

Parte IV

**Perícia Judicial:
Convergências e Perspectivas**

Argumento Antropológico e Linguagem Jurídica

Dalmo de Abreu Dallari¹

1. Os seres humanos vivem associados, o que implica a necessidade de uma organização social. Nesta, por sua vez, está implícita a existência de regras, que devem ser produzidas pelo próprio grupo e cuja obediência se considera necessária havendo mecanismos, também definidos pelo grupo, para solução dos conflitos gerados por comportamentos não contemplados nas regras ou contrários a elas. Esses dados são constantemente reafirmados em obras de antropologia dedicadas ao estudo de sociedades ditas "primitivas" cuja organização social é menos complexa. Mas, até há pouco, raramente um antropólogo se referia a tais regras e a tal organização como um sistema de direitos.

Entre os juristas por sua vez, existe grande variedade de concepções quanto ao que seja "direito". Num ponto extremo há quem considere as regras com as características expostas linhas atrás como sendo jurídicas. No seu conjunto elas compõem um sistema de direitos, que nas sociedades mais complexas devem ser formalmente reconhecidos pelos órgãos do Estado, ou sob a forma de leis ou de decisões judiciais. No extremo oposto estão os que só reconhecem como direito a regra que foi expressamente declarada como tal pelo Poder Legislativo, não importando se coincide ou não com as regras informalmente postas pela sociedade podendo até estar contra estas.

Essas breves considerações são suficientes para se compreender a natureza do conflito exposto por Shelton H. Davis na Introdução da obra "Antropologia do Direito". Referindo-se ao reconhecimento, pelos antropólogos de que nas sociedades mais simples estão presentes noções como "direitos" e "obrigações", Davis indaga se tais conceitos podem ser utilizados proveitosamente na análise de situações jurídicas em contextos sociais e culturais bastante diversos.

Definindo o âmbito da Antropologia do Direito como "a investigação comparada da definição de regras jurídicas, da expressão de conflitos sociais e dos modos através dos quais tais conflitos são institucionalmente resolvidos", o mesmo autor ressalta, sem seguída, a dificuldade que decorre da diferença de

1 - Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

concepções “a Antropologia do Direito tem com ponto de partida que os procedimentos jurídicos e as leis não são coincidentes com códigos legais escritos, tribunais de justiça formais, uma profissão especializada de advogados e legisladores, polícia e autoridade militar, etc. O Direito tal como existe nas organizações políticas complexas como o Estado moderno é concebido pela antropologia apenas como um caso especial, ainda que importante dentro do conjunto de dados etnográficos” (op.cit., p.10).

2. Tudo isso ganha importância e exige reflexão e aprofundamento quando se verifica a ocorrência de duas inovações importantes na sociedade brasileira contemporânea: 1ª os índios brasileiros estão sendo forçados a intensificar aceleradamente seu relacionamento com a sociedade circundante, representada especialmente por aventureiros ambiciosos e sem escrúpulos, amparados por ações e omissões dos agentes do Estado; 2ª embora sejam, institucionalmente e de fato, a parte mais fraca nesse relacionamento, os índios procuram adquirir rapidamente as informações básicas sobre a sociedade agressora, passando a compreender a motivação e as justificativas dos agressores.

Em conseqüência disso, a busca de proteção dos índios adquiriu novas características. Em primeiro lugar — e é este o dado novo mais importante — os próprios índios participam ativamente de sua defesa. Além disso, embora ainda sejam usados argumentos da natureza ética, que produzem efeito prático quase nulo, a luta pelo respeito aos interesses indígenas não se limita mais à tentativa de confronto político, no qual os índios e seus aliados sempre foram a parte mais fraca. Isso é posto em evidência com muita clareza por Manuela Carneiro da Cunha: “Hoje, os índios têm reivindicações concretas: reclamam, entre outros, seus direitos coletivos sobre suas terras, direitos a decidirem sobre seu futuro e a participarem das decisões que os afetam, direitos ao usufruto exclusivo das riquezas do solo e do subsolo, direitos à organização e a canais de representação, direitos individuais, por exemplo o de ir e vir livremente” (“Antropologia do Brasil”, p.163-4).

Os índios brasileiros agora reivindicam direitos, usam terminologia jurídica e vão, inclusive, aos juízes e tribunais, participando ativamente de processos judiciais, como autores ou réus. Embora estando assistidos por advogados, com o reforço do Ministério Público e da entidade que é sua tutora legal, a FUNAI, os índios, que no relacionamento interno das comunidades e no exercício de suas atividades características, tomam por base uma noção tradicional de direitos e obrigações, são forçados a utilizar os conceitos da sociedade circundante.

Desse modo se cria uma dualidade, que muitas vezes afeta pontos essenciais dos interesses indígenas, criando-se, então, a necessidade de um mediador capaz de entender ambas as culturas e de transpor para a linguagem do legalismo

formal as peculiaridades dos usos e costumes indígenas que fornecem a base para sustentação dos direitos reconhecidos pelo Estado. Em tais circunstâncias é decisiva a mediação da perícia antropológica, cujas características e cujo alcance vamos procurar tornar mais claros.

3. A possibilidade de defender seus interesses como direitos constitucionalmente assegurados representa significativa evolução na luta dos índios brasileiros por sua sobrevivência física e pela preservação de sua cultura tradicional. Nos últimos anos os direitos das comunidades indígenas começaram a receber proteção judicial, estando já em formação uma jurisprudência favorável aos índios.

Evidentemente, só o fato de constar da Constituição de 1988 um conjunto de normas favoráveis aos índios e de haver alguns juízes que garantem a aplicação correta desses dispositivos não elimina a necessidade do trabalho político, inclusive para impedir retrocessos na legislação. Mas o fato novo de se poder sustentar judicialmente, com possível sucesso, os direitos dos índios deve ser considerado seriamente, para que se tire o máximo proveito dessa possibilidade.

O dado básico para compreensão da nova situação do índio no direito brasileiro é o artigo 231 da Constituição de 1988, segundo o qual, "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Mesmo sem descer aos pormenores do significado e do alcance das expressões contidas nesse artigo, fica evidente que houve substancial avanço em relação à situação anterior do índio no direito positivo brasileiro. Pessoas e grupos econômicos interessados nas terras ocupadas pelos índios e nas riquezas do solo e do subsolo não aceitaram passivamente essa inovação constitucional e desde logo começaram a agir no sentido de obter a revogação ou pelo menos, a modificação do artigo 231, para reduzir os direitos dos índios e das comunidades indígenas.

Um aspecto importante dessa resistência é que ela ocorre também no Poder Judiciário, pois muitos juízes consideram exagerada a extensão dos direitos reconhecidos aos índios e outros, de orientação conservadora, resistem porque relutam em aceitar qualquer inovação. E nesses dois casos a resistência é facilitada pelo fato de que os artigos da Constituição que se referem aos índios, especialmente o 231, contêm expressões com as quais o antropólogo está familiarizado, mas que são novas no vocabulário jurídico e por isso dependem de interpretação.

Isso é suficiente para que se perceba a importância da conjugação de esforços de advogados e antropólogos, para garantir a correta aplicação das normas constitucionais. Para isso a perícia antropológica é fundamental, pois como posso testemunhar por minha experiência pessoal como advogado de

comunidades indígenas em processos judiciais, a palavra do antropólogo pode ter um peso decisivo. Uma boa perícia antropológica fornece elementos valiosos para os juízes de boa vontade fundamentarem com argumentos sólidos suas decisões e impede que os de má vontade reduzam os direitos dos índios interpretando da maneira menos favorável as expressões novas.

Para ilustração das dificuldades e dos riscos que elas acarretam pode-se tomar como exemplo a expressão "terras que tradicionalmente ocupam", que figura no já mencionado artigo 231 da Constituição. A primeira questão que se coloca é o sentido de **tradicionalmente**: qual o tempo que deve decorrer para que se possa dizer que existe uma tradição? Aplicada aos costumes indígenas essa expressão, isso quer dizer muitos anos ou alguns anos são suficientes? As comunidades indígenas são sedentárias, são nômades, são habituadas a abandonar um território e depois voltar a ele? Qual o critério seguido pelos índios para contagem do tempo? O índio está consciente da noção de tempo da sociedade não-índia e da importância dada ao tempo prolongado pelos aplicadores do direito dessa sociedade? O índio é capaz de simular um fato tradicional?

Como se verifica, além da dificuldade que possa decorrer da noção geral de "tradição" e de seus derivados, existe um significado específico quando se trata de aplicar tais conceitos a práticas indígenas e de retirar daí os elementos que irão embasar a interpretação jurídica num caso concreto.

Outra questão fundamental, que já tem sido abordada em processos judiciais, além de ter sido objeto de intensos debates acadêmicos na área jurídica, é o sentido de **ocupação**. Na linguagem jurídica tradicional fala-se em domínio e posse como categorias jurídicas. De maneira simplificada pode-se dizer que o domínio implica o ânimo de ter alguma coisa como dono, ao passo que a posse expressa apenas a detenção material de alguma coisa. Mas para ser válida e gozar de proteção jurídica a posse deve atender a determinadas formalidades, não bastando a simples presença de alguém num lugar para que se diga que é possuidor desse lugar.

Desde o antigo Direito Romano há discussão sobre o assunto, que adquiriu aspectos novos, modernamente, a partir dos conflitos sobre o uso de terras não utilizadas, por trabalhadores rurais. Assim chegaram os juristas ao reconhecimento de duas noções de posse: uma de Direito Civil e outra de Direito Agrário. No caso do índio brasileiro surge uma terceira posição, que a maioria desconhece e que só muito recentemente começou a ser trabalhada teoricamente. O índio brasileiro não tem o domínio de suas terras, mas tem garantias que não são dadas a qualquer possuidor, seja na ótica do Direito Civil, seja na do Agrário. O índio é um **ocupante**, legítimo exclusivo, permanente e perpétuo. Essa ocupação, quando existe, é um fato que não depende de qualquer formalidade legal para acarretar direitos e a garantia de proteção, inclusive judicial.

Mas chegando a esse ponto, supondo-se superada a dificuldade conceitual no âmbito jurídico, outra questão, igualmente importante, se coloca: como se caracteriza, de fato, a ocupação indígena? Quando e que se pode dizer que uma comunidade indígena está ocupando uma terra e quais os elementos que podem esclarecer a antigüidade da ocupação? A forma de ocupar uma área é a mesma para todos os grupos indígenas? Existe ocupação permanente, temporária e intermitente? Que dados ou sinais comprovam uma ocupação antiga ou recente? Só existe ocupação quando o índio está fisicamente presente num lugar, com a intenção de ali permanecer sempre, realizando trabalhos ou utilizando os recursos naturais?

Questões como essas são comumente colocadas em disputas judiciais, devendo-se recorrer, necessariamente à perícia antropológica, para que o perito esclareça, basicamente três pontos: em primeiro lugar, se o grupo indígena interessado é realmente ocupante da área em questão; se a resposta a essa questão for afirmativa, o perito deverá esclarecer qual a extensão da área ocupada: em terceiro lugar **é preciso que o perito diga qual a antigüidade da ocupação**. Obviamente, cada uma dessas respostas deverá ser fundamentada, o que obriga o antropólogo a levar em conta a conceituação geral da Antropologia e também as peculiaridades do grupo indígena envolvido no processo.

Como já foi observado, o juiz, via de regra, tem dificuldade para enfrentar essas questões, que envolvem uma conceituação nova para o Direito. Além disso, a formação dos profissionais das áreas jurídicas no Brasil ainda é fortemente influenciada pelo positivismo jurídico, que reduz o direito à lei e freqüentemente ignora os fatos, mesclado com certo dogmatismo, que dá grande importância à opinião dos autores e praticamente ignora a realidade. Por esse motivo, quando surge uma questão que exige a aplicação de dados antropológicos, como as que envolvem os direitos dos índios, é natural e inevitável que se atribua enorme importância à perícia antropológica. As informações e explicações dadas pelos peritos e que irão embasar a decisão judicial, pois o juiz fará o enquadramento dos fatos nas normas jurídicas a partir desses dados.

Pode ocorrer que o juiz, para ter mais segurança em sua decisão, exija do perito antropológico certas definições que, a rigor, vão além dos limites da perícia. Assim, por exemplo, num processo de interesse da comunidade Guarani de São Sebastião, no Estado de São Paulo, um juiz mandou intimar o perito antropológico para dar esclarecimentos verbais durante a audiência de instrução e julgamento. E depois de várias indagações determinou que o perito esclarecesse se os índios tinham "a posse ou a ocupação da área". Como se pode imaginar, foi muito grande o embaraço do perito que percebeu que deveria existir alguma diferença entre esses dois conceitos mas que não sabia qual a resposta correta e quais as conseqüências de um ou de outro enquadramento.

Na realidade, o juiz estava pretendendo que o perito antropológico resolvesse uma questão jurídica e o perito poderia, simplesmente, ter dito isso, sem assumir o risco de uma resposta imprecisa que poderia ter sido muito prejudicial aos índios.

4. Isso demonstra que, assim como os juristas devem procurar obter noções de Antropologia além de trabalharem em estreita colaboração com os antropólogos na defesa dos direitos dos índios, a recíproca é verdadeira. Os antropólogos devem procurar conhecer alguns pontos da teoria jurídica e dos mecanismos jurídico-processuais que são importantes para assegurar a máxima precisão à perícia antropológica, em face das questões jurídicas que devem ser decididas. A par disso, o perito antropológico deve estar bem informado quanto ao seu papel num processo judicial ou administrativo, para dizer o necessário e o suficiente, dando o máximo de esclarecimentos que a Antropologia permite, sem assumir uma responsabilidade que não é sua, recusando-se a dar respostas sobre questões que não lhe são pertinentes para que não cause prejuízos às partes interessadas.

Para concluir, tomando por base minha experiência em vários processos judiciais em que compareci como defensor de comunidades indígenas, bem como o que pude conhecer através do acompanhamento de processos administrativos, passo a indicar alguns dos principais pontos que mais freqüentemente interessam à perícia antropológica.

a. Ocupação

O perito deve estar consciente de que numa discussão para caracterização ou não de uma área como terra indígena todos os sinais de ocupação devem ser apontados. Muitas vezes toma-se decisiva a comprovação da existência de restos de construção, de um cemitério aparentemente abandonado, de utensílios domésticos, de ferramentas de trabalho, de instrumentos de caça ou pesca, e até mesmo de certo tipo de vegetação. Esta pode estar ligada aos hábitos alimentares da comunidade, aos seus enfeites e ao seu artesanato. Além disso, a existência de caminhos ou de remanescentes de trilhas de perambulação pode ser elemento importante para prova da ocupação. Ligando algum desses elementos às características de uma comunidade indígena o perito antropológico pode estar oferecendo elemento precioso para o reconhecimento de direitos.

b. Extensão da ocupação

Um argumento freqüentemente usado contra as reivindicações de grupos indígenas é o excesso de terras, em contraste com a ocupação efetiva de áreas restritas. O perito antropológico não deve ser omissivo a esse respeito, nem excessivamente tímido. É preciso que ele tenha em conta que a noção de posse,

civil ou agrária, que muitas vezes se procura aplicar à ocupação indígena, é inadequada, porque exige presença física constante em todo o imóvel questionado, bem como o uso efetivo e permanente do todo e, no caso do Direito Agrário, a realização de trabalhos que produzam resultados economicamente apreciáveis. Como já foi dito antes, a ocupação indígena tem peculiaridades ligadas aos costumes de cada grupo e é importante que isso seja esclarecido na perícia antropológica.

c. Costumes da comunidade

Em condições normais o juiz não deverá conhecer os costumes da comunidade indígena interessada no litígio que ele deverá decidir e mesmo autoridades administrativas raramente terão esse conhecimento. Por esse motivo a perícia antropológica deverá, sempre, conter esclarecimentos sobre esse ponto, mesmo que não seja objeto de qualquer dos quesitos. Na realidade, ainda que não haja indagações diretas a questão dos costumes estará implícita, pois a existência da própria comunidade, bem como de seus direitos, sempre estarão ligados à verificação de determinados costumes. Fornecendo dados sobre esse ponto o perito antropológico estará ajudando o julgador a conhecer melhor as comunidades indígenas, livrando-se de preconceitos e fugindo a estereótipos ficando mais apto para reconhecer e respeitar os índios como pessoas, titulares de direitos.

d. Recursos naturais

A caracterização de um grupo humano como índios, a ocupação de determinada área, a extensão dessa ocupação, são questões que quase sempre se colocam em função de recursos naturais economicamente apreciáveis existentes em certo lugar. Por mais que se procure mascarar esse fato, ele, quase certamente, estará presente e será mesmo o fator determinante da disputa. Assim sendo, é importante que o perito antropológico fique atento a esse dado, observando a existência de riquezas vegetais, de recursos hídricos, de particularidades da fauna e da flora, sempre que possível, bem como a existência de riquezas no subsolo ainda que sejam apenas sinais indicando essa probabilidade.

5. Em conclusão, a perícia antropológica é um complemento muito importante, em certos casos absolutamente necessário, dos avanços conseguidos quanto ao reconhecimento dos direitos dos índios e das comunidades indígenas no Brasil. Tanto para os processos administrativos, sejam eles relativos à demarcação de áreas indígenas ou a qualquer outro ponto de interesse dos índios, como nos processos judiciais envolvendo tais questões, o perito antropológico pode dar uma contribuição fundamental.

A perícia antropológica não é um instrumento de decisão de disputas judiciais, mas a prática demonstra que muitas vezes ela é um dos principais pontos de apoio de uma decisão. Por esse motivo é absolutamente necessária a harmonização do trabalho de advogados e antropólogos dedicados à defesa dos direitos indígenas, pois a colaboração recíproca terá como resultado o aproveitamento mais eficiente dos elementos antropológicos e o fornecimento de dados mais ricos e mais sólidos para a fundamentação dos argumentos jurídicos. Em seu livro "Antropologia Jurídica", escrito em 1987, Robert W. Shirley reconhece a importância dessa conjugação de esforços, mas observa que, "até agora, a união entre os campos do direito e da antropologia tem-se mostrado bem distante". Isso começa a mudar no Brasil e o resultado dessa união será, com absoluta certeza, o progresso no sentido do reconhecimento e da proteção dos direitos e da dignidade dos índios e das comunidades indígenas.