

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA
JURÍDICAS**

DANIELA MESQUITA LEUTCHUK DE CADEMARTORI

SILVANA BELINE TAVARES

ALEJANDRA PASCUAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

S678

Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Alejandra Pascual, Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-201-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Sociologia Jurídica. 3. Antropologia Jurídica. 4. Cultura Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

É com grande satisfação que as Coordenadoras Professoras Doutoras Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Silvana Beline Tavares e Alejandra Pascual apresentam os artigos que foram expostos no Grupo de Trabalho (GT- 28) “Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas”, o qual compôs, juntamente com sessenta e três Grupos de Trabalho, o denso rol de artigos científicos oferecidos no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, que recepcionou a temática “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”, em um momento tão importante da realidade nacional e mundial, realizado na cidade de Brasília (DF), nos dias 06 a 9 de julho de 2016.

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI propiciou ampla e preciosa integração educacional, ao recepcionar escritos de autores oriundos de distintas localidades do território nacional, aproximando suas culturas e filosofias. Incentivou estudos, pesquisas e discussões sobre o papel do Direito na diminuição das desigualdades, tendo como norte o ideal de um Brasil justo buscando contribuir com os objetivos de desenvolvimento do milênio. Para tanto, recepcionou artigos que se referiam, notadamente, à problemática social contemporânea, envolvendo temas jurídicos atuais e respeitáveis, expressos nos aspectos substanciais dos artigos científicos defendidos nos inúmeros Grupos de Trabalhos, naqueles dias de julho de 2016, ocorrido nas dependências da Universidade Nacional de Brasília.

No dia 7 de julho de 2016, a presente Coordenação conduziu e assistiu as apresentações orais dos artigos selecionados para o Grupo de Trabalho (GT-28), textos que trouxeram ao debate importantes discussões sobre a temática da “Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas”. Os artigos expostos apontaram polêmicas de uma sociedade pós-moderna, complexa, líquida, assolada por injustiças e pelo medo, apresentando, em alguns momentos alternativas de solução, ou pelo menos de possibilidades de que o conhecimento transforme as realidades.

Durante as apresentações e os debates subsequentes, foram abordados temas importantes, vinculados à problemáticas sócio-jurídicos atuais com graves inflexões sociais, dentre as quais: identidade nacional; vínculo entre questões étnico-raciais e sociais e o encarceramento no Brasil; internação compulsória de dependentes químicos percebida a partir do conceito de justiça; laicismo e tolerância; crime organizado e territorialidade; direitos indígenas e direito à autodeterminação; memória e patrimônio cultural quilombola; análise da compreensão das Identidades indígenas a partir de votos do Supremo Tribunal Federal; inclusão digital e

acesso à informação; jurisdição indígena; justiça restaurativa aplicada aos adolescentes em conflito com a lei; mulheres e violência de gênero; ensino jurídico; o direito a ser ouvido; transexualidade e seu não reconhecimento judicial; violência estrutural e política de intervenção estigmatizante. O debate e as abordagens foram múltiplas, perpassando assuntos que vão desde o gênero percebido através da análise cinematográfica até temas específicos como a percepção da cultura religiosa popular presente nas festividades de São Benedito em Manaus e densos como aquela que discorreu sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a partir da perspectiva dos projetos neoliberal e neoconstitucional e do Estado de Direito. Por derradeiro, há que recordar que as considerações foram feitas com base em grandes teorias, como por exemplo as de: Jeremy Bentham, Michel Foucault, John Rawls, Niklas Luhmann, Stuart Hall, Axel Honneth, Umberto Maturana, Judith Butler, etc.

As bases filosóficas com base nas quais os textos foram elaborados permitiram uma construção segura, possibilitadora reflexões variadas no que concerne ao respeito e à necessidade do homem contemporâneo se preocupar com a busca dos valores, e com um conceito de “dignidade” que envolva o respeito ao seu semelhante, e mesmo aos não semelhantes, valorando o homem, o meio ambiente, a sustentabilidade e a preservação da natureza para gerações presentes e futuras.

Na sequência, são arrolados os autores e títulos dos artigos apresentados, todos tendo em comum a temática da Sociologia, da Antropologia ou mesmo da Cultura Jurídicas. Excelentes autores, merecedores de felicitações pelas brilhantes exposições. Os textos aqui mencionados compõem os Anais do evento e serão disponibilizados eletronicamente, de modo a expandir os debates ocorridos por ocasião do evento.

NOMES DOS AUTORES E DOS RESPECTIVOS TÍTULOS DOS TEXTOS EXIBIDOS NO GRUPO DE TRABALHO (GT – 28) “SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS”

1

Livia de Meira Lima Paiva

José Antônio Rego Magalhães

A Desconstrução do sujeito moderno e o mito da identidade nacional em Stuart Hall

2

Kelly de Souza Barbosa

Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho

A Questão étnico-racial do sonho americano: o encarceramento dos pobres e negros no Estado policial

3

Júlia Francieli Neves de Oliveira

Leonel Severo Rocha

Afetividade versus reconhecimento: apontamentos das teorias de Axel Honneth e Umberto Maturana e suas repercussões jurídicas

4

Tiago Antunes Rezende

Maria Angélica Chichera dos Santos

Análise da concepção de justiça para Jeremy Bentham e John Rawls: estudo sobre as políticas públicas de internação compulsória de dependentes químicos no estado de São Paulo

5

Thiago Augusto Galeão de Azevedo

Artificialidade do sexo, gênero e desejo sexual: a desnaturalização do biológico, à luz da teoria de Judith Butler

6

Edinilson Donisete Machado

Marco Antonio Turatti Júnior

Brasil, um país laico religioso: reflexões sobre a tolerância, o contato social do brasileiro com a religião e o interesse social do sistema jurídico social

7

José Divanilson Cavalcanti Júnior

Lúcia Dídia Lima Soares

Crime organizado: uma nova luta pelo domínio da territorialidade

8

Silvana Beline Tavares

Desconstruindo a assimetria de gênero a partir do filme “Fale com ela” de Pedro Almodóvar

9

Camilo Plaisant Carneiro

Direito e antropologia: uma aproximação necessária

10

Daniela Bortoli Tomasi

Direito, cultura e identidade: um olhar para o cenário multicultural e a superação do preconceito linguístico

11

Marcelino Meleu

Alexxandro Langlois Massaro

Direito, poder e comunicação em Niklas Luhmann

12

Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira

Dos direitos indígenas e à identidade e ao território nacional ao direito à autodeterminação

13

Paulo Fernando Soares Pereira

Esquecimentos da memória: a judicialização, arena de discussão ou bloqueio ao patrimônio cultural quilombola?

14

Amanda Netto Brum

Renato Duro Dias

Gêneros, sexualidades, direito e justiça social: diálogos necessários

15

Dayse Fernanda Wagner

Identidades indígenas e o STF: dois votos, um dissenso e algum avanço?

16

Irineu Francisco Barreto Júnior

Gladison Luciano Perosini

Inclusão digital e tecnológica: pesquisa empírica sobre o direito fundamental de acesso à informação

17

Luciano Moura Maciel

Eliane Cristina Pinto Moreira

Jurisdição indígena: possibilidade e desafios para o Brasil

18

Augusto César Doroteu de Vanconcelos

Nirson Medeiros Da Silva Neto

Justiça restaurativa como estratégia de enfrentamento de vulnerabilidades sociais de adolescentes em conflito com a lei

19

Caroline Machado de oliveira Azeredo

Jacson Gross

Mulheres e violência de gênero à luz das teorias: reflexões acerca de conceitos e da posição das mulheres nos conflitos violentos

20

Aldrin Bentes Pontes

Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes

O Direito e a cultura religiosa: reflexões sobre a festividade de São Benedito em Manaus

21

Júlio Pallone

Renato Augusto Rocha de Oliveira

O Esmaccer do ensino jurídico nacional: conflito entre método expositivo de aula e a sociedade de informação

22

Daniel Nunes Pereira

Os Limites de Foucault na construção social do direito

23

Yanahê Fendeler Höelz

Alysson Amorim Mendes da Silveira

Pelo Direito de ser ouvido: reflexões a partir do caso Saramaka versus Suriname

24

Conceição Aparecida Barbosa

Perspectiva da sociologia sobre as dicotomias jurídicas reconceptualizadas no mundo pós-moderno

25

Fabíola Souza Araujo

Ana Catarina Zema de Resende

Raposa Serra do Sol: entre os projetos neoliberal e neoconstitucional e o Estado de Direito

26

Natália Silveira de Carvalho

Sexo nas decisões judiciais: a transexualidade e seu não reconhecimento

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Violência estrutural, questão criminal e política de intervenção estigmatizante no Estado brasileiro contemporâneo

COORDENADORES DO G.T. – “SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS”

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Possui graduação em História e Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – RS (1984; 1986), mestrado e doutorado pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993; 2001) e pós-doutorado pela UFSC (2015). Atualmente é professora da graduação e pós-graduação em Direito da Unilasalle (Canoas – RS). Contato: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

Silvana Beline Tavares

Alejandra Pascual

IDENTIDADES INDÍGENAS E O STF: DOIS VOTOS, UM DISSENSO E ALGUM AVANÇO?

INDIGENOUS IDENTITIES AND SUPREME COURT: TWO VOTES, DISSENT AND SOME PROGRESS?

Daize Fernanda Wagner ¹

Resumo

A partir de conceito holístico de pessoa e da compreensão de que a identidade é múltipla, problematiza a(s) identidade(s) atribuída(s) aos índios na Constituição de 1988 e sua percepção pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através da análise de dois votos na Pet 3388, que decidiu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em 2008. Destarte, pretende contribuir no diagnóstico necessário à construção de um país efetivamente justo, na medida em que investiga como o texto constitucional é concretizado pelo STF quanto aos povos indígenas. Para tanto, parte da vertente jurídico-sociológica e utiliza a técnica de pesquisa teórica.

Palavras-chave: Pessoa, Identidade(s), Cultura, Povos indígenas, Stf, Pet 3388

Abstract/Resumen/Résumé

Starting from the holistic concept of person and the understanding that the identity is multiple, problematize identity (ies) related to the Indians in the Constitution of 1988 and its perception by the Federal Supreme court, through the analysis of two votes in Pet 3388, that established the Indigenous land Raposa Terra do Sol, in 2008. Besides, it intends to contribute to the necessary diagnosis to the construction of a fair country, once it investigates how the constitutional text is materialized by STF about the indigenous peoples. Therefore, part of the juridical-sociological sense and uses the technique of theoretical research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Person, Identity(ies), Culture, Indigenous peoples, Stf, Pet 3388

¹ Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Amapá (UNIFAP), Mestre em Direito pela Ludwig Maximilians Universität (LMU), Munique/Alemanha, Doutoranda em Direito no DINTER entre UFMG e UNIFAP, e-mail: daize_wagner@yahoo.com.

1 INTRODUÇÃO

O ecletismo é uma autofrustração, não porque haja somente uma direção a percorrer com proveito, mas porque há muitas: é necessário escolher. Geertz (2008, p. 4)

O presente artigo pretende refletir sobre compreensões possíveis acerca de pessoa e identidade, em grande parte construídos por outras áreas do conhecimento, que podem contribuir positivamente com o Direito e a aplicação das normas jurídicas. A partir daí, pretende analisar a imagem que é atribuída aos índios pelos ministros do STF na Petição(Pet) 3388, bem como as formas como compreendem as identidades indígenas. Nesse sentido, discute a forma como o texto constitucional foi concretizado em um caso específico: a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, julgada pelo STF, no ano de 2008.

Para tanto, parte do questionamento acerca da identidade ou das identidades atribuídas aos índios, que emergem da leitura dos votos de dois ministros da Corte: o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, e o Ministro Cezar Peluso. A escolha desses dois votos deu-se, por um lado, em razão de serem ambos bastante divergentes entre si acerca da compreensão da identidade étnica dos indígenas e seu tratamento constitucional. Por outro, porque ambos representam, em certa medida, pontos de vista significativos da Corte, na medida em que apreendem de forma bastante diversa as contribuições que outras áreas do conhecimento, como a Antropologia, têm dado aos estudos culturais e identitários.

A discussão central na Pet 3388 diz respeito à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Todavia, para além de ser um caso específico com objetivo de por fim a vários conflitos decorrentes da ocupação e forma de uso daquele espaço territorial, passou a ser compreendido como *leading case*¹ por vários Ministros do STF. Vários deles assim se manifestaram durante o pronunciamento de seus votos.

O interesse de análise no presente estudo, todavia, não diz respeito à demarcação de terras na Pet 3388 ou à questão fundiária indígena como um todo. O que importa para a presente análise é o entendimento que os dois ministros expressaram acerca do que é ser índio no Brasil, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CR/88), e da forma como a identidade indígena é por eles verificada. Tal percepção pode ser extraída da leitura de seus

¹Caso padrão, paradigmático.

²A identidade do sujeito do Iluminismo trazida por Hall (2014) corresponde à identidade *individualizada* que Taylor (1998, p. 48) trata em sua obra.

³Mesmo que muitos estudiosos do assunto entendam que a CR/88 tornou grande parte do Estatuto do Índio letra morta, que morreu de velhice e por inadequação à nova ordem constitucional, consideraremos sua delimitação da identidade indígena porque, ao que tudo indica, foi ela utilizada pelos Ministros do STF no julgamento da Pet

votos na Pet 3388, que indicam como cada um deles concretiza o texto constitucional no que se refere à identidade dos povos indígenas.

A terra é, para os povos indígenas, como que uma extensão do que cada um é enquanto pessoa e o que são enquanto povo. Nesse “mundo de soberania territorialmente assentada” (BAUMAN, 2005), a terra adquire importância maior ainda – é muito mais do que direito de propriedade: é o espaço de exercício da identidade dos índios. Barre (*apud* Neves, 2003, p. 143) afirma que “a terra é um conceito totalizante e aglutinador de todos os demais: cultura, etnicidade, indianidade, história, religião, política, economia etc.” Na mesma direção também afirmam Cunha (1987), Souza Filho (1998), Neves (2003), Silva (2006) e Kayser (2010). Então, num julgado em que a questão territorial foi tão amplamente debatida, como foi o caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a ponto de ser considerado o marco de definição do regime jurídico das terras indígenas no Brasil, muito se pode observar acerca das concepções sobre as identidades indígenas envolvidas, já que são ideias associadas.

Rosenfeld afirma que “[u]m texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis.” (ROSENFELD, 2003, p. 18). Especificamente quanto ao objeto de estudo deste artigo, a incompletude do texto constitucional se refere a sua incapacidade de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir do disposto no artigo 231 da CR/88. Por consequência, “[...]precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis.” (ROSENFELD, 2003, p. 18-19). Ao que tudo indica, foi o que ocorreu no julgamento da Pet 3388: tendo a CR/88 regrado de forma ampla os direitos assegurados aos índios, especialmente nos artigos 231 e 232, não desceu às minúcias possíveis quanto à forma de concretizar tais direitos. Então, aberto estava o espaço para que o STF concretizasse o texto constitucional indo, muitas vezes, para além ou aquém do que nele fora previsto.

A análise é específica de dois votos em uma ação e, assim, não servirá como verdade absoluta para determinar a forma como o STF percebe os povos indígenas de maneira geral. Não bastasse isso, há que se considerar que a própria composição da Corte é dinâmica, o que por si só, já poderia implicar numa mudança de percepção e de entendimento. Mais que isso, a presente análise quer ser uma primeira aproximação com a identidade atribuída aos povos indígenas pelos aplicadores e guardiões da CR/88, que tanto inovou no que se refere aos povos indígenas, pelo menos, formalmente. Este artigo é uma leitura, é “nossa própria

construção a partir da construção de outras pessoas” (GEERTZ, 2008), no caso, dos ministros do STF.

Partindo da compreensão de que “[t]oda opção metodológica supõe uma concepção provisória da realidade a ser conhecida” (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 19), o presente trabalho se insere na vertente jurídico-sociológica, na medida em que discute a realização concreta de dispositivos da CR/88, especialmente o artigo 231 e 232 e sua relação com outras normas contidas no Código Civil (CC/2002) e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973). Nesse sentido, compreende que as relações normativas devem ser pensadas para além do ordenamento jurídico, no mundo dos valores e relações da vida, principalmente quanto a sua eficácia. (GIUSTIN; DIAS, 2013). Utiliza o raciocínio indutivo, na medida em que parte de dados particulares e localizados – a análise de votos de dois Ministros do STF no julgamento da Pet 3388 – e, a partir deles, se dirige a constatações gerais. No que se refere às técnicas de análise de conteúdo, é pesquisa teórica, que analisa conteúdos de textos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema.

2 PESSOA E IDENTIDADES

Para este estudo, partimos da pessoa numa compreensão que chamamos holística, significando que se procura compreendê-la de forma integral ou, pelo menos, de forma mais ampla que aquela tradicionalmente tratada no Direito.

Historicamente, a noção de pessoa, para o Direito, assumiu um sentido próprio, que implicava na possibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações. Ocorre que tal noção estática de pessoa, como mero sujeito de relações jurídicas, não dá conta da amplitude dos problemas reais a serem enfrentados e resolvidos pelo Direito. Assim, tal concepção passou a ser problematizada. Essa noção de pessoa servia aos propósitos do direito privado, mas já não é suficiente nem mesmo para este, na medida em que ser sujeito de relações jurídicas é noção por demais estreita de pessoa, que subtrai desta toda a complexidade nela engendrada, vivida no cotidiano. Apontando nessa mesma direção e olhando para além do direito privado, Stancioli e Carvalho (2010) afirmam que:

O Direito [...] insiste em pensar a pessoa humana e a pessoalidade como elementos estáticos, uniformes, que sempre podem ser reduzidos a um dado estatuto: da mulher casada, da criança e do adolescente, do idoso... O Registro teima em ser fim em si mesmo, agrilhoando a mudança a um papel. (STANCIOLI; CARVALHO, 2010, p. 52).

Ser pessoa é bem mais complexo. Parte dessa complexidade passou a ser considerada a partir da chamada constitucionalização do direito civil, que teve como principal efeito reconhecer a centralidade que a pessoa deve ocupar no ordenamento jurídico de maneira geral e, especialmente, no civilístico. Todavia, tal centralidade, expressa em grande parte pela consagração de direitos da personalidade no CC/2002, ainda não foi capaz de assegurar o olhar holístico para a pessoa e sua autonomia.

A pessoa pode ser, então, compreendida como processo inacabado, em construção permanente que, sob uma base material, o corpo, é capaz de conhecimento e autoconhecimento, capaz de construir, desconstruir e reconstruir sua identidade, com autonomia e conforme os valores que lhe são caros em certo tempo e lugar. Para que viva uma vida que vale ser vivida, com dignidade, demanda reconhecimento e, portanto, só existe na presença do outro, o que torna a alteridade elemento fundamental na construção da ideia de pessoa. (STANCIOLI, 2010). No que tange à alteridade, qualquer resposta que se queira dar aos questionamentos acerca da identidade da pessoa, à clássica pergunta “quem sou eu?”, demanda a referência aos vínculos que conectam o eu a outras pessoas (BAUMAN, 2005).

Tal como a pessoa, também a identidade é percebida como não estática, mas sim e cada vez mais, volátil e mutável. Nesse sentido, Bauman (2005, p. 17) afirma que “o pertencimento e a identidade não têm a solidez de uma rocha, não são garantidos para toda a vida, são bastante negociáveis e revogáveis”.

Na verdade, “[a] identidade [...] é um conceito altamente contestado. Sempre que se ouvir esta palavra, pode-se estar certo de que está havendo uma batalha. O campo de batalha é o lar natural da identidade” (BAUMAN, 2005, p. 83). Então, para que se possa avançar e compreender o campo de batalha aqui envolvido, importante estabelecer o que se entende por identidade.

Hall (2014), ao se debruçar sobre identidades culturais, sugeriu três concepções bastante diferentes de identidades, que parecem se suceder no tempo: a identidade do sujeito do Iluminismo, a identidade do sujeito sociológico e a identidade do sujeito pós-moderno. A identidade do sujeito do Iluminismo estava baseada numa concepção de pessoa como indivíduo centrado, unificado, que permanecia essencialmente o mesmo ao longo de sua existência. “O centro essencial do eu era a identidade de uma pessoa” (HALL, 2014, p. 11)². A identidade do sujeito sociológico, por sua vez, refletia a crescente complexidade do mundo

²A identidade do sujeito do Iluminismo trazida por Hall (2014) corresponde à identidade *individualizada* que Taylor (1998, p. 48) trata em sua obra.

moderno e a percepção de que o sujeito não era simplesmente autocentrado, mas que se formava na relação com outras pessoas que lhe eram importantes, ou seja, sua identidade era formada na interação entre o eu e a sociedade. Por fim, a identidade do sujeito pós-moderno foi identificada como não fixa, não essencial e não permanente. Assim, a identidade é móvel, é formada e transformada continuamente ao longo da existência da pessoa. É uma identidade definida historicamente, onde a pessoa assume diferentes identidades em diferentes momentos. Ela é marcada pelas descontinuidades. (HALL, 2014).

A identidade é substantivo que recebe diferentes adjetivações, que vão lhe dar contornos próprios e bastante distintos: identidade pessoal, identidade nacional, identidade cultural, identidade étnica e tantos outros. A identidade, ou melhor, as identidades têm sido objeto de estudo das Ciências Sociais, da Psicologia, da Ciência Política e, cada vez mais, também do Direito.

3 IDENTIDADE ÉTNICA E INDÍGENAS

A compreensão de identidade que nos interessa no presente estudo é a identidade étnica, que é delimitada quando se consideram os aspectos das identidades que surgem dos laços de pertencimento da pessoa a um grupo ou povo específico, cujas características são tidas como diferentes, únicas, próprias, diversas das demais e, muitas vezes, considerada *sociologicamente minoritária* (OLIVEIRA, 2000). A identidade étnica também pode ser compreendida como identidade *contrastiva*, ou seja, construída em oposição ao outro, a partir de uma experiência de contato. (OLIVEIRA, 2000).

Um indivíduo ou grupo indígena afirma a sua etnia contrastando-se com uma etnia de referência, tenha ela um caráter tribal (por exemplo, Terêna, Tikúna, etc.) ou nacional (por exemplo, brasileiro, paraguaio etc.). O certo é que um membro de um grupo indígena não tem sua pertinência tribal a não ser quando posto em confronto com membros de outra etnia. Em isolamento, o grupo tribal não tem necessidade de qualquer designação específica. (OLIVEIRA, 1976, p.36).

Assim, tratar da identidade dos povos indígenas, ou dos índios considerados em sua individualidade pessoal, implica em reconhecer seu laço de pertencimento ao povo do qual fazem parte e ao qual estão ligados por vínculos de história, tradições, laços familiares, espaço e tempo. Isso é o que Hall (2003), em outro contexto, denomina de identidade cultural, que carrega consigo tantos traços de unidade essencial, unicidade primordial, indivisibilidade e mesmice. Essa identidade é fixada no nascimento e se torna parte da natureza, constituindo seu eu mais interior. “Possuir uma identidade cultural nesse sentido é estar primordialmente

em contato com um núcleo imutável e atemporal, ligando ao passado o futuro e o presente numa linha ininterrupta.”(HALL, 2003, p. 29).

Ao referir os índios, a CR/88 não estabeleceu critérios para que se reconheça ou afirme sua identidade de pertencimento a um determinado grupo ou povo indígena. Por outro lado, o Estatuto do Índio, artigo 3º, inciso I, afirma que é índio “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

Tal definição “peca lógica e antropológicamente, [pois] mistura critérios heterogêneos e se presta a ser mal interpretada.” (CUNHA, 1987, p. 23). Segundo Cunha (1987), o critério biológico ou racional da origem e ascendência pré-colombiana não convence, até mesmo porque a ideia de raça é contestada. Mesmo quando se tente aplicar a ideia de genealogia, esta também se mostra inadequada, já que não é possível determinar além de um número limitado de gerações a ascendência de um grupo.

O critério cultural, embora até tenha aspectos que podem ser considerados válidos, na medida em que correspondem a situações empíricas encontradas, deve ser utilizado com parcimônia, de forma a não incorrer em equívocos ou distorções. Assim, por um lado, não deve tomar a existência daquela cultura como uma característica primária, já que é consequência da organização daquele grupo étnico. Por outro, tal critério não deve levar à suposição de que aquela cultura daquele grupo étnico seja necessariamente ancestral. (CUNHA, 1987).

[U]m mesmo grupo étnico exibirá traços culturais diferentes conforme a situação ecológica e social em que se encontra, adaptando-se às condições naturais e às oportunidades sociais que provêm da interação com outros grupos, sem, no entanto, perder com isso sua identidade própria. (CUNHA, 1987, p. 24-25).

Neste artigo, consideraremos apenas o aspecto da identidade enquanto pertença, estabelecido no Estatuto do Índio, já que é ele o considerado mais adequado antropológicamente para tratar da identidade étnica e integra, mesmo que em parte, a delimitação legal atualmente existente acerca da identidade indígena.

Portanto, ser índio implica no reconhecimento de sua identidade de si para os outros, considerados seus iguais, seus *outros-importantes* (Mead *apud* Taylor, 1998, p. 52), e dos outros para si. Independe da forma como e de onde vive. Ser índio implica em pertencer, mesmo que o índio possa eventualmente experimentar a fluidez de identidade ao longo de sua própria vida, tal como a identidade do sujeito pós-moderno que Hall (2014) descreveu e que é também descrita em termos semelhantes por Bauman (2005). Em verdade, ser índio

independe das qualificações identitárias nas quais nós, os não-índios, procuramos enquadrá-los. De qualquer forma, para o objetivo do presente estudo, importará a identidade de pertença, na medida em que ela é a referida no Estatuto do Índio³. Tal identidade servirá de parâmetro para a análise.

Neves (2003, p. 145) afirma que “para o Estado brasileiro, aos índios estiveram sempre reservadas apenas duas possibilidades: 1) “isolados da civilização”, como sociedades paradas no tempo; 2) “integrados à civilização, como cidadãos marginais à sociedade nacional.” Independentemente do juízo valorativo feito por este autor, efetivamente essa dupla possibilidade aparece não só ao longo de nossa história, mas também nas legislações até hoje, das quais o Estatuto do Índio é prisco exemplar. A CR/88 teria sepultado essa classificação binária, quando afirmou o resguardo aos direitos dos povos indígenas, segundo Souza Filho (1998). Ocorre que, passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da CR/88, ao que tudo indica, tal lógica binária segue em pleno vigor, como parece emergir dos dois votos analisados.

4 IDENTIDADES INDÍGENAS NA PET 3388

A terra indígena Raposa Serra do Sol foi demarcada em área contínua através de processo administrativo, que resultou na Portaria n. 534/2005, do Ministério da Justiça e Decreto homologatório da Presidência da República em 14 de abril de 2005. Tal demarcação foi bastante contestada, sendo objeto de inúmeras ações judiciais, das quais a Ação Popular ajuizada em 20 de maio de 2005, pelo então senador Augusto Affonso Botelho Neto contra a União, que postulava, no mérito, a anulação da Portaria Ministerial. A ação foi a julgamento no Pleno do STF entre os anos de 2008 e 2009, através da Pet 3388.

Logo na ementa da decisão há a delimitação do substantivo *índios* na CR/88. O uso do substantivo no plural, segundo a ementa, pretende exprimir as numerosas etnias existentes, retratar a diversidade indígena. Há uma intenção de diferenciar os termos *aborígene* e *silvícolas*. Estes, então, seriam os índios *ainda em primitivo estágio de habitantes da selva*. Muitos dos ministros sustentaram seus votos sob argumentos científicos, especialmente aqueles oriundos da Antropologia e do próprio Direito. Como inicialmente delimitado, o

³Mesmo que muitos estudiosos do assunto entendam que a CR/88 tornou grande parte do Estatuto do Índio letra morta, que morreu de velhice e por inadequação à nova ordem constitucional, consideraremos sua delimitação da identidade indígena porque, ao que tudo indica, foi ela utilizada pelos Ministros do STF no julgamento da Pet 3388.

propósito é analisar a noção de identidade indígena que emerge dos votos de dois Ministros. Passemos, então, a sua análise.

4.1 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

O ministro Ayres Britto foi o relator da Pet 3388. De seu longo voto, interessa ao presente estudo a referência que faz à necessidade que se impõe ao intérprete e aplicador de que descarte formas mentais aprioristicamente concebidas, para que possa desprender *limpidamente* o sentido do texto constitucional, com a *máxima objetividade* que for possível.

Como anteriormente mencionado, Rosenfeld (2003) explica o quanto as percepções e valores do intérprete vão influenciar na aplicação do texto constitucional, que é (e deve ser) aberto. Destarte, dificilmente se poderia compreender que a decisão dos Ministros na presente demanda foi extraída limpidamente ou com a máxima objetividade do texto constitucional, conforme pretende o Relator. Em verdade, os artigos 231 e 232 da CR/88, que são o principal fundamento constitucional para a decisão, estão repletos de termos polissêmicos, que demandam um preenchimento quanto ao seu conteúdo normativo. Tanto é assim, que os Ministros preencheram seu conteúdo de forma bastante peculiar. A lista de condições que estabeleceram para o usufruto da terra pelos índios é amostra de que foram para além do texto constitucional.

O Ministro Ayres Britto reconheceu a profunda divergência que existe sobre o tema entre cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas, oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG's e igrejas. Pertinente, neste ponto, a explicitação dos inúmeros e contraditórios interesses envolvidos na demarcação daquela terra indígena. Afinal, é possível afirmar que “[é] o Estado quem cria as categorias étnicas e os critérios de direitos e benefícios aos grupos étnicos emergentes, fazendo da etnicidade um instrumental político.” (FENTON *apud* VERAS; DE BRITO, 2012, p. 113) Como instrumental político, a questão indígena tem sido usada por vários segmentos, sempre seguindo a lógica binária de contradição entre o contra ou a favor da causa indígena. Lógica essa também referida pelo Relator em seu voto.

Segundo o Ministro, a CR/88 tem o intuito de favorecer os indígenas, ao lhes dedicar capítulo inteiro próprio. A partir daí, passa a delimitar o sentido da palavra *índio* e o faz de forma que parece prescindir de considerações valorativas, na medida em que se utiliza de dicionários de língua portuguesa, que são ornados de aura de neutralidade, posto serem meramente descritivos. Parece que, a despeito de reconhecer as polaridades envolvendo a questão fundiária objeto do julgamento, o Relator procura se colocar de forma imparcial,

inclusive pelas fontes que utiliza para as definições de substantivos que são utilizados no texto constitucional. Todavia, ao fazê-lo, apela para o senso comum da visão do índio habitante das ocas nas terras longínquas.

Ao analisar o significado do substantivo *índios*, afirma que a CR/88 utilizou-o no mesmo sentido que a palavra *índios* tem em nossa linguagem coloquial. Apoiando-se em dicionários, afirma traduzir o coletivo de *índio*, que é o indígena da América, o nativo, o aborígene, o autóctone, significando o habitante primitivo dos países americanos. Tal identidade é, ainda, fixada em contraste com outros grupos que aqui chegaram, como os portugueses e africanos. Através desse uso plural do substantivo, o Ministro entende que se exprime a diferenciação dos índios quanto a suas etnias.

Na sequência, chama atenção a delimitação de *etnias* através da forma como se estruturam geograficamente por meio de *aldeias e vilarejos*, dentro dos quais se constroem as habitações dos índios que são, por vezes, chamadas de *ocas*. Para tratar do coletivo dos índios, afirma tratar-se de *tribos, comunidades, populações e organizações*. O termo povos é evitado ao longo de todo o julgado, não só no voto do Relator.

O Ministro afirma que todas as etnias indígenas são também formadoras de uma realidade única, que é a nação brasileira. O substantivo *índios*, então, é adjetivado de *brasileiros*, de forma que aos indígenas é atribuída uma dupla identidade que se soma: a de brasileiro e a de índio.

Esse argumento é importante e vai aparecer ainda outras tantas vezes no julgamento: trata-se de índios brasileiros, que ocupam solo brasileiro, que integra os bens da União. Fica bastante caracterizado o intuito de afirmar a soberania nacional de forma inequívoca por parte do Ministro. Lembrando a topografia do texto constitucional, reafirma que as terras indígenas integram os bens da União e não são, portanto, ente federado ou instituição, já que seu regramento encontra-se sob o título VIII da CR/88, que trata da Ordem Social, e não sob o título III, que trata da Organização do Estado.

Para o Ministro Relator, os coletivos de índios (comunidades) não podem aparecer diante da Ordem Jurídica Internacional como nação, país, pátria, território nacional ou povo independente, porque não o são. Ayres Britto entende que o texto constitucional protege os índios de forma tão própria e na certa medida, que basta que saia do papel e passe a se incorporar ao cotidiano. Segundo o relator, não há necessidade alguma da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, para que a dignidade individual e coletiva dos índios seja juridicamente positivada. Para o relator, ainda, os índios deveriam reverenciar a CR/88 como sua carta de alforria no plano sócio-econômico e

histórico-cultural e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, mesmo que estas possam ser bem intencionadas. Este argumento parece como que uma escusa: o texto constitucional está ótimo, só falta aplicá-lo em sua total extensão. Ou seja, o problema não é a CR/88, mas sua transformação em realidade. Ora, daí brota o consequente questionamento: a quem, afinal, compete realizá-la?

Parece que essa escusa para o descumprimento do texto legal está arraigada em nossa história: em 1987, Manuela Carneiro da Cunha publicou obra com o propósito de auxiliar os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1988 acerca da questão indígena. Nela escreveu:

Entre a legislação e a prática, há frequentemente um abismo, tanto maior quanto mais fraco politicamente for o segmento da população envolvido. Apesar da legislação favorável, os índios foram, ao longo dos séculos, escravizados, mortos e espoliados de suas terras. (CUNHA, 1987, p. 12).

O texto acima transcrito ainda hoje, passados quase 30 anos, segue atual. Destarte, o argumento do Relator da Pet 3388, embora encontre eco em vários textos de diferentes especialistas no assunto, não deveria seguir servindo como justificativa ou constatação inevitável. O caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi importante oportunidade para que se concretizasse efetivamente o texto constitucional.

Argumentando a fraternidade como decorrente dos objetivos fundamentais da República, o Ministro Ayres Britto defende que a integração comunitária nacional se dê de forma respeitosa e ativa aos grupos minoritários, historicamente espoliados. Quanto aos índios, propugna que tal ocorra através da garantia de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para poderem preservar sua identidade da forma mais eficaz possível para depois, então, poderem experimentar com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que possa também implicar em troca, “num catequizar um pouco os não-índios”. Para o Ministro, a opção constitucional em favor dos índios é firme e inequívoca, de forma que pode ser caracterizado como direito fundamental de cada um dos índios e de cada etnia a preservação de sua identidade indígena, mas que se acumula à identidade nacional. Para o Ministro, então, são índios, mas índios brasileiros!

Tanto a identidade étnica quanto a identidade nacional caracterizam-se por serem *identidades totais* (ALI MAZRUI *apud* OLIVEIRA, 2000) que se sobrepõem. No caso, para o Ministro Relator, será possível manter a identidade étnica, desde que submetida à identidade nacional. Da mesma forma, ele considera que é possível aos índios que se aculturem e que

isso não implica em necessária perda de sua identidade pessoal e étnica – é um somatório, mas não uma permuta ou subtração.

Neste ponto, interessa observar que o Relator segue no compasso da contribuição de Barth, citado por Cunha (1987), no que tange à identidade étnica, que tem a pertença como determinante para sua afirmação. “Tal definição dá primazia à identificação do grupo em relação à cultura que ele exhibe.” (CUNHA, 1987, p. 25). Deve ser assim porque os traços culturais podem variar no tempo e no espaço, como de fato variam, mas isso não implica em mudança da identidade do grupo. Ora, a cultura é dinâmica e, portanto, reelaborada permanentemente – seja para as sociedades de não-índios quanto para as sociedades indígenas. Em verdade, a cultura é muito mais um produto do grupo do que um pressuposto de sua existência. (CUNHA, 1987).

Segundo o Relator, “[f]ácil entender, assim, que, por um lado, a Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios *para agregar valor à subjetividade deles [...]*” (grifo no original). Dessa forma, segundo Ayres Britto, poderão ser mais do que originariamente eram, na medida em que se beneficiem de um estilo de vida civilizado, que é considerado superior no que se refere à qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, direitos políticos etc. Por outro lado, entende que a população dita civilizada também ganha nessa aproximação com os índios. Ou seja: para o Relator, é preciso que se estabeleça como que uma via de mão dupla, de benefício para ambos – índios e não-índios.

Ao refutar a afirmação de que os índios prejudicam o desenvolvimento, o Relator afirma que desenvolvimento implica em um *crescer humanizado* e, então, para ele, o suposto antagonismo existente entre indígenas e desenvolvimento do país é uma falácia. Nesse sentido, afirma o Ministro Ayres Britto em seu voto (p. 40):

Por isso que ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é hostilizar e menos ainda escorraçar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico dos seus territórios (territórios dos entes federativos, entenda-se) e a partir da culturalidade intraétnica fazer um desafio da mais criativa reinvenção da sua própria história sócio-cultural. Até porque esse é o único proceder oficial que se coaduna com o discurso normativo da Constituição, no tema. *Um discurso jurídico-positivo que já não antagoniza colonização e indigenato*, mas ao contrário, intenta conciliá-los operacionalmente assim é que nos coloca na vanguarda mundial do mais humanizado trato jurídico da questão indígena. (grifos no original)

Esse ponto do voto foi transcrito em sua literalidade pelas dúvidas que decorrem de sua leitura. A partir dos arts. 231 e 232 da CR/88, mesmo que considerando todo o arcabouço principiológico que também emana da Constituição, não parece possível daí depreender que

não há antagonismo entre colonização e indigenato e que a CR/88 intenta conciliá-los, conforme propõe o Relator. Não parece, efetivamente, ser esse o conteúdo normativo da CR/88, especialmente quando consideramos o art. 231, que é claro ao afirmar que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” Quer parecer, antes, que o texto constitucional se opõe a qualquer possibilidade de colonização em relação aos indígenas e às terras que ocupam tradicionalmente.

A demarcação é ato meramente declaratório, como explanou o Relator e como decorre do artigo 231 da CR/88, na medida em que reconheceu aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. É, portanto, ato declaratório de situação jurídica preexistente, que se caracteriza no vínculo indissociável entre cada etnia indígena e suas terras congenitamente possuídas. Ou seja, as terras são possuídas como *parte elementar da personalidade* de cada etnia indígena e de cada um de seus membros. Tal laço indissociável, que faz com que a terra indígena deixe de ter a caracterização de mero objeto de direito para tornar-se parte do sujeito que recebe a proteção tem sido reconhecida há muito pela literatura especializada, conforme mencionado anteriormente.

Considerando que os direitos da personalidade são direitos fundamentais de caráter aberto, que admitem novas configurações à medida que ocorrem mudanças e novas necessidades para a proteção integral da pessoa, é possível entender que o direito à terra, para os indígenas, integra seus direitos da personalidade, quando considerados individualmente, já que demandam tais espaços para manifestarem sua identidade e viverem das formas que escolheram e que devem, nos termos do art. 231 da CR/88, ser respeitadas. Como afirma Kayser (2010, p. 30), “para os indígenas a terra não é mero recurso econômico, mas um meio de sobrevivência”. Portanto, pode-se inferir que para ser índio há que haver o espaço adequado para tanto, que integra a subjetividade desses sujeitos. Nesse ponto, interessante a constatação do Relator, que enxerga nessa posse fundiária tradicional (indígena) um instituto *sui generis* no Direito Constitucional, que não se coaduna aos institutos possessórios tradicionais do Direito Civil.

Importa-nos, aqui, como já dito alhures, o vínculo da terra com a pessoa do índio e seus coletivos: vínculo tal que tempera a identidade de cada um deles e de todos.

Em seu voto, o Relator deixa clara a pretensão integracionista do texto constitucional, no sentido de que seja concretizada a fraternidade como valor constitucional dos mais elevados. Exemplifica tal desejo do constituinte ao estabelecer, no § 2º do artigo 210 da

CR/88, que “o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas *também* a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. (grifamos). Segundo o Ministro, o advérbio *também* está demonstrando que as línguas maternas dos indígenas terão que conviver com o domínio da língua portuguesa, de forma que os índios e os demais brasileiros, não-índios, melhor se comuniquem.

A própria adoção do modelo de ensino e de escolas da sociedade envolvente pelos índios está, de certa forma, a demonstrar um processo talvez irreversível de difusão cultural, conforme definido por Laraia (1986) que é, então, reconhecido pelo constituinte e declarado pelo intérprete.

Todavia, tal processo, como já afirmado, não implica em perda da identidade étnica própria. A ideia de que o reconhecimento à identidade étnica de um grupo esteja ligada, necessariamente, à presença de símbolos culturais significativos está superada. (OLIVEIRA, 1976). Em grande medida, parece que é justamente isso que a opinião pública, o senso comum espalhado pela sociedade de maneira geral, não compreende e não aceita, ao propagar que aos índios se defere uma série de direitos especiais que caracterizariam privilégios em detrimento dos demais brasileiros.

Tal situação acaba gerando aquela percepção externada pelo Ministro logo no início de seu voto – o antagonismo entre duas posições acerca da questão indígena, os contra e os a favor da causa indígena. É preciso ter em conta que “um processo de reconhecimento étnico é sempre cenário de conflitos e interesses políticos.” (BAINES, 2012). Em acréscimo, é preciso lembrar que os direitos assegurados aos indígenas, direitos peculiares que se justificam por sua peculiar condição, têm assento constitucional.

Por fim, importante considerar a afirmação do Relator no sentido de que a Constituição não falou de índio no singular, pois não é ele uma *categoria humana puramente abstrata ou fora de qualquer realidade geográfica e social concreta*. Para o Relator, a CR/88 não fez de cada índio considerado individualmente

[...] um favorecido centro subjetivado de direitos pelo exclusivo fato de ser ele o primitivo habitante do Brasil e de se dotar de caracteres físicos, linguísticos e culturais salientemente distintos do colonizador europeu e do africano para aqui forçosamente importado.

Estaria o Relator compreendendo que aos índios só há de se reconhecer todos os direitos assegurados pelo artigo 231 da Constituição quando estiverem no coletivo, em suas diferentes etnias? Um índio considerado individualmente em sua personalidade não seria

sujeito dos direitos constitucionalmente assegurados? Ao que tudo indica, o Relator, em seu voto, delimitou aqueles direitos assegurados aos indígenas no artigo 231 da CR/88 aos índios vivendo coletivamente em seus *habitats* peculiares, ou seja, nas terras indígenas. Os índios individualmente considerados, como pessoa, ou os índios vivendo fora de terras tradicionalmente ocupadas, então, estariam fora de tal proteção. Todavia, não parece ser possível depreender tal sentido do texto constitucional, na medida em que o termo “índios” pode também se referir a mais de um índio individualmente considerado, sem que, para tanto, estejam juntos, vivendo num mesmo espaço.

Estes os principais pontos a destacar do voto do Relator Carlos Ayres Britto. Na sequência, e para estabelecer um paralelo com o voto do Relator, passaremos a analisar alguns aspectos do voto do Ministro Cezar Peluso. Como dito anteriormente, a escolha desses votos se deu em razão dos pontos em que se antagonizam e, de certa forma, compõe o entendimento da Corte acerca da identidade dos indígenas.

4.2 Voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso proferiu seu voto após vários outros Ministros, dentre os quais, o Ministro Menezes Direito, que produziu voto-vista no qual apresentou formato decisório diferenciado, com a delimitação de condições ao usufruto dos índios sobre suas terras, no que foi em grande parte acompanhado pelos demais Ministros da Corte, inclusive pelo Relator.

As condições impostas pelos Ministros demandariam análise aprofundada e própria, incompatível com o tamanho e objetivo do presente artigo. Todavia, importante dizer que tais condições inovaram substancialmente o texto constitucional, na medida em que o STF, através delas, delimitou o conteúdo do usufruto da terra indígena Raposa Serra do Sol pelos índios, sem que isso tivesse sido trazido como objeto de disputa na Ação Popular sob análise, caracterizando excesso e julgamento *extra petita*. Este, inclusive, foi o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa em seu voto: as condições estabelecidas caracterizaram julgamento *extra petita*, sem que fosse sequer dada oportunidade para as partes se manifestarem sobre tais condicionantes. Nesse ponto, o STF agiu como verdadeiro legislador e interpretou para além do texto constitucional. Assim fazendo, agiu como tutor dos índios, como se estes fossem ainda menores, como propunha o Código Civil de 1916, e em total desacordo com o estabelecido no art. 231, da CR/88, quando diz que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as

terras que tradicionalmente ocupam [...] e no § 2º do art. 231, CR/88, quando diz que aos índios cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras que tradicionalmente ocupam.

Ao longo de seu voto, o Ministro Cezar Peluso vai considerando as condições propostas pelo Ministro Menezes Direito, para, em parte ou integralmente, aceitá-las ou refutá-las. É oportuno lembrar, novamente, que o objeto de análise nos votos diz respeito apenas às formas de reconhecimento das identidades indígenas pelos Ministros. Assim, nem a integralidade da questão e nem seu cerne (demarcação de terra indígena) serão aqui analisados.

Feita a ressalva, importa destacar que o Ministro Cezar Peluso rechaçou veementemente a possibilidade de aplicação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, no Brasil. Acentuou que tal documento não integra e não vincula em nenhum sentido o ordenamento jurídico brasileiro. O Ministro demonstrou em seu voto grande preocupação com algumas das concepções veiculadas na referida Declaração, especialmente aquelas que fomentam ideias de nacionalidade própria aos indígenas, considerados como povos independentes e, assim, que pudessem ensejar intuítos de separação territorial e quebra da unidade nacional brasileira.

O Ministro também destacou o relevante serviço prestado pelas Forças Armadas (art. 142, CR/88), especialmente em áreas de fronteiras, sejam elas terras indígenas ou não. Declarou que o regime jurídico das terras indígenas não pode excluir a eventual ação incondicionada das Forças Armadas em seu interior e que, para tanto, independem de prévia autorização, consentimento ou assentimento das populações indígenas.

Este ponto especificamente interessa, na medida em que o Ministro demonstra clara prevalência dos comandos constitucionais que regem as Forças Armadas em detrimento daqueles que referem os direitos dos indígenas. Sua relevância cresce quando cotejamos os dispositivos constitucionais com aqueles estabelecidos pela Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que adentrou nosso ordenamento jurídico através do Decreto Legislativo n. 143, de 20/06/2002 e do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/04/2004. Tal Convenção tem força cogente no Brasil. Em seu artigo 6º, a Convenção estabelece que os indígenas devem ser ouvidos sempre que atingidos por determinada medida legislativa ou administrativa. Ao que tudo indica, tal ato normativo foi completamente ignorado pelo Ministro em seu voto, a despeito de ter sido mencionado por outros Ministros ao longo do julgamento e de integrar nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma, os dispositivos da Convenção 169 da OIT foram ignorados pelo Ministro no que se refere aquelas áreas ditas de dupla afetação, posto estarem a um só tempo, dentro de área de terra indígena e, concomitantemente, de área de proteção ambiental. Para o Ministro, tal dupla afetação é incompatível e tais áreas estariam sujeitas exclusivamente ao regime jurídico de proteção ambiental previsto no art. 225 da CR/88 e na Lei 9.985/2000. E mais: ainda que vencido neste ponto, registra que nem os indígenas e nem a FUNAI tem qualquer participação na administração dessas áreas.

Ser pessoa, como dito, implica em reconhecimento, que se dá na alteridade. “Segundo Taylor, a identidade humana é criada *dialogicamente*, como reação às nossas relações, incluindo os próprios diálogos com os outros” (GUTMANN *apud* TAYLOR, 1998). No mesmo sentido, Bauman (2005) e Hall (2014). Ora, para tanto, consequentemente, é preciso ter o direito ou, pelo menos, a possibilidade de falar, se expressar, opinar e ter sua fala e opinião consideradas nos processos decisórios que lhes envolvem. Isso está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, mas, parece, foi ignorado.

Se a identidade humana é dialogicamente criada e constituída, então o reconhecimento da nossa identidade exige uma política que nos dê espaço para decidirmos publicamente sobre todos aqueles aspectos da nossa identidade que partilhamos ou, pelo menos, potencialmente, com outros cidadãos.(GUTMANN *apud* TAYLOR, 1998, p. 25)

Parece que a compreensão da identidade étnica dos índios como sendo infantil ou inferior, que demanda tutela até que atinjam a maioridade, aqui representada por sua aculturação, foi prevalente no voto do Ministro Cezar Peluso. Em seu voto, o Ministro prevê a aculturação dos índios como algo desejável, à semelhança do que fazia o Estatuto do Índio, ao estatuir estágios da integração dos índios à comunhão nacional. Integração significando, então, a extinção de sua identidade étnica.

Nesse sentido, para o Ministro, até mesmo as demarcações demandarão revisões, não para sua ampliação, mas

[q]uando as populações indígenas se tiverem integrado, de modo que as demarcações já não tenham nenhum sentido econômico, jurídico, nem político, que é o que se espera. Afinal de contas, atrás da decisão desta causa, não pode estar a ideia – que me parece absurda – de que o progresso da civilização seja coisa tão perversa que os índios devam ficar-lhe à margem. (PELUSO)

O grande dissenso entre os dois votos analisados reside na forma como cada Ministro compreende a integração nacional entre os índios e os não-índios. Se para o Ministro Ayres Britto a integração implica em uma via de mão dupla, de mútuo aprendizado, para o Ministro

Cezar Peluso, a integração implica numa necessária incorporação dos indígenas pela sociedade envolvente, civilizada, e sua aculturação.

O Ministro Peluso conclui seu voto afirmando a necessidade de que o Estado, através de seus diferentes agentes, deixe de se omitir no apoio indispensável às populações indígenas. Do contrário, os indígenas estarão condenados, por omissão, a permanecer em estado primitivo de sobrevivência. Aqui, mais uma vez, transparece a noção de integração dos índios que permeou todo o voto do Ministro Cezar Peluso: é preciso tirá-los de seu estágio primitivo. Entendimento diametralmente oposto aquele explicitado por Barth (1969), Oliveira (1976; 2000) e Cunha (1987).

A ideia de que as identidades não são estáveis ou petrificadas, pode ser aplicada a todas as pessoas, sejam elas indígenas ou não. Tanto é assim que é possível afirmar, usando o argumento de alguns Ministros, que o próprio Estatuto do Índio reconheceu uma possível dinâmica ao estabelecer categorias⁴ distintas de índios já na década de 70 do século XX. O equívoco, todavia, implicava em entender tais rótulos como expressões da total identidade indígena e, assim, limitadores ou ampliadores de direitos. Ora, a identidade de pertença possibilita que um índio possa aprender valores, línguas e formas de expressão da sociedade não-indígena e, nem por isso, deixar de ser índio ou perder seus direitos enquanto tal.

Destarte, a dicotomia desenvolvimento da civilização-primitivismo dos índios é falaciosa e não corresponde aos ditames constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de pessoa foi sendo complexificada para o Direito, fazendo com que ela passasse a ocupar o centro do ordenamento jurídico de forma cada vez mais evidente. Também para a pessoa do índio e para os índios considerados em suas coletividades, houve paulatino reconhecimento e ampliação de direitos, sendo a CR/88 considerada um marco de suas conquistas.

Todavia, sendo a CR/88 texto aberto, que necessita de interpretação e sendo o STF seu intérprete último, forçoso reconhecer que em grande medida é ele que vai delimitar os direitos

⁴Importante lembrar que tais categorias (índios isolados, índios em vias de integração e índios integrados), previstas no art. 4o. do Estatuto do Índio, são consideradas superadas e não mais aplicáveis, pois pressupunham um assimilacionismo dos indígenas pela sociedade envolvente, como se esta estivesse em estágio mais avançado de desenvolvimento e, portanto, que os índios deixariam de ser índios à medida que fossem “incorporados à comunhão nacional”.

assegurados aos povos indígenas. Tal atividade realizadora extrapola, muitas vezes, o previsto na CR/88. Ao que tudo indica, foi o que ocorreu no julgamento do caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, na medida em que o STF delimitou a forma de exercício dos direitos territoriais daqueles povos indígenas estabelecendo condições para seu usufruto, para além do previsto no texto Constitucional. Assim agindo, a Corte se manifestou como tutora de cidadãos menores, os índios, que parece que ainda não têm sua autonomia pessoal e maioridade efetivamente reconhecidas. Autonomia aqui compreendida no sentido de que a cada indivíduo deve ser assegurado escolher os rumos da própria vida, no sentido proposto por Stancioli (2010), para que possa viver uma vida boa, com dignidade. Para os índios, tal vida boa está relacionada com o reconhecimento à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, conforme estabeleceu a CR/88 no art. 231.

Especificamente quanto ao objeto de nossa análise, pode-se constatar que os entendimentos acerca do que é ser índio e o que é ser povo indígena são bastante dissonantes. Parece que a dissonância vai no sentido de que – ou se é a favor da causa indígena, ou se é contrário. É essa *lógica binária* que segue orientando as discussões acerca dos direitos dos povos indígenas ainda hoje.

No que se refere aos votos analisados, pode-se dizer que se afastam em seus fundamentos, inclusive com compreensões diametralmente opostas acerca da identidade étnica e suas repercussões jurídicas. Assim, por exemplo, a percepção acerca do que seja a integração dos índios e como ela repercute em suas identidades étnicas. Todavia, os dois votos analisados se aproximam quanto ao resultado. Quer parecer que se aproximam quanto à percepção ainda infantilizada acerca dos índios, na medida em que estabelecem condições para o exercício de direito originário sobre as terras que ocupam e, a despeito de reconhecerem que aos índios foi deferido rol *sui generis* de direitos pela CR/88, ao interpretá-los, o fazem de forma parcial.

Da análise realizada, é possível afirmar que, quanto ao que significa ser índio no Brasil após a CR/88 e à amplitude dos direitos a eles assegurados, mesmo entre os Ministros do STF, há grande dissenso. A compreensão de que as pessoas mudam, mas que seu senso de pertença, sua identidade étnica se mantém independentemente do lugar e do tempo em que estejam, sofre restrições quando observamos a imagem que os Ministros têm dos índios. Apesar disso, ainda assim, a decisão acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol pode ser considerada um avanço, na medida em que trouxe o assunto para a pauta central

de discussões e possibilitou um diálogo de posições tão antagônicas, especialmente acerca das identidades indígenas.

6 REFERÊNCIAS

BAINES, Stephen Grant. O movimento político indígena em Roraima: identidades indígenas e nacionais na fronteira Brasil-Guiana. **Caderno CRH**, v. 25, n. 64, p. 33-44, jan./abr. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792012000100003. Acesso em 18 mar. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BRASIL, Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3388. Relator: Ministro Carlos Aires Britto. 19 mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 07 dez. 2015.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GIUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HALL, Stuart. **Da diáspora**: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lamparina, 2014.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do sul (do sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 111-151.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade, etnia e estrutura social**. São Paulo: Pioneira, 1976.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Os (des)caminhos da identidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 15, n. 42, p. 7-21, fev. 2000.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STANCIOLI, Brunello Souza; CARVALHO, Nara Pereira. A pessoa atravessa o espelho: a identidade como livre (re)construção de si e do mundo. In: LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna (Coord.). **Direitos e fundamentos entre vida e arte**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 39-53.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

VERAS, Marcos Flávio Portela; DE BRITO, Vanderli Guimarães. Identidade étnica: a dimensão política de um processo de reconhecimento. **ANTROPOS - Revista de Antropologia**, vol. 5, ano 4, p. 106-125, maio 2012.