Direitos Indígenas e Direitos Fundamentais: Uma Reflexão Crítica

Ermanno Vitale*

Resumo

A partir de um comentário filosófico de uma sentença da Corte Constitucional colombiana de 1997, o trabalho pretende apresentar algumas críticas aos argumentos tradicionalmente levantados favoráveis aos direitos culturais ou coletivos, particularmente os denominados “direitos (dos) indígenas” e que, com frequência, incluem a reivindicação de uma “jurisdição especial” das comunidades, com um grau mais ou menos amplo de autonomia em relação aos ordenamentos jurídicos nacionais. Procuro mostrar as incoerências e aporias existentes nesse tipo de defesa, na medida em que de fato sacrificam os direitos fundamentais dos indivíduos (inclusive dos próprios indígenas) a favor de uma concessão pré-moderna (holística e organicista) das instituições sociais e políticas.

Palavras-Chave: Indivíduo/comunidade; Constituição/cosmovisão; Estado de Direito/jurisdições especiais.

1. O presente texto terá a forma de um comentário filosófico sobre uma sentença da Corte Constitucional colombiana – especificamente a sentença T-523, de 1997, na qual são apresentados, na minha visão, todos os argumentos tradicionais a favor dos denominados direitos indígenas que, de vez em quando, fazem parte do mais amplo debate sobre os direitos coletivos ou culturais, sobre a necessidade de sua positivação ou constitucionalização. Uma apresentação clara dos argumentos favoráveis deveria favorecer também uma crítica igualmente clara, ou, pelo menos, uma clara ilustração

* Professor Associado da Faculdade de Ciência Política e de Relações Internacionais da Universidade do Vale d’Aosta, onde ministra as disciplinas de Filosofia Política, História das Doutrinas Políticas e Direitos Humanos. É membro do corpo docente do Doutorado em “Teoria da Governança e dos Sistemas Complexos” da Universidade de Sassari. Foi professor visitante na Universidade Carlos III de Madri, nos anos de 2002 e 2007. Autor de vários livros, dentre os quais: *Gli squilibri del terrore. Pace democrazia e diritti alla prova del XXI secolo* (coordenado em conjunto com Michelangelo Bovero, Torino, 2006); *Ius migrandi. Figure di erranti al di qua della cosmopoli* (Torino, 2004); *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (Roma-Bari, 2001); *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico* (Roma-Bari, 2000); *Dal disordine al consenso. Filosofia e politica in Thomas Hobbes* (Milão, 1994). Direitos de tradução gentilmente cedidos pelo autor para a Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro – MG.

dos argumentos contrários quanto ao desejável acerca da titularidade de tais supostos direitos e, portanto, do seu reconhecimento no direito positivo e constitucional.

Antes de entrar no mérito da questão, duas premissas me parecem úteis para dissipar quaisquer equívocos que poderiam surgir ao longo da minha argumentação. Inicialmente, gostaria de dizer que esse texto pretende ser um comentário filosófico e não jurídico da sentença citada. Não apenas porque não sou jurista, mas também e principalmente porque aqui não me interessa nem o caso concreto nem a comparação com outros casos e/ou outras sentenças posteriores ou anteriores de outras cortes (constitucionais ou não, colombianas ou não). O que me interessa são as passagens “filosófico-políticas” da fundamentação, os argumentos utilizados nessa sentença para sustentar os direitos indígenas e, mais especificamente, para interpretar em um sentido forte e extensivo um modelo constitucional que reconhece a compatibilidade entre jurisdições especiais (indígenas) e a jurisdição nacional.

Em segundo lugar, gostaria de demonstrar o meu respeito pela situação política, econômico-social e humana dos indígenas, já que, inevitavelmente, vivendo na Itália, apenas conheço de longe, através de livros e documentos. Mesmo as frequentes visitas que faço à América Latina, graças aos convites dos amigos e colegas latino-americanos, não são suficientes para colmatar essas lacunas, para apreender com completa clareza a sedimentação histórica e as discriminações e sofrimentos seculares que alimentam e sob certos aspectos ajudam a explicar esse tipo de reivindicação. Mesmo conhecendo toda a situação, um argumento fraco é sempre um argumento fraco, mesmo se colocado a serviço de uma boa causa. Até porque tal argumento, se examinado mais profundamente, pode ser usado a favor do “inimigo”: com isso quero dizer, nesse caso, negando direitos fundamentais às pessoas que pertencem às comunidades indígenas sob o pretexto de afirmar ditos direitos.

Ficarei adstrito a esse nível, a essa análise conceitual, do confronto dos argumentos, da valoração de sua consistência lógica. Quando exprimir juízos que ultrapassem esse exercício analítico, garanto-lhes que a minha questão de fundo será sempre a seguinte: mas, é realmente conveniente para as pessoas que fazem parte de comunidades indígenas que sua comunidade goze desse ou daquele direito, dessa ou daquela “autonomia”? Naturalmente, posso cometer equívocos. Mas, o que eu gostaria é que ficasse claro que a minha intervenção não é hostil, mas sim simpática aos confrontos de todas as cores que existem e que sofrem as conseqüências do colonialismo e do neocolonialismo.

2. Embora a sentença que analisarei seja bem conhecida por muitos de vocês, acho oportuno reconstruir os fatos, os termos do caso que deu origem à referida sentença. No dia 19 de agosto de 1996, foi assassinado por uma guerrilha, Marden Arnulfo Betancur, prefeito municipal de Jambalò (no território da comunidade paéz). Dois dias depois, os governadores dos cabildos da zona do norte do Cauca decidiram assumir a responsabilidade pela busca e punição dos responsáveis pelo assassinato, começando pela prisão de seis pessoas, entre as quais Francisco Gembuel, acusadas de

ter apontado a vítima para a guerrilha e de terem publicamente afirmado que a referida vítima havia desviado dinheiro público. Gembuel foi particularmente acusado, em resumo, de ter sido o instigador, o mandante moral do homicídio. Juntadas as “provas” nesse sentido, a comissão que realizou a audiência de oitiva das testemunhas, convocou (no dia 24 de dezembro) uma assembléia geral para apresentar à comunidade as conclusões da investigação. Nesse momento, Gembuel interpunha uma ação de tutela (demandados: Governador do cabildo indígena de Jambalò e o Presidente da associação dos cabildos do norte de Cauca) que contestava tanto a regularidade do processo – porque, em sua visão, a comissão de investigação era composta por adversários políticos, e porque as provas tinham sido obtidas em segredo e, portanto, foram subtraídas do contraditório – como também, e principalmente, a autoridade da comissão para julgar um caso de homicídio (de competência da justiça comum) e, assim, requeria a anulação da assembléia. Como não houve pronunciamento do juiz de tutela, a assembléia finalmente continuou seus trabalhos, decidindo pela culpa do acusado e condenando-o a uma pena de 60 chibatadas, tendo as mesmas 60 sido frustradas, pois foram dadas com um pedaço de corda que não determinou, pelo que parece, graves conseqüências físicas para quem sofreu a pena.

Tendo Gembuel interposto ação de tutela, a questão passou para a justiça comum, que na primeira e na segunda instância deu, em grande parte, razão ao autor da ação, embora não desconhecendo a competência da comunidade indígena para instituir o procedimento ordinário em análise. Na sentença de primeira instância, reconheceu-se que tinha sido violado o direito ao devido processo, porque havia sido negado o direito de defesa, ao se negar a possibilidade do autor constituir advogado; porque não foi dada a oportunidade ao autor de conhecer o conjunto das provas e de contestar a acusação; e, finalmente, porque a pena imposta constituiu uma prática de tortura, violando, assim, um dos limites impostos à autonomia das comunidades indígenas. A segunda instância confirmou a sentença originária, reconhecendo ainda o argumento no sentido da parcialidade de todo o procedimento instaurado contra Gembuel, na medida em que foi conduzido por seus adversários políticos.

Contudo, o terceiro e último grau de jurisdição, a sentença da quarta sala de revisão de tutelas da corte constitucional decidiu de maneira completamente diversa das outras instâncias, reconhecendo o caráter plenamente legal seja do procedimento estabelecido durante o processo, e, portanto, das autoridades indígenas que conduziram tal processo, seja à pena cominada, 60 chibatadas.

3. Até aqui, os fatos foram reconstruídos de maneira bastante genérica, mas espero que de forma adequada. Ora, como já afirmei, não me interessa analisar a conduta processual de Gembuel, com alguma probabilidade viciada de oportunismo e falta de habilidade, como também não pretendo demonstrar os possíveis equívocos da sentença da Corte Constitucional colombiana. Eu estou mais interessado nos argumentos de fundo, filosófico-políticos, que motivaram a sentença. Tais argumentos decorrem quase todos do conjunto de ideias do multiculturalismo e do diferencialismo, que, de vez em quando, é o pano de fundo da reivindicação dos direitos de autonomia

político-jurídica – porque é disso que realmente se trata, não da possibilidade de endossar costumes tradicionais – das “culturas”, na especificidade das múltiplas comunidades indígenas existentes na América Latina.

Por questão de espaço, vou me limitar a discutir sinteticamente os três seguintes pontos essenciais: i) a ideia de “cosmovisão” e a ideia singular de “pluralismo” derivada da primeira; ii) a administração da justiça através das jurisdições especiais; iii) a crítica ao universalismo dos direitos fundamentais enquanto “ocidentalismo” mascarado.

Começemos, então, com a própria ideia de cosmovisão. Todo o dispositivo da sentença que cassa as decisões dos juízes de tutela se apóia no princípio constitucional da diversidade étnica e cultural e, conseqüentemente, o dever que teria o Estado de garantir que todas as formas de vida, ou “perspectivas sobre o mundo” ou “cosmovisões” possam coexistir pacificamente. Algo difícil de ser realizado, mas não impossível, em decorrência das tensões evidentes que existem entre o constitucionalismo que atribui aos indivíduos direitos fundamentais “com suposta validade universal” e outras concessões ou “cosmovisões” que, por outro lado, negam que tais direitos sejam um pressuposto ineludível da convivência civil: a solução, no fundo simples do ponto de vista teórico, mas cheia de dificuldades interpretativas na aplicação dos casos concretos, consistiria em fixar padrões mínimos de atribuição e respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, padrão sobre o qual se supõe que todos estejamos verdadeiramente (interculturalmente?) de acordo, e deixar que, quanto ao resto, funcione a “diferença” étnica e cultural. Trata-se, em outros termos, de impor às comunidades culturais – ou melhor, às suas “autoridades” – que se conformem, por um lado, com os limites mínimos de respeito aos direitos humanos, que coincidem em boa medida com as afirmações genéricas sobre o direito à vida e a proibição de escravidão e tortura; por outro, de não agirem arbitrariamente em relação às próprias regras tradicionais de conduta, aí compreendidas as regras relativas aos procedimentos penais.

O raciocínio parece ser o fruto do bom senso político, mas, do ponto de vista da análise conceitual, esconde mais uma armadilha. Para dizer sem rodeios e meias palavras, esse raciocínio envolve um conjunto de contradições. Para tentar dissipá-las, é preciso, antes de tudo, questionar-se sobre o significado de “forma de vida”, já que não são os indivíduos, os seres humanos de carne e osso, mas os sujeitos coletivos que estão no centro do debate quando se afirma o reconhecimento do princípio da diversidade étnica e cultural.

A definição tradicional implícita na sentença da Corte – mais ou menos na linha de autores como Charles Taylor ou Will Kymlicka: autores, permitam-me recordar sumariamente, radicados na tradição daquele pensamento ocidental acusado de falso universalismo pelos defensores dos direitos indígenas – poderia ser a seguinte: pode-se falar de uma forma de vida ou de uma *societal culture* quando um grupo humano historicamente se estabeleceu em um determinado território não apenas construindo geração após geração crenças morais e religiosas e costumes sociais, mas se é dotado também de instituições jurídico-políticas próprias que regulam a convivência

(estabelecendo papéis, funções e hierarquias) entre os seus membros de acordo com aquela moral social que se consolidou no tempo, que a palavra mágica “cosmovisão” evoca e assume. É principalmente sobre essa interação (e integração) que se baseia o reclamo de autogoverno das comunidades, de ampla autonomia política e jurídica: não importa se do ponto de vista do espectador imparcial, por assim dizer, tais regras sejam justas ou equivocadas, o que conta é que os membros dessa ou daquela comunidade – no nosso caso os *paeces* – entendam que aquelas regras estejam adaptadas a eles e, assim, pretendam segui-las e possam transmiti-las para os seus filhos e netos, tendencialmente ao infinito.

Aceitar esse raciocínio significa, para além das declarações retóricas sobre o diálogo intercultural, abrir a porta para a crítica externa. Por definição, aquele que *não* é membro da comunidade, não pode compreender completamente os usos e costumes dessa comunidade. Portanto, deve limitar-se a aceitá-los e respeitá-los, exigindo simplesmente o respeito mútuo. Assim, seria inútil, um caso típico de diálogo entre surdos, dizer que essa imagem da comunidade, de qualquer comunidade que *deve* se pretender coesa e harmônica, pretende-se ser realmente comunidade, na qual o papel da constituição ficou assimilada a tal ponto a uma moral social, a um conjunto de crenças profundamente sedimentadas ou *cosmovisão*, é simplesmente falsa, ou se se prefere puramente ideológica, na medida em que exprime e oculta ao mesmo tempo as relações de força – de comando/obediência – existentes no interior do grupo. Essa, poderia ser dito imediatamente, é a *tua* imagem da nossa comunidade, derivada ou então filtrada da tua *cosmovisão*, que é distinta da nossa.

Sabedor dessa incomunicabilidade de fundo, acredito que ainda é interessante assumir, contudo, o papel do espectador imparcial para formular algumas questões, para manifestar alguma perplexidade. A ação de tutela interposta por Francisco Gembuel, embora possa ter sido motivada por um interesse mesquinho pessoal e não por princípios nobres, oferece, sobre esse ponto de vista, material para reflexão. Gembuel, mesmo sendo membro orgânico da comunidade paéz, parece não compartilhar, ou não compartilhar mais, a cosmovisão da própria comunidade. Mesmo de forma confusa, defende-se, ataca a acusação assegurando que é vítima de um uso político da Justiça (admitamos que nesse procedimento salte aos olhos como ambas as partes estão longe de compartilhar qualquer tipo de cosmovisão, de concessão harmônica, naturalmente ordenada da vida coletiva!). Também não se pretende questionar o fato do autor da demanda ter sofrido uma pena que considera degradante, uma forma de exposição ao ridículo. Tudo isso é bem diferente de sustentar a inocência, de não ter cometido o fato que lhe foi atribuído: tudo isso significa *negar* aquela forma de processo, considerado arbitrário e sumário que, ao contrário, deveria formar parte da cosmovisão de *todos* os *paeces*, de todos os membros da comunidade. Alguém poderá dizer que se trata de uma única pessoa, ou, no máximo, de pouquíssimos “hereges” – o termo já é significativo, evoca a coletividade política pensada como comunidade religiosa, como “igreja” – que não se pode dar muito peso. Mas, como saber se são muitos ou poucos, se são realmente convictos ou nem tanto? Como saber, caso haja dúvida, sobre que tipo de cosmovisão

deve ter uma pessoa que nasce naquela comunidade para ser considerada paéz? Devem os chefes da comunidade responder preventivamente a essa dúvida (como se fossem antropólogos e sociólogos do lugar)? Se os detentores (internos e externos à comunidade) do poder político e ideológico lhe consideram e lhe educam para que você se considere primeiro paéz e só depois ser humano, eventualmente dotado de razão autônoma?

A essa última questão, ao homem racional, resta a dúvida no sentido de que as identidades coletivas – nacionais ou comunitárias, aqui não importa – são no mínimo mais artificiais do que se pretende normalmente acreditar. A construção de mitos nacionais e *cosmovisões*, selecionando conseqüentemente os elementos de identidade que excluem e incluem, representam muito mais a elaboração e interpretação *política* das estratificações culturais indubitavelmente existentes do que a medida dos fenômenos naturais. Se essa perspectiva adquirisse força, finalmente seria possível separar, como deseja Habermas, todo o discurso sobre a conservação das culturas, das formas de vida, daquele falsamente análogo sobre a conservação da biodiversidade, liberando talvez os seres humanos pertencentes a tais comunidades (pelo menos, alguns deles) daquilo que Kant havia definido como uma condição de menoridade.

A formulação do princípio da diversidade étnica e cultural esconde, assim, uma segunda armadilha conceitual. Assume-se – e não apenas na formulação proposta pela Constituição colombiana, que é, repito, uma formulação clássica – que o constitucionalismo dos direitos fundamentais que inspira as constituições dos países europeus e americanos seja simplesmente a expressão jurídica de uma cosmovisão dentre outras, ou melhor, seja diferente das outras somente em razão do fato de que é reconhecida como lei fundamental pela *larger society*, pela sociedade majoritária (seja no plano interno, seja no internacional). Portanto, a diferença seria apenas de quantidade – de poder efetivo (numérico, econômico-político, ideológico) – e não de qualidade. Em outras palavras, aquela da *larger society* é simplesmente a cosmovisão vencedora, que o primeiro mundo, o mundo rico, os herdeiros dos *conquistadores* pretendem impor a todos. Mas, conceitualmente, existem apenas uma pluralidade de visões de mundo diferentes, distintas, algumas vezes antitéticas e antagônicas, mas todas devedoras de respeito. Assim, em homenagem ao pluralismo, ao relativismo cultural e à tolerância – aos mesmos valores genericamente liberais – não seria possível aumentar uma já clara hegemonia cultural e deveria deixar um pouco de espaço para as *cosmovisões* derrotadas (minoritárias), mas ainda vivas, para que possam continuar a existir.

Na realidade – mas aqui apenas faço uma pequena observação – a hegemonia cultural “ocidental” não decorre do constitucionalismo, mas sim em boa medida da extensão tentacular do mercado mundial, passa pelas decisões dos conselhos de administração das grandes corporações. O constitucionalismo dos direitos fundamentais propõe-se a por limites a esse poder excessivo do mercado, e não é por si mesmo um obstáculo ao desenvolvimento das comunidades indígenas. A economia mundial e os mercados financeiros observam com preocupação as tentativas de tornar eficazes em todo o mundo aqueles direitos individuais previstos pelas constituições européias,

porque o sistema de vínculos e garantias limitaria os lucros das empresas; assim, não acredito que as reivindicações multiculturalistas e indígenas preocupem muito ao mercado.

Mas, voltemos ao nosso argumento. A Constituição, o constitucionalismo moderno não é uma visão do mundo dentre outras, mas, ao contrário, o instrumento conceitual e jurídico que possibilita a convivência tendencialmente pacífica entre os indivíduos, seres humanos portadores de visões de mundo distintas e claramente antagônicas. A Constituição e o constitucionalismo moderno permitem proteger e garantir, por um lado, o pluralismo e a diferença de ideias, crenças e interesses presentes nas sociedades articuladas, compostas por milhões de indivíduos e, enquanto tais, estranhos entre eles; por outro, permitem organizar a solidariedade social – a solidariedade entre estranhos – principalmente através do direito à educação e à saúde, que tutelam os mais fracos e dão a possibilidade aos que estão em pior condição social, pelo menos em princípio, de alcançarem uma ascensão social segundo seus próprios méritos. Tudo isso sob uma única, mas irrenunciável, condição: que a tolerância e o pluralismo que se expressam na linguagem dos direitos tenham como sujeitos de referência não as comunidades, mas os indivíduos, as pessoas. Dizendo com outras palavras, que as proteções dadas pelos direitos e tornadas eficazes pelas garantias relativas estabelecidas pelas leis ordinárias estejam universalmente abertas a todas as pessoas e/ou cidadãos, sem encontrar limites, derrogações ou exceções em qualquer que seja o pertencimento comunitário: “assim se confirma – escreve de modo oportuno Ferrajoli – o papel dos direitos fundamentais como as leis dos mais fracos e, ao mesmo tempo, como critérios para traçar os limites entre o respeito que eles impõem a todos os indivíduos enquanto pessoas e aquele devido às diferentes culturas enquanto tais. Os direitos fundamentais são sempre as leis dos mais fracos contra a lei do mais forte, que pode muito bem ser a lei expressa pelas próprias culturas, inclusive aquelas que convivem nos nossos próprios países ocidentais: que protegem o indivíduo contra o seu próprio ambiente cultural e até mesmo familiar, a mulher contra o pai ou o marido, o menor contra os pais, os oprimidos contra as práticas opressivas de sua própria cultura”. Mas, é próprio dessa proteção conferida ao indivíduo, e especificamente ao mais fraco, que as autoridades das comunidades (os seus chefes) pretendam negar ou reduzir ao mínimo, colocando-a como uma intrusão nos usos e costumes tradicionais e, reivindicando a partir dessas premissas – a conservação da tradição compreendida como axiologicamente prioritária – o exercício de amplas prerrogativas (não as chamarei de direitos) no âmbito político e jurídico.

Passemos agora para o segundo ponto relacionado às jurisdições especiais. As jurisdições especiais exprimem muito bem a concessão do pluralismo e da tolerância própria das perspectivas multiculturais, referidas ao e centradas sobre o macrossujeito “comunidade”, e fundadas sobre os seus usos e costumes, e de novo, a sentença relativa ao caso Gembuel parece-me interessante. Poderemos começar pelos próprios fatos da forma como reconstruídos pela sentença. De que foi substancialmente acusado Francisco Gembuel? Em primeiro lugar, de ter criticado publicamente o chefe da

administração da comunidade de Jambalò, seu adversário político, e, em segundo lugar, de ter mostrado a vítima para a guerrilha paramilitar. Por isso, foi punido como mandante moral do homicídio. Quanto ao primeiro ponto, pode-se sustentar que Gembuel simplesmente exercitou seu direito de liberdade de expressão, de crítica e de discordar; se suas afirmações eram notoriamente falsas, deveria o chefe da administração da comunidade ter tentado desmenti-lo, ou então acioná-lo na Justiça. Em qualquer país minimamente democrático, os políticos quotidianamente são confrontados com acusações duríssimas. Também na Itália, quando acontece de algum político ou alto funcionário do estado ser assassinado ou ferido por grupos terroristas, quem o criticou é acusado politicamente pelos adversários de ter sido o mandante moral dos terroristas, mas normalmente não se abre qualquer procedimento judiciário. Quando isso ocorre, quem sofreu a infundada e infamante acusação de “ter armado os terroristas” é que deve provocar o judiciário e tentar demonstrar que tem razão. Quanto à acusação de ter apontado o chefe da administração da comunidade para a guerrilha, ela baseia-se apenas no simples indício de acordo com o qual alguns membros da comunidade viram Gembuel conversando com conhecidos membros da própria guerrilha. Mas, não ficou de forma alguma claro se naquela conversa Gembuel estivesse realmente instigando os guerrilheiros a matar seu adversário político.

Repito: não me interessa quem é ou foi moralmente Gembuel, mas a partir dessas “provas” em qualquer ordenamento jurídico de um estado de direito, não acredito nem mesmo que se abrisse um processo contra ele, por manifesta falta de justa causa da acusação. O suspeito de um caso de intolerância não pode apenas por esse motivo ser processado.

De qualquer forma, as modalidades com as quais se desenvolveu o procedimento e a sanção cominada são evidentemente contrárias aos mais elementares direitos da pessoa. O direito à ampla defesa foi claramente violado, porque o acusado não pôde ser representado por um advogado, como também é evidente que a pena é uma pena corporal que configura uma forma de tortura e de violação da dignidade humana.

Mas, em nome de que dissentiu sobre essas evidências a quarta sala da corte constitucional colombiana? No final das contas, em nome da hierarquia superior atribuída à sobrevivência cultural das comunidades indígenas em relação aos direitos da pessoa, *se essa pessoa é um indígena* (evidentemente se é primeiro “indígena” e só depois pessoa). A título de exemplo, e desculpando-me antecipadamente pela citação mais longa, relembro quase por completo o parágrafo 3.2 intitulado “A tradição da comunidade paéz”, que acredito apresentar as passagens “filosoficamente” mais significativas da sentença:

Como bem afirma a antropóloga Esther Sánchez, a cultura paéz deve ser estudada como parte de um ‘tecido historicamente configurado’. Apesar de terem sido submetidos aos processos de dominação e aculturação, a luta de vários de seus membros pela manutenção da unidade e preservação de sua cosmovisão, evitou que a assimilação de realidades externas manchasse sua identidade cultural. Em especial, cabe destacar o papel dos mais velhos que conservaram na memória as tradições de

seus antepassados e a aceitação de sua palavra por parte das novas gerações, que superaram a proibição do uso de sua língua e a imposição de uma educação típica da tradição do brancos.

Esse processo foi possível, então, porque os paeces, além de gozar de alguns elementos culturais específicos, vêem-se a si mesmos como parte de uma comunidade diferente que deve ser conservada como tal. Essa consciência que os membros da comunidade têm de sua especificidade foi o motor que os impulsionou a recuperar suas instituições sociais, políticas e jurídicas que, não obstante terem sido influenciadas pela sociedade majoritária, não deixaram de ser autênticas. Um exemplo disso é o seu ordenamento jurídico, claramente impregnado por simbologias e procedimentos próprios que, para o presente caso, merecem ser estudados.

*Com efeito, para os paeces, não há nada que a comunidade não saiba. Por isso, seu procedimento¹, que se origina do ‘yacska te´c´indate tengé´a mecue’ ou ‘rastros que deixam os mais velhos’, pretende indagar sobre os fatos que romperam o equilíbrio, através da palavra de seus membros. Para que possa ser iniciado, os familiares ou o **segmento social** ao que pertence o afetado devem solicitar ao cabildo que realize a investigação e puna os culpados. Este, por sua vez, deverá nomear uma comissão investigadora, integrada por pessoas de prestígio na comunidade, que se encarregará de determinar as faltas e ‘encontrar a mentira na palavra dos acusados’.*

A primeira coisa que deve fazer essa comissão investigadora é citar os supostos autores para que apresentem sua versão. Se eles aceitam a responsabilidade, não serão realizadas outras etapas, mas se a negam, continua a investigação, com a oitiva de testemunhas que dizem ter visto ou escutado alguma coisa relacionada ao caso, e realizando as visitas aos lugares onde supostamente ocorreram os fatos.

*Cumpridos esses procedimentos, o passo seguinte será, então, a valoração que realiza o cabildo das informações apresentadas pela comissão investigadora. Se foi encontrada a mentira, é convocada uma Assembléia Geral que, como autoridade máxima, deverá decidir e, se for o caso, impor as sanções. Nessa Assembléia Geral, as provas são conhecidas, solicita-se a confissão pública do acusado e são realizadas acareações, ou seja, a confrontação entre a palavra do acusado e a das pessoas que testemunharam contra ele. **Como a Assembléia Geral é infalível**, segundo seus membros, pois suas decisões estão baseadas no ‘us yacni’(memória), que se encontra através de exercício coletivo que permite tornar público o sucesso obscuro, não há possibilidade de recurso a uma segunda instância. É claro que esses sucessos obscuros não são somente aqueles que produziram diretamente o dano, mas também os que de alguma forma permitiram ou facilitaram a alteração da harmonia.*

A sanção, por sua parte, será a única que poderá restaurar esse equilíbrio perdido. Ao ser aplicada publicamente, exerce uma função de exemplaridade e de prevenção, que busca dissuadir os demais membros da comunidade a não cometer faltas no futuro e ao acusado de não reincidir.

¹ É claro para a Corte que existem diferenças nos procedimentos e sanções utilizadas pelo cabildo páez. Aqui se fará referência às notas comuns e ao procedimento utilizado em Jambaló, considerando a informação apresentada pelos intervenientes nesse processo.

Os castigos mais comuns entre os paeces são: a chibatada, os trabalhos forçados nas empresas comunitárias, as indenizações às pessoas ou famílias das vítimas e a **expulsão do território**. A chibatada e o desterro, que são os castigos que interessam nesse caso, são amplamente utilizados no cabildo de Jambaló. O primeiro, que consiste no flagelo corporal com uma “corda bastante grossa”, **mesmo se tratando de uma prática herdada dos espanhóis**, tem um significado próprio, o do raio, que é pensado pelos paeces como mediador entre o claro e o escuro, ou seja, como um elemento purificador. O segundo é o castigo mais grave, e somente se aplica a quem reincide na falta e àqueles que não aceitam a autoridade do cabildo.

Ainda que a imputação da sanção seja pessoal, existem casos nos quais se estende à família, pelo fato dela não ter contribuído para impedir a infração. Tal situação se explica porque, na tradição páez, uma das responsabilidades principais do núcleo familiar é conhecer ou controlar o que cada um dos seus membros faz.

O breve comentário dessa citação bastante longa (cujos grifos são meus) permite-me discutir o terceiro ponto – o falso problema do ocidentalismo mascarado de universalismo – e, ao mesmo tempo, introduzir algumas observações a título de conclusão. Nessa cosmovisão e nessas instituições que a referida antropóloga acredita serem tão originais e específicas de uma pequena comunidade, bem distintas da tradição dos brancos, simplesmente se reflete aquilo que era a Europa medieval e o *ancién regime*, ou seja, podem ser encontrados os pilares da visão de mundo holística pré-moderna, dominante no “ocidente” até os séculos XVII e XVIII, e que foram retomados na história dos séculos XIX e XX (o romantismo político da restauração, os racismos, os totalitarismos), não obstante o iluminismo, o liberalismo e o constitucionalismo dos direitos fundamentais, até chegar nas guerras “preventivas”, em Guantânamo e nas políticas migratórias dos nossos dias.

Nos usos e costumes dos paeces como também em muitas outras comunidades indígenas, redescobrimos simplesmente – em um menor grau e de forma mais ingênua, mais direta – um passado também “ocidental”, não de todo superado nem mesmo no ocidente. O poder judiciário, enquanto poder independente do poder político como única garantia de processos não sumários e arbitrários (diferente da presunção de infalibilidade da assembléia, segundo a qual *vox populi, vox dei*); a responsabilidade penal exclusivamente pessoal e o direito de defesa; a unicidade da jurisdição; a renúncia a qualquer forma de tortura, de ostracismo (o modo clássico de se desembaraçar dos adversários radicais) ou de exposição à vergonha, por sua vez fundada na proibição de sanção como forma de purificação, de reconstituição da harmonia violada, de exemplo coletivo: são as expressões de lutas e vitórias (nunca definitivas) que, mesmo através das palavras usadas, testemunham que as ideias ao final incorporadas pelos ordenamentos jurídicos “ocidentais” eram todas ideias *terrivelmente ocidentais*, ou melhor, *ainda* terrivelmente ocidentais. A Europa não é apenas aquela dos Voltaire, Diderot, d’Alembert, Rousseau e Beccaria, ou de Constant e Stuart Mill: foi também as de Burke e De Maistre, Lamennais e Gobineau.

Pode-se acrescentar que ideias pré-modernas também foram incorporadas pelos ordenamentos, mas não pelo assim chamado “sentimento comum”, em que continuam muito vivas. Podemos pensar em todas as pulsões primordiais e reacionárias – do linchamento à pena de morte, somente para dar um exemplo, para fazer uma limpeza – que são liberadas na sociedade ocidental toda vez que ocorre um delito de maior crueldade. Acho curioso – digo assim de passagem – que a mesma esquerda que na Europa luta contra aqueles pretensamente reacionários ou, pelo menos, conservadores, seja ao mesmo tempo, irrefletida e infantilmente diferencialista, multiculturalista, no caso específico indigenista, quase esquecendo, como observa Ferrajoli, as inumeráveis violações do direito dos mais fracos que são cometidas *dentro* dos muros das comunidades pré-modernas. Muitas vezes, diz-se que é uma forma de exotismo, de mito do bom selvagem que sobrevive nos preconceitos – esses sim ocidentais – daqueles que aqui na Europa defendem maiores garantias dos direitos de liberdade, políticos e sociais a partir de categorias universalistas. Espero, pelo menos, que seja uma contradição de boa-fé.

Qual é a conclusão provisória que se pode tirar da questão do universalismo como ocidentalismo mascarado? Creio que o assim denominado ocidente, no meio de tantas coisas das quais ele deve se envergonhar, pode-se atribuir o mérito de ter elaborado a doutrina, que seja válida a simplificação, do constitucionalismo moderno, do constitucionalismo dos direitos fundamentais *individuais*. Mas, o fato de que tal elaboração tenha historicamente ocorrido principalmente na Europa e nos Estados Unidos, não significa que a doutrina não tenha características universalistas. Seria mais ou menos como dizer que, como o telefone foi inventado por Marconi ou Bell, ele somente pode funcionar na Itália ou nos Estados Unidos. Para usar uma fórmula mais séria, poderia retomar a crítica de Amartya Sen aos *Asian Values*: “os assim chamados valores asiáticos invocados para justificar o autoritarismo não são particularmente asiáticos em nenhum sentido significativo e nem mesmo é fácil compreender como só a força da retórica possa os transformar em uma causa asiática contra o ocidente. As pessoas cujos direitos são contestados são asiáticas; se prescindirmos do sentido de culpa criado pelo ocidente (e no mundo existem muitos esqueletos em muitos armários), os direitos dos asiáticos não podem ficar comprometidos por essas razões. A tese a favor da liberdade e dos direitos é uma tese válida em qualquer lugar do mundo”. Também acredito na América Latina, vale dizer, em todas as pessoas latinoamericanas enquanto tais, independentemente de seu pertencimento a qualquer comunidade, seja ela indígena ou não.

A reflexão de Sen fornece-me o ponto para duas considerações finais. Exprimo a primeira sob a forma de dúvida: os magistrados da quarta sala da Corte colombiana realmente defenderam o interesse, que teria uma hierarquia constitucional superior, na integridade cultural da comunidade paéz ameaçada por uma eventual sentença a favor de Francisco Gembuel? Alternativamente a essa, contribuíram, mais ou menos de forma proposital, para tutelar o interesse político da mais vasta coletividade (*larger society*) em manter as relações com as autoridades das comunidades pobres e marginalizadas

(pobreza e marginalização que uma pequena passagem da sentença reconhece) sejam mantidas no possível boas, sacrificando os direitos do infeliz do momento sob o altar do orgulho de uma presumida identidade cultural e de uma autonomia político-institucional capaz de esconder dos membros mais fracos seu preço socialmente mais significativo, isto é, sua condenação ao subdesenvolvimento?

A segunda, de caráter mais geral, é, por outro lado, algo mais do que uma dúvida, ousaria dizer que se trata de um processo já há muito tempo em curso na América Latina. Dar hierarquia constitucional, através de contínuas reformas, a tudo aquilo que parece merecedor de ser protegido no mais alto nível da hierarquia das normas, mas, ao mesmo tempo, esvaziando de tal significado a constituição, justamente porque ela é inflacionada, constitui um caminho perigoso e um erro não apenas teórico, mas também político. Ao invés de serem aprovadas boas leis ordinárias para enfrentar esse ou aquele problema real – por exemplo, o das comunidades indígenas -, são feitas reformas constitucionais continuamente. O resultado é que a própria ideia de constituição como lei fundamental que contém o elenco dos direitos fundamentais da pessoa e do cidadão e a organização dos poderes do estado que devem garantir tais direitos fica distorcida. Se tudo é fundamental ou constitucional, nada o é mais verdadeiramente. Assim, as constituições tornam-se um bazar de princípios, programas e até mesmo indicações normativas em contradição entre si. Dessa forma, tudo retorna à discricionariedade, para não dizer arbítrio, dos poderes presentes na arena política e econômica, a começar daqueles das Cortes constitucionais. Não é por acaso, parece que o atual – digamos assim – presidente autoritário da república bolivariana da Venezuela denomine a constituição de seu país de “a bicha”.

Tradução: José Emílio Medauar Ommati**

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor de Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Administrativo I da PUC Minas Serro – MG; Atualmente, é Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas Serro – MG.