REFLEXÃO DO DIREITO DAS "COMUNIDADES TRADICIONAIS" A PARTIR DAS DECLARAÇÕES E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Joaquim Shiraishi Neto*

Sumário: Introdução: delineamento de um campo jurídico; 1. As Declarações e Convenções no Ordenamento Jurídico; 2. O Lugar Jurídico das Declarações e Convenções; 3. A Convenção n.169 da OIT: a consciência de si; Referências

Resumo: Vários povos e grupos sociais organizados em movimentos sociais passaram a reivindicar direitos, que sempre lhes foram negados pelo Estado brasileiro. Embora tivessem participado da maioria das discussões, ampliando os espaços e canais de participação política, não lograram políticas públicas efetivas. No contexto desse processo, deve-se observar a importância da ratificação de diversos dispositivos internacionais pelo Brasil, que reafirmaram o reconhecimento desses povos e grupos sociais, enquanto sujeitos portadores de identidade étnica ou coletiva. Este artigo pretende analisar a importância desses dispositivos internacionais no contexto de mobilização e organização desses povos e grupos sociais.

Palavras chave: comunidades tradicionais, movimentos sociais, dispositivos internacionais

Abstract: Several organized peoples and social groups in social movements had started to demand rights, which had been always denied to them by the Brazilian State. Although they had participated in the majority of the quarrels, extending the spaces and canals of political participation, they had not achieved effective public policies. In the context of this process, the importance of the ratification of several international devices by Brazil must be observed, which had reaffirmed the recognition of these peoples and social groups, while citizens entitled of ethnic or collective identity. This article intends to analyze the importance of these international devices in the context of mobilization and social organization of these peoples and groups.

Key-words: Traditional communities; Social movements; International devices.

* Advogado. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/ UEA). Coordenador do Grupo de Pesquisa: Direito, Comunidades Tradicionais e Movimentos Sociais. Pesquisador do Projeto de Pesquisa "Nova Cartografia Social na Amazônia" (PPGSCA/ UFAM/ Fundação Ford).

INTRODUÇÃO: DELINEAMENTO DE UM CAMPO JURÍDICO

Uma reflexão acerca da importância dos diversos dispositivos jurídicos internacionais que foram "acordados", "assinados" e "ratificados" ou não pelos diversos países e, em especial, pelo Brasil, nas últimas décadas, e que se encontram referidos de forma direta ou indireta às "comunidades tradicionais"[1] tal como são designados os diversos povos e grupos sociais portadores de identidade étnica ou coletiva no país, é de extrema relevância para o processo em curso, de reconhecimento pleno desses, enquanto grupos sociais, distintos e autônomos, organizados e mobilizados em torno das garantias e reivindicações de seus direitos.

Nesse sentido, o intenso processo vivenciado pelos povos indígenas, povos **quilombolas**, **seringueiros**, **castanheiros**, **quebradeiras de coco babaçu**, **faxinalenses** e **comunidades de fundo de pasto**[2] dentre outros relevam o grau de complexidade do que está ocorrendo no Brasil e sua relação direta com outros países, onde se tem verificado situações análogas às apresentadas, sobretudo no que diz respeito à relação e à forma jurídica de lidar com essas questões, as quais vem sendo tratadas de formas diferenciadas pelos Estados, ora se ocupando em reconhecer e ampliar os direitos,[3] ora adotando

1 Em 24 de dezembro de 2004, por meio de um Decreto Federal, foi criado a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais. Entre vários, ela tem como objetivo principal "estabelecer a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais" (inciso I do referido Decreto).

2 Almeida vem sistematizando as diversas situações vivenciadas por esses povos e grupos sociais no país. A propósito, ler : ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de quilombo, terras indígenas, "babaçuais livres", "castanhais livres", faxinais* e *fundos de pasto*: terras tradicionalmente ocupadas. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006.

3 É possível listar uma série de países, sobretudo na América Latina, que vivenciam situações consideradas análogas as das "comunidades tradicionais" do Brasil. A maioria desses países alteraram seus dispositivos jurídicos constitucionais e infra-constitucionais para reconhecer o caráter "pluricultural" e "multiétnico" de suas sociedades e assim para poder atender as demandas desses "povos" e "grupos sociais", que se encontram no interior dos Estados nacionais, as quais são múltiplas e complexas (TOMEI, Manuela; SEWPSTON, Lee. *Povos indígenas e tribais*: guia para a aplicação da Convenção n.169 da OIT. 1. ed. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999).

De outro lado, diversos países de democracia liberal têm sentido a necessidade de debater a reformulação dos seus dispositivos jurídicos e do próprio Estado para acomodação dos diversos grupos sociais portadores de identidade. No caso, o debate intelectual de fundo tem se dado entre o "liberalismo político" e o "pluralismo cultural". Em alguns países como o Canadá, Bélgica e Espanha, o debate tem ocorrido em torno da reorganização política do Estado pela "assimetria federal', já que os grupos sociais constituem unidades políticas territoriais que coexistem no interior do Estado. Para uma leitura a esse respeito, ver: FOSSAS, Enric; REQUEJO, Ferran. *Asimetría Federal y Estado Plurinacional*. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

medidas de cunho nitidamente discriminatórias[4] em relação a eles, afastando-os de qualquer possibilidade de serem reconhecidos enquanto "sujeitos de direito".

Tem-se, ainda, para os chamados "operadores do direito"[5] uma possibilidade impar de ir consolidando a constituição do que poderia ser de um campo jurídico do "direito étnico"[6] e, portanto, de uma forma própria de refletir o direito, a partir das situações vivenciadas por esses povos e grupos sociais, porquanto é possível observar que essa dinâmica tem provocado no âmbito interno do direito, pelo menos, três movimentos que podem ser assim delineados:

a) o deslocamento de disciplinas tidas como "tradicionais", a saber: o direito civil, o direito agrário e o próprio direito ambiental;
b) a relativização e reorganização hierárquica de determinadas normas e regras consagradas pelos interpretes; e
c) a reafirmação e ampliação de dispositivos jurídicos internacionais de proteção de direitos humanos.

---

4 Sobre a reformulação de dispositivos jurídicos de cunho discriminatório em países de democracia liberal, ver as discussões e as mobilizações em torno da política de imigração Norte Americana, que impôs uma série de medidas legais com objetivo de impedir a imigração e o processo de reconhecimento de direitos dos imigrantes já residentes (*Folha de São Paulo*, 2 de maio de 2006. p. A 9). Ao que parece essas medidas legais de caráter discriminatório tem se espraiado por outros países, como é caso da Lei que foi aprovada recentemente na França, que impõe restrições a imigração, estabelecendo critérios seletivos ao imigrante como o da maior escolaridade e do padrão econômico (*Folha de São Paulo*, 18 de junho de 2006. p. A15). No Japão, há uma discussão em torno da política migratória que afetará de forma direta os diversos brasileiros, os chamados "dekasseguis". Ela tem a intenção de acabar com o visto especial para descendentes de japoneses e de exigir o conhecimento da língua local a todos que solicitarem visto para trabalharem no país (*Jornal Nippo Brasil* . São Paulo, 21 a 27 de junho de 2006; p. 4 Brasil no Japão).

A despeito do Brasil ser o destino de muitos imigrantes (*Folha de São Paulo*, 18 de junho de 2006), essa discussão não vem sendo enfrentada .

Contrariando essas políticas que vêm sendo adotadas indistintamente pelos mais variados países, o Relatório do Desenvolvimento Humano 2004 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) além de rejeitar que as diferenças seriam fontes de discórdia e de "conflitos culturais", reafirma a sua importância como princípio do desenvolvimento humano.

5 Essa noção de "operadores do direito" tomada no texto é indistinta, servindo para referir tanto aos professores dos cursos de direito, como os demais profissionais: advogados, juízes, promotores, procuradores...

6 Não entendo que o direito possa ser compreendido de forma fragmentada, tal como é ensinado nos cursos jurídicos. As questões são por demais complexas para serem compreendidas a partir de uma única disciplina do direito, além do mais, não se pode esquecer que este tipo de especialidade, que enseja uma "carreira jurídica", sempre está a sujeitar-se aos padrões determinados pela própria disciplina, acabando por restringir as possibilidades de interpretação e análise , isto é: "Para ser um especialista, você tem de ser credenciado pelas autoridades competentes; elas ensinam a falar a linguagem correta, a citar as autoridades corretas, a sujeitar ao território correto" (SAID, 2005: p. 81).

Tal movimento que se verifica no interior do direito, decorre de profundas transformações que está ocorrendo na órbita nacional e internacional, e ocorre pelo fato do direito não vir conseguindo responder de forma plena e satisfatória as demandas e reivindicações dos movimentos sociais, que afetam de forma direta e indireta a vida dos "povos" e "grupos sociais". Em outras palavras, o "desrespeito" às diferenças existentes entre os distintos sujeitos, materializado numa política de universalização dos direitos, vem provocando um aprofundamento dos problemas.

Tem-se observado enormes dificuldades jurídicas operacionais, sobretudo, em face da total impossibilidade de se "enquadrar" as situações vivenciadas aos modelos jurídicos preexistentes, os quais têm norteado e estruturado todo ordenamento jurídico; mesmo que esses modelos possam estar referidos de alguma forma as essas situações sociais, como é o caso dos dispositivos referidos ao direito ambiental.

Os resultados mais visíveis da aplicação desses dispositivos podem ser observados nas unidades de conservação de uso direto, que, inicialmente, foram incorporadas como instrumentos de defesa de direitos pelos movimentos sociais e, que, hoje em dia , têm sido visto com certa cautela pelos próprios movimentos, principalmente pelos problemas que tem gerado em torno de sua implantação,[7] constituindo muitas vezes um empecilho a reprodução física e cultural desses povos e grupos sociais.

Para efeito desse entendimento de que os direitos devem ser plenos, trata-se de garantir a esses povos e grupos sociais a sua reprodução física e social, consubstanciada numa determinada "prática social",[8] que se relaciona a

---

7 O modelo de reserva extrativista que se desenvolveu a partir da experiência dos seringueiros do Acre, é um bom exemplo desses problemas as quais estou me referindo, sobretudo às reservas extrativistas de babaçu, que, a despeito de terem sido criadas em 1992, têm sérias dificuldades de se implementar, pois esse modelo tem como ponto de partida as práticas extrativas dos seringueiros, que em muito se diferem das chamadas quebradeiras de coco babaçu. A respeito dessas questões, ver: SHIRAISHI NETO, Joaquim. Babaçu Livre: conflito entre a legislação extrativa e práticas camponesas. ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; SHIRAISHI NETO, Joaquim; MESQUITA, Benjamin Alvino de. A *Economia do Babaçu*: levantamento preliminar de dados. 2º ed. São Luís: MIQCB/ Typographia Balaios, 2001. pp. 57-64.

Com relação às dificuldades entre a realidade e aplicação da Lei, para as reservas de desenvolvimento sustentável (RDS), ver BENTES, Genise de Melo. *Desenvolvimento Sustentável*: da realidade à legislação no Estado do Amazonas. Manaus: Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, 2006. (Dissertação de Mestrado).

8 No interior dessa "prática social" , observa-se uma série de "práticas jurídicas" que se relacionam, sobretudo, as formas de acesso e uso comum dos recursos naturais e da terra. No entanto, essas não podem ser confundidas com o direito consuetudinário, já que há entendimento prevalente no direito de que o costume é regra que do uso decorre, sendo que por isso mesmo os doutrinadores têm se esforçado em identificar os seus requisitos que envolvem uma prática reiterada, constante e uniforme de determinado ato que é produzido pela vontade geral de todos (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Fontes e Interpretação do Direito. São Paulo: Max Limonad, Vol.1. pp. 259-329).

um modo de "criar", de "fazer" e de "viver". Essa forma própria de viver a vida está garantida no inciso II do art. 216 da Constituição Federal de 1988, bem como do que pode ser extraído da Convenção de n.º 169 da OIT, que trata sobre os "povos indígenas e tribais".[9]

Observa-se que em determinados momentos, o direito tal como tradicionalmente formulado, tem servido mais como "obstáculo" às pretensões desses povos e grupos sociais, evidenciando assim o grau de disputas internas no campo jurídico, em que se coloca em questão a própria forma de dizer o direito.

Convém enfatizar que para além das reivindicações dos povos e grupos sociais se está diante de uma luta interna no campo jurídico, onde há um enfrentamento dos "operadores do direito" do direito em dizer o direito.[10]

A referida disputa identificada inicialmente no plano dos operadores *strictu sensu*, não pode se desgatar ou mesmo se paralizar em torno das discussões dos procedimentos operacionais formais para efetivação de direitos já consagrados nos textos e que reconhecem a existência social desses povos e grupos sociais. Sublinha-se que os direitos os quais se está referindo se encontra no bojo dos direitos fundamentais e, portanto, de aplicação imediata, conforme determina o texto constitucional.[11]

Já não se trata, com efeito, de simplesmente se utilizar dos mecanismos jurídicos cirúrgicos para determinar a validade ou não dos dispositivos legais, decepando aquelas normas tidas como inconstitucionais, mas de admitir a coexistência dos diversos instrumentos disponíveis para a efetivação desses direitos. Trata-se de reafirmar as suas respectivas fontes,[12] que além de serem múltiplas e complexas, estão profundamente enraizadas em situações localizadas, ampliando as possibilidades de interpretação e de efetivação de direitos, os quais devem ser plenos.

---

9 Promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.

10 Para P. Bourdieu "o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito dizer o direito, quer dizer a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem , na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legitima, justa do mundo social." BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. *O Poder Simbólico*; trad. Fernando de Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A , 1989. pp. 209-254.

11 §1º, do art.5º. "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

12 André Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce vêm atualizando as discussões sobre os sistemas jurídicos. Para eles, com a globalização, o direito tem se apresentado cada vez menos como se fosse de uma única fonte. Há uma multiplicidade de fontes do direito e esse fenômeno é designado como "policentricidade", que exclui a pirâmide de Kelsen, organizando outras estruturas , que podem ser assemelhar a um sistema de "circularidade" ou de "rede". ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*; trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 381-405.

A dinâmica vivenciada por esses povos e grupos sociais na busca pelo direito de viver a diferença, joga luz no direito, pois esse se vê obrigado a reconhecer outras "práticas jurídicas", que se encontram coadunado com outras formas de saber, mais localizados, situados nas experiências de cada grupo social. Contudo, não se pode ignorar que essa forma de "saber" sempre esteve sujeitado aos sistemas formais.[13]

Por isso, trata-se de refletir sobre os esquemas de pensamento jurídico dominante, cuja implicação primeira é de rever determinadas noções e princípios profundamente cristalizados e que se encontram "inculcados" nos "operadores do direito", a fim de reorganizá-los esquematicamente em nosso pensamento, inclusive, hierarquicamente, no interior do sistema jurídico. O que se propõe é submeter as "práticas jurídicas" a um exercício de reflexão crítica, no sentido da sociologia reflexiva de Pierre Bourdieu, colocando em "suspenso" as noções e os princípios que são tomados indistintamente como "naturais", no sentido de "afastarmos" de qualquer possibilidade que possa servir como restrição de direitos.

No caso das situações sociais que envolvem esses povos e grupos sociais, entendo que se trata de atribuir ao "princípio da pluralidade" o mesmo valor que é atribuído ao "princípio da dignidade humana", que de forma criteriosa tem orientado a elaboração de toda dogmática crítica do direito.

O deslocamento do "princípio da dignidade humana" no interior do sistema jurídico, favorecendo o princípio da pluralidade, que o equipara hierarquicamente na estrutura jurídica, provoca uma necessidade inicial de releitura dessa dogmática crítica, que, com razão, tem afirmado esse princípio como supremo.

Nesse sentido, aquele esquema esboçado por Kelsen de que o direito poderia ser apresentado como se fosse uma pirâmide e que tanto tem influenciado os esquemas de pensamento jurídico ocidental, inclusive, a organização do sistema hierárquico de valores – tão caro aos interpretes do direito. Os valores que sinalizam a produção e interpretação das normas acabam cedendo lugar a outras estruturas, talvez menos geométrico e, portanto mais livres desses esquemas, que aprisionam o pensamento jurídico.

O significado mais visível dessa leitura dinâmica do direito é que ele possa ir "recuperando" e "atualizando" seus significados, no interior da

13 A respeito, ver FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*; trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 3-26.

"sociedade plural", que se encontra em processo de profunda transformação. Há necessidade, também, de se afastar no âmbito das disputas jurídicas, do que se tem identificado como "crise do direito", pelo fato de que esse esquema científico interpretativo do direito vir se apresentado como permanente, estável e duradouro, reforçando a idéia de que mais tem servido para alimentar o discurso jurídico dominante.

1. AS DECLARAÇÕES E CONVENÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Até bem pouco tempo atrás sequer poderíamos imaginar, em função do grau de "universalização" e "abstração" do direito, que os instrumentos internacionais das Declarações e das Convenções aqui utilizados pudessem estar referidos as situações diretamente vivenciadas por povos e grupos sociais. Em outras palavras, a utilização efetiva dos instrumentos internacionais para amparar legalmente as situações, que se encontram na maioria das vezes circunscritas a uma determinada unidade de espaço e de tempo. Não se pode esquecer que o próprio direito sempre viveu como sendo "universal", "abstrato" e, portanto, a – histórico. Para além dessas noções, que se encontram profundamente enraizadas num direito estatal, o direito tem reivindicado uma "homogeneidade universal", compromissada com um "projeto global de sociedade".[14]

Em muitos países, o fato do direito vir se apresentando como se fosse único,[15] mais tem servido para justificar a sua total indiferença e o seu desprezo às noções de "local", de "realidade" e de "pluralidade".

Uma decorrência de tudo isso foi à criação de "ficções jurídicas", como a do "sujeito de direito", que se encontra destituído de suas raízes profundas. A primazia da forma em detrimento do conteúdo tem levado os "sujeitos de direito" a uma espécie de "invisibilidade", destituindo esses sujeitos de quaisquer elementos que possam qualificá-los, perdendo as suas especificidades enquanto tal, como parte de determinado povo ou grupo social.

---

14 Para Bourdieu há um intenso movimento que tem a pretensão de criar uma "homogeneização jurídica", a fim de que possa atender os propósitos de determinados grupos econômicos dominantes que atuam em toda parte. BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos 2*: para um movimento social europeu; trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 107.

15 RANCIÈRE, Jacques. *O Desentendimento*; trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996. p. 110.

Ao incorporar essas "novas" dimensões e conteúdos explicitadas nos dispositivos internacionais, mesmo sabendo que esses representam formas de dominação aqui tomando a noção de Michel Focault sobre o significado de dispositivo, é possível vislumbrar uma dimensão do direito, que extrapola as noções pré-determinadas, obrigando-nos a um mergulho em um "novo" *modus operandi*, cuja força motriz faz com que se reflita acerca das estruturas e o seu modo de funcionamento.

Os dispositivos internacionais dos direitos humanos são igualmente universais e, por isso, passíveis das críticas ora formuladas. Contudo, a existência desses instrumentos de proteção dos indivíduos revela, inicialmente, um dado importante destacado pela maioria dos interpretes do direito internacional, de que os indivíduos, não são meros objetos, mas sim, "sujeitos de direito"; corroborando uma leitura que relativiza a soberania absoluta dos Estados, na medida em que é possível a intervenção para proteção desses "sujeitos de direito", que são mais importantes que os próprios Estados.

Os recentes dispositivos internacionais "acordados", "assinados" e "ratificados", ou não, pelo Brasil, deram ênfase a outros elementos constitutivos da noção de sujeito de direito, permitindo um alargamento e uma melhor qualificação do sujeito, que além da dimensão individual,[16] inscrita em vários desses dispositivos internacionais de proteção dos direitos humanos, incorpora uma outra dimensão de sentido coletivo e que se refere à noção de povos e grupos sociais.

Portanto, o exercício que ora se propõe é tomar os dispositivos internacionais ratificados ou não pelo Brasil e analisá-los à luz do contexto brasileiro.

2. O LUGAR JURÍDICO DAS DECLARAÇÕES E CONVENÇÕES

O primeiro passo para a nossa reflexão é de explicitar a força da forma, situando essas Declarações e Convenções no interior do sistema jurídico brasileiro. Trata-se de guardar o papel das Declarações, cujo conteúdo serve como "princípios jurídicos" orientadores dos demais instrumentos e ações,

16 Importa assinalar que outros dispositivos internacionais já se referiam a uma noção de coletivo, como a Convenção do Genocídio que foi aprovada pelo Brasil por meio da Lei n.º 2.889, de 01 de outubro de 1956, que "define e pune o crime de genocídio".

bem como das Convenções, que por serem tratados,[17] vinculam os países na órbita internacional, impondo todo tipo de sanções, sobretudo aquelas de natureza comercial, cujos resultados podem ser mais imediatos.

Para a análise, serão tomadas preferencialmente as Declarações às quais o Brasil é signatário, especialmente: a "Declaração Universal dos Direitos Humanos" de 1948, a "Declaração de Durban" e a "Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural", ambas de 2001. Além das Declarações, as Convenções já ratificadas: a "Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural" de 1972,[18] a "Convenção sobre a Diversidade Biológica"[19] e a Convenção n.º 169 da OIT.

Neste contexto, deve-se assinalar que a "Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural" representou um "marco jurídico" desse processo, pois além de permitir a realização da distinção entre o patrimônio cultural e o natural, enfatizou a importância desses bens para o desenvolvimento da humanidade.

A despeito de não ter sido ratificada pelo Brasil, a "Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade de Expressões Culturais" faz parte desse repertório de instrumentos internacionais e, desta forma, serve para refletir as situações vivenciadas pelos povos e grupos sociais no Brasil.

É o §2.º, do art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, que garante a possibilidade de recepção dos direitos enunciados nesses dispositivos, conferindo aos tratados que versam sobre questões relacionadas aos direitos fundamentais, em particular, natureza hierárquica de norma constitucional e de aplicação imediata,[20] tal como preceitua o §1.º, do art. 5.º, da CF de 1988, que assegura aplicação imediata de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

---

17 A incorporação de tratados internacionais no sistema jurídico nacional é matéria reservada aos Estados, por isso, as exigências podem variam de Estado para Estado. Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação. A simples assinatura do tratado, não irradia efeitos jurídicos. No Brasil, após a negociação e assinatura que é de competência do Poder Executivo (inc. VIII, art.84 da CF), é encaminhado ao Poder Legislativo para aprovação por meio de Decreto Legislativo (inc. I , art. 49 da CF). Na seqüência desse processo há o ato de ratificação, que é realizado pelo Poder Executivo por meio de Decreto e somente após a sua ratificação é que o tratado passa a ter valor e produzir efeitos jurídicos. Como etapa final, esse instrumento há de ser depositado em um órgão que assuma a sua custódia para produzir efeitos internos e externos. Uma decorrência de seu descumprimento é a responsabilização do Estado violador.

18 Promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 80.978, de 12 de dezembro de 1977.

19 Promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1998.

20 A propósito dessa temática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, conferir: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 51-103.

2.1 O Reconhecimento das Diferenças nas Declarações e Convenções

A Convenção n.º 169 foi adotada pelo Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1989. Entrou em vigor em 1991 após ter sido ratificada por dois Estados-membros, revogando a Convenção n.º 107, de caráter "integracionista" ou "assimilacionista", cujo objetivo era integrar esses povos e grupos a sociedade nacional. Ela partia de modelos explicativos que pressupunham uma espécie de irreversibilidade do processo de "integração" ou de "assimilação". Essa posição foi revista pela Convenção n.º 169, a qual incluiu a noção de que a vida dos "povos indígenas e tribais" é permanente e perdurável, fazendo com que diversos Estados passassem a se reconhecer como "multiétnicos" ou "pluriculturais".

Na última década, diversos Estados reformularam suas Constituições e passaram a reconhecer que se trata de Estados com uma diversidade cultural, a exemplo do próprio Brasil, que em 1988, outorgou uma Carta reconhecendo a diversidade social e cultural do país, como consta do Preâmbulo:

> *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida , na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil*. (G.N.). (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988).

Este posicionamento foi co-extensivo aos Estados membros que, ao elaborarem a suas Constituições Estaduais a partir de 1989, reconheceram de forma explícita as diversas situações envolvendo povos e grupos sociais distintos.

Como se não bastasse, as Constituições federal e estaduais deram tratamento específico as questões culturais, que também são tidas como direito fundamental, em decorrência das declarações internacionais e regionais de

direitos humanos ("Declaração Universal de Direitos Humanos" e "Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem"). Para esses instrumentos , a cultura não se trata somente de criação e de produção artística e intelectual, mas inclui também uma forma própria, que serve para a realização existencial das pessoas enquanto pessoas.

Nesse sentido, os textos das Constituições Estaduais acabaram indo ao encontro com o disposto na Constituição Federal de 1988, cujo entendimento é de que a cultura se relaciona a uma forma de "criar", de "fazer" e de "viver" dos povos e grupos sociais (inciso II do art. 216). Sentido esse reafirmado na "Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural", onde se lê já nas considerações iniciais o que se segue:

> *Reafirmando que a cultura deve ser considerada como conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos, que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças*.[21] (G.N).

Explicitamente essa "Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural" afirma que:

> *A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem as minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance*. (G.N.) (art.4.º).

Além disso, a diversidade cultural seria também uma das fontes do desenvolvimento entendido num sentido amplo (art.3.º). Já para a "Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais", a

21 Ela se dá conforme as conclusões da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais (MONDIACULT), que ocorreu em 1982, no México; da Comissão Mundial de Cultura e Desenvolvimento (Nossa Diversidade Criadora) de 1995; e da Conferência Intergovernamental sobre Políticas Culturais para o Desenvolvimento , que aconteceu em 1998, em Estocolmo.

diversidade cultural é tratada explicitamente como princípio para o desenvolvimento sustentável:

> *A diversidade cultural é uma grande riqueza para as pessoas e as sociedades. A proteção, a promoção e a manutenção da diversidade cultural é uma condição essencial para o desenvolvimento sustentável em benefícios das gerações aturais e futuras*. (G.N.) (item 6 do art. 2 da Convenção).

Observa-se que está havendo uma tendência em aliar a defesa da diversidade cultural e da cultura ao desenvolvimento humano, equiparando a noção de desenvolvimento sustentável, tão caro ao direito ambiental. Esse movimento muito se assemelha ao da preservação e da conservação da natureza, cuja intensidade se verificou, sobretudo na década de 1990, influenciando diversos instrumentos normativos e desencadeando um conjunto de políticas públicas e de ações, como a própria Constituição Federal de 1988, que tem um Capítulo sobre o Meio Ambiente (art. 225).

3. A CONVENÇÃO N.º 169 DA OIT: A CONSCIÊNCIA DE SI

Sobre a Convenção n.º 169 da OIT é importante afirmar que além de ser um tratado, tem uma especificidade por tratar-se de matéria relacionada aos direitos dos "povos indígenas ou tribais", que são tidos como fundamentais, cujas implicações é a sua aplicação imediata (§1.º do art. 5º) e o reconhecimento de que esse dispositivo se situa no mesmo plano hierárquico da CF de 1988, a exemplo de todos os direitos fundamentais.

Contudo, determinados autores têm enfatizado duas omissões importantes[22] da Convenção n.º 169: o fato de não ter tratado sobre a propriedade intelectual; e que não prevê formas de controle da sua aplicação. Em relação a essa primeira omissão, trata-se de ler essa com a "Convenção sobre Diversidade Biológica", no sentido de qualificar os sujeitos portadores dos conhecimentos tradicionais.

---

22 A esse respeito, ler: CHAMBERS, Ian. El Convenio 169 de la OIT: avance y perspectivas. GÓMEZ, Magdalena (coord.). *Derecho Indígena*

A leitura conjunta dessas Convenções tem uma enorme conseqüência no plano jurídico, sobretudo no sentido de equiparar as relações que são rigorosamente formais e fechadas às realidades sociais. Ela é realizada propositalmente, uma vez que permite reafirmar a presença dos povos e grupos sociais nessa arena de disputas.

Uma conseqüência em deixar de fazê-lo, seria tratar indistintamente todo conhecimento como passível de ser apropriado ou mesmo, pensá-lo por sua utilidade e necessidade, tal como se estrutura o pensamento jurídico dominante, que tem como pressuposto o aperfeiçoamento das relações mercantis entre sujeitos, tidos como iguais. Atenta-se o fato de que a essa "Convenção sobre a Diversidade Biológica" designa "comunidades locais" e "populações indígenas" ao invés de "povos indígenas e tribais" como faz a Convenção n.º 169.

Os interpretes da Convenção n.º 169 da OIT tem dividido esse instrumento em três seções principais e cada uma delas em várias partes. A primeira diz respeito à política geral; a segunda, a vários temas substantivos; e a terceira, assuntos gerais e administrativos.

Em relação à Convenção n.º 169, vale repassar alguns artigos, que são importantes para a nossa reflexão jurídica. Ela fala dos "povos indígenas" e "tribais", não fazendo nenhuma distinção de tratamento em relação a esses grupos sociais. Ambos têm o mesmo peso diante da Convenção.

As situações vivenciadas por esses povos e grupos sociais não se vinculam necessariamente a um período temporal ou a um determinado lugar. O que deve ser considerado no processo de identificação é a forma de "criar", de "fazer" e de "viver", independentemente do tempo e do local, importando assinalar que referido critério distintivo da noção de "povo" não é o mesmo do direito internacional (item 3 do art. 1º da Convenção n.º 169).

Ressalta-se que essa noção de povo desloca-se da noção de população, de caráter "integracionista" ou "assimilacionista", como pode ser observado no item 2 do art. 1.º:

> *A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção*. (G.N.).

Para a Convenção, o critério para distinguir os sujeitos é o da consciência, em outras palavras, é o da auto-definição... é o que os sujeitos dizem ser por estarem referidos a algum povo ou grupo social e, por isso mesmo, tem provocado e promovido de forma deliberada uma verdadeira ruptura no mundo jurídico, que sempre esteve vinculado aos interpretes autorizados da Lei. Para Pierre Bourdieu, o campo jurídico se constitui num universo social autônomo e específico, organizado único e exclusivamente pelos "operadores do direito", que por meio de um mandato, "usurpam" qualquer forma de participação.

No Brasil, não há "povos tribais" no sentido estrito em que há em outros países, mas existem povos e grupos sociais distintos que vivem em sociedade e essa distintividade é que aproxima da noção de "povos tribais".

Desde que os povos e grupos sociais se definam enquanto tal devem ser "amparados" pela Convenção. A Convenção não define a priori quem são esses "povos indígenas e tribais", apenas dá instrumentos para que o próprio sujeito se defina diante de seu grupo, como o da "consciência de sua identidade", sendo que compete a cada país a decisão sobre quais povos e grupos sociais recaí a aplicação dessa Convenção. Neste caso, ela faz acertadamente, pois se definisse de antemão, excluiria uma infinidade de povos e grupos sociais desse precioso dispositivo.

Entendo que a Constituição Federal dá um tratamento especial a essas situações reafirmando os critérios de identidade, uma vez que essas noções podem ser retiradas de uma leitura criteriosa do art. 3, quando ele afirma que a resolução dos problemas regionais (inc. III do art.) passa pela construção de uma "sociedade livre", "justa" e "solidária" (inc. I do art.), sem qualquer tipo de discriminação (inc. IV).

Um aspecto diretamente relacionado ao da identidade , é o da ocupação e uso das terras, do território. De acordo com o item 1 do art.14 da Convenção: *Dever-se-á* ***reconhecer aos povos*** *interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que* ***tradicionalmente ocupam****...* (G.N.).

Essa noção de terra, que compreende o conceito de território, incluiu uma totalidade que diz respeito: as formas de ocupação e uso da terra e dos recursos naturais (item 2 do art.13); às culturas e os valores vinculados a essa terra ou territórios (item 1 do art.13); ao direito sobre os recursos naturais existentes. Ele abrange também o de "...participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados." (item 1 do art.15).

Na possibilidade dos recursos pertencerem ao Estado, mesmo assim deverão ser consultados com procedimentos apropriados, participar dos benefícios e receber indenização eqüitativa (item 2 do art.15).

Além de tudo isso, o item 1 do art. 14, resguarda a possibilidade desses povos e grupos sociais utilizarem as terras não ocupadas, mas que venham sendo utilizadas de forma tradicional. Trata-se de reconhecer o instituto da servidão, que foi utilizado em situações que se assemelham as da presente, tal como os chamados "castanhais do povo" no Estado do Pará, onde por meio de Decreto, o Estado assegurava aos castanheiros, o livre acesso e uso dos castanhais. Para essas situações, fica condicionado ao Estado adotar medidas para salvaguardar esse direito desses povos e grupos sociais.

Em relação à Convenção n. 169, dois aspectos ainda são merecedores de notas, pois se encontram diretamente referidos ao a auto-definição. Eles dizem respeito ao processo de participação e de consulta envolvendo os povos e grupos sociais.

Segundo o art. 6º, os governos devem estabelecer os meios para que os povos e grupos sociais interessados possam participar das decisões em todos os níveis no âmbito legislativo e administrativo (letra a e b do item 1 do art. 6.º). Os meios, segundo a letra c, implicam em criar condições próprias para que possam participar efetivamente (inclusive alocando recursos, investindo na formação e capacitação e no fortalecimento institucional dos grupos...).

Pelo visto, há uma mudança radical de por fim a qualquer forma que enseje algum tipo de tutela, sempre presente nos dispositivos jurídicos, que notadamente vêem esses povos e grupos sociais como sujeitos inferiorizados, incapazes de discernirem sobre seus próprios atos. No caso, o "princípio da igualdade" deve ser o pressuposto e não o objetivo a ser alcançado, pois a emancipação decorre do reconhecimento da existência da diversidade e das diferenças de cultura, que envolucram distintos sujeitos que conhecem perfeitamente as suas necessidades mais imediatas e mediatas.

Mais do que isto, entendo que o Estado deverá condicionar as suas políticas e programas as ações dos grupos sociais; deverá, ainda, se estruturar de forma diferenciada para atendimento das demandas que são múltiplas e complexas, determinado "novas" maneiras de pensá-las. Isso tudo implica numa mudança do Estado na forma de organizar e operacionalizar suas ações, que não pode ficar restrita as competências administrativas firmadas previamente.

A importância desse instrumento, assim como dos outros referidos, salta aos olhos. Ele permite refletir uma série de políticas, programas e ações. A aplicação efetiva desses dispositivos jurídicos internacionais pode e deve significar uma mudança nas estruturas do Estado, que sempre foram esboçadas e operacionalizadas de forma universal, sem deixar margem para o tratamento das diferenças sempre existentes.

Convém destacar um outro artigo que também se encontra diretamente relacionado à afirmação das identidades e ao direito de participação desses povos e grupos sociais, é a previsão contida no item 1 do art. 7.º:

> *Os povos interessados deverão ter direito de escolher suas prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem estar espiritual, bem como as terras que ocupam e utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afeta-los diretamente*. (G.N).

identifica-se aqui pelo menos dois pontos importantes: o direito do grupo definir o que quer, o que quer para si, de definir suas prioridades quaisquer que sejam; e o direito de participar de todas discussões que possam lhe afetar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, os dispositivos jurídicos internacionais apresentam uma atualidade em face das situações vivenciadas pelos povos e grupos sociais no Brasil. O fato de garantir que os sujeitos se definam a partir de sua própria consciência, rompe com uma maneira de pensar o direito, alargando a compreensão das "práticas jurídicas", que se encontram referidas ao campo jurídico.

Ademais, uma leitura das Declarações e das Convenções internacionais possibilita o deslocamento do poder de dizer o direito, na medida em que "inverte os papéis", atribuindo aos "operadores do direito" um papel menos

"ativo" e mais "passivo" nesse processo, sobretudo porque cabe ao "operador" reconhecer o que foi expressamente definido pelos sujeitos. Além disso, esse procedimento que garante o reconhecimento das diferenças faz com que ocorra um revigoramento dos povos e grupos sociais, que se mobiliza no sentido de garantir o reconhecimento de suas especificidades, tidas como imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade.

Vale ressaltar que a despeito desse processo desenhado no campo jurídico, tem-se a necessidade de, a exemplo do que ocorre em outros países, a construção de uma política jurídica de caráter étnico, a fim de atender e garantir a reprodução física e social desses povos e grupos sociais, o que vai implicar numa "nova maneira" de se pensar as relações e as estruturas do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de quilombo, terras indígenas, "babaçuais livres", "castanhais livres", faxinais e fundos de pasto*: terras tradicionalmente ocupadas. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; SHIRAISHI NETO, Joaquim; MESQUITA, Benjamin Alvino de. *A Economia do Babaçu*: levantamento preliminar de dados. 2.º ed. São Luís: MIQCB/ Typographia Balaios, 2001.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Juídicos*; trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 381-405.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Fontes e Interpretação do Direito. São Paulo: Max Limonad, Vol. 1. pp. 259-329.

BENTES, Genise de Melo. *Desenvolvimento Sustentável*: da realidade à legislação no Estado do Amazonas. Manaus: Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, 2006. (Dissertação de Mestrado).

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. *O Poder Simbólico*; trad. Fernando de Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A, 1989. pp. 209-254.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos 2*: para um movimento social europeu; trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CHAMBERS, Ian. El Convenio 169 de la OIT: avance y perspectivas. GÓMEZ, Magdalena (coord.). *Derecho Indígena*. Mexico: Instituto Nacional Indigenista/Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, 1977. pp. 123-141.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*; trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 3-26.

FOSSAS, Enric; REQUEJO, Ferran. *Asimetría Federal y Estado Plurinacional*. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FRANÇA aprova lei que prevê a imigração seletiva. *Folha de São Paulo*, 18 de junho de 2006. p. A15.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Directo*. 2.ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MILHARES aderem ao `Dia sem Imigrantes´. *Folha de São Paulo*, 02 de maio de 2006. p. A9.

NOVO projeto de visto em discussão. *Jornal Nippo Brasil* . São Paulo, 21 a 27 de junho de 2006; p. 4 Brasil no Japão.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RANCIÈRE, Jacques. *O Desentendimento*; trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996.

Relatório do Desenvolvimento Humano 2004. Liberdade Cultural num Mundo Diversificado. Lisboa: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2004.

SAID, Edward W. *Representações do Intelectual*: as conferencias Reith de 1993; trad. Milton Hatoum. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. *O Direito das Minorias*: passagem do "invisível" real para o "visível" formal. Curitiba: Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/ UFPR), 2004. (Tese de Doutorado).

SHIRAISHI NETO, Joaquim. *Leis do Babaçu Livre*: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas. Manaus: PPGSCA-UFAM/ Fundação Ford, 2006.

TOMEI, Manuela; SEWPSTON, Lee. *Povos indígenas e tribais*: guia para a aplicação da Convenção n.169 da OIT. 1. ed. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1999).