
DIREITO AO RECONHECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A PROTEÇÃO JURÍDICA DO INDÍGENA NO BRASIL

*RIGHT TO RECOGNITION AS FUNDAMENTAL LAW AND
THE LEGAL PROTECTION OF THE INDIAN IN BRAZIL*

Daniela Gonçalves de Carvalho

Procuradora Federal, Coordenadora Setorial da Procuradoria Seccional Federal em Duque de Caxias/RJ. Pós-graduada em Direito Público. Pós-Graduanda em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora e Colaboradora de Direito Público (Direito Constitucional, Administrativo, Direitos Humanos e Previdenciário) da Escola Brasileira de Ensino Jurídico pela Internet – EBEJI.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Direito ao Reconhecimento na Ordem Constitucional Pátria; 2 O Multiculturalismo e os índios do Brasil; 3 A proteção jurídica dos índios no Brasil – FUNAI, Procuradoria Federal e Ministério Público; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: As sociedades do mundo contemporâneo são plúrimas. Levando em consideração o mundo quase sem fronteiras em que vivemos, a problemática que envolve as liberdades individuais e as consequentes tensões provocadas pelas diversidades entre tradições de povos vizinhos ou coabitantes, mas, tão ímpares, deparamo-nos com a delicada questão indígena. Qual seria o limite entre a atuação jurídica de proteção aos povos e indivíduos de cultura própria, leis e regramentos próprios, dentro do mesmo território? Especialmente no caso pátrio, em que há uma miscigenação populacional imensa, propomo-nos a discorrer sobre o assunto à luz da teoria de autores que vão de Will Kymlicka à Charles Taylor, passando por Daniel Sarmento. Ao fim, analisaremos a representação e defesa dos povos indígenas pela AGU. Bem-vindo à nossa jornada!

PALAVRAS-CHAVE: Multiculturalismo. Populações Tradicionais. Povos Indígenas. Direitos Fundamentais. AGU.

ABSTRACT: The societies of the contemporary world are plurals. Taking into consideration the almost borderless world in which we live, the problem of individual freedoms and the resulting tensions brought about by the differences between traditions of neighboring or cohabiting peoples, but so rare, we are confronted with the delicate Indian question. What would be the limit between the legal action to protect the people and individuals with their own culture, laws and regulations, within the same territory? Especially in the case of the fatherland, where there is an immense population miscegenation, we propose to discuss the subject in the light of the theory of authors like Will Kymlicka to Charles Taylor, through Daniel Sarmento. Finally, we will analyze the representation and defense of indigenous peoples by the AGU. Welcome to our journey.

KEYWORDS: Multiculturalism. Traditional Populations. Indian People. Fundamental Rights. AGU.

INTRODUÇÃO

A população indígena, que já foi maioria absoluta da população brasileira, está incrivelmente reduzida. Segundo dados fornecidos pela FUNAI, em 1500 havia 3.000.000 de índios no Brasil, em 2010 não chegavam a 1.000.000, eram cerca de 800.000 tão somente.¹ Nossas raízes, o *quem somos*, decorre direta, ou, indiretamente desses povos. Por isso, e não só por isso, de suma importância, manter vivos seus costumes, interagir com eles e, acima de tudo, preservá-los, mantê-los vivos, pois eles não representam a cultura majoritária, suas leis não nos são impostas, mas, como minoria que são, dependem da proteção do Ordenamento para se manterem.

Dentro desse cenário, a Procuradoria Geral Federal, órgão vinculado à AGU, através da Procuradoria Especializada junto à FUNAI exerce um papel fundamental e pouco divulgado: através do aparato da FUNAI, com antropólogos e especialistas, oferece-se proteção jurídica de qualidade e com respeito à individualidade dos índios.

Neste trabalho, propomo-nos a despertar no leitor a reflexão acerca do Reconhecimento do diferente, bem como a apresentar um pouco mais das especificidades que permeiam este ramo colorido dos direitos fundamentais.

1 O DIREITO AO RECONHECIMENTO NA ORDEM CONSTITUCIONAL PÁTRIA

A temática do reconhecimento não é novidade. Ao contrário, já podia ser encontrada em Hegel, na sua obra *Fenomenologia do Espírito*, na qual este autor destaca o caráter dialógico da construção da identidade. A percepção do outro sobre cada ser reflete diretamente na autoestima do sujeito, tanto sob a ótica individual, quanto sob a ótica do coletivo.

Vamos começar dizendo o que o reconhecimento não é. Ele não consiste na mera cognição superficial do outro. Está atrelado ao conceito de empatia, de enxergar o outro enquanto unidade complexa e única, respeitando quem ele é, de onde veio, e o que traz na sua bagagem.

Abordando a ausência do reconhecimento, Daniel Sarmiento², ensina que a sua falta ou o seu uso deturpado implica na adoção de postura desrespeitosa, com conseqüente diminuição do sujeito, que significa degradação e comprometimento da sua possibilidade de tomar parte, como um igual, nas relações sociais.

1 Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

2 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. Belo Horizonte, Forum, 2016.

Logo, grupos que desenvolvam comportamentos díspares do dominante, seja em razão de sua origem, etnia, orientação sexual, buscam o reconhecimento das próprias tradições e costumes, do seu modo próprio de ser, unindo-se como modo de sobrevivência. É o caso das comunidades tradicionais, como as etnias indígenas, e.g.

Encontramos no feminismo não-radical de Nancy Fraser³ um exemplo pertinente, ao destacar a segregação da mulher. Entre nós, até a década de 1960, as mulheres casadas eram consideradas relativamente incapazes. O Código Civil de 1916 nominava o homem como chefe do lar. Tais normas podem causar assombro nos dias hodiernos. Contudo, já foram vigentes, e não há muito tempo.

Neste ponto sensível deve ser cirúrgica a atuação jurídica, e é de extrema importância que o Direito aja para não legitimar a diminuição subjetiva de determinados grupos. A solução encontrada por Nancy Fraser foi a paridade na participação, por este critério, a distribuição de recursos materiais deve assegurar aos participantes independência e voz. A autora também defende que os padrões institucionalizados de valor cultural devem expressar igual respeito a todos os participantes da sociedade, garantindo-lhes paridade de armas para atingir a estima social.

A pedra de toque está no encontro do equilíbrio entre o direito ao reconhecimento e as liberdades individuais. É um liame sensível, adiante ao leitor. A nossa Suprema Corte julgou um *hard case*, no *Habeas Corpus* 82.424, em que o discurso do ódio (*hate speech*) foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal como crime de racismo. O paciente no HC era um autor de livros especializado na divulgação de obras antisemitas. Num exercício da ponderação de princípios, nossa Suprema Corte entendeu que a dignidade da pessoa humana prevalecia sobre a liberdade de expressão, *in concreto*.

Proteger juridicamente o reconhecimento é uma dura tarefa. Tanto para os Legisladores, quanto para o operador do Direito, a exigir sensibilidade e estudos multidisciplinares. Afinal, sem pretensões de resumir este tema tão profundo e complexo, podemos afirmar que o direito ao reconhecimento tem previsão na ordem jurídica brasileira?

Não só tem, como é direito fundamental. Apesar de não haver previsão expressa, “O princípio da dignidade da pessoa humana tem no reconhecimento intersubjetivo uma dimensão muito importante.”⁴ Outros autores (por todos, Flavia Piovesan)⁵ o enxergam imerso nos princípios

3 FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Post-Socialist’ Age” *New Left Review* 1/212, jul./ago. 1995.

4 SARMENTO, 2016.

5 PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectiva global e regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

da igualdade e da solidariedade, o que, também, é aceitável. Assim, seja na igualdade, na solidariedade ou na dignidade da pessoa humana, o reconhecimento está presente, ainda que de forma implícita, na nossa Constituição. Desconhece-se literatura que defenda o oposto.

Superada a questão topográfica, passemos à análise do multiculturalismo em si.

2 O MULTICULTURALISMO E OS ÍNDIOS DO BRASIL

O multiculturalismo pode ser compreendido como o complexo de políticas públicas, estudos acadêmicos e teorias políticas que focam no conjunto de povos de origens e culturas próprias, dentro de uma sociedade multicultural. O contato pode ser pacífico ou não, a depender da localidade e das etnias envolvidas. Seu conceito é inserido dentro de um quadro de globalização, com contato intenso entre tradições e costumes muito diferentes entre si, o que tende a ser impactante.

Ao abordar o Multiculturalismo, é imperioso explicitar os estudos do filósofo canadense Charles Taylor⁶. Taylor questionava a pretensão de Estados universalistas, e propunha a construção de uma sociedade democrática, multicultural, alicerçada no diálogo entre comunidades diversas ou grupos étnicos, o que seria a base de uma sociedade multicultural. Fácil perceber que seus estudos são bem próximos à nossa temática.

Outro autor pelo qual temos que passar ao falar de multiculturalismo é o canadense liberal Will Kymlicka. Kymlicka é um filósofo político contemporâneo conhecido por abordar o multiculturalismo e a ética animal. Especificando o trabalho deste autor, Adinan Silveira ensina que:

Kymlicka percebeu que nas sociedades liberais modernas, muitas minorias sofrem injustiças relativas ao bem de pertença cultural, cuja correção requer a justificação e o reconhecimento de direitos específicos, pois os direitos da minoria – ao contrário da perspectiva liberal clássica – não são privilégios injustos ou formas detestáveis de discriminação, mas compensações por vantagens injustas. Por isso, pode-se considerá-los consistentes com a justiça e exigidas por ela.⁷

s

As minorias, dentro da sociedade multicultural podem ser definidas como grupos expostos em razão de seus traços culturais distintos do

6 TAYLOR, Charles. (Org.). *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

7 SILVEIRA, Adinan Rodrigues da; ALMEIDA, Andreia Fernandes de. *O Multiculturalismo e a Defesa de Minorias e Grupos Vulneráveis na Perspectiva do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e no Sistema Jurídico Brasileiro*. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9bbebcea7798629d>>.

grupo dominante e, em menor número. Seu risco é o de esmagamento, o de serem engolidos pela onda cultural ocidental norte-americana, surgida após a Guerra Fria. Seu desafio é a sobrevivência.

Dentro dessa posição de não-dominância, há grupos de minorias religiosas, étnicas e linguísticas. Em nosso estudo, vamos nos restringir às minorias étnicas, mais precisamente as indígenas e a sua proteção jurídica dentro do território nacional.

Nesse espectro dos Direitos Fundamentais, dentro de um mundo plural, não é lícito considerar qualquer cultura ou tradição inferior, tampouco superior ou exigir a sua submissão às demais.

Apesar de serem, axiologicamente, considerados minorias, os tribais estão presentes em todas as regiões do Brasil. De acordo com dados da FUNAI, a região Norte é a que concentra a maior população, com 305.873 mil indivíduos. Ademais, a etnia Tikuna, Do Estado do Amazonas, em números absolutos, foi o que apresentou o maior número de falantes e consequentemente a maior população. Em segundo lugar, em número de indígenas, ficou o povo Guarani Kaiowá do Mato Grosso do Sul e em terceiro lugar os Kaingang da região Sul do Brasil.⁸

Nosso DNA miscigenado tem muito mais desses povos do que estatísticas podem obter: no caldeirão cultural no qual estamos imersos vários dos nossos costumes não são Europeus, mas, são indígenas. O banho diário, o uso da mandioca como alimento, o pescado fresco na mesa, dentre tantos outros.

Conhecidos hábitos nossos, nada disso assusta. Contudo, notícias recentes da mídia noticiam o horror envolvendo índios: mãos decepadas, torturas nas mãos de capangas de fazendeiros na briga por terras, o esmagamento literal do diferente⁹. Como se dá a proteção jurídica dessas minorias, especificamente?

8 Dados obtidos no sítio eletrônico oficial da FUNAI: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?start=1#>>.

9 Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/05/01/indio-tem-as-maos-decepadas-no-ma-confronto-deixou-ao-menos-13-feridos.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ÍNDIOS NO BRASIL – FUNAI, PROCURADORIA FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO

No plano internacional, merece destaque a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, do ano de 2007. A Declaração foi aprovada pelas Nações Unidas, após estudos que tiveram início na década de 1980 e que comprovaram a violação de direitos a que estes povos estiverem historicamente submetidos.

A Declaração referida se baseia no princípio de que os povos e indivíduos indígenas são iguais e livres aos demais povos, além de adotar como princípio a não assimilação forçada.

No âmbito nacional, temos uma manta protetora dos direitos indígenas na nossa Constituição. No Capítulo VIII, artigos 231 e 232, temos uma dedicação constitucional especial aos povos indígenas. Além dos direitos à educação e reconhecimento de suas tradições enquanto cultura pelos artigos 210 e 215 da Carta de Direitos. Percebe-se, a partir da promulgação da CRFB de 1988, uma mudança de paradigmas, de vontade do constituinte, através da qual o Estado deixa de ser tutor da pessoa do índio e passa a ser tutor dos direitos da pessoa índia.

O artigo 129, III da Constituição traz o Ministério Público como defensor dos direitos e interesses coletivos e difusos, através dos instrumentos que possui, principalmente a ação civil pública. Assim, como primeiro guardião dos direitos do índio aqui mencionados, destacamos o Ministério Público e a independência de atuação que lhe trouxe a Carta Magna.

Em seguida, temos a FUNAI, Fundação Nacional do índio, criada em 1967. A FUNAI tem papel central na promoção do acesso aos índios a políticas públicas especificamente a eles direcionadas e a sua proteção, além de funcionar como ponte integrativa entre culturas díspares por diversas vezes.

A representação judicial, e consultoria extrajudicial da FUNAI, fica a cargo da Procuradoria Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia Geral da União, função constitucional essencial à Justiça, portanto. A Lei número 9.028/95, em seu artigo 11, parágrafo 6º destaca o papel da Procuradoria Federal na defesa dos índios e da FUNAI. O Decreto 7778 de 2012, reforça em seu artigo 14, III competir a este órgão a defesa dos interesses e direitos individuais e coletivos indígenas.

Ao procurador federal cabe o zelo por interesses individuais ou coletivos dos povos indígenas. Há casos em que o choque cultural torna-

se denso e demanda uma atuação, de fato, especializada. São verdadeiros *hard cases*.

Temos como o exemplo o caso de uma índia, menor de idade, que, após sofrer punição em sua tribo no Amazonas, perdida, veio parar grávida no Estado do Rio de Janeiro. Após dar à luz, teve seu filho sequestrado e vendido. Poucos anos à frente, após investigação, foi encontrada a criança, ambientada e criada por uma família branca, a qual, tudo indica, havia participado da subtração da criança. Participam do processo a FUNAI, a Procuradoria Federal e o Ministério Público.¹⁰

O que (mais!) chama a atenção para o nosso estudo, neste caso é a difícil decisão de devolver à tribo uma criança sem qualquer familiaridade com aquela cultura. Comer peixe cru recém pescado, andar nu pela floresta, habituado a mordidas de mosquitos e demais insetos um bebê que assistia à *Peppa Pig* no *Discovery Kids* e comia toda sorte de industrializados.

Havia a barreira da língua, da cultura, dos costumes, e da mãe... aquela linda menina dos cabelos longos e lisos, com o rosto semelhante ao seu, o seu DNA e sangue nas veias, e entre eles um abismo criado de forma criminoso.

Não proponho aqui a solução do caso, que está longe de ser fácil, e conflita com outros princípios constitucionais, como o melhor interesse da criança. Procuo chamar a atenção do leitor para o impacto forte que o tal choque cultural pode ter e da importância em se ter órgãos de atendimento judicial especializados ao índio. A delicadeza da questão exige solução multidisciplinar: psicólogos do juízo, antropólogos da FUNAI, e muita reflexão, muito estudo sobre o multiculturalismo e a proteção do indígena.

Como demonstrado, mesmo um caso de interesse privado reflete o fundo de interesse coletivo e da necessidade do reconhecimento de um modo de viver diferente como não-inferior.

Há questões coletivas explícitas, como a Demarcação de Terras, e os conflitos agrários que, tradicional e infelizmente, deixam os índios machucados em sua existência. O mais recente ocorreu no Estado do Maranhão, no qual os índios relataram tortura pelos Fazendeiros e um dos índios chegou a ter as mãos decepadas.¹¹ A inferioridade armamentista e a vulnerabilidade do povo tribal faz dele alvo fácil, no que demanda proteção incisiva e real do Estado. Lembrando que o direito à terra, especificamente

10 Autos número: 0002317-02.2014.4.02.5104 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região - Estado do Rio de Janeiro – autos em segredo de justiça.

11 CAMPELO, Lilian. *Índigena Gamela teve mãos decepadas e joelhos cortados durante massacre*. Belém, 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/05/02/indigena-gamela-teve-maos-decepadas-e-joelhos-cortados-durante-massacre/>>.

para o índio, tem status de direito fundamental, consoante afirmado pelo Ministro Ayres Brito ao julgar o caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR).

No dia 05 de maio de 2017, durante a sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, o Brasil foi questionado e pressionado publicamente sobre a proteção dos Direitos Humanos de populações indígenas. O saldo de feridos no episódio no Maranhão acima descrito passa de dez. Na mesma semana teve início a Comissão Parlamentar de Inquérito da FUNAI-INCRA, duramente criticada por ter sido iniciada justamente pela bancada ruralista do Congresso. Os representantes eleitos do grande empresariado rural militam aberta e politicamente pela restrição do direito dos povos indígenas à terra.¹²

Por fim, até em questões criminais há defesa do índio pela Procuradoria Federal, a qual costuma utilizar, como aplicação prática do multiculturalismo, o laudo antropológico como instrumento de defesa penal do índio. Lembrando que, consoante o teor do Enunciado 140 do Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. Ainda nesses casos, nada impede a defesa técnica do indígena por Procurador Federal.

Não há cenário ideal. Ao revés, os casos concretos narrados neste *paper* como exemplos do nosso objeto de estudo revelam abusos de pessoas que integram a cultura dominante sobre o vulnerável, de forma individual e coletiva.

Assim, queremos chamar a atenção para a importância do fortalecimento, institucional, de aparato e orçamentário, dos órgãos de representação e defesa dos interesses dos indígenas. Nosso país de raízes múltiplas precisa de uma atuação consistente para preservar a existência das populações tradicionais e tudo que significam para a nossa formação, enquanto Estado-Nação.

4 CONCLUSÃO

Chegamos ao cabo deste breve trabalho, em que tivemos a oportunidade de trazer à lume questões relevantes de Direitos Humanos, abordando o Direito ao Reconhecimento, defesa do Multiculturalismo e a proteção jurídica ao indígena na Ordem Constitucional atual.

12 MENA, Fernanda. Sem avanço em direitos humanos, Brasil é constrangido na ONU. São Paulo, *Folha de São Paulo*: 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/05/1881795-sem-avanco-em-direitos-humanos-brasil-e-constrangido-na-onu.shtml>>.

Longe de ser um sistema infenso a críticas, a rede que defende os índios no Brasil precisa ser revitalizada, valorizada e apta a trabalhar com os melhores instrumentos de que dispuser. Investir na proteção do diferente é mais que preservar: é manter viva nossa memória cultural, o *quem somos*, reconhecer que a identidade do brasileiro é mista, e que seu DNA é colorido e o diferente é o que nos torna tão singulares. Daí a importância de efetivar, seja nas políticas públicas, no mundo acadêmico, ou nos Tribunais, o direito fundamental ao Reconhecimento, garantindo vida plena às populações que nos formam, inclusive as minoritárias, tradicionais e tribais.

REFERÊNCIAS

CAMPELO, Lilian. *Índigena Gamela teve mãos decepadas e joelhos cortados durante massacre*. Belém, 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/05/02/indigena-gamela-teve-maos-decepadas-e-joelhos-cortados-durante-massacre/>>.

CARVALHO, Daniela Gonçalves de. *Direito ao Reconhecimento como Desdobramento da Dignidade da Pessoa Humana – Solidariedade ao Atentado de Orlando*. João Pessoa, Blog Emeji, 2016. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/direito-ao-reconhecimento-come-desdobramento-da-dignidade-da-pessoa-humana-solidariedade-ao-atentado-de-orlando/>>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Jus Podium, 2016.

FRASER, Nancy; HONNETH, Alex. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice In 'Post-Socialist' Age, *New Left Review* I/212, jul./ago.1995.

MARSILLAC, Narbal de. *Multiculturalismo e a Construção (Axiológica) dos Direitos Humanos*. João Pessoa: UFPB, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/viewFile/14860/8415>>

MENA, Fernanda. Sem avanço em direitos humanos, Brasil é constrangido na ONU. São Paulo: *Folha de São Paulo*, 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/05/1881795-sem-avanco-em-direitos-humanos-brasil-e-constrangido-na-onu.shtml>>.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. Belo Horizonte; Forum, 2016.

SILVEIRA, Adinan Rodrigues da; ALMEIDA, Andreia Fernandes de. *O Multiculturalismo e a Defesa de Minorias e Grupos Vulneráveis na Perspectiva do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e no Sistema Jurídico Brasileiro*. Brasil: 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9bbebcea7798629d>>.

TAYLOR, Charles. (Org.). *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

INFORMAÇÕES OBTIDAS ATRAVÉS DE JORNAIS E PERIÓDICOS ONLINE:

<funai.gov.br>.

<g1.com.br>.

<folha.uol.com.br>.

