direitos da Criança (ONU, 1959) igualmente afirma que nas instituições das leis levar-se-á em conta o melhor interesse da criança.

A Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes (ONU, 1975), em seu § 1.º, define pessoas deficientes como qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesmo, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

O Comitê de Direitos da Criança (ONU. CDC, 2006), na Observação Geral n.º 8, sobre o direito da criança à proteção contra castigos corporais e outros formas de castigos cruéis ou degradantes, afirmou que o castigo corporal é sempre degradante. Não apenas o corporal, como outras formas degradantes que não são físicas. Deve-se rechaçar toda justificação da violência e qualquer humilhação incutidas às crianças na forma de castigo. A eliminação dos castigos violentos e humilhantes das crianças mediante reforma legislativa é uma obrigação imediata e incondicional dos Estados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é da mesma opinião. Em opinião consultiva (OEA. Corte IDH, 2002, § 87 e 91), sustentou que os Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos tem o dever de tomar todas as medidas positivas

que assegurem a proteção das crianças contra maus tratos, seja em suas relações com as autoridades públicas, seja nas relações individuais ou com entes não-estatais.

O interesse superior da criança deve ser uma consideração primordial de todas as medidas relativas às crianças. Este princípio não pode justificar práticas, como os castigos corporais e outras formas de castigos cruéis ou degradantes, que contrariam a dignidade da pessoa humana e o direito à integridade física da criança (ONU. CDC, 2006).

Exige-se a eliminação de toda disposição (legislativa ou jurisprudencial) que permite certo grau de violência contra as crianças. O Estado deve proibir explicitamente os castigos. Deve-se ter também em conta a opinião da criança afetada, em função de sua idade e maturidade (ONU. CDC, 2006).

Na Observação Geral n.º 9 (ONU. CDC, 2006a), o Comitê de Direitos da Criança trata das medidas relativas às crianças deficientes. A consideração primordial continua a ser o interesse superior da criança. Os legisladores deverão estabelecer uma proteção jurídica adequada para as crianças deficientes, assim como o processo de adoção destas.

O Comitê (ONU. CDC, 2006a, § 31) também assevera que o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento é direito que merece atenção especial quando se trata de crianças deficientes. Em muitos países do mundo, as crianças deficientes são objeto de uma multiplicidade de práticas que completa ou parcialmente compromete este direito. Além de ser vulneráveis ao infanticídio, algumas culturas consideram a criança deficiente como um mau presságio que pode "manchar" a linhagem. Por conseguinte, uma pessoa designada pela comunidade mata sistematicamente as crianças deficientes.

Frequentemente estes delitos restam sem sanção ou seus autores recebem penas reduzidas. O Comitê insta que todos os Estados Partes adotem as medidas necessárias para pôr fim a estas práticas, em particular aumentando a consciência pública, estabelecendo uma legislação apropriada e aplicando leis que garantam um castigo adequado às pessoas que direta ou indiretamente violam o direito à vida das crianças deficientes (ONU. CDC, 2006a).

Neste processo, é fundamental que as crianças deficientes sejam escutadas em todos os procedimentos que as afetem e que suas opiniões sejam respeitadas de acordo com a sua capacidade de evolução. Elas devem participar da tomada de decisões que as afetem (ONU. CDC, 2006a, § 32).

As crianças deficientes frequentemente não são registradas ao nascer. Sem o registro de nascimento, não estão elas reconhecidas por lei e passam a ser invisíveis para as estatísticas governamentais. A ausência de registro tem consequências profundas para o desfrute dos direitos humanos, em particular o direito de nacionalidade e de acesso aos serviços sociais de saúde e educação. As crianças deficientes não-registradas têm um maior risco de serem descuidadas, instrumentalizadas, levando inclusive à morte. O Comitê (ONU. CDC, 2006a, § 35) recomenda que os Estados tomem as medidas necessárias para garantir o registro destas crianças, no que o Brasil tem faltado (pela ausência de dados estatísticos sobre a morte de crianças indígenas motivadas pelos interditos de vida).

Os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para a prevenção do abuso e da violência contra a criança deficiente, em especial a formação e a educação dos pais e de outras pessoas que cuidam destas crianças, para que compreendam os riscos e detectem sinais de abuso contra a criança; a adoção das medidas legislativas necessárias para castigar os autores de abusos e maus tratos, garantindo-se que não se privará a criança de sua família e que ela

continue a viver em um ambiente seguro e saudável; o tratamento a reintegração das vítimas de violência aos seus ambientes naturais (ONU. CDC, 2006a).

O Comitê (ONU. CDC, 2006a, § 47) expressou muita preocupação com o grande número de crianças deficientes que são colocadas em instituições e com o fato da institucionalização ser a opção preferida em muitos países. De forma geral, a qualidade dos cuidados, educacionais, médicos ou de reabilitação, é inferior ao nível necessário exigido para crianças deficientes, seja pela falta de normas explícitas que tratem do tema ou pela não aplicação das mesmas ou ainda pela falta de supervisão dos funcionários.

As instituições também são um ambiente particular em que crianças deficientes estão mais vulneráveis a abusos mentais, físicos, sexuais e de outros tipos, assim como a descuido e tratamento negligente. O Comitê insta todos os Estados Pares que utilizem as instituições unicamente como último recurso, quando seja absolutamente necessário e corresponda ao interesse superior da criança.

Os Estados deverão estabelecer programas para retirar sempre que possível as crianças deficientes destas instituições. As instituições devem ser substituídas por famílias, famílias ampliadas ou simplesmente pelo sistema de guarda. Há de se oferecer aos pais e a outros membros da família ampliada todo o apoio e formação necessárias e sistemáticas para que a criança deficiente se sinta novamente incluída no ambiente familiar.

Em geral, o processo de adoção não dá a chance das crianças serem interlocutoras, ainda que a decisão possa ter efeitos na vida e no futuro da criança afetada. O Comitê (ONU. CDC, 2006a) também recomenda que os Estados Partes intensifiquem seus esforços para levar em consideração as opiniões das crianças deficientes, facilitando a sua participação em todas as questões que lhes afetem

no contexto do processo de avaliação, separação e alocação fora de sua família original. As crianças devem ser escutadas em todo o processo de adoção.

Na Observação Geral n.º 11, o Comitê de Direitos da Criança (ONU. CDC, 2009, § 22) sustenta que as práticas culturais devem ser exercidas em conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança. Nenhuma prática cultural que seja prejudicial à dignidade, à saúde e ao desenvolvimento da criança pode ser admitida diante da Convenção.

Quando existirem práticas nocivas ou perniciosas, como os matrimônios precoces e a mutilação da genitália feminina, o Estado Parte deverá colaborar com as comunidades indígenas para que se acabe com elas. Os Estados deverão se organizar e pôr em prática campanhas de conscientização, programas de educação e disposições legislativas com o objetivo de mudar estas atitudes e retificar os papéis e estereótipos de gênero que contribuem para que estas práticas existam e se perpetuem (ONU. CDC, 2009). Ao preparar medidas especiais, os Estados deveriam levar em consideração as necessidades das crianças indígenas que podem ser vítimas de vários tipos de discriminação (ONU. CDC, 2009, § 29).

O Comitê (ONU. CDC, 2009, § 30) assinala que o interesse superior da criança coincide com um direito coletivo e com um direito individual e que a aplicação deste direito às crianças indígenas como grupo exige que se examine a relação deste direito com os direitos culturais coletivos. O interesse superior da criança não pode ser desatendido ou vulnerado em favor do interesse superior do grupo.

Ao se determinar qual o interesse superior da criança indígena, as autoridades estatais, incluindo os órgãos legislativos, deveriam levar em conta os direitos culturais das crianças indígenas e a necessidade de exercê-los coletivamente com os demais

membros do grupo. Em relação à legislação, às políticas e programas que os afetem, deve-se consultar a comunidade indígena. Esta deveria ter a oportunidade de participar no trabalho de determinação de qual é o interesse superior da criança indígena, de forma que se tenha em conta o contexto cultural. Estas consultas deveriam incluir as oitivas das próprias crianças indígenas (ONU. CDC, 2009, § 31).

Os Estados sempre devem velar para que o princípio do interesse superior da criança seja a consideração primordial em qualquer caso em que se define a tutela das crianças indígenas. Deve-se prestar a devida atenção à conveniência de que haja uma continuidade em relação à educação da criança e à sua origem étnica, cultural, linguística (ONU. CDC, 2009, § 48). As crianças indígenas também não poderão ser objeto de discriminação quanto ao acesso aos programas de saúde (ONU. CDC, 2009, § 50).

A Constituição do Brasil (BR. CN, 1988) afirma também, em seu art. 226, que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 (art. 227).

O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, mediante políticas específicas (art. 227, § 1.º). O Estatuto do Índio (BR. CN, 1973) igualmente assevera no art. 54 que na infância deve ser assegurado ao silvícola especial assistência dos poderes públicos, em estabelecimentos para este fim destinados.

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BR. CN, 1990) também considera como criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e como adolescente aquela entre doze e dezoito

anos de idade (art. 2.º). Considera igualmente dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos da criança, entre eles o direito à vida (art. 4.º).

Nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (art. 5.º). A criança tem direito a proteção à vida e à saúde. As crianças deficientes, à atendimento especializado (art. 7.º, *caput* e § 1.º).

É dever de todos velar pela dignidade da criança, pondo-a a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (art. 18). Todos têm o dever de prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança (art. 70).

A Corte Constitucional da Colômbia (COL. CC, 2000), que é uma das mais avançadas em matéria de direitos indígenas, também afirmou que determinadas práticas culturais são inaceitáveis, apesar do direito dos povos indígenas à autodeterminação e à sua própria jurisdição no que diz respeito a assuntos internos. O direito à vida é superior ao direito das comunidades indígenas a se autodeterminar e a impor seus próprios usos e costumes[95].

A tensão entre o direito à vida e o direito à autodeterminação dos povos indígenas, mesmo após esta primeira aproximação das nossas práticas jurídicas específicas sobre o direito à vida da criança indígena e deficiente, parece irreconciliável. No entanto, sabemos que, para acomodar de forma justa a diversidade cultural indígena, precisamos interpretar a lei não a partir dos nossos próprios

[95] É importante lembrar, no entanto, que a Corte Constitucional Colombiana, no que se refere à aparente tensão entre direitos individuais e diferença radical, já assumiu três posicionamentos diferentes, a saber, o liberalismo clássico, o liberalismo multicultural semelhante à proposta de Kymlicka e o interculturalismo radical que se aproxima da nossa proposta.

preconceitos. Precisamos abrir espaço para os pressupostos culturais destes povos.

Fala-se que é proibida qualquer prática cultural que contrarie o direito à vida e à dignidade humana da criança. Mas o que é criança? Se é bem verdade que toda criança é aquele com idade inferior a doze anos, quando podemos dizer que existe uma criança? A partir de que ponto podemos falar com certeza que existe uma pessoa a ser protegida pelo direito? Precisamos abrir espaço para outras noções de infância e de ser criança.

A nossa hipótese é a de que a tensão entre direito à vida e o direito à autodeterminação dos povos indígenas é aparente. Se seguirmos principalmente o argumento da integridade que nos manda interpretar a lei a partir dos pressupostos culturais dos povos indígenas, veremos que estes povos não consideram estes seres crianças. Como não há criança, nem vida a ser protegida, também não há morte ou crime. Logo, os artigos da lei e comentários do Comitê dos Direitos da Criança que proíbem qualquer prática que atente contra a vida ou a integridade da criança não se aplicam.

A PERSPECTIVA INDÍGENA DO INTERDITO DE VIDA

O exercício etnográfico que agora será feito é uma tentativa de compreender o lugar desta prática nas cosmologias ameríndias. Estas conformam verdadeiras ontologias. Não se trata de uma fantasia ou de uma representação do imaginário que não condiz com a realidade. Toda realidade é imaginada. Tudo que é real é produzido pela fala.

Para que este exercício dê frutos, é preciso desnaturalizar o conceito de vida. A vida, como o tempo, é tratada por nós como se fosse uma invariante universal. É preciso reconhecer, no entanto, que

a reprodução humana e a formação da pessoalidade não são dadas, mas elaboradas culturalmente. Claro que não se encontrará aqui uma descrição lógica e minuciosa sobre como podem ser compreendidos estes interditos de vida ou não-entes.

Primeiro, faz-se necessário reconhecer que se trata de um trabalho em que o uso da razão será primordial e não o do intelecto. Não se trata de buscar certeza ou coerência lógica nos fatos e mitos elencados, mas sentido, significado. Trata-se de uma tentativa de imaginar com eles, a partir dos seus pontos de partida. Pensar onde estes não-entes, impedidos de ingressar no mundo da vida e no círculo social, se encaixam nas suas ontologias.

Em segundo lugar, é preciso reconhecer que as negações da pessoalidade não conformam uma prática homogênea. O que *a priori* é caracterizado como uma prática comum, na verdade, se compõe de situações diversas, quando não contraditórias. Este não é um fato de se estranhar. Os indígenas não compõem um grupo homogêneo. Os povos indígenas apresentam uma diversidade tanto interétnica quanto intraétnica. Os indígenas se reconhecem primeiramente como integrantes do seu povo particular, a exemplo dos Guarani. A denominação "indígena" muitas vezes é aceita para fins políticos, pela similaridade de suas demandas junto ao governo central. Estas narrativas também encontram dúvida e resistência dentro dos próprios grupos onde elas foram construídas[96].

A questão a ser perquirida neste exame é a distinção entre aqueles que possuem as características imprescindíveis para vir a se tornar pessoa e aqueles que não.

A constituição da humanidade, para os povos indígenas, depende da aquisição de elementos do exterior. Não há

[96] É preciso reconhecer também a falta de estudos específicos sobre o lugar desta prática na visão de mundo dos povos da região amazônica. É o que alerta BELTRÃO *et al.*, 2009 e BELTRÃO; ASSIS, 2011.

consubstancialidade, isto é, simultaneidade entre o fato do nascimento e a pertença à vida social. Não se trata de uma relação de causalidade entre dois eventos. A elaboração do ser pessoa é um processo contínuo de aprender a ser humano. Um ser não é humano. Ele se faz humano. Um ser que não é imediatamente feito humano. Por consequência, também não é garantia de algum parentesco. A consanguinidade é uma condição a ser continuamente construída pelas trocas e relações amorosas entre os pares.

São os conhecimentos adquiridos sobre a vida social, o saber agir como mandam as prescrições rituais que irá determinar a natureza de um ser e, por conseguinte, o seu parentesco (VILAÇA, 2002). Assim, se eu tenho que aprender a ser humano para ingressar no círculo social de um povo, eu também posso desaprender e ser expulso deste mesmo círculo. Logo, a condição da existência de todos os seres, pessoas e não-pessoas, que compõem os universos indígenas é a sua inconstância, dinâmica, fluidez, sua capacidade de transformar-se (CASTRO, 2002).

Em razão desta inconstância como característica primordial dos seres, os mitos manifestam a importância de cada ser humano seguir os ritos e as prescrições reveladas pelo ancestral mítico. Do contrário, a possibilidade da alma sair do corpo ou de transformar-se em uma onça se torna uma probabilidade[97].

A aquisição e a sabedoria para utilizar o fogo, por exemplo, elabora a humanidade. Ao elaborar quem é humano funda concomitantemente quem não o é, os outros: as onças, as cobras, os diferentes. Saber usar o fogo permite ao homem comer cozido, o que o diferencia dos animais. Homem sem fogo é onça (MELATTI, 2003, p. 71).

[97] Neste sentido, a cosmologia indígena está muito mais próxima da fenomenologia heideggeriana do que o imaginário ocidental, baseado na unidade, na constância e na substância desde Sócrates e Platão.

A onça, por sua vez, sempre quer roubar o fogo. Toda alteridade tem o desejo de tornar-se humano. É o oposto que dá coerência ao "nós", como pares referenciais. É pela negação do diferente, que se pode chegar à afirmação do semelhante.

Qualquer um que desconheça as regras do social não é humano. Não sabe agir socialmente (OVERING, 1999). Os não-entes fogem às regras do social e, em razão disso, lhes é vedado o pertencimento. Por não seguirem os costumes e os ritos, não são vistos como humanos. São punidos com a impossibilidade de gozarem do social. São interditos de vida.

O recém-nascido é inspecionado visualmente em busca de evidências da sua possibilidade de ser humano. Muitos fetos, ao nascerem, revelam-se jabutis, peixes (GOW, 1991). Não se trata de uma metáfora. É no jogo da linguagem que são feitas as naturezas.

Infringir as regras que fundam o social implica em agir como um animal que precisa ser amortizado (VIERTLER, 1976). Compreender os neonatos como animais é uma das muitas saídas ontológicas possíveis para explicar os interditos. Não é a única, porém.

Holanda (2008, p. 24) propõe que os não-entes também teriam um papel na elaboração do humano. Os não-entes não são os outros. Os outros ainda estão inseridos na dinâmica social da vida e da fala. Os não-entes representam o silêncio, o vazio do que não existe, o espaço fora da vida social. Mas é esta total exclusão do plano das relações sociais que os permite ser também afirmativos do mundo social[98].

[98] Holanda (2008) faz uso do termo "ente" para se referir aos interditos de vida, em contraposição aos "seres". Trata-se de uma denominação equivocada. Ente é aquele que é, assim como quem preside é chamado presidente. Se estes interditos de vida são aqueles que não são, devem ser chamados de não-entes.

Os não-entes não morrem. Para morrer, é preciso primeiro ter entrado na vida social. Eles não são considerados apenas animais, não-humanos ou outros. Eles não são considerados seres viventes. Como somente os seres vivos são seres de linguagem, eles também são vistos como silêncio. Eles não podem se modificar, viver ou morrer.

A vida não começa. Ela continua e descontinua. Corpo e pessoa são elaborados cotidianamente. A aquisição da pessoalidade é um processo gradual de humanização. O status de pessoa é um atributo dado pelo "nós"; pelas relações entre mãe, pai, bebê e entre estes e o seu povo. A condição humana, por sua vez, se dá pela relação de negação com os demais seres que compõem a cosmologia. Demanda, portanto, a existência dos outros, como os animais. Toda a reprodução social depende desta incorporação (RIVAL, 1998). Os não-entes aparecem aqui tanto como a impossibilidade de participarem da elaboração do ser pessoa conferido pelo "nós", como do ser humano, afirmado pela existência do outro.

O nascimento não é um fato único, radical e isolado. É uma etapa do processo em que a vida é gradualmente incorporada ao possível ente. Procriação é fabricação (VILAÇA, 2002). A vida não está garantida com o simples "nascimento biológico". Ela depende da atenção e do cuidado dispensados ao neonato pelos parentes. Os pais articulam a introdução do neonato na comunidade, a partir das relações de amizade e afinidade.

Para os *Piaroa*, a condição humana é caracterizada pela habilidade de conviver harmoniosamente com os outros, com o cosmos (OVERING, 1999). A conquista da harmonia afasta a possibilidade do deslize, do interdito, que poderia lhe retirar a humanidade e a capacidade transformacional. Manter-se na morada humana é um trabalho diário. Depende da movimentação contínua dos corpos e do respeito às regras que elaboram o social.

Ao emergir do corpo da mãe, é necessário que o neonato demonstre algum potencial de ser social, de sua humanidade. Alguns requisitos são necessários para que seja nomeado. Saber andar, falar apropriadamente, alimentar-se com certo grau de autonomia, por exemplo[99]. Nomear é conferir pessoalidade. Se alguém tem um nome, é considerado pessoa.

Para os *Araweté*, o reconhecimento da humanidade de um ente só ocorre quando este passa a demonstrar sinais de consciência; quando começa a interagir, a responder a estímulos comunicativos. Só então recebe um nome (CASTRO, 1986). A nominação é um dos caminhos de transferência da alma para uma pessoa. A conquista de um nome é mais um passo na elaboração da pessoalidade e da pertença ao grupo social.

Os *Yanomami* só iniciam a caçada do nome de uma criança após esta atingir mais de um ano de idade, época em que se tem maior segurança de que a criança não vai morrer (COCCO, 1972). Seria um constrangimento público nominar alguém que infringe as regras do social. A principal causa de morte de crianças ainda não nominadas se relaciona à não-observação das prescrições-rituais, à fraqueza dos laços sociais até então construídos que constituem esta criança como uma humana potencial integrante do grupo.

Para que uma criança participe da cerimônia de batismo e seja nomeada, é preciso que ela tenha um ano ou mais, quando seu corpo já está "firme". Ninguém pode ser inserido no social sem que se dê provas de que dele pode participar. A aquisição de um nome é uma outorga de pertença, uma transformação ontológica que inicia a criança em novas relações.

Somente a partir da nomeação é que se marca efetivamente a filiação (RIVIÈRE, 1974). Entre os *Yanomae*, só após a caçada ritual

[99] A aparência determina a substância, como afirma Arendt (2008).

de um nome para o recém-nascimento é que se muda o status de um casal jovem para a condição de pais, momento em que o bêbê é incorporado definitivamente ao grupo como uma verdadeira pessoa humana.

Os não-entes estariam fora do mundo da linguagem. Não são humanos, nem entes. Também não são seres de linguagem, reservados que estão ao silêncio. As etnografias revelam que não há um nome para eles. A total ausência de rito, de fala e de nominação irá caracterizar o seu não-devir. Se é do ser o vir-a-ser, é do não-ente o seu não-devir.

Para os *Bororo*, a vida só pode ser elaborada pela aquisição do *poguru*, isto é, da "vergonha-respeito", um aprendizado que se obtém pela observação de ritos e prescrições (VIERTLER, 1976). Esta vergonha é um constrangimento público quando alguém infringe a dinâmica social e não uma culpa individual, como a que incide sobre os indivíduos modernos.

Para os *Araweté*, não obedecer às regras sociais indica uma "inconsciência", uma ausência do princípio vital. O comportamento desregrado localiza-se fora da rede social, fora das trocas afetivas, da pessoalidade, da humanidade e da vida (CASTRO, 1986). É lá para fora da humanidade que devem ir aqueles que não sabem viver de acordo com as regras.

Os não-entes atuariam não como oposição ao "nós", a qual cabe aos outros, mas como ausência que afirma o próprio ser. Não se pode dizer que estão mortos. Este lugar para onde são expulsos não é a morte, mas o vazio, a ausência. A morte ainda é parte essencial, uma etapa necessária da dinâmica relacional do ir e vir do ser. A negação contínua do mundo dos não-entes é uma afirmação cotidiana da possibilidade de ser (CUNHA, 1978).

A morte não é uma passagem brusca. É um processo. Sua relação de oposição aos vivos não é necessariamente polar, fruto de

uma relação binária entre pares referenciados. Caracteriza-se antes por um tipo particular de descontinuidade, uma cadeia ontológica corporal que se gradua a potenciais humanos cada vez menores, a tal ponto que o vivo desaparece. Os não-entes não cabem dentro destas dinâmicas.

A morte não supõe irreversibilidade. A passagem permanece aberta durante um certo tempo, tornando-se possível a ressurreição. Morre-se muitas vezes na vida – e se morrerá algumas outras na morte (CASTRO, 1986, p. 486). O que vai caracterizar um morto é principalmente a sua participação na vida social dos mortos, assumindo uma nova substancialidade. Para se morrer efetivamente, é necessário um ritual. Toda morte exige um rito funerário, um processo de perda e aquisição de novas substancialidades, com o objetivo de inserir o morto em uma nova rede de relações. Assim como a vida precisa de uma elaboração contínua dos corpos, há um caminho que deve ser percorrido para morrer. Os entes não participam deste processo de alteração. Eles não se movimentam.

A condição de pessoa também não é exclusiva dos seres humanos. Da mesma forma, pode haver seres humanos que não vão se tornar pessoas. A dinâmica relacional que irá formar (ou não) uma pessoalidade, mediante a referência corporal, passa pela comparação de aparências: um processo contínuo de notar semelhanças e dessemelhanças. É a pertença a uma comunidade de substância que irá nos fazer pessoas e corpos em elaboração. Temos, portanto, que as noções de "corpo" e de "humanidade" não são as mesmas daqui.

O interesse da família pelo bem-estar físico do recém-nascido e pela sua inserção no contexto social é altamente importante para o seu desenvolvimento. Em cada etapa de sua vida, ele precisará de relações bem estabelecidas que lhe assegurem o apoio necessário no momento dos rituais de passagem e para poder construir seu prestígio na comunidade.

O primeiro passo para entrar no movimento dos entes é o necessário engajamento na vida social. Para elaborar-se e ser elaborado pessoa, ele precisa firmar sua independência e força espiritual frente aos demais nesta rede de trocas. Não há vida puramente biológica (nem aqui, nem acolá). A vida só existe dentro do social.

O neonato só será feito humano por meio da comparação do seu corpo com os da sua parentela e em contraposição a uma enorme gama de não-humanos. É o constante diálogo com entidades não-humanas, pela diferenciação, que o parentesco emerge, não só do domínio familiar, mas da relação com todos os entes, incluindo mortos, natureza e os sobrenaturais.

O risco de tornar-se (ou voltar a ser) não-humano é iminente. A importância de estar em harmonia com a comunidade e com a substância dos seres vivos humanos é fulcral. Vilaça (2002, p. 347-348) descreve o caso de uma criança nigeriana que, aos três anos de idade, não era capaz de andar e que, apesar do seu enorme apetite, mantinha-se muito magra. Os pais levaram a criança para o padre. Ele a examinou e informou aos pais que ela não era "humana". Era cria de algum animal da selva ou da água.

Os pais deixaram a criança próximo à mata para testar a sua reação. A criança chorou em um primeiro momento, mas depois olhou à sua volta, certificou-se de que não havia ninguém e transformou-se em um macaco, agarrando na copa das árvores. Quando ouvimos relatos de que indígenas abandonaram a criança na mata ou enterram-na viva, querendo significar que se trata de um ato cruel, não nos apercebemos que os indígenas acreditam que assim procedendo ela se transformará em um outro ente, animal ou planta.

A metamorfose é um dos principais temas dos mitos indígenas. Não é raro conceber a humanidade originando-se de vegetais. Isto se dá porque o processo de elaboração das pessoas é

concebido de forma análoga ao dos outros corpos feitos não-humanos. O processo de aprender, ensinar e desaprender é o mesmo. É longo e contínuo.

As ideias de natureza e cultura como categorias separadas não possuem correspondência de sentido na cosmovisão dos povos indígenas. Existiria um "multinaturalismo", a humanidade seria uma só cultura composta por diferentes naturezas, bastante divergente do multiculturalismo do ocidente moderno, que vê uma mesma natureza humana elaborando-se em várias culturas societárias.

É no trabalho sobre o corpo que se faz e se desfaz humanidades. A noção de "alma" não se refere a uma essência localizada no interior do corpo, mas a uma condição universal de todos os entes que lhes permite produzir os seus próprios corpos e diferenciá-los. A substância está na superfície, na aparência e não na interioridade. Os não-entes nem são iniciados neste trabalho de produção do corpo. Eles estão fora de todas as relações da vida. São a "foraclusão" de tudo o que significa.

Como vimos, morrer é retirar-se plenamente do social. Nestes sistemas cosmológicos, para morrer, é preciso primeiro pertencer. Por isso, ao falarmos da negação do status de pessoa aos não-entes não podemos denominá-los de morte, nem de crime. Nem inseridos no movimento social da vida eles foram.

Nenhuma marca social é registrada nos não-entes, de acordo com os relatos etnográficos. Não são realizados ritos funerários para os não-entes. Tampouco eles aparentam apresentar algum índice de potencial metamórfico. Contudo, é justamente por estarem fora do sistema de relações que compõe o mundo, é que eles podem, paradoxalmente, ser constitutivos de toda esta lógica social ameríndia. Eles se tornam uma parte indispensável de um mundo onde a negação possibilita a presença da afirmação, onde o que não

é torna possível a elaboração cuidadosa do que deve ser, mesmo pelos vazios.

Os não-entes, marcados que estão pelos interditos de vida, são impossibilidades de entrar na humanidade. Eles não existem. Por conseguinte, um não-ente pode ser "morto" sem sanções sociais, porque não houve morte. Desligado ele está da rede de trocas corporais.

Para termos ideia de como um mesmo fato pode ser imaginado de forma diferente, cabe ressaltar que, para alguns povos indígenas, a reprodução biológica foi associada ao comportamento animal. Assim como comer cru é proibido por aproximar o homem perigosamente da natureza animal, o impedimento da reprodução, seja por aborto, seja nos casos dos interditos de vida, passou a ser considerado um sinal de humanidade.

Existem também as explicações materialistas para o fato dos interditos de vida. A relevância de um número ideal de filhos é uma constante entre vários povos indígenas. Fora do número padrão, estas "crianças" não costumam ser humanizadas. O tamanho destas famílias está relacionado à forma de vida de um povo, à sua cosmologia, aos seus costumes e práticas cotidianas, às relações de parentesco e necessidades práticas. A interrupção da gestação é muito comum entre alguns povos. Para os *Kamaiurá*, o aborto é uma maneira comum de planejar o tamanho da família (JUNQUEIRA, 1975).

No caso de gêmeos, apresentam-se dificuldades para um só núcleo familiar, sobretudo para a mãe, alimentar e cuidar de dois bebês ao mesmo tempo. Trata-se de cotidianos em que o trabalho por subsistência é diário. A mãe, ao mesmo tempo em que amamenta e cuida da prole, deve continuar a realizar todas as suas outras tarefas, para que a reprodução física e cultural de seu povo possa manter-se.

Seria muito difícil para uma mãe amamentar dois bebês por dois anos. Carregá-los nas costas enquanto busca água e madeira seca, enquanto faz todas as suas demais atividades (GRANZBERG, 1973, p. 406). A mãe, após o nascimento do bebê, retoma a sua vida ordinária e não se separa do recém-nascimento, que fica colado ao corpo da mãe durante todo o dia, até que a criança se torne autônoma e possa comer, andar, falar, mostrar-se humana (COCCO, 1972, p. 278).

Dois bebês ao mesmo tempo tornariam improvável para a mãe retomar as suas atividades cotidianas. Em geral, os gêmeos também nascem muito mais fracos do que bebês únicos, o que demandaria maior atenção e cuidado. Os gêmeos interditos de vida são encontrados com mais facilidade em sociedades que propiciam poucas facilidades para uma mãe cuidar adequadamente de duas crianças de uma só vez. Geralmente se abre mão do bebê mais fraco. Igual problema é enfrentado por um casal que engravida antes do filho anterior ter adquirido autonomia. Prescreve-se geralmente um intervalo raramente inferior a três anos.

Uma explicação imaginária, mas nem por tal razão menos real, é a que afirma que os gêmeos criam excessos, evocam uma duplicidade, uma repetição, uma igualdade que só cabe aos mitos fundadores. Trata-se da impossibilidade cotidiana de ser sagrado. O bebê e a placenta são vistos como duas totalidades indiscerníveis, um par de gêmeos indiferenciados. Para restabelecer a integridade das partes, é preciso diferenciá-los, individualizá-los. Um dos indivíduos está perdido. Ele é literalmente cortado ao meio, separando-se o humano da placenta. Logo após, a placenta é escondida. A ocultação da placenta gera a falta inicial que dá corda ao movimento da vida. O parto de gêmeos cria excessos que não podem ser individualizados e reintegrados pela ausência da placenta. A característica da vida humana é a diferenciação que permite o movimento da vida. A afirmação só é feita a partir da diferenciação.

A fecundidade ameríndia é criativa. Um sonho mau, por exemplo, indica que alguma prescrição não foi cumprida pelo caso e, portanto, o bebê não será formado como deveria. A natureza humana é literalmente fabricada e modelada pela cultura. O social não é um apêndice de um corpo meramente biológico. A cultura cria o corpo (CASTRO, 2002, p. 32).

O corpo é signo. Sempre se remete para um sentido. As varadas, por exemplo, combatem a preguiça. É um rito que se realiza em favor do desenvolvimento e do bem-estar das crianças. Não é sinônimo para eles de maus tratos ou tratamento degradante. Pelo contrário, elas conferem a disciplina corporal necessária.

Em contextos sociais baseados em atividades de subsistência, parte da humanidade de uma pessoa está no que ela oferece ao grupo, isto é, no que ela contribui para a continuidade de seu mundo social. Os *Piaroa*, por exemplo, têm forte apreço pela autonomia (OVERING, 1999, p. 85). São comuns relatos sobre crianças, de três a quatro anos de idade, providenciando a sua própria alimentação. Neste caso, a autonomia pessoal se relaciona à habilidade de viver em conjunto, por meio da interdependência que fundamenta o social. A autonomia *piaroa* não está centrada no cuidar de si mesmo, mas no oferecer-se, no colaborar. E esta autonomia exige uma corporalidade toda adequada.

Melatti (1992, p. 5) conta a história de *Inkanchasho*. Paralítico de nascença, rígido da cintura aos joelhos, caminhava com passos curtos, arrastados. Também não falava. Comunicava-se por monossílabos. Vivia à custa dos irmãos. Quando estes saíam para caçar, ficava em casa cuidando das cunhas e da mãe.

Embora nunca tivesse caçado, um dia decidiu fazê-lo. Confeccionou suas armas com os utensílios de tecelagem de suas cunhadas. Construiu um esconderijo e matou primeiro um perdiz. Levou-o para as cunhadas, o que causou alvoroço entre as demais

mulheres do grupo local, que invejaram a sua sorte. No dia seguinte, retornou *Inkanchasho* para o esconderijo e caçou muitos mais animais. Por fim, manifestou o desejo de que todos eles fossem divididos entre todas as mulheres do povo.

Depois deste sucesso, as cunhadas lhe pediram para cortar a lenha, o que fez de modo tão eficiente que levou as outras mulheres a lhe pedir o mesmo e assim foram atendidas. Duas mulheres resolveram ter relações sexuais com ele, mas não conseguiram. Não apenas devido à ineficiência de seus movimentos, mas por parecer desinteressado. Como a fecundidade é requisito essencial da pertença humana para a grande maioria dos povos, *Inkanchasho* nunca pode ser por completo um homem *Kaxinawá*.

É preciso ressaltar que as distinções feitas entre "nós", "outros" e "não-entes" são de certa maneira ideais. É possível que tanto no mito como na vida cotidiana estas situações ontológicas se cruzem, apresentando graduações e abrindo inúmeras possibilidades de uma descontinuidade que caminho do humano às alteridades (onças, inimigos, mortos) até chegar à fronteira ontológica, o universo dos tabus, dos não-entes, do não-dito.

O que parece certo é o fato dos interditos de vida só poderem ocorrer entre os neonatos. Crianças que passaram pelo processo de socialização e de substancialização já iniciaram o seu pertencimento a uma família e a um povo. Elas já estariam, pelo menos parcialmente, na esfera da humanidade. Sua retirada da vida social se caracterizaria como morte e deveria ser marcada por ritos funerários de passagem.

É necessário delimitar quem pertence ou não à condição de humano. As ambiguidades desconfortam (também na nossa sociedade). Mostram constantemente que existem outras maneiras de existir, colocando em dúvida o *status quo*.

Outro fato que parece certo é que, sendo os gêmeos de sexo diferente, o interdito de vida recai sobre a menina (COSTA, 1986). A preferência por crianças do sexo masculino é disseminada entre muitos povos. A criação de uma mulher implica em dilemas futuros, como a necessidade de alianças matrimoniais (COCCO, 1972, p. 282). Adicione-se a isto a universalidade do desprestígio social do trabalho executado tradicionalmente pelas mulheres (SEGATO, 2003). As mulheres são consideradas economicamente menos produtivas.

Ademais, há escassez de dados diretos a respeito das taxas de mortalidade nos estudos populacionais com os povos indígenas, o que mostra também o descumprimento da exigência legal de registro dos nascimentos. Não se sabe se no número de crianças "mortas" estão incluídos os interditos de vida. Geralmente estes são elencados, neste tipo de estudo, na categoria "outras causas *mortis*" (ver, por exemplo: PROCÓPIO; JUNQUEIRA, 2005; PAGLIARO; AZEVEDO; SANTOS, 2005).

A família é um projeto consciente. Conscientes dos problemas ligados à sobrevivência, os povos indígenas são planejadores da vida social (VIERTLER, 1976). Para os *Tucano*, quando nascem gêmeos, somente um dos recém-nascidos será introduzido na comunidade humana. A mãe não pode criar dois filhos ao mesmo tempo. Não teria leite suficiente e ficaria impossibilidade de cumprir os trabalhos da casa e da roça (GIACONE, 1949, p. 53). Para os *Tapirapé*, os neonatos que nasceram depois do terceiro filho são atingidos pelos interditos de vida (OLIVEIRA, 1994, p. 7). Entre os *Asurini*, o número ideal de filhos são dois (MÜLLER, 1984-1985).

Em conclusão, o interdito de vida não é um conceito homogêneo, mas um conceito que abriga uma infinidade de práticas e de sentidos que as justificam que, em muitos casos, não se assemelham. Entre os povos indígenas, pelos relatos etnográficos

aqui referenciados, pode-se dizer que o interdito de vida pode se originar de: (i) prescrições sociais que impossibilitam a formação de determinadas pessoas, o que é elucidativo pela difundida morte de neonatos gêmeos ou com debilidades físico-motoras; (ii) deliberações coletivas sobre determinadas situações, como a necessidade da existência de pai legítimo para a inserção da criança em uma rede de parentesco; (iii) uma decisão individual, pela qual se avalia a viabilidade da criança viver ou não diante de circunstâncias específicas.

McMahan (2007) nos alerta para o fato de existir no discurso cristão-ocidental uma diferença de status entre fetos e neonatos. Esta distinção implica em diferenças na maneira de avaliar o potencial de vida ou a imputabilidade de suas mortes, embora não se possa demarcar com clareza uma diferença significativa de status moral entre um feto e um bebê nascido. Para as humanidades ameríndias, por exemplo, há uma continuidade natural entre o feto e o neonato. Por esta razão, o nascimento é um marco muito menos importante do que o momento em que uma criança começa a andar ou a falar, estes sim índices de humanidade.

Muitos países ocidentais acham moralmente aceitável o aborto. De fato, em muitos países ele é legalizado, sobretudo quando é detectada alguma malformação no feto. Isto nos força a fazer uma análise dos nossos próprios interditos de vida. Todo universo social tem seus pontos cegos, seus limites e fronteiras ontológicas, os quais geram a "foraclusão" quando ultrapassados. O interdito de vida também é um problema nosso.

Nem aqui, nem acolá, há consenso social sobre os imperativos de vida e de morte. Noções de pessoalidade e de moralidade não são vividas de forma uniforme por todos os que articulam as redes de relações sociais. O que se conclui é que transpor a noção de indivíduo para julgar o processo de elaboração

da pessoalidade e da humanidade indígenas é uma arbitrariedade por demais violenta. É preciso respeitar a integridade.

UM OLHAR SOBRE OS NOSSOS INTERDITOS DE VIDA

Todas as sociedades humanas possuem instituições e práticas que tendem a manter os níveis de fertilidade muito abaixo do potencial biológico. Os interditos de vida estão presentes em qualquer comunidade. O que varia é a maneira como eles se inscrevem nos discursos sobre o social (NAG, 1973, p. 63). Basta lembrarmos das recentes ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre as células-tronco e sobre os fetos anencéfalos. A Corte futuramente também deverá enfrentar questões como aborto e eutanásia.

O diálogo é o melhor caminho para descobrirmos nós mesmos. Conhecer a perspectiva dos povos indígenas a respeito dos interditos de vida não é apenas uma questão de curiosidade. É pelo conhecimento de outras maneiras de ser, falar e fazer que nos torna possível colocar em dúvida nossos próprios argumentos, levando-nos a ser mais humildes e a ter mais respeito para com a cultura e para com a cosmologia de outros povos. O debate a respeito dos fetos anencéfalos, ocorrido no contexto da ADPF n.º 54 do Supremo Tribunal Federal, é um cenário importante para identificar como justificamos os interditos de vida dentro do nosso próprio discurso moral a favor da vida e dos direitos da criança.

Para a maioria do plenário do STF, que seguiu o voto do Relator Ministro Marco Aurélio, obrigar a mulher a manter a gravidez diante do diagnóstico de anencefalia do feto implicaria em risco à saúde física e psicológica da mãe. Mas este não foi o principal argumento, mas sim o de que permitir a interrupção da gestação

nestes casos não implicava em aborto e, por consequência, em crime, posto que o feto não tinha viabilidade fora do útero materno. Era impossível a sobrevida do feto fora do útero.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. O começo da vida não depende apenas do encontro entre o óvulo e o espermatozóide, mas também da viabilidade daquele ser vivo se tornar ser pessoa. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo pode ser considerado biologicamente vivo. É formado por células e tecidos vivos. Mas é juridicamente morto, por não ser, nem poder vir a ser pessoa. Portanto, não deve gozar de proteção estatal. O feto anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial. Como não se pode matar algo que não tem vida, também não se trata de morte segura. A incompatibilidade entre o direito à vida e a interrupção da gestação no caso de anencefalia é apenas aparente. A anencefalia é incompatível com a vida (STF, 2012).

O Ministro Luiz Fux complementa o Relator Ministro Marco Aurélio com argumentos semelhantes àqueles utilizados pelos *Araweté*. A falta de um cérebro descarta completamente qualquer possibilidade de haver consciência. O reconhecimento da pessoalidade de um ente só ocorre quando se sabe ser ele capaz de demonstrar sinais de consciência, de autonomia, de ser indivíduo (vimos, no primeiro capítulo, que noção moderna de indivíduo está ligada à autonomia da vontade). Se o indivíduo não pode ter consciência e exercer a sua autonomia de escolha fora da vida intrauterina, ele não é pessoa, não é indivíduo. O direito só protege o indivíduo, a vida do indivíduo, daquele já vivo ou daquele que tem possibilidade de vir a sê-lo (o nascituro). Fora dessa fronteira, não há vida.

No feto anencéfalo, o cérebro sequer começa a funcionar. Não há vida no sentido técnico e jurídico. Logo, de aborto não se trata. Aborto é crime contra a vida e o anencéfalo não representa

vida. Indivíduo ele não pode vir a ser. O Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução de n.º 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais. Eles jamais se tornariam pessoa. Não se cuidaria de vida em potencial, mas de morte segura.

Todo aborto pressupõe um crime contra uma vida extrauterina em potencial. A interrupção da gestação de feto anencéfalo não consubstancia, portanto, aborto eugênico. Não se trata de uma seleção dos fetos de acordo com padrões arbitrariamente eleitos. Não se trata de melhoria da linhagem, por meio da eliminação dos deficientes. Os fetos deficientes são viáveis, capazes de autonomia fora do útero. Os anencéfalos, não (STF, 2012).

O Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação, na espécie, dos preceitos da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, em específico os arts. 6.º e 23. O art. 6.º, § 1.º afirma que os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança (§ 2.º). O art. 23, por sua vez, assevera que os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade (§ 1.º). Os Estados Partes também reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que deve ser adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.

Do mesmo modo, a Corte repeliu a aplicação da Constituição no que determina a respeito da proteção da criança e do adolescente, de sorte que a eles fosse viabilizado 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, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Seria inimaginável falar destes objetivos no caso dos fetos anencéfalos, em virtude da sua impossibilidade de, ao ocorrer o parto, vir a ser criança e, posteriormente, adolescente (STF, 2012) (ver também informativo n.º 661).

É improcedente a alegação de direito à vida dos anencéfalos, afirmou a Corte. Vida e anencefalia são termos antagônicos. Por ser o anencéfalo absolutamente inviável, não seria titular do direito à vida. Logo, o conflito entre direitos fundamentais neste caso é apenas aparente. Em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito à vida ou à dignidade humana do feto que está por nascer.

O feto anencéfalo, ainda que biologicamente vivo, posto ser feito de células e tecidos vivos, seria juridicamente morto, de maneira que não teria proteção jurídica, principalmente a jurídico-penal. Em palavras mais simples, seria ser vivo, mas não seria ser pessoa. Corrobora este entendimento, o conceito jurídico de morte cerebral dado pela Lei n.º 9.434/97. Se alguém morre quando cessa a sua atividade cerebral, só pode se dizer que algo está vivo quando apresenta atividade cerebral. Como o feto anencéfalo não tem cérebro, ele não está vivo. Seria, portanto, impróprio falar em direito à vida intra ou extrauterina do anencéfalo, que é um natimorto cerebral. A interrupção da gestação do feto anencefálico não configura crime. Revela-se uma conduta atípica.

Para o Relator Ministro Marco Aurélio, acompanhado pela maioria da Corte, sob o ângulo biológico, o início da vida pressupõe não apenas a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, mas também a viabilidade, elemento este ausente no feto anencéfalo, como compreende majoritariamente a medicina. Quando a

Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos reportam-se a "direitos da pessoa humana" e a "direitos e garantias individuais" como cláusulas pétreas, tratam de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, este sim destinatário dos "direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Jamais haveria indivíduo-pessoa no caso do anencéfalo, razão pela qual não se justifica qualquer tutela jurídico-penal, principalmente na hipótese em que direitos fundamentais da mulher estão ameaçados, colocando-a em risco de saúde física e mental (STF, 2012).

A Corte reputou inquestionável o caráter não absoluto do direito à vida ante o texto constitucional. O art. 5.º, inciso XLVII admite a pena de morte no caso de guerra declarada na forma do art. 84, inciso XIX. No mesmo sentido, o Código Penal prevê o aborto ético ou humanitário como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, situação em que o legislador teria priorizado os direitos da mulher em detrimento dos do feto.

A proteção do direito à vida comportaria diferentes gradações, consoante o que foi estabelecido na ADI 3510/DF. A pena cominada ao crime de homicídio, por exemplo, é superior àquela prevista para o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento. Pode-se inferir que o direito à vida ganharia contornos mais amplos, de forma a atrair proteção estatal mais intensa, à medida que ocorresse o desenvolvimento da pessoa.

É imperiosa a distinção entre ser vivo e pessoa humana. O embrião obviamente seria um ser vivo. Todavia, não configura ainda pessoa, ou seja, sujeito de direitos e deveres, único a merecer a proteção do estatuto constitucional e internacional da pessoa humana. Mesmo que se concebesse a existência do direito à vida dos fetos anencéfalos, premissa da qual a Corte discorda, dever-se-ia admitir ser a tutela conferida neste caso menos intensa do que a deferida às pessoas e aos fetos em geral, pelo simples fato daqueles

não se igualaram a estes. Outrossim, se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com os direitos da mulher, como vimos no caso do aborto humanitário, com maior razão o seria em relação àquela eventualmente atribuída ao anencefálico.

Percebemos, portanto, que também fazemos uso da distinção entre ser vivo e pessoa. Nem todo ser vivo que emerge da vida intrauterina é considerado pessoa, por faltar-lhe algumas das condições necessárias para ser considerado pessoa pelo grupo. No nosso caso, a ideia de indivíduo está ligada a de autonomia da vontade. Indivíduo é aquele ser vivo que tem capacidade de raciocinar e escolher o seu projeto de vida. Deve poder agir com autonomia, para ser possível também a sua responsabilização pelo Estado.

O feto anencéfalo não tem cérebro, não tem consciência. Sobrevive pouco tempo após o nascimento e nunca será capaz de exercer de forma autônoma a sua vontade. Não poderá fazer escolhas. Para nossa sociedade, a falta destas condições imprescindíveis leva a rejeitarmos a sua condição de pessoa. E se não é pessoa, ele pode ser um interdito de vida. Não se trata de morte, nem de aborto, nem de assassinato, nem de crime. O feto anencéfalo não é pessoa e só a pessoa tem os direitos reservados à criança e ao adolescente, como a vida.

Esta diferenciação não é muito diferente daquela utilizada por vários povos indígenas. É verdade que o recém-nascido é deficiente e não um feto anencéfalo. Poder-se-ia argumentar que neste caso se trata de um aborto eugênico, que tem por fim a melhoria da linhagem hereditária do grupo. No entanto, é preciso lembrar que a ideia de pessoa para os povos indígenas é diferente daquela cunhada pelos ocidentais modernos. A ideia de pessoa em também está ligada a de autonomia, mas a autonomia lá significa que se deve contribuir para o grupo, permitindo a sua sobrevivência cultural e o seu desenvolvimento. Não se trata de uma autonomia

particular. Trata-se de uma autonomia para o coletivo. Logo, a deficiência que mencionamos, que impede o neonato de contribuir futuramente para a comunidade, já representa uma característica que impedirá o seu reconhecimento como pessoa. E tal como aqui, o seu interdito não representará um atentado contra a vida, pois não há vida.

É preciso lembrar que estamos falando de grupos que lutam por sua sobrevivência em ambientes de grande dificuldade, muito trabalho e recursos escassos. Um recém-nascido que não pode contribuir para o grupo e que só trará mais dificuldades representa uma falha que pode contribuir para o fim de toda a comunidade. Sabendo-se disto, a melhor maneira de diminuir a ocorrência dos interditos de vida, sabendo-se que é algo que mais preocupa o homem moderno do que o indígena, seria melhorar as condições da saúde indígena, demarcar os seus territórios, dar-lhes mais condições de viver plenamente. Mas mesmo estas políticas deverão ser realizadas sempre com o consentimento e a participação plena destes povos[100].

A questão é que o diálogo é sempre uma mão de via dupla. Ambas as partes devem concordar sobre o que querem dialogar, antes mesmo de se iniciar o debate. No caso da Lei Muwaji e do substitutivo, ambos os projetos partem do pressuposto de que o diálogo deverá ser realizado de qualquer jeito. Mas os assuntos sobre os quais os povos indígenas querem conversar e que representam suas principais demandas, a saber, a demarcação de suas terras, as condições de saúde e sanitárias nas aldeias, o acesso igual aos bens fundamentais reservados aos demais cidadãos, todos eles não possuem apoio no Legislativo para serem levados adiante. Se isto é feito, por que os povos indígenas seriam obrigados a ouvir o que a

[100] A política pública como melhor caminho para diminuir os interditos de vida entre os povos indígenas, sem que se desrespeitasse o direito à autodeterminação daqueles, foi primeiramente sugerida por Fabrício Rodrigo Silva de Araújo, em sua dissertação de mestrado denominada *Lei Muwaji*: Sobre a Formulação da Política de Proteção à Vida da Criança Indígena no Brasil (2012).

sociedade abrangente tem a dizer sobre uma prática interna à sua organização social?

Outro aspecto do diálogo ser uma via de mão dupla é o fato de termos que aceitar mudanças na nossa própria organização social, se quisermos dar opinião acerca da organização política interna destes povos. Se a sociedade abrangente não estiver disposta a ouvir críticas sobre a forma como se organiza e trata os seus cidadãos, o diálogo será infrutífero. Ainda representará um discurso do enfrentamento e não um diálogo do mútuo reconhecimento de partes igualmente dignas de emitir opinião uma sobre a outra.

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUWAJI

No que diz respeito à constitucionalidade do projeto de lei n.º 1.057/07, entendemos que ele é inconstitucional por três motivos, relacionados aos três argumentos de princípio que justificam o direito à autodeterminação dos povos indígenas. Em primeiro lugar, o projeto fere o princípio da igualdade no qual se baseia a própria estrutura do Estado liberal brasileiro. Ao descumprir com a exigência do direito à não-discriminação, o projeto fere a igualdade. Trata a prática como se ela fosse homogênea e igual em todos os povos. Fala em prática nociva. Cria um estereótipo do indígena e contribui para aumentar o racismo institucional em relação a estes povos. O projeto não trata os indígenas como iguais, mas como seres inferiores que precisam ser alterados nos seus aspectos sombrios e débeis.

O descumprimento do princípio da igualdade e, consequentemente, do direito à não-discriminação e do diálogo baseado na convenção do mútuo reconhecimento leva a uma primeira inconstitucionalidade, de tipo substancial ou de conteúdo.

O projeto fere o conteúdo da Constituição, a qual se baseia na igualdade e na igual consideração e respeito por todos os cidadãos. Fere os princípios nos quais a Constituição se baseia e reflete em suas disposições.

Em segundo lugar, o argumento da equidade também resta prejudicado. Sabemos que o argumento da equidade gera o direito ao autogoverno e o diálogo baseado no consentimento. Logo, qualquer modificação na organização política interna desses povos só pode acontecer com o consentimento do povo afetado, segundo os seus próprios procedimentos de decisão. A Lei Muwaji, ao determinar que a prática dos interditos de vida é um crime e que a criança pode inclusive ser retirada do povo quando estiver sob ameaça, viola o direito ao autogoverno destes povos. Isto leva a uma inconstitucionalidade procedimental de três tipos: (a) subjetiva. O Poder Legislativo não tem competência para legislar sobre a organização política interna dos povos indígenas, competência que foi conferida pelo art. 231 da Constituição aos próprios povos indígenas; (b) objetiva. De forma parelha, o Poder Legislativo não tem poder para decidir sobre este específico objeto, uma prática típica da organização política de alguns povos indígenas; (c) procedimento em sentido estrito. Para que este projeto fosse constitucional, era necessário também que os povos indígenas afetados ou seus representantes participassem das audiências públicas, das discussões sobre o tema e do processo de tomada de decisão. Vimos que os únicos ausentes das audiências públicas eram sempre os mais interesses, os povos indígenas afetados, como os *Suruwahá*.

Por fim, o projeto de lei contraria o argumento da integridade. No julgamento da ADPF 54/DF, sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, o Relator Ministro Marco Aurélio afirmou que a questão debatida não poderia ser examinada sob os influxos de orientações éticas e religiosas, apesar da oitiva das entidades ligadas

à profissão de fé não ter sido em vão. Em uma democracia, não seria legítimo excluir de qualquer ator a oportunidade de participar tal como definido pela Constituição. Todavia, entendeu que, para serem aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos deveriam ser devidamente traduzidos em termos de razões públicas, isto é, expostos de forma que a adesão a eles independesse de qualquer crença, no que o Ministro segue Rawls (1993).

Desta maneira, é compreensível a manifestação dos agentes políticos com base em argumentos religiosos, invocando a figura de Deus ou verdades reveladas. Mas em um espaço público, eu preciso oferecer argumentos que possam ser aceitos por todos, independentemente de suas crenças. Deve-se levar em conta que o Estado é laico. A laicidade não se confunde com o laicismo. O Estado deve ser simplesmente neutro. Não seria religioso, tampouco ateu. Deve-se rememorar a orientação da Corte, proferida na ADI 2076/AC (STF, 2003), no sentido de que a locução "sob a proteção de Deus", constante do preâmbulo da Constituição, não seria norma jurídica. Ademais, a laicidade estatal atua de modo dúplice: salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção estatal abusiva nas respectivas questões internas; ao mesmo tempo, protegeria o Estado de influências indevidas provenientes de dogmas, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular, democrático e qualquer doutrina de fé, seja ela majoritária ou minoritária. As garantias do Estado secular e da liberdade de culto afirmam que as religiões não devem guiar o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, inclusive o direito à autodeterminação, à saúde física e mental, à privacidade, à liberdade de expressão, à liberdade de orientação sexual e de reprodução.

Por adotarmos a parte ontológica de Taylor, já opinamos a favor da impossibilidade de separar completamente a razão pública das doutrinas éticas. Da mesma forma que o justo é relativo ao bem,

o Estado não pode ser neutro em relação às confissões religiosas. A própria ideia de indivíduo na qual ele se baseia para refutar o caráter de ser pessoa ao feto anencéfalo tem origem religiosa, como vimos, em Duns Scotus. Mas desenvolvamos o argumento de Rawls em relação às razões públicas, para mostrar que ele leva da mesma forma ao argumento da integridade e ao respeito que se deve ter aos pressupostos culturais de outros povos.

Após as críticas comunitaristas, Rawls (1985, 1987, 1989, 1993) reformula a sua teoria da justiça, a fim de reduzir as pretensões universalistas e os traços metafísicos que ela apresentava, transformando-a em uma verdadeira doutrina meramente política. Ele quer responder às objeções de que sua teoria não é uma concepção neutra perante as diferentes concepções de bem adotadas pelos cidadãos, sendo incapaz, portanto, de garantir as bases de sua própria estabilidade (GARGARELLA, 2008, p. 224).

Nestes novos trabalhos, Rawls aceita o fato do "pluralismo razoável". As sociedades modernas não se caracterizam meramente pelo pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas ou éticas abrangentes, mas também por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si, apesar de todas poderem ser consideradas razoáveis. E isto se dá por causa dos limites naturais do conhecimento humano (RAWLS, 1993, p. XVI).

Mas, para Rawls, mesmo neste contexto, é possível construir uma concepção compartilhada de justiça que funcione. Os desacordos entre as doutrinas abrangentes seriam superados pela identificação das possíveis bases de um acordo suficientemente amplo, capaz de abranger princípios essenciais, e profundo, por incluir concepções de pessoa e sociedade.

Rawls apresenta agora sua teoria da justiça como uma concepção política. Isto não significa que esta concepção está separada de uma moralidade. A teoria política da justiça é uma

concepção moral elaborada em relação a um objeto específico: as instituições políticas, sociais e econômicas. Trata-se de uma ideia de justiça que se refere à estrutura básica da sociedade, mas que não se estende, por exemplo, às normas sobre nossa conduta pessoal.

Uma doutrina política deve mostrar-se independente de qualquer doutrina abrangente (kantismo, utilitarismo, cristianismo, entre outros). Seu conteúdo deve ser expresso em termos familiares aos cidadãos. Devem se basear em ideias implícitas na cultura política de uma sociedade democrática. Para tanto, Rawls recorre ao "consenso sobreposto".

Segundo o argumento do "consenso sobreposto", as concepções abrangentes, razoáveis e opostas podem convergir em certos acordos básicos, o que impediria a teoria da justiça de se basear em uma concepção compreensiva em particular. O consenso refere-se a um acordo entre pessoas razoáveis que só aceitam doutrinas abrangentes também razoáveis. O consenso sobreposto, para Rawls, é a única forma de permitir que, em um contexto pluralista, cada indivíduo chegue a aderir à concepção pública de justiça. Este consenso só pode ser alcançado uma vez que a concepção pública em questão apareça como razoável ou mesmo verdadeira aos olhos de todos (GARGARELLA, 2008, p. 231).

Para Rawls (1993, p. 213), os diferentes grupos políticos serão forçados a transcender suas concepções de bem, a fim de recorrer, no foro público, a razões que possam ser atraentes para outras pessoas que não compartilham da sua visão de mundo abrangente, razões estas sem as quais seria impossível formar um consenso sobreposto. O consenso surge da "razão pública compartilhada", do fato de que os princípios de justiça e as políticas de um governo democrático não devem ser justificados apelando-se para valores religiosos ou doutrinas abrangentes. A razão pública é pública de três modos: (a) é a razão do público; (b) quanto ao seu objeto, refere-se à estrutura básica da sociedade; e (c) quanto à sua

natureza e conteúdo, por vincular-se a princípios expressos por uma concepção política de justiça

A defesa da ideia de "razões públicas", feita pelo Ministro Relator Marco Aurélio, vem delimitar a que tipo de razões se pode recorrer e a qual não se pode, quando se pretende apoiar determinada lei ou interpretar a Constituição. Quando o que se está em jogo são questões básicas de justiça, não convém aos cidadãos ou aos diferentes partidos políticos apelar para razões que os demais não possam aceitar razoavelmente. O contrário implicaria violar o "princípio da legitimidade", que nos revela quando se está a exercer o poder político de maneira adequada e quando não; quando a coerção é legítima e quando não.

O poder político só é exercido de modo conveniente – e, portanto, só se respeita o princípio da legitimidade – quando ele é praticado de acordo com uma Constituição cujo conteúdo essencial é razoável esperar que todos os cidadãos aprovem, como seres livres e iguais, à luz de princípios e ideais aceitáveis em termos de sua razão humana comum (RAWLS, 1993, p. 137). Violar o princípio da legitimidade seria permitir que a Constituição fosse interpretada e aplicada a partir de razões não-públicas, recorrendo-se a convicções que outros podem, de forma razoável, rejeitar. A este dever de todo o cidadão de recorrer a razões públicas, Rawls dá o nome de "dever de civilidade". É o dever de "respeito mútuo", que inclui nossa disposição para ver a situação dos demais a partir dos seus próprios pontos de vista; a partir da perspectiva de suas próprias concepções de bem, assim como nossa disposição para justificar nossas ações toda vez que afetarem seus interesses.

Um exemplo, como vimos, de interpretação da Constituição a partir de razões não-públicas foi a manifestação do Deputado Federal Henrique Afonso em audiência pública (2005). A partir do direito fundamental à vida, o referido agente político recorreu a razões que qualquer pessoa que não fosse cristã poderia rejeitar.

Fundamentando-se no direito à vida previsto pela Constituição, o mencionado Deputado intentou transformar o Estado em instrumento a favor da sua confissão religiosa. Por isso, afirmou que as culturas indígenas precisam ser transformadas nos seus aspectos sombrios e negativos; que desenvolver a cultura é um dos dons que o Criador deu aos seres humanos; que a fé cristã deve buscar transformá-los a fim de que a dignidade o direito à vida plena triunfem.

A Constituição foi interpretada de forma ocasional e oportunista, para servir a fins particulares. O deputado feriu o dever de respeito mútuo. Não se dispôs a compreender a temática a partir dos pontos de vista dos povos indígenas. Quanto menos ofereceu razões que fossem compreensíveis às suas "mundividências". O argumento das razões públicas utilizado pelo Ministro Marco Aurélio e com fundamento no liberalismo político de Rawls, portanto, é de fundamental importância para ceifar de pronto qualquer argumento que intente interpretar a Constituição a partir de motivações religiosas. Devemos compreender o direito à autodeterminação dos povos indígenas como uma questão política, como uma exigência do igual tratamento que o Estado deve dar a todos, independentemente de suas crenças.

No entanto, o argumento das razões públicas é insuficiente. O termo "razoável" é deveras ambíguo. Rawls dá pouca atenção ao tema e não esclarece o que é uma razão que todos podem razoavelmente aceitar. Este é um ponto fulcral. O êxito do consenso sobreposto depende do prévio e urgente esclarecimento acerca das nações de razoável e não-razoável. O consenso é feito entre sujeitos "razoáveis" e exclui todas as doutrinas "não-razoáveis".

Outra crítica é o fato de ser possível separar as nossas razões políticas de uma visão particular compreensiva (filosófica, religiosa). Para nós, que seguimos a parte ontológica de Taylor, isto é difícil, senão impossível. A própria ideia de indivíduo na qual se

funda a ideia de justiça rawlsiana possui origens religiosas. Pode até mesmo ser difícil fazê-lo no âmbito prático. Filtros institucionais capazes de eliminar todos os valores e crenças controversas poderiam engessar o debate público. Complicado também seria motivar e instruir os indivíduos a separar o "pessoal" do "político", isto é, deixar de lado as suas convicções éticas ao votar ou discutir política. O comunitarismo mesmo afirma que estes valores éticos devem adentrar o espaço público, sendo este o seu principal ponto de discordância com os liberais.

A confiança demonstrada por Rawls quanto à possibilidade de uma razão estritamente pública parece derivar de sua pressuposição de certa psicologia moral ainda de origem kantiana. Esta psicologia moral admitida por Rawls inclui o desejo de agir de acordo com um ideal formado em relação a princípios razoáveis ou racionais (*conception-dependent desires*). Este excesso de confiança nesta psicologia, que de nenhuma forma é unânime, é capaz de transformar, como de fato faz, sua proposta em uma concepção idealista.

Como vimos, é impossível fazer uso de uma razão estritamente pública, desvinculada de qualquer doutrina abrangente a respeito do bem, da mesma forma que o justo é relativo e dependente de noções éticas sobre como devo conduzir a minha própria vida. Mas o importante do argumento da razão pública é a sua afirmação do dever de mútuo respeito. Devemos utilizar argumentos que sejam compreensíveis para todos. Devemos nos colocar no lugar do outro. Não podemos usar razões que sejam incompreensíveis para os outros e possam ser razoavelmente recusadas por eles. Quando temos diante de nós o caso de uma diferença radical, percebemos que o argumento da razão pública, se devidamente compreendido a partir da parte ontológica de Taylor, nos levará a dar atenção para os pressupostos culturais dos povos indígenas. Até mesmo a argumentação política que fazemos a partir

do princípio da igualdade e que é favorável às demandas indígenas, ainda sim se utiliza de pressupostos muitas vezes são incompreensíveis para eles. Quando o projeto de lei e o substitutivo fazem uso de argumentos que são ininteligíveis para estes povos, como, por exemplo, a ideia de indivíduo e de autonomia típica do homem moderno, fere-se a integridade. Devemos respeitar a cosmologia e a tradição dos ameríndios. Logo, o descumprimento da integridade e, consequentemente, do direito à integridade e da convenção da continuidade quando do diálogo transcultural leva à ilegitimidade do exercício do poder político. A Lei Muwaji, portanto, também é inconstitucional quanto a este ponto.

Em conclusão, o projeto de lei n.º 1.057/07 é inconstitucional, assim como o substitutivo proposto pela Deputada Federal Janete Rocha Pietá. Ambos ferem os argumentos da igualdade, da equidade e da integridade. Ambos não cumprem com os direitos indígenas à não-discriminação, ao autogoverno e à integridade cultural. Ambos desrespeitam as convenções do mútuo reconhecimento, do consentimento e da continuidade quando de qualquer diálogo transcultural que se queira levar a efeito.

O debate público em torno do direito à autodeterminação dos povos indígenas deve se concentrar em temas prementes para estes povos, como a demarcação das suas terras, o acesso às políticas de saúde pública, a educação diferenciada indígena, entre outros temas. A insistência de parte do Poder Legislativo em estereotipar os povos indígenas a partir de um racismo institucionalizado, só levará ao aumento do número e da gravidade dos conflitos, comprometendo a própria estabilidade das instituições políticas. A prática dos interditos de vida, que não faz parte das demandas atuais dos povos indígenas, por insistência do Poder Legislativo, pode se transformar em uma bandeira destes povos contra toda a intromissão indevida na sua organização política interna. Qualquer mudança deve ser

decidida por esses povos, por meio de seus próprios procedimentos. Cabe ao Estado dialogar apenas.

O Poder Judiciário, a instituição que tem por competência a defesa das minorias contra as soluções políticas adotadas pela maioria, deve estar atento quando da interpretação da Constituição. O texto constitucional não pode ser interpretado a partir de fins particulares do julgador. É preciso interpretá-la a partir dos princípios de moralidade política que ela mesma adota e reflete em suas disposições. Sem se atentar para o papel da tradição na formulação dos nossos argumentos jurídicos, o Judiciário pode se tornar mais um poder que contraria a sua missão institucional e se volta contra quem justamente precisa de mais proteção, para ter iguais chances de ter uma vida sucedida, com igual acesso aos bens e direitos fundamentais. Quando não se reflete a respeito da justiça dos seus atos e os realiza de forma mecânica pela própria força do cotidiano, o juiz está mais próximo da banalidade do mal, dos atos maus causados sem a menor consciência por parte de quem os pratica.

Assegurar os direitos de quem é semelhante a nós é ato dos mais fáceis. Nestas situações, é simples se colocar no lugar do outro e sentir as dores que foram sentidas pela vítima. O desafio que o direito coloca é proteger justamente aqueles que nos parecem, num primeiro contato, a própria encarnação do mal: sejam os acusados de homicídio, aos quais são reservados todos os direitos à ampla defesa e ao contraditório; sejam os povos indígenas que praticam os interditos de vida, aos quais a Constituição consagrou expressamente o direito à autodeterminação. É pelo contato com o outro que nos reconhecemos sempre incompletos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este livro analisou a constitucionalidade do projeto de lei n.º 1.057/07, proposto pelo Deputado Federal Henrique Afonso (à época do PT/AC e agora PV), mais conhecido como Lei Muwaji, o qual dispõe sobre o combate às práticas tradicionais "nocivas" e sobre a proteção dos direitos humanos de crianças indígenas. Tratou-se de saber se o referido projeto é compatível com texto da Constituição depois de devidamente interpretado à luz da melhor leitura dos nossos princípios de moralidade política.

Adotamos a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Para este autor, a interpretação jurídica é um exemplo de interpretação construtiva composta de três etapas. Na primeira etapa, identificam-se as regras e os padrões apresentados por nossa prática jurídica. Em segundo lugar, o intérprete deve buscar uma justificativa de moralidade política para os principais elementos da prática identificada na primeira etapa. Por último, deve haver uma etapa de reformulação, na qual o intérprete ajusta a prática para melhor servir à justificativa identificada na segunda etapa (DWORKIN, 2010, p. 81-82).

Assim, no primeiro capítulo, buscamos o modelo mais fiel aos nossos princípios de moralidade quando se trata da acomodação justa da diversidade cultural existente entre os cidadãos. Verificamos de que modo o Estado deve tratar os cidadãos que são culturalmente diferentes da sociedade majoritária, sabendo-se que todos são merecedores de igual consideração e respeito. Chegamos às seguintes conclusões.

O respeito à diferença cultural é uma exigência do princípio da igualdade e, portanto, uma questão de justiça ou de princípio. A melhor forma de realizá-lo é pela garantia dos direitos de grupo (autodeterminação, pluriétnico e de especial representação) e por um

contínuo diálogo com as minorias culturais mediado pelas três convenções de Tully.

O direito à autodeterminação dos povos indígenas pode ser justificado por três argumentos de princípio. A começar pelo argumento da igualdade, afirmamos que a finalidade do Estado é tratar todos os seus cidadãos com igual consideração e respeito. Se o Estado não pode cumprir com o princípio da neutralidade étnica e se aceitar os direitos individuais e a democracia significa aceitar também uma determina concepção de indivíduo e de sociedade e, finalmente, se a concepção de indivíduo como sujeito autônomo não é um dado universal, mas sim historicamente construída, a mera garantia de direitos civis e políticos para todos confere uma desvantagem imerecida para a sociedade majoritária.

Direitos de grupo são necessários para que todos tenham a mesma oportunidade de ter uma vida bem-sucedida. Um aspecto da vida bem-sucedida é o indivíduo ter sua identidade respeitada. Como a formação da identidade de uma pessoa está ligada à comunidade onde ela nasceu, não respeitar as culturas causará danos à autoestima de seus integrantes. Por consequência, o Estado não estará tratando os seus cidadãos com igual respeito e consideração, descumprindo, portanto, o princípio da igualdade.

Com relação ao argumento da equidade, para ser legítimo, o exercício do poder pelo Estado precisa do consentimento de seus cidadãos. As minorias nacionais não deram consentimento para que o Estado interviesse em sua organização política interna. Logo, o direito à autodeterminação deve ser respeitado. Se o Estado desobedecer este direito, estará exercendo poder ilegítimo, posto que as minorias nacionais não deram o seu consentimento, o que fere até mesmo a base na qual se funda o exercício do poder pelo Estado em relação aos demais cidadãos da sociedade majoritária: a equidade.

Finalmente, podemos fazer uso do argumento da integridade. A forma como raciocinamos a partir de princípios representa o modo como compreendemos o mundo e a nós mesmos. Não há nenhum argumento racional que os justifique, a não ser a nossa história, a nossa tradição. A integridade é um sobreprincípio, um modo de ver os princípios. Assim, por mais favorável que seja o argumento da igualdade às minorias nacionais, o seu uso ainda fere a autonomia desses povos, porque estamos raciocinando a partir de princípios que fazem sentido para nós, mas que podem parecer arbitrários para eles.

Para fazer justiça a estes povos, devemos, portanto, raciocinar a partir de princípios que não firam a integridade deles. Agora se encontra totalmente justificada a necessidade imperiosa de um diálogo transcultural como concebido por Taylor, com base em Gadamer, como fusão de horizontes e mediado pelas convenções do mútuo reconhecimento, do consentimento e da continuidade de Tully.

Em conclusão, somente quando interpretarmos a nossa prática jurídica levando em consideração a integridade das minorias nacionais é que estaremos realmente acomodando de forma justa a diferença apresentada por estas nações. Portanto, devemos ter cuidado com os conceitos presentes na lei, os quais sempre interpretamos a partir das nossas pré-compreensões. Até mesmo o que entendemos ser uma interpretação correta da lei é advindo da nossa cultura e não da deles. Somente percebendo este fato é que seremos capazes de ser suficientemente sensíveis para com a diferença radical.

No que toca aos povos indígenas, identificamos que eles são minorias nacionais dotadas do direito à autodeterminação. Este direito não é limitado pelos direitos individuais. As nossas práticas jurídicas precisam ser interpretadas a partir de princípios que fazem sentido para estes povos, para que se respeite a integridade. As

convenções de Tully não se aplicam às relações entre os indivíduos integrantes de cada um destes povos.

No segundo capítulo, testamos se as nossas conclusões se adaptam e se justificam sob a melhor luz as nossas práticas jurídicas, isto é, as nossas leis e decisões judiciais. Comprovamos que, se a igualdade é o princípio maior de toda teoria da justiça, ela também será o dos direitos humanos. Seus objetivos são iguais. A teoria da justiça define o modo como o Estado deve tratar os seus cidadãos com igual consideração e respeito. Os direitos humanos afirmam que as pessoas devem ser reconhecidas como igualmente dignas. Se os direitos humanos exigem que os cidadãos sejam tratados como iguais, as suas diferenças devem ser levadas em consideração. Do contrário, dar-se-á tratamento desigual às minorias. Se o respeito à diferença é exigido pela igualdade, o direito à diferença é um direito humano.

Percebemos também que as nossas práticas equiparam os povos indígenas às minorias nacionais, ao caracterizá-los como povos. Se esta comparação é feita, não há nenhuma razão de princípio que justifique a restrição do direito à autodeterminação aos Estados resultantes da descolonização africana. Os povos indígenas também foram submetidos à colonização e à alheação de seus territórios, o que os impediram de desenvolver- se de acordo com as suas vontades próprias.

Vimos também que o conteúdo do direito à autodeterminação abrange três categorias de direitos, em correspondência às três razões de princípio que o justificam: o direito à não- discriminação, o direito ao autogoverno e o direito à integridade cultural, relacionados respectivamente aos princípios da igualdade, da equidade e da integridade.

De acordo com o direito à não-discriminação, o Estado não pode incorporar instituições ou tolerar práticas que perpetuem um

status ou uma condição inferior para os povos indígenas. É uma exigência do princípio da igualdade que os integrantes destas minorias sejam respeitados da mesma forma do que os demais cidadãos do Estado. Para tanto, deverão ser garantidos tanto os direitos e oportunidades reconhecidos a todos, como medidas especiais que assegurem o acesso daqueles povos a estes bens em bases igualitárias.

Segundo o direito ao autogoverno, a autodeterminação constitui um padrão de legitimidade a partir do qual as instituições do governo podem ser medidas. Compreende as condições mínimas para a constituição e o funcionamento de um governo legítimo. Requer níveis mínimos de participação e consentimento por parte das minorias afetadas, para que o exercício do poder possa ser dito legítimo. Em razão de tal feito, os povos indígenas podem determinar livremente o seu *status* político. Além do mais, a participação dos povos afetados na tomada de decisões que lhes dizem respeito é uma condição imposta pela equidade.

O direito à integridade cultural consiste no direito dos povos indígenas de manter e desenvolver livremente a sua identidade cultural em coexistência com outros setores da sociedade. Estes povos têm o direito de praticar, preservar, revitalizar suas tradições ancestrais e costumes. Devem-se garantir meios para que as suas peculiaridades étnicas e características distintivas sejam preservadas. Não haveria devido respeito à integridade se dos povos indígenas fossem retiradas as suas práticas e instituições; se eles fossem obrigados a renunciar ao que constitui a verdadeira essência de ser uma minoria.

Uma correta compreensão do direito à autodeterminação a partir de seu conteúdo mostrará que ele não é limitado pelos direitos individuais; que ele exige o respeito para com os pressupostos culturais e o mundo prático dos povos indígenas quando da aplicação de qualquer lei em contextos diferenciados.

Por fim, o diálogo com as culturas deve se dar por meio das convenções do mútuo reconhecimento, do consentimento e da continuidade. As três convenções também guardam coerência de princípio com os três argumentos anteriormente delineados. Assim, podemos dizer que a igualdade exige o direito à não-discriminação e o mútuo reconhecimento das partes como iguais durante o diálogo. A equidade reclama o direito de autogoverno e o consentimento passa a ser necessário. A integridade está ligada ao direito à integridade cultural e à continuidade. A história de cada povo não pode ter solução de continuidade.

A unidade nacional só pode ser alcançada por meio de um diálogo contínuo entre todas as culturas que existem em um Estado. Qualquer tentativa de desigual tratamento, assimilação ou solução de continuidade irá deixar de considerar as minorias como pessoas igualmente dignas, o que só aumentará o número de conflitos. Ao contrário do que se pensa, a promoção dos direitos indígenas fortalece a democracia.

No terceiro capítulo, tratamos da constitucionalidade da Lei Muwaji. O problema era saber se o texto do referido projeto se adapta à Constituição depois de devidamente interpretada à luz da melhor leitura dos nossos princípios de moralidade política.

Chegamos à conclusão final de que o mencionado projeto é inconstitucional. Primeiramente, fere o princípio da igualdade. Trata as minorias indígenas de forma discriminatória. Em segundo lugar, o princípio da equidade não é obedecido. Os povos indígenas não participaram das audiências públicas nem dos processos de deliberação. Por fim, não se segue o princípio da integridade. Não se leva em consideração os pressupostos culturais destes povos, isto é, as perspectivas ameríndias sobre a infância e o ser criança. Oferecem-se argumentos e motivos muitas vezes incompreensíveis para a sua cosmovisão. O projeto é, portanto, ilegítimo.

O debate público em torno do direito à autodeterminação dos povos indígenas deve se concentrar em temas prementes para estes povos, como a demarcação das suas terras, o acesso às políticas de saúde pública, a educação diferenciada indígena, entre outros temas. A insistência de parte do Poder Legislativo em estereotipar os povos indígenas a partir de um racismo institucionalizado, só levará ao aumento do número e da gravidade dos conflitos, comprometendo a própria estabilidade das instituições políticas. A prática dos interditos de vida, que não faz parte das demandas atuais dos povos indígenas, por insistência do Poder Legislativo, pode se transformar em uma bandeira destes povos.

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

ABBEY, R. **Charles Taylor**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANAYA, S. J. **Indigenous Peoples in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ANDERSON, B. **Imagined Communities**: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism. London: Verso, 2006.

AN-NA'AIM, Abdullah Ahmed (org.). **Human Rights in Cross-Cultural Perspectives**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

ARAÚJO, F. R. S. **Lei Muwaji**: Sobre a Formulação da Política de Proteção à Vida da Criança Indígena no Brasil (Dissertação de Mestrado em Ciência Política). Belém: UFPA, 2012.

ARAÚJO, P. R. M. **Charles Taylor**: Para uma Ética do Reconhecimento (Tese de Doutorado em Filosofia). Campinas: UNICAMP, 2003.

ARENDT, H. **A Condição** Humana. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARENDT, H. **A Vida do Espírito**: O Pensar, o Querer, o Julgar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: Um Relato sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASSIS, E. C. **Direitos Indígenas num Contexto Interétnico**: Quando a Democracia Importa. (Tese de Doutorado em Ciência Política). Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.

AUSTRALIA. High Court of Australia. **Mabo and Others vs. Queensland nº 2**. Queensland: HCA, 1992.

AYLWIN, J. "Tendencias Contemporaneas de Derechos de Los Pueblos Indígenas en América Latina". *In*: CULLETON, A. *et al*. (coords.). **Direitos Humanos e Integração Latino- Americana**. Porto Alegre: Entrementes Editorial/Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul/Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2011.

BARATTO, M. "Direitos Indígenas na América do Sul e o Papel dos Tribunais Constitucionais no Brasil, Colômbia e Bolívia: Reflexões sobre Direitos Humanos e Diversidade Cultural". **Anais do II Seminário Nacional de Sociologia e Política**: Tendências e Desafios Contemporâneos. Curitiba: DELLIN, 2010.

BARRY, B. **Culture and Equality**: An Egalitarian Critique of Multiculturalism. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

BELL, D. **Communitarianism and its Critics**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

BELTRÃO, J. F. *et al*. **Crianças Indígenas e o Humanismo Etnocêntrico**. Brasília: ABA, 2009.

BELTRÃO, J. F.; OLIVEIRA, A. C. "Desafios e Tensões da Proteção Plural de Indígenas/Crianças". **Tellus**, vol. 11, n. 20, 2011.

BOLÍVIA. **Constituição Política do Estado**. La Paz: Parlamento Nacional, 2009. Disponível em: <https://www.oas.org>. Acesso em:

16/11/2021.

BONILLA, D. **La Ciudadanía Multicultural y la Política del Reconocimiento**. Bogotá: Uniandes, 1999.

BONILLA, D. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/ Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/11/2021.

BRASIL. **Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Brasília: Planalto, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/11/2021.

BRASIL. **Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Brasília: Planalto, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/11/2021.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília: Planalto, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/11/2021.

BROWNLIE, I. **Principles of Public International Law**. Oxford: Clarendon Press, 2003.

BRYSK, A. **From Tribal Village to Global Village**: Indian Rights and International Relations in Latin America. Stanford: Stanford University Press, 2000.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública**: O Caso das Crianças Suruwahá. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

CASTORIADIS, C. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CASTRO, E. V. **A Inconstância da Alma Selvagem**: E Outros Ensaios de Antropologia. São Paulo: Cosac Naif, 2002.

CASTRO, E. V. **Araweté**: Os Deuses Canibais. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

COCCO, P. L. "Maternidad y Infancia". *In*: COCCO, P. L. (coord.). **Iyëwei-Teri**: Quince Años entre los Yanomamos. Caracas: Escuela Técnica Popular Don Bosco, 1972.

COLÔMBIA. **Constituição Política da República da Colômbia**. Bogotá: Governo Federal, 1991. Disponível em: < https://id.presidencia.gov.co>. Acesso em: 16/11/2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia No. 139/96**. Relator: Carlos Gaviria Diaz. Julgamento: 09/04/1996. Bogotá: Corte Constitucional, 1996.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-039/97**. Relator: Antonio Barrera Carbonell. Julgamento: 03/02/1997. Bogotá: Corte Constitucional, 1997.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-510/97**. Relator: José Gregorio Hernández Galindo. Julgamento: 09/10/1997. Bogotá: Corte Constitucional, 1997.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-510/98**. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Julgamento: 18/09/1998. Bogotá: Corte Constitucional, 1998.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-030/00**. Relator:

Fabio Moron Diaz. Julgamento: 25/01/2000. Bogotá: Corte Constitucional, 2000.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-257/93**. Relator: Alejandro Martínez Caballero. Julgamento: 30/06/1993. Bogotá: Corte Constitucional, 1993.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-652/98**. Relator: Carlos Gaviria Diaz. Julgamento: 10/11/1998. Bogotá: Corte Constitucional, 1998.

COSTA, M. H. "O Sobrenatural, o Humano e o Vegetal na Iconologia Mehinakú". *In*: RIBEIRO, B. (org.). **Suma Etnológica Brasileira**. Petrópolis: Vozes/Finep, 1986.

COTT, D. L. V. **The Friendly Liquidation of the Past**: The Politics of Diversity in Latin America. Pittsburgh: Pittsburgh University Press, 2000.

CRAWFORD, J. "The Rights of Peoples". *In*: CRAWFORD, J. (ed.). **The Rights of Peoples**. Oxford: Oxford University Press, 1988.

CUNHA, M. C. "Custom is not a Thing, it is a Path: Reflections on the Brazilian Indian Case". *In*: AN-NA'AIM, A. A. (ed.). **Human Rights in Cross-Cultural Perspectives**. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1992.

CUNHA, M. C. **Os Mortos e os Outros**: Uma Análise do Sistema Funerário e da Noção de Pessoa entre os Índios Krahô. São Paulo: Hucitec, 1978.

DAES, E. I. A. "Some Consideration on the Right of Indigenous Peoples to Self- Determination". **Transnational Law and**

Contemporary Problems, n. 3, 1993.

DAVIS, S. H. **Land Rights and Indigenous Peoples**: The Role of the Inter-American Commission on Human Rights. Cambridge: Cultural Survival, 1988.

DWORKIN, R. "Liberal Community". **California Law Review**, vol.77. n. 3, 1989.

DWORKIN, R. **A Matter of Principle**. London: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, R. **A Virtude Soberana**: A Teoria e a Prática da Igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EQUADOR. Constituição da República do Equador de 2008. Quito: Parlamento Nacional, 2008. Disponível em: <https://www.presidencia.gob.ec>. Acesso em: 16/11/2021.

FAJARDO, R. Z. "Yrigoyen. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización". *In*: GARAVITO, C. R. (coord.). **El Derecho en América Latina**: Un Mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

FILIPPI, A. "Las Identidades Étnicas y Culturales como Base de los Derechos y la Integración Democrática Plurinacional". *In*: CULLETON, A. *et al*. (coord.). **Direitos Humanos e Integração**

Latino-Americana. Porto Alegre: Entrementes Editorial/Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul/Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2011.

FORST, R. **Contextos da Justiça**: Filosofia Política para além de Liberalismo e Comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRASER, N. "Da Redistribuição ao Reconhecimento?: Dilemas da Justiça na Era Pós- Socialista". *In*: SOUZA, J. (org.). **Democracia Hoje**: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea. Brasília: UnB, 2001.

FRASER, N.; HONNETH, A. **Redistribution or Recognition?**: A Political-Philosophical Exchange. London: Verso, 2004.

GADAMER, H. G. **Verdade e Método I**: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Petrópolis: Vozes / Bragança Paulista: São Francisco, 2008.

GALEOTTI, A. "Citizenship and Equality: The Place for Toleration". **Political Theory**, vol. 21, n. 4, 1993.

GALSTON, W. "Community, Democracy, Philosophy: The Political Thought of Michael Walzer". **Political Theory**, vol.17, n.1, 1989.

GARGARELLA, R. **As Teorias da Justiça depois de Rawls**: Um Breve Manual de Filosofia Política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GEERTZ, C. O Saber Local: Fatos e Leis em uma Perspectiva Comparada. *In*: GEERTZ, C. (org.). **O Saber Local**: Novos Ensaios de Antropologia Interpretativa. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

GIACONE, P. A. S. **Os Tucanos e Outras Tribus do Rio Uaupés afluente do Negro- Amazonas**: Notas Etnográficas e Folclóricas de um Missionário Salesiano. São Paulo: ABA, 1949.

GOW, P. **Of the Mixed Blood**: Kinship and History in Peruvian Amazonia. Oxford: Clarendon Press, 1991.

GRANZBERG, G. "Twin Infanticide: A Cross-Cultural Test of a Materialist Explanation". **Ethos**, vol. 1, n. 4, 1973.

GUTMANN, A. **Identity in Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

HABERMAS, J. "Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe". **Praxis International**, vol. 12, n. 1, 1992.

HABERMAS, J. "Struggles for Recognition in Constitutional States". **European Journal of Philosophy**, vol. 1, n. 2, 1993.

HARDING, S. **Is Science Multicultural?**: Postcolonialisms, Feminisms and Epistemologies. Indiana: Indiana University Press, 1998.

HEIDEGGER, M. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 1998.

HOLANDA, M. A. F. **Quem são os Humanos dos Direitos?**: Sobre a Criminalização do Infanticídio Indígena (Tese de Doutorado em Antropologia). Brasília: UnB, 2008.

HONNETH, A. **Luta por Reconhecimento**: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

JUNQUEIRA, C. **Os índios do Ipavu**: Um Estudo sobre a Vida do

Grupo Kamaiurá. São Paulo: Ática, 1975.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1992.

KUKATHAS, C. Cultural Rights Again: A Rejoinder to Kymlicka. **Political Theory**, vol. 20, n. 4, 1992.

KUKATHAS, C. **The Liberal Archipelago**: A Theory of Diversity and Freedom. Oxford: Oxford University Press, 2003.

KUKATHAS, C. "Are There any Cultural Rights?" **Political Theory**, vol. 20, n. 1, 1992.

KYMLICKA, W. **Filosofia Política Contemporânea**: Uma Introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KYMLICKA, W. **Liberalism, Community and Culture**. Oxford: Oxford University Press, 1989

KYMLICKA, W. **Multicultural Citizenship**: A Liberal Theory of Minority Rights. Oxford: Oxford University Press, 1995.

MACINTYRE, A. **After Virtue**: A Study in Moral Theory. London: Duckworth, 1981.

MADISON, J. *et al*. **Os Artigos Federalistas**: 1787- 1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAKINSON, D. "Rights of Peoples: Point of View of a Logician". *In*: CRAWFORD, J. (ed.). **The Rights of Peoples**. Oxford: Oxford University Press, 1988.

MARSHALL, T. H. **Class, Citizenship and Social Development**. New York: Anchor, 1965.

MCMAHAN, J. “Infanticide”. **Utilitas**, vol. 19, n. 2, 2007.

MEAD, G. H. **Mind, Self and Society**: From the Standpoint of a Social Behaviorist. Chicago: University of Chicago Press, 1967.

MELATTI, J. C. “Curso de Extensão em Mitologia Indígena”. **Portal Eletrônico do Júlio Melatti** [2001]. Disponível em: <http://www.juliomelatti.pro.br>. Acesso em: 16/11/2021.

MELATTI, J. C. “Enigmas do Corpo e Soluções dos Panos”. *In*: CORREA, M.; LARAIA, R.B. (orgs.). **Roberto Cardoso de Oliveira - Homenagem**. Campinas: Editora da Unicamp, 1992.

MÉXICO. **Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Querétaro: Governo Federal, 1917. Disponível em: <https://www.gob.mx>. Acesso em: 16/11/2021.

MILL, J. S. **On liberty**. Harmondsworth: Penguin, 1974.

MILLER, D. “In Defense of Nationality”. **Journal of Applied Philosophy**, vol. 10, n. 1, 1993.

MULHALL, S; SWIFT, A. **Liberals and Communitarians**. Cambridge: Blackwell, 1997.

MÜLLER, R. "Asurini do Xingu”. **Revista de Antropologia**, n. 27/28, 1985.

NAG, M. “Anthropology and Population: Problems and Perspectives”. **Population Studies**, vol. 27, n. 1, 1973.

NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe de Fundo n.º 40/04, Caso 12.05 sobre Comunidades Indígenas Maia do Distrito de Toledo vs. Belize**. Julgamento: 12/10/2004. Washington: OEA, 2004.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Aleoboetoe vs. Suriname. Ser. C, n.º 11**. Julgamento: 1991. Washington: OEA, 1991.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua**: Fundo, Reparações e Custas. Série C nº 79. Sentença: 31/08/2001. Washington: OEA, 2001.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião Consultiva OC-17/2002**. Washington: OEA, 2002.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Massacre Plan de Sánchez**: Reparações. Julgamento: 19/11/2004. Washington: OEA, 2004.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Yatama vs. Nicarágua**: Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença: 23/06/2005. Washington: OEA, 2005.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai**: Méritos, Reparações e Custas. Sentença: 17/06/2005. Washington: OEA, 2005.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname**: Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença: 15/06/2005. Washington: OEA, 2005.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai**: Fundo, Reparações e Custas. Sentença: 29/03/2006. Washington: OEA, 2006.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos de um Segmento da População Nicaraguense de Origem Miskito**. Washington: OEA, 1983.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução sobre o Procedimento de Solução Amistosa acerca da Situação dos Direitos Humanos de um Segmento da População Nicaraguense de Origem Miskito**. Washington: OEA, 1984.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório da Primeira Rodada de Consultas acerca do Futuro dos Instrumentos Legais Interamericanos sobre os Direitos das Populações Indígenas**. Washington: OEA, 1993.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Washington: OEA, 1996.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão

Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Equador**. Washington: OEA, 1997.

OEA/CIDH – Organização dos Estados Americanos | Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Mary Dann e Carrie Dann vs. Estados Unidos nº 11.140**; Washington: OEA, 2002.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**: Pacto de São José da Costa Rica. Washington: OEA, 1969.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Carta Democrática Interamericana**. Washington: OEA, 2001.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Caso Yanomami nº 7615. Resolução nº. 12/85**. Washington: OEA, 1985.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**: Convenção de Belém do Pará. Washington: OEA, 1994.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**. Washington: OEA, 1999.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Washington: OEA, 1948.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**: Protocolo de São

Salvador. Washington: OEA, 1998.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes**. Genebra: OIT, 1989.

OLIVEIRA, J. P. "Infanticídio entre as populações indígenas: Campanha Humanitária ou Renovação do Preconceito?". **Portal Eletrônico da ABA** [20/06/2009]. Disponível em: <http://www.portal.abant.org.br>. Acesso em: 16/11/2021.

OLIVEIRA, J. P. "Antropologia e Moralidade". **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 9, n. 24, 1994.

ONU/CDC - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos da Criança. **Observação Geral nº 8. 2006**. New York: ONU, 2006.

ONU/CDC - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos da Criança. **Observação Geral nº 9. 2006**. New York: ONU, 2006.

ONU/CDC - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos da Criança. **Observação Geral nº 11. 2009**. New York: ONU, 2009.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Agenda para a Paz**: Diplomacia Preventiva, Pacificação e Manutenção da Paz. New York: ONU, 1992.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Carta das Nações Unidas**. San Francisco: ONU, 1945.

ONU/CDH - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos Humanos. **Comentário Geral nº 12**: Direito à Autodeterminação. New York: ONU, 1984.

ONU/CDH - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos Humanos. **Caso Kitok vs. Suécia. Comunicação n.º 197/1985**. New York: ONU, 1988.

ONU/CDH - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos Humanos. **Caso Sociedade Tribal Mikmaq vs. Canadá. Comunicação n.º 205/1986**. New York: ONU, 1990.

ONU/CDH - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos Humanos. **Caso Ominayak vs. Canadá. Comunicação n.º 267/1984**. New York: ONU, 1990.

ONU/CDH - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos Humanos. **Relatório Anual do Comitê de Direitos Humanos de 1992**. New York: ONU, 1992.

ONU/CDH - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos Humanos. **Comentário Geral n.º 23**: Direito das Minorias. New York: ONU, 1994.

ONU/CDH - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos Humanos. **Relatório Anual do Comitê de Direitos Humanos de 1994**. New York: ONU, 1994.

ONU/CDH - Organização das Nações Unidas | Comitê de Direitos Humanos. **Caso Hope e Bessert vs. France**. New York: ONU, 1997.

ONU/CEDR - Organização das Nações Unidas | Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. **Recomendação Geral n.º 08**: Identificação com um Particular Grupo Racial ou Étnico. New York: ONU, 1990.

ONU/CEDR - Organização das Nações Unidas | Comitê para a

Eliminação da Discriminação Racial. **Rcomendação Geral n.º 14**: Definição de Discriminação. New York: ONU, 1993.

ONU/CEDR - Organização das Nações Unidas | Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. **Recomendação Geral n.º 15**: Violência Organizada baseada na Origem Étnica. New York: ONU, 1993.

ONU/CEDR - Organização das Nações Unidas | Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. **Recomendação Geral n.º 21**: Direito à Autodeterminação. New York: ONU, 1996.

ONU/CEDR - Organização das Nações Unidas | Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. **Recomendação Geral n.º 23**: Povos Indígenas. New York: ONU, 1997.

ONU/CEDR - Organização das Nações Unidas | Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. **Observações Conclusivas do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial**: Estados Unidos da América. New York: ONU, 2001.

ONU/CIJ - Organização das Nações Unidas | Corte Internacional de Justiça. **Opinião Consultiva sobre o Caso Western Sahara**. New York: ONU, 1975.

ONU/CNUMAD - Organização das Nações Unidas | Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Agenda 21**. Rio de Janeiro: ONU, 1992.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. New York: ONU, 1969.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação**

Racial. New York: ONU, 1966.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres**. New York: ONU, 1979.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. New York: ONU, 1989.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. New York: ONU, 2007.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes**. New York: ONU, 1975.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração dos Direitos da Criança**. Genebra: ONU, 1959.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais**. New York: ONU, 1960.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher**. New York: ONU, 1967.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas**. New York: ONU, 1992.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre Princípios de Direito Internacional relativos às Relações Amistosas e à Cooperação entre Estados de acordo com a Carta**

das Nações Unidas. New York: ONU, 1970.

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Resolução n.º 217 – A de 10/12/1948**. Paris: ONU, 1948.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. New York: ONU, 1966.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. New York: ONU, 1966.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Relatório do Seminário das Nações Unidas sobre os Efeitos do Racismo e da Discriminação Racial nas Relações Econômicas e Sociais entre Povos Indígenas e Estados**. New York: ONU, 1989.

OVERING, J. "Elogio do Cotidiano: A Confiança e a Arte da Vida Social em uma Comunidade Amazônica". **Mana**, vol. 5. n. 1, 1999.

PAGLIARO, H; AZEVEDO, Marta; SANTOS, Ricardo (orgs.). **Demografia dos Povos Indígenas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz/ABEP, 2005.

PHILLIPS, A. **Democracy and Difference.** Philadelphia: University Press, 1993.

POLANCO, H. D. **Indigenous Peoples in Latin America**: The Quest for Self- Determination. Colorado: Westview Press, 1997.

POMERANCE, M. **Self-Determination in Law and Practice**: The New Doctrine in the United Nations. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

PROCÓPIO, C. F.; JUNQUEIRA, C. "Análise da Fecundidade Kamaiurá". *In*: PAGLIARO, H. *et al.* (orgs.). **Demografia dos Povos Indígenas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz/ ABEP, 2005.

RAWLS, J. "Justice as Fairness: Political not Metaphysical". **Philosophy and public affairs**, vol. 17, n. 4, 1985.

RAWLS, J. "Kantian Constructivism in Moral Theory". **Journal of Philosophy**, vol. 77, n. 9, 1980.

RAWLS, J. "The Domain of the Political and Overlapping Consensus". **New York University Law Review**, vol. 64, n. 2, 1989.

RAWLS, J. "The Idea of an Overlapping Consensus". **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 7, n. 1, 1987.

RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. London: Oxford University Press, 1971.

RAWLS, J. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

RAZ, J. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

RIVAL, L. "Androgynous Parents and Guest Children: The Huaorani Couvade". **The Journal of the Royal Anthropological Institute**, vol. 4, n. 4, 1998.

RIVIÈRA, P. "The Couvade: A Problem Reborn". **Man - New**

Series, vol. 9, n. 3, 1974.

RODRIGUES, G. S. **Direitos Fundamentais, Eticidade Reflexiva e Multiculturalismo**: Uma Contribuição para o Debate sobre o Infanticídio Indígena no Brasil (Tese de Doutorado em Direito). Brasília: UnB, 2011.

ROSENBLUM, N. "Moral Membership in a Postliberal State". **World Politics**, vol. 36, n. 4, 1984.

SANDEL, M. **Liberalism and the Limits of Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SANTOS, B. S. "Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos". **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, junho, 1997.

SARTORI, G. **La Sociedad Multiétnica**: Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros. Madrid: Taurus, 2001.

SEGATO, R. L. "El Género en la Antropología y Más Allá de Ella". *In*: SEGATO, R. L. (coord.). **Las Estructuras Elementales de la Violencia**. Buenos Aires: Prometeo, 2003.

SHACHAR, A. "Two Critics of Multiculturalism". **Cardozo Law Review**, n. 23, 2001

SHACHAR, A. **Multicultural Jurisdictions**: Cultural Differences and Women's Rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

STAVENHAGEN, R. "La Situación y los Derechos de los Pueblos Indígenas de América". **América Indígena 52**, n. 1/2, 1992.

STAVENHAGEN, R. **Conflictos Étnicos y Estado Nacional**.

Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 2000.

STAVENHAGEN, R. **The Ethnic Question**: Conflicts, Development and Human Rights. Tokyo: United Nations University Press, 1990.

STAVENHAGEN, R.; ITURRALDE, D. **Entre Ley e la Costumbre**: El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Ciudad de México: Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

STJ - Supremo Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2076/AC**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 15/08/2002. Brasília: STJ, 2002.

STJ - Supremo Tribunal de Justiça. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 12/04/2012. Brasília: STJ, 2012.

STJ - Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 88.853/MS**. Relatora: Ministra Jane Silva. Julgamento: 18/12/2007. Brasília: STJ, 2007.

STJ - Supremo Tribunal de Justiça. **Petição 3388/RR**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento: 19/03/2009. Brasília: STJ, 2009.

TAMIR, Y. **Liberal Nationalism**. Princeton: Princeton University Press, 1993.

TAYLOR, C. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

TAYLOR, C. **Human Agency and Language**: Philosophical

Papers 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

TAYLOR, C. **The Ethics of Authenticity**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

TAYLOR, C. **As Fontes do Self**: A Construção da Identidade Moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

TAYLOR, C. **Hegel e a Sociedade Moderna**. São Paulo: Loyola, 2005.

TAYLOR, C. **Multiculturalism**: Examining the Politics of Recognition. Princeton: Princeton University Press, 1994.

TAYLOR, C. **Philosophy and the Human Sciences**: Philosophical Papers 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

THORNBERRY, P. **International Law and the Rights of Minorities**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

TJAC - Tribunal de Justiça do Estado do Acre. **Acórdão 8.967 - Processo nº 2009.002778-0**. Relator: Desembargador Feliciano Vasconcelos. Julgamento: 10/12/2009. Rio Branco: TJAC, 2009.

TJMS - Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Apelação Criminal nº 2009.020022-9/0000-00**. Relatora: Desembargadora Marilza Lúcia Fortes. Julgamento: 29/09/2009. Campo Grande: TJMS, 2009.

TJPA - Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Acórdão 53496 - Processo nº 200230012568**. Relatora: Thereza Martins da Fonseca. Julgamento: 24/08/2004. Belém: TJPA, 2004.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Despacho do**

Presidente no Recurso Especial nº 1206866-56.2004.8.22.0014/RO. Relator: Desembargador Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes. Julgamento: 25/02/2010. Porto Velho: TJRO, 2010.

TJRR - Tribunal de Justiça do Estado de RORAIMA. **Recurso em Sentido Estrito nº 018/02 contra Sentença de Pronúncia**. Relator: Desembargador Carlos Henrique. Julgamento: 27/08/2002. Boa Vista: TJRR, 2002.

TOMEI, M; SWEPSTON, L. **Indigenous and Tribal Peoples**: A Guide to ILO Convention nº 169. Geneva: International Labour Organization, 1996.

TRF1 - Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Remessa Ex Ofício: REO 109279 RR 1999.01.00.109279-2/RR**. Relator: Desembargador Federal: Souza Prudente. Julgamento: 24/11/2006. Boa Vista: TRF1, 2006.

TULLY, J. **Strange Multiplicity**: Constitutionalism in an Age of Diversity. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração de Princípios de Cooperação Cultural Internacional**. Paris: UNESCO, 1966.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Resolução n.º 9.12**. Paris: UNESCO, 1968.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Resolução n.º 12.1**. Paris: UNESCO, 1976.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais**. Paris: UNESCO, 1978.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração de São José**. Paris: UNESCO, 1982.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração sobre a Diversidade Cultural**. Paris: UNESCO, 2001.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Convenção* **sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Manifestações Culturais**. Paris: UNESCO, 2005.

VIERTLER, R. B. **As Aldeias Bororo**. São Paulo: USP, 1976.

VILAÇA, A. Making Kin Out of Others in Amazonia. **Journal of the Royal Anthropological Institute**, vol. 8, n. 2, 2002.

VITA, A. "Justiça e Diferença: A Tolerância Liberal". *In*: SOUZA, J. (org.). **Democracia Hoje**: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea. Brasília: UnB, 2001.

VITA, A. "Liberalismo Igualitário e Multiculturalismo: sobre Brian Barry, Culture and Equality". **Lua Nova**, n. 55/56, 2002.

WALZER, M. "Comment". *In*: GUTMANN, A. (ed.). **Multiculturalism and the "Politics of Recognition"**. Princeton: Princeton University Press, 1992.

WALZER, M. **Spheres of Justice**: A Defence of Pluralism and Equality. Oxford: Blackwell, 1983.

WALZER, M. "The New Tribalism". **Dissent**, Spring, 1992. Disponível em: <https://www.dissentmagazine.org>. Acesso em: 16/11/2021

YOUNG, I. “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”. **Ethics**, vol. 99, n. 2, 1989.

YOUNG, I. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

SOBRE O AUTOR

SOBRE O AUTOR



Adalberto Fernandes Sá Junior é Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Humanos e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Adjunto de Direito Público do Curso de Direito do Campus do Pantanal da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Ensino em disciplinas de Ciência Política e Direito Constitucional. Pesquisa no campo da Teoria Crítica do Direito, abordando principalmente os seguintes temas: direito, discriminação e povos originários. Extensão em atividades de assessoria jurídica popular em Direitos Humanos.

Email para contato: adalberto.junior@ufms.br

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A editora IOLE recebe propostas de livros autorais ou de coletânea a serem publicados em fluxo contínuo em qualquer período do ano. O prazo de avaliação por pares dos manuscritos é de 7 dias. O prazo de publicação é de 60 dias após o envio do manuscrito.

O texto que for submetido para avaliação deverá ter uma extensão de no mínimode 50 laudas. O texto deverá estarobrigatoriamente em espaçamento simples, letra Times New Roman e tamanho de fonte 12. Todo o texto deve seguir as normas da ABNT.

Os elementos pré-textuais como dedicatória e agradecimento não devem constar no livro. Os elementos pós-textuais como biografia do autor de até 10 linhas e referências bibliográficas são obrigatórios. As imagens e figuras deverão ser apresentadas dentro do corpo do texto.

A submissão do texto deverá ser realizada em um único arquivo por meio do envio online de arquivo documento em Word. O autor / organizador / autores /organizadores devem encaminhar o manuscrito diretamente pelo sistema da editora IOLE: http://ioles.com.br/editora

Copyright © Editora IOLE
2021

CONTATO

EDITORA IOLE

Caixa Postal 253. Praça do Centro Cívico

Boa Vista, RR - Brasil

CEP: 69.301-970

@ http://ioles.com.br/editora

+ 55 (95) 981235533

eloisenhoras@gmail.com

Copyright © Editora IOLE
2021