

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DAIZE FERNANDA WAGNER

O PARADOXO DAS IDENTIDADES INDÍGENAS NO PODER JUDICIÁRIO:
O CASO RAPOSA SERRA DO SOL, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O
RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE ÉTNICA DOS INDÍGENAS: NECESSIDADE
DE REPENSAR O *STATUS* JURÍDICO EFETIVO DOS INDÍGENAS NO BRASIL

BELO HORIZONTE

2017

DAIZE FERNANDA WAGNER

**O PARADOXO DAS IDENTIDADES INDÍGENAS NO PODER JUDICIÁRIO:
O CASO RAPOSA SERRA DO SOL, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O
RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE ÉTNICA DOS INDÍGENAS: NECESSIDADE
DE REPENSAR O *STATUS* JURÍDICO EFETIVO DOS INDÍGENAS NO BRASIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça

Linha de Pesquisa: História, Poder e Liberdade

Projeto de Pesquisa Coletivo: Pessoa e Identidades Pós-nacionais

Professor Orientador: Dr. Brunello Stancioli

BELO HORIZONTE

2017

R467f Wagner, Daize Fernanda
O paradoxo das identidades indígenas no poder judiciário: o caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da identidade étnica dos indígenas: necessidade de repensar o status jurídico efetivo dos indígenas no Brasil / Daize Fernanda Wagner. – 2017.

Orientador: Brunelo Souza Stancioli.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF) – Jurisprudência –
2. Reserva indígena – Roraima 3. Demarcação de terras – Roraima 4.
Índio – Aspectos constitucionais 5. Reserva indígena – Raposa - Serra
do Sol (Uiramutã, RR) I. Título

CDU 342.724(=981)

O PARADOXO DAS IDENTIDADES INDÍGENAS NO PODER JUDICIÁRIO: O CASO RAPOSA SERRA DO SOL, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE ÉTNICA DOS INDÍGENAS: NECESSIDADE DE REPENSAR O STATUS JURÍDICO EFETIVO DOS INDÍGENAS NO BRASIL

A candidata foi considerada _____ pela banca examinadora.

Professor Doutor Brunello Souza Stancioli (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Giordano Bruno Soares Roberto
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Nicolau Eládio Bassalo Crispino
Universidade Federal do Amapá
Membro Externo

Professora Doutora Nara Pereira Carvalho
Universidade Federal de Juiz de Fora
Membro Externo

Professora Doutora Simone Garcia Almeida
Universidade Federal do Amapá
Membro Externo

Aos meus Tucujús:

Edielson, Mariana e Pedro Paulo, com todo o meu amor e
gratidão.

Para minha mãe, Cládis, pelo apoio incondicional e presença
constante, mesmo quando distante.

Para meu pai, Erich, cuja lembrança amorosa é uma presença
que me dá força para seguir na caminhada.

Aos Povos Indígenas de Oiapoque, que iluminaram meu olhar,
inspiraram a desnaturalizar as diferenças estigmatizantes e
ajudaram a descolonizar meu pensamento.

Para todos aqueles que têm coragem de lutar por
reconhecimento, especialmente nesses tempos estranhos de
desesperança.

“Tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo”.

Carlos Drummond de Andrade

“Ninguém é melhor, ninguém é pior. A gente só somos diferentes, mas este respeito não é recíproco. Porque o não-índio, ele tá acostumado a rotular tudo o que ele vê. Pra ele o índio é assim e, se não for assim, não é índio. ‘Índio na cidade grande? Índio indo pra Brasília brigar por direitos? Ah, não é índio. Índio é pra tá na mata. Índio é pra tá no meio da selva.’ (VENTURI, et al., 2013)

AGRADECIMENTOS

Sempre gostei de ler as folhas de agradecimento em livros, teses, dissertações, monografias. Para alguns, é uma parte cuja leitura é dispensável e monótona, já que se refere a tantas pessoas desconhecidas. Para mim, uma parte emocionante, na qual a humanidade, na sua versão mais doce, traduz-se em gratidão, carinho e amor, que afloram de forma tão singela. Desde o início fiquei imaginando como faria meus agradecimentos. Inicialmente, imaginava que nem seriam tantos assim. Tolo engano. Hoje percebo que são tantas as pessoas e por tão diversos motivos a agradecer, que muitas delas sequer vou mencionar expressamente, pois não conseguiria mencioná-las todas individualmente, sob pena de ser esta uma das maiores partes deste trabalho. Escrevo esses agradecimentos tomada pela emoção, pela gratidão e alegria de ter podido e ainda poder contar e conviver com pessoas tão importantes e especiais.

Ao meu orientador, Professor Brunello Stancioli, por tudo: pela orientação, pelo aprendizado nas aulas da graduação que acompanhei fazendo estágio de docência, pelas aulas da pós-graduação que me apresentaram a Filosofia Analítica, pela postura próxima e sem hierarquias. Professor Brunello, que prefere ser chamado só de Brunello e teve participação decisiva nesta tese, dando direção e contornos precisos em momentos de crise.

Aos professores da Faculdade de Direito da UFMG, especialmente aqueles que se envolveram com o projeto do DINTER com a UNIFAP, aceitaram o desafio, viajaram a Macapá e trocaram muitas experiências e conhecimentos conosco. Vocês ajudaram a mudar para melhor nosso curso de Direito da UNIFAP. Aprendi muito com cada um. Muito obrigada por tantos ensinamentos – tanto em Macapá, quanto em BH!

Desses professores, gostaria de destacar e agradecer especialmente ao Professor Giordano Soares Roberto, que teve presença importante desde antes do início do DINTER, como Coordenador do Programa da Pós, foi professor em disciplina que me fez refletir profundamente sobre meu fazer docente e participou da qualificação deste trabalho. Suas contribuições foram tão importantes! Sua postura gentil e leve não esconde o pensador crítico e atuante, sempre envolvido no processo de constante melhoria do ensino jurídico.

Meu agradecimento especial também à Professora Maria Fernanda Salcedo Repolês, que foi nossa professora em Macapá, trouxe grande contribuição ao meu projeto de tese e participou da qualificação. A partir de sua fala percebi que não precisava temer em ousar e me posicionar de forma contundente, quando necessário. Professora Maria Fernanda é uma guerreira em vestes de bailarina.

Aos integrantes do PERSONA, grupo de pesquisa liderado pelo Professor Brunello, que tão gentilmente me recebeu e ajudou, compartilhando materiais e experiências.

Aos servidores da UFMG, especialmente aqueles da Faculdade de Direito, que fazem a Universidade funcionar a despeito de todas as dificuldades, de diversas ordens. Desses zelosos servidores, meu agradecimento especial aos bibliotecários – a todos, não só da UFMG, mas também da UNB, do Memorial Darcy Ribeiro e da UNIFAP. As bibliotecas são lugares tão bons e ricos por conta da presença, trabalho e prestatividade dos bibliotecários, dentre os quais menciono Juliana Moreira Pinto, da Faculdade de Direito da UFMG, e Gerson Figueiredo de Freitas, da FAFICH/UFMG, sempre dispostos a auxiliar.

Meu agradecimento especial também aos servidores que trabalham na Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Através de seu trabalho zeloso encurtaram as distâncias.

Agradeço também aos meus colegas da UNIFAP, professores e técnicos, companheiros de trabalho. Em especial, agradeço aos colegas que estão à frente da administração da UNIFAP, tendo à frente nossa Reitora, Professora Eliane Superti, e Professora Adelma das Neves Nunes Barros, Vice-Reitora. A todos eles, meu reconhecimento pelos desafios que aceitaram enfrentar e pelo investimento de esforços na aprovação de DINTERS, que têm mudado o perfil docente da UNIFAP.

Ao Professor Adilson Mendes, do curso de Fisioterapia da UNIFAP, pela amizade e por abrir caminhos no Oiapoque. A Joaquim César da Veiga Netto, querido amigo e colega Professor do curso de Artes da UNIFAP, que entre outras coisas encontrou livro importante no RJ! À Simone Garcia Almeida, querida amiga e colega Professora do curso de História da UNIFAP, que partilhou comigo parte da vivência junto aos Povos Indígenas do Oiapoque, gentilmente cedeu os arquivos originais de pós-doutoramento, discutiu e revisou o projeto quando ainda estava numa fase inicial. Obrigada, minha amiga!

À Professora Liudmila Miyar Otero, então Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação da UNIFAP, e Professora Juliana Monteiro Pedro, do curso de Direito da UNIFAP, pela dedicação no processo de criação e aprovação do DINTER. Ao Professor Nicolau Eládio Bassalo Crispino, colega do curso de Direito da UNIFAP e Coordenador do DINTER na UNIFAP, pelo apoio incondicional, dedicação e disposição à frente do DINTER em Macapá e por ser um Professor tão central e exemplar em nosso curso. Muito obrigada! Agradeço também à Vilmara C. Fonseca Gomes e Sandra Sacco Silva, responsáveis por secretariar o DINTER na UNIFAP, que exerceram sua missão com cuidado, prestatividade e rapidez. Aos colegas do Colegiado do curso de Direito da UNIFAP e aos nossos queridos

alunos, pela compreensão e torcida. À CAPES, por tornar possível este trabalho.

Aos colegas do DINTER. Em meio a um doutorado tanta vida acontece, ou, melhor dizendo, em meio a tanta vida, um doutorado acontece. Cada um de nós passou por diferentes provações, superou situações difíceis e encontrou disposição para seguir. No meio desse caminho pessoas nasceram, pessoas morreram, relações foram desfeitas, outras surgiram. Enfim, num certo sentido, somos sobreviventes. Agradeço o convívio, a parceria e a caminhada conjunta durante o curso.

À família Fensterseifer, amigos muito queridos e inspiradores, que de Porto Alegre deram apoio, e especialmente à Bia, que ajudou garimpando julgados antigos. Muito obrigada, Marcelo, Maria Rita, Beatriz, Eduardo e Bernardo!

À minha mãe, Cladis Ruth Wagner, que literalmente largou sua vida em Igrejinha/RS e foi morar comigo em BH para cuidar de Mariana enquanto eu estudava. Ela nos cuidou e ainda me deu conforto e segurança para seguir na caminhada do doutorado. Palavras não são suficientes para expressar meu agradecimento.

À memória de meu pai, Erich Frederico Wagner, que nos deixou há tanto tempo, mas que ainda é tão presente em meus pensamentos e em nossas vidas. Ele sempre entendeu o estudo como investimento e sempre fez questão desse investimento. Espero estar honrando sua memória e legado com este trabalho.

Ao meu esposo amado, Edielson, que assumiu a caminhada comigo, cuidou de nossa vida em Macapá enquanto eu estive ausente e ainda foi o portador de tantas alegrias, a cada reencontro. Sua presença, apoio e paciência foram fundamentais.

A minha filha Mariana, que nasceu no meio do doutorado. Ela é certamente o título mais relevante que já recebi na vida: mãe, ou *mammy mow*, como ela tantas vezes já me chamou. Sem nem entender direito, participou dessa caminhada e trouxe tantas alegrias!

Às minhas famílias do Sul e do Norte. Cada uma, de seu jeito, contribuiu para que este trabalho acontecesse. Sinto-me particularmente grata e privilegiada por ter uma família assim, nos dois extremos do país. Especialmente, vovó Stella, tia Preta, Dudu e “Tita” Euda que, entre outras coisas, também cuidaram com zelo de Mariana nas minhas ausências.

Três páginas de agradecimentos numa tese talvez pareça excessivo, mas seu tamanho é muito menor do que a minha profunda gratidão em relação a cada uma das pessoas aqui mencionadas. Ao final, espero estar encerrando este arquivo, doutorado, com equanimidade, na certeza de que a humanidade que nos une é maior que as diferenças que possam nos distinguir.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objeto a identidade étnica dos indígenas no Brasil e a concretização de seus direitos constitucionais a partir da promulgação da CR/88. A compreensão sobre a identidade étnica nas Ciências Sociais se modificou significativamente, sobretudo na década de 1970, merecendo grande destaque os estudos desenvolvidos pelo antropólogo Fredrik Barth acerca dos grupos étnicos e suas fronteiras. Ao romper com a concepção culturalista como base para a explicação da existência e da manutenção de grupos étnicos e, por consequência, da identidade étnica, Barth acabou influenciando o repensar nos rumos dos estudos etnográficos em perspectiva assimilacionista. Inicialmente, propõe um percurso na compreensão da identidade étnica indígena para, então, discutir sua influência e adoção pelo Direito brasileiro, especialmente a partir da promulgação da CR/88. Tomando esses estudos antropológicos por fio condutor, a investigação aqui proposta visa desvelar a compreensão da identidade étnica indígena que emerge em julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiram assuntos relacionados à questão indígena a partir da promulgação da CR/88. Dos casos analisados, recebeu destaque a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima, levando a julgamento perante o STF através da Petição n. 3388, entre os anos de 1998 e 1999. Por ser considerado paradigmático na forma como enfrentou os problemas veiculados naquela demanda e também pelas soluções polêmicas que propôs, esse acórdão suscita questionamentos quanto à delimitação que propõe à identidade étnica indígena. Analisa ainda outras decisões tomadas pelo STF em casos nos quais a identidade étnica indígena é posta como questão relevante ao debate e à resolução do conflito, iniciando por vários julgados influenciados pela decisão tomada no caso da Pet n. 3388. Grande parte dos acórdãos abordados trata de conflitos fundiários e demarcação de terras indígenas. Todavia, além deles também são analisados julgados que tratam da competência e da imputabilidade penal de indígenas. Em todos despontam compreensões acerca da identidade étnica dos indígenas e as consequências de seu reconhecimento ou não. Por fim, propõe a revisão da compreensão acerca da identidade étnica adotada pelos Ministros do STF, que parece não ter efetivamente rompido com a concepção culturalista da identidade, a despeito da legislação nacional, a começar pela CR/88 e pela Convenção 169 da OIT (Decreto n. 5.051/2004), já ter superado tal compreensão. A pesquisa aqui proposta se insere na vertente jurídico-sociológica, na medida em que discute a realização concreta de dispositivos da CR/88 e sua relação com outras normas contidas no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) e na Convenção 169 da OIT. Segue o tipo metodológico jurídico-exploratório, através da análise da identidade étnica indígena, sua relação com o exercício de direitos e seu reconhecimento pelo STF. Também adota o tipo jurídico-propositivo, pois parte do questionamento de normas jurídicas e sua interpretação pelo STF e, daí, procura propor mudança no entendimento firmado. No que se refere às técnicas de análise de conteúdo, trata-se de pesquisa teórica, que analisa conteúdos de textos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema.

Palavras-chave: Identidade étnica indígena. STF. CR/88. Reconhecimento.

ABSTRACT

This research has the aim to discuss the ethnic identity of the indigenous in Brazil and the materialization of their constitutional rights starting from the promulgation of the Federal Constitution of Brazil in 1988 (CR/88). The understanding on the ethnic identity in the Social sciences has changed significantly since 1970's, highlighting the studies developed by the anthropologist Fredrik Barth on the ethnic groups and their borders. Breaking with the cultural conception as core for the explanation of existence and maintenance of ethnic groups and, as consequence, of the ethnic identity, Barth influenced the rethinking of the ethnographical studies into an assimilationist perspective. Initially proposes a path in the direction for the comprehension of indigenous ethnic identity, in order to, discuss its influence and adoption by the Brazilian Law, particularly from the promulgation of the Federal Constitution/88. Considering these anthropological studies as references, the proposed investigation intends to reveal the understanding of the indigenous ethnic identity that emerges in cases from Federal Supreme court (STF) which decided issues related to the indigenous cause since the promulgation of Federal Constitution / 88. Among the decisions to be analyzed, it stands out the case of the demarcation of the of the indigenous land named Raposa Serra do Sol in the state of Roraima, judged by STF, through the Petition no. 3388, during 1998 and 1999. To be considered paradigmatic in the form how it faced the problems related to that demand and also for the controversial solutions which were proposed, that judgment brings questions in order to the limits of the indigenous ethnic identity. Finally, it proposes a review of the understanding over the ethnic identity adopted by the Justice of the Supreme Court, which seems not to break with culturalist conception, according to the national legislation, since the Federal Constitution/88 and by the ILO's Convention 169 (Decree no. 5051/2004), which had already changed such comprehension. It also analyses other decisions from the Federal Supreme Court related to cases which the indigenous ethnic identity is relevant to the debate of conflict solution, starting from several ones who were influenced by the decision taken in the case of the Pet no. 3388. A significant number of analyzed judgments are related to land property conflict and indigenous settlement. However, besides these, there are also analyzed judgments which are related to the competence and of Penal Imputability of the Indians. All of the cases have the comprehension of the indigenous ethnic identity and its consequences of recognition or not. The research is a juridical-sociological format, once it discusses the concrete accomplishment of the provisions from the Federal Constitution / 88 and their relations with other regulations from the Statute of the Indian (Law n. 6.001/73) and ILO's Convention 169 (Decree no. 5.051/2004). It follows the juridical-exploratory methodological type, through the analysis of the indigenous ethnic identity, its relation with the practice of the rights and its recognition by STF. It also adopts the juridical-proposal type, because it starts from the questioning of judicial rules their interpretation by STF and, then, it tries to propose a change in this understanding. According to the techniques of content analysis, it is a theoretical research, that it analyzes contents of legislative texts, jurisprudences and doctrinaire on the theme.

Keywords: Indigenous Ethnic Identity. STF. Federal Constitution/88.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	Associação Brasileira de Antropologia
ACO	Ação Cível Ordinária
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
ARE	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo
CC	Código Civil
CIMI	Conselho Indigenista Missionário
CNA	Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
CP	Código Penal
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil
Convenção 169 da OIT	Decreto n. 5.051/2004
DINTER	Doutorado Interinstitucional
EI	Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973)
FUNAI	Fundação Nacional dos Índios
MS	Mandado de Segurança
Pet	Petição
RE	Recurso Extraordinário
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
SPI	Serviço de Proteção aos Índios (e Localização dos Trabalhadores Nacionais – até 1918)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJRR	Tribunal de Justiça do Estado de Roraima
UNIFAP	Universidade Federal do Amapá
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 IDENTIDADE ÉTNICA INDÍGENA: alinhavando um percurso	31
1.1 Delimitações iniciais	31
1.2 A importância da identidade na afirmação de direitos à diferença	37
1.3 A identidade étnica na perspectiva culturalista	43
1.4 Os estudos sobre aculturação no Brasil.....	46
1.5 Retornando a Max Weber: comunidades étnicas são formas de organização política ...	49
1.6 Contribuições de Fredrik Barth para a compreensão dos grupos étnicos e suas fronteiras	52
1.7 A etnografia brasileira influenciada por Barth.....	59
1.8 A identidade étnica indígena e o Direito.....	63
1.9 O longo percurso do reconhecimento da identidade étnica indígena no Direito Brasileiro: a participação dos indígenas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988	68
2 O CASO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL	77
2.1 Contextualizando o processo demarcatório	79
2.2 A ação popular – Pet. n. 3388	80
2.3 A identidade étnica indígena na ementa da decisão.....	84
2.4 O voto do Ministro Ayres Britto	86
2.4.1 O significado do substantivo “índios” no voto do Relator.....	88
2.4.2 Os índios como parte essencial da realidade brasileira.....	92
2.4.3 Identidade étnica e espaço territorial.....	97
2.5 O Voto do Ministro Menezes Direito.....	99
2.5.1 As 18 condicionantes propostas pelo Ministro Menezes Direito.....	105
2.6 O Voto da Ministra Cármen Lúcia.....	110
2.7 O Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	111
2.8 O Voto do Ministro Eros Grau.....	111
2.9 O Voto do Ministro Joaquim Barbosa	112
2.10 O Voto do Ministro Cezar Peluso	113
2.11 O Voto da Ministra Ellen Gracie	116
2.12 O Voto do Ministro Marco Aurélio Melo	116

2.13	O Voto do Ministro Celso de Mello.....	118
2.14	A decisão final na Pet n. 3388.....	122
2.15	Os Embargos Declaratórios na Pet. n. 3388.....	128
3	JULGADOS POSTERIORES À PET N. 3388: sua influência reverbera	140
3.1	O MS n. 31.100 AgR/DF - Terra Indígena Jatayvary	141
3.2	O RMS n. 31.240 AgR/DF - Terra Indígena Buriti	143
3.3	O RMS n. 29.087 - Terra Indígena Guyaroka	144
3.4	O RMS n. 29.542 – Terra Indígena Porquinhos dos Canela–Apãnjekra	153
3.5	O ARE n. 803.462 AgR/MS - Terra Indígena Limão Verde	156
3.6	Proposta de Súmula Vinculante	160
4	O RE n. 419.528/PR – A EXTENSÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PREVISTA NO ARTIGO 109, XI, DA CR/88	166
5	JULGADOS QUE TRATAM DA IMPUTABILIDADE PENAL DE INDÍGENAS	175
6	RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE INDÍGENA PELO STF: necessária revisão de posições	191
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	196
8	REFERÊNCIAS	203
a)	Livros e periódicos	203
b)	Legislação	211
c)	Decisões judiciais.....	212
d)	Artigos de jornais e revistas	217
e)	Teses e dissertações.....	217
f)	Documentos consultados.....	218
g)	Filmes e programas de televisão	219

APRESENTAÇÃO

O embrião deste trabalho surgiu a partir de aulas ministradas no curso de Licenciatura Intercultural Indígena da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP), ocorridas na aldeia do Manga, na terra indígena Uaçá, no município de Oiapoque, estado do Amapá, no ano de 2007. O curso é destinado à formação superior de professores indígenas, para que estejam habilitados a atuar nas escolas de ensino fundamental em suas aldeias. Na ocasião, o componente curricular desenvolvido discutia Povos Indígenas, Políticas Públicas e Direito, tendo sido ministrado em conjunto com a Professora Dra. Simone Garcia Almeida, Professora Associada do curso de História da UNIFAP.

Durante as aulas, três aspectos chamaram grande atenção. O primeiro deles foi o fato de que todos os estudantes se referiam uns aos outros como “parente”, muito embora fossem de etnias diferentes e inexistisse qualquer grau de parentesco entre eles. No convívio diário, logo ficou claro que esse apelo ao parentesco era uma diferenciação em relação aos demais – os não-índios, como nós, os professores da UNIFAP que estavam apenas de passagem pela aldeia do Manga, com um propósito específico. Mesmo que nosso convívio fosse intenso, já que estávamos hospedados na própria aldeia, e que houvesse grande colaboração entre todos, não éramos parte dos “parentes”, éramos “brancos”.

Entre os “parentes” vigorava uma espécie de solidariedade, mútua compreensão e senso de coletividade, apesar das diferenças sempre destacadas em suas falas quanto às suas etnias. A identidade indígena ali se apresentava como um marcador: tanto de pertença ao grupo dos indígenas, quanto de diferença em relação aos outros, os não-índios. Paradoxalmente, quando em contato individual ou em pequenos grupos, nos quais a identidade étnica indígena comum já estava pressuposta, ficava evidente a afirmação de sua pertença a uma dada etnia, que era marcada na fala, pelo ressaltar do que cada uma delas tinha de distintivo em relação às outras. Dos traços evidenciados por eles para se diferenciarem naqueles primeiros contatos, o uso de expressões em suas diferentes línguas, o ressaltar os próprios costumes, o formato diferenciado das grafias corporais e a explicação do jeito de fazer o beiju¹ se destacaram e permaneceram na memória.

O segundo aspecto a chamar atenção foi que os estudantes, todos indígenas que vivem em aldeias no Amapá e no norte do Pará, demonstraram grandes dúvidas e incertezas

¹ Iguaria de origem indígena, feita com a goma da tapioca, fécula extraída da mandioca.

acerca da tutela estatal exercida pela FUNAI.

A tutela era compreendida por muitos deles como algo positivo, que representava proteção e que, se deixasse de existir, implicaria em ser deixado à própria sorte, sem proteção e sem consideração quanto à sua identidade étnica. Nos relatos ficou parecendo que a relação daqueles indígenas com o Estado era marcada pela intermitência e ambiguidade – ora sentiam-se mais protegidos, ora mais abandonados, ora mais vigiados, ora mais livres. Parecia, ainda, que sequer entre eles havia compreensão idêntica acerca do que seria a tutela, qual sua extensão e relação com o Estado e como ela se materializava em seu cotidiano nas aldeias. Assim, entre eles havia os que se diziam favoráveis e, outros, contrários à tutela.

Por fim, também despertou curiosidade o fato de que essa ambiguidade aparecia nos relatos do passado, nas memórias que os estudantes indígenas de Oiapoque compartilharam ao tratar de um lugar muito conhecido entre eles: o Encruzo. Durante as aulas foram suscitadas algumas discussões quanto ao direito penal e ao exercício do *jus puniendi* estatal. Daí o Encruzo ser mencionado com frequência, pois foi utilizado como local de cumprimento de “castigos”, para onde eram enviados os indígenas que não haviam se comportado adequadamente.²

Inicialmente, o Encruzo foi um posto indígena de fiscalização instalado pelo SPI³ na década de 1930, pois estava em posição considerada estratégica. Localizado onde ocorre o encontro dos rios Uaçá e Curupi que seguem, então, em direção ao Oceano, dali era fácil controlar quem entrava no continente vindo do mar, quem saía e quem transitava entre os rios Uaçá, Curupi e Urucauá, nas terras indígenas de Oiapoque.⁴

As condições de permanência no Encruzo, todavia, contrastam com sua localização estratégica. Em razão da proximidade do Oceano, a água é salobra, imprópria para o consumo. Além da escassez de água potável, boa parte do ano o Encruzo fica alagado, em razão do inverno, marcado pela intensidade das chuvas na região, e sob a influência da maré. No Encruzo não é possível plantar mandioca para fazer farinha, um dos principais itens da alimentação dos indígenas daquela região. Na área cresce uma espécie de bambu, conhecido

² WAGNER, Daize Fernanda. A pena privativa de liberdade entre os povos indígenas do Oiapoque: modelo próprio de execução penal? In: Encontro Nacional do CONPEDI, XXIII, 2014a, Florianópolis, p. 91-111. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=199> Acesso em: 30 jan. 2017.

³ O SPI foi criado através do Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, como Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILT). A partir de 1918 passou a ser apenas SPI, tendo por objetivo prestar assistência a todos os índios do território nacional. In: BRASIL. Fundação Nacional do Índio. **O Serviço de Proteção aos Índios (SPI)**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi?limitstart=0#> Acesso em: 6 fev. 2017.

⁴ WAGNER, 2014a.

como taboca, muito difícil de roçar, por ser rígido e ter muitos espinhos.⁵

O uso do Encruzo como lugar de cumprimento de “penas” disciplinares teria sido iniciado pelo SPI, à margem do Poder Judiciário. Ao Encruzo eram enviados os indígenas de todas as aldeias de Oiapoque quando seu comportamento não condizia com o esperado pelos funcionários do SPI, devendo lá permanecer ocupando-se com trabalhos inúteis de roçar o tabocal. Todavia, posteriormente, mesmo depois de extinto o SPI e substituído pela FUNAI, tal prática teria sido mantida pelos próprios indígenas da região.⁶

Este, então, o terceiro aspecto a chamar atenção: o órgão estatal que havia sido criado para tutelar, cuidar e proteger os indígenas era o mesmo que os castigava. O SPI agia à margem do Poder Judiciário, como se fosse um sistema punitivo paralelo estatal criado especialmente para os índios. As narrativas dos estudantes das primeiras turmas do curso de Licenciatura Intercultural Indígena da UNIFAP acerca do Encruzo eram ilustrativas de que essa relação ambivalente que o Estado brasileiro manteve com as populações indígenas ao longo de sua história e que mantém até hoje encontra eco também nas memórias desses povos do norte do Amapá.

Eu, para eles, fui apenas mais uma professora com a qual conviveram por certo período ao longo do curso. Todavia, eles, para mim, foram bem mais que uma nova turma de estudantes. Parafraseando Lévi-Strauss⁷, meu encontro com os indígenas, descrito brevemente nesse relato, representa uma ponte, construída a partir da descoberta da alteridade. Foi a descoberta de relações e não de barreiras. Alargou meus horizontes, na medida em que implicou um sair do círculo restrito dos meus semelhantes, os não-índios.

Desse encontro e da percepção aparentemente distorcida acerca do que seria a tutela, de quem seriam os indígenas para a legislação nacional e qual a extensão dos direitos e proteção recebida do Estado é que surgiram os questionamentos que acabaram afluindo neste trabalho.

⁵ WAGNER, 2014a.

⁶ WAGNER, 2014a,

⁷ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. Tradução de Inácia Canelas. Lisboa: Presença, 1986, p. 101-102.

INTRODUÇÃO

Em 1980, Mario Juruna (Dzururã), liderança indígena Xavante, foi convidado a participar como membro do júri de audiências do IV Tribunal de Russell, ocorrido em Roterdam, na Holanda. Esse tribunal, um fórum livre internacional, tinha por escopo analisar e dar visibilidade a violações cometidas contra direitos de indígenas nas Américas⁸. Com esse propósito, contava com ilustres participantes, como Gabriel Garcia Marques e Eduardo Galeano⁹.

A participação de Juruna nesse evento de visibilidade internacional, todavia, não ocorreu facilmente. A emissão de seu passaporte foi contestada pelo então presidente da FUNAI e pelo Ministro do Interior, ao qual a FUNAI estava subordinada. O argumento se resumia ao fato de que sendo indígena, Juruna era relativamente incapaz, nos termos do artigo 6º, IV e parágrafo único, do CC de 1916, e do artigo 7º do EI. Destarte, para viajar, demandaria a presença de seu tutor, a FUNAI.

Com o objetivo de garantir a emissão de seu passaporte e a viagem, foram impetrados dois *habeas corpus* e um mandado de segurança em favor de Juruna no TFR. O caso acabou tomando proporções imprevistas, inicialmente em razão do grande interesse que despertou na imprensa. Além disso, Juruna teria tomado conhecimento da negativa a seu pedido administrativo para viajar através da imprensa nacional, em razão de entrevista concedida pelo Ministro do Interior sobre o assunto¹⁰.

Ao final, o Pleno do TFR, por maioria, decidiu o mérito da questão em 27 de novembro de 1980, concedendo o pedido, para assegurar o direito de Juruna viajar ao exterior independentemente de autorização tutelar ou suprimento desta e garantindo-lhe a expedição do passaporte.¹¹ A pressão dos organizadores do Tribunal Russell, que nesse ínterim tinham

⁸ Na época, o Tribunal analisou cinco casos oriundos do Brasil: o dos Waimiri-Atroari e dos Yanomamis, ambos de Roraima, o caso da terra indígena Mangueirinha, no Paraná, o caso da prelazia do Rio Negro, no Amazonas e o caso dos Nambiquaras, no Mato Grosso. GUIDE. *Archive of the Fourth Russell Tribunal on the rights of the Indians of the Americas*. Disponível em: <http://www.brill.com/archive-fourth-russell-tribunal> Acesso em 09 fev. 2017.

⁹ GRAHAM, Laura R. Citando Mario Juruna: imaginário linguístico e a transformação da voz indígena na imprensa brasileira. **Revista Mana**, Rio de Janeiro, vol. 17, n. 2, p. 271-312, ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132011000200002 Acesso em: 10 nov. 2016.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Habeas Corpus* n. 4.876 e n. 4.880. Relator: Ministro Adhemar Raymundo. Brasília, 27 nov. 1980. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 83, p. 248-301, mar. 1982.

¹¹ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Habeas Corpus* n. 4.876 e n. 4.880. Relator: Ministro Adhemar Raymundo. Brasília, 27 nov. 1980. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 83, p. 248-301, mar. 1982.

elegido Juruna presidente do júri, foi decisiva para o desfecho do caso.¹²

A polêmica sobre a viagem de Juruna serviu, dentre outras coisas, para evidenciar o enorme dissenso acerca da tutela estatal aos indígenas. Além disso, tornou evidente que o tratamento infantilizado e de incapacidade que lhes era dispensado constituía prática não só do órgão tutor, a FUNAI, mas também do Poder Judiciário.

No julgamento, os Ministros do TFR debateram os direitos de Juruna, os limites da tutela e as responsabilidades do Estado como tutor dos indígenas. De seus votos é possível colacionar posições absolutamente antagônicas sobre a condição jurídica dos indígenas no Brasil. Assim, por exemplo, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, posicionando-se contrariamente à concessão do HC, entendeu que os poderes tutelares de proteção conferidos à FUNAI, nos termos do artigo 7º do EI, deveriam ser exercidos conforme o direito comum. O Ministro argumentou que Mário Juruna deveria ter pedido nomeação de curador especial, a fim de que este requeresse suprimento de consentimento para que pudesse viajar, de forma semelhante, ao que estabelecia o artigo 387 do CC de 1916 para os casos de conflito de interesses entre pais no exercício do pátrio poder e seus filhos menores.

O Ministro argumentou ainda que a FUNAI, no exercício da tutela, poderia restringir o direito de liberdade de Juruna e também outros direitos, sempre em seu favor, tal como previsto também para outros menores. Ou seja, para o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Juruna deveria ser tratado como um menor incapaz, a despeito de ser ele liderança internacionalmente conhecida por sua atuação na defesa dos interesses e direitos dos Xavantes.¹³

Por outro lado, em voto sintético favorável à concessão do HC, o Ministro Jarbas Nobre afirmou que “tutelar é proteger, é amparar, é defender”. Nessa direção, ainda segundo o Ministro, o instituto da tutela não poderia se prestar à discriminação, à separação, à distinção e, ao que lhe parecia, era o que ocorria no caso em julgamento: tentando “separar o índio do branco em prejuízo daquele.”¹⁴

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Madeira, posicionando-se pelo deferimento da ordem, enxergou que “[a] vida dúplice que leva o índio que assume o comando de sua nação, dá-lhe uma capacidade que o qualifica para a vida civil.” Percebe-se que, mesmo entre

¹² GRAHAM, 2011, p. 281.

¹³ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Habeas Corpus* n. 4.876 e n. 4.880. Relator: Ministro Adhemar Raymundo. Brasília, 27 nov. 1980. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 83, p. 248-301, mar. 1982, p. 283.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Habeas Corpus* n. 4.876 e n. 4.880. Relator: Ministro Adhemar Raymundo. Brasília, 27 nov. 1980. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 83, p. 248-301, mar. 1982, p. 286.

os Ministros que votaram favoravelmente à viagem de Juruna, o argumento estava vinculado à ideia de que o Estado é devedor de proteção aos indígenas, em direção ao não reconhecimento de sua plena autonomia.

Os votos aqui mencionados são apenas ilustrativos da grande contradição sobre o tema. De todos, talvez o mais emblemático seja o voto do Ministro Washington Bolívar de Brito, que encontrou a contradição no próprio texto do EI, quando estabeleceu em seu artigo 1º seu propósito de preservar a cultura dos índios e das comunidades indígenas e integrá-los progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional.

Indagou o Ministro: “Como preservar a cultura dos índios, se integrá-los à comunhão nacional é fazê-los renunciar a ela?”¹⁵. Segundo ele, essas contradições teriam tornado o EI absolutamente imprestável, por todos os títulos, quer nas suas intenções, quer nos seus objetivos.¹⁶ Apesar das duras críticas do Ministro ao EI e de ter sido tantas vezes posto à prova, essa lei até hoje não foi adequadamente substituída. Num certo sentido, os questionamentos do Ministro em 1980 ainda encontram eco.

Em 1984, Mário Juruna foi eleito deputado federal pelo estado do Rio de Janeiro, sendo o único indígena até o presente a exercer esse cargo no Brasil. Juruna se destacou internacionalmente em sua luta pelo reconhecimento de direitos aos indígenas, especialmente aqueles ligados à posse e à demarcação das terras dos Xavantes.

Como deputado federal, ganhou notoriedade por sua fala franca e direta e também por carregar consigo um gravador com o qual registrava todas as conversas que tinha com autoridades, “porque o branco sempre usa a palavra bonito, sem prática, sem cumprir a palavra”, como costumava afirmar¹⁷. Dessa experiência, inclusive, resultou a publicação do livro intitulado “O gravador de Juruna.”¹⁸ Ele conseguiu se mover com desenvoltura no cenário político nacional, apesar do período de grande repressão caracterizado pelo governo militar e apesar de não dominar plenamente a língua portuguesa. Isso não o intimidou.¹⁹

Todavia, ao mesmo tempo, é possível identificar na figura de Juruna a

¹⁵ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Habeas Corpus* n. 4.876 e n. 4.880. Relator: Ministro Adhemar Raymundo. Brasília, 27 nov. 1980. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 83, p. 248-301, mar. 1982, p. 291-292.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Habeas Corpus* n. 4.876 e n. 4.880. Relator: Ministro Adhemar Raymundo. Brasília, 27 nov. 1980. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 83, p. 248-301, mar. 1982, p. 292.

¹⁷ JURUNA, Mário. Entrevista concedida ao programa Globo Repórter. 1984. Disponível em: <http://globotv.globo.com/rede-globo/memoria-globo/v/globo-reporter-juruna-1984/2797711/>. Acesso em: 09 fev. 2017.

¹⁸ Juruna, único deputado federal índio, more aos 58 anos no DF. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 18 jul. 2002. Personalidade. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1807200226.htm> Acesso em: 10 nov. 2016.

¹⁹ GRAHAM, 2011.

contradição, tal como em qualquer outra pessoa. Por um lado, foi considerado pelos não-índios como o porta-voz da causa indígena, o representante de todos os índios do Brasil, principalmente quando ocupava seu lugar no parlamento nacional ornado de seu cocar vistoso, que não deixava esquecer sua origem e pertença. Todavia, por outro lado, os próprios indígenas de diferentes etnias e regiões brasileiras não se sentiam representados por Juruna. Embora ele fosse “parente”, consideravam que não falava pelos indígenas.

Mário Juruna teve grande importância, levando a causa indígena para o centro dos debates do Congresso Nacional em momento de grandes restrições às liberdades durante o governo militar. Todavia, com o passar do tempo, sua visibilidade foi manipulada pela imprensa, que passou a identificar a presença de Juruna no Congresso como algo caricato e exótico, como se não pertencesse àquele lugar. Ele foi ridicularizado por não dominar o português e, muitas vezes, seu nome foi objeto de chacotas.

Segundo foi possível verificar²⁰, esse uso da imprensa sobre a figura de Juruna era uma prática na época. Utilizava-se a questão indígena para fazer críticas ao regime militar, sem que isso implicasse em maiores repressões. Como disse Rita Alcida Ramos, “o tema ‘índio’ era uma das poucas tábuas de salvação que flutuavam no mar da censura e das represálias à liberdade de expressão”²¹ durante o regime militar.

Mário Juruna é exemplo de que o índio real está muito distante do “índio genérico” ou do índio idealizado, criado na literatura, que só pode ser o bravo guerreiro ou o inocente selvagem no paraíso descoberto. Juruna ilustra bem as inúmeras contradições enfrentadas por ele e por qualquer outra pessoa que se lance no desafio de lutar por reconhecimento. Ser índio e ser parlamentar; ser representante da causa de todos os indígenas e ser um líder de uma aldeia de Xavantes do Mato Grosso. Lutar pela demarcação das terras indígenas de seu povo ou pela segurança e estabilidade representadas por um cargo público com salário mensal suficiente para assegurar a ele e a sua família um viver digno com acesso aos bens de consumo dos “brancos”. Enfim, Mário Juruna foi um índio concreto, como tantos outros, “com suas grandezas e misérias, complexidades e ambiguidades, mas nunca vazio, nunca modelo de nada”²².

Juruna acabou condenado ao “entre”, como as identidades em situação de diáspora, que estão entre dois lugares: já não mais pertencia à aldeia Namakura, próxima à

²⁰ Nesse sentido: GRAHAM, 2011 e também RAMOS, Alcida Rita. O índio hiper-real. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 10, p. 5-14, 1995. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_28/rbcs28_01.htm Acesso em: 10 fev. 2017.

²¹ RAMOS, 1995, p. 6.

²² RAMOS, 1995, p. 11.

Barra dos Garças, onde nasceu e se criou Xavante, mas também não pertencia ao mundo dos brancos, com os quais passou a conviver cotidianamente em Brasília e com os quais sequer se identificava. Juruna morreu em 2002, aos 59 anos, em decorrência de diabetes crônica, em Brasília²³.

A contradição transcende a figura de Mário Juruna e se faz sentir em toda a assim chamada “questão indígena”. É possível identificar uma polaridade entre os que são contra e os que são a favor da causa indígena também na seara do Direito. Essa lógica binária acaba invalidando o discurso produzido, principalmente daqueles identificados como favoráveis aos indígenas, na medida em que têm seus argumentos relativizados por sua posição, mesmo que sejam argumentos válidos, lógicos e que encontrem pleno abrigo na legislação nacional sobre o assunto.

Já aqueles que se posicionam de forma contrária às reivindicações por direitos dos indígenas não aparecem tão evidentemente. Seus argumentos envolvem outros aspectos como a segurança e o desenvolvimento nacional, a amplitude do território deferido aos indígenas e as consequentes restrições no direito de ir e vir de todos os cidadãos brasileiros, por exemplo. São argumentos que encontram eco no imaginário coletivo nacional, diminuindo a importância da alteridade e da presença dos indígenas na nação brasileira, corriqueiramente vistos como ameaça à integridade nacional ou empecilho ao seu pleno desenvolvimento.²⁴

Sob a expressão “questão indígena”, podemos abrigar uma série de assuntos, todos de interesse direto das diferentes etnias indígenas no Brasil, como a demarcação e a ocupação de terras indígenas, a exploração de recursos hídricos e minerais em terras indígenas, a saúde e a educação indígenas, a tutela estatal, exercida pela FUNAI e, relacionada a esta, a autonomia e a autodeterminação dos indígenas. De todas essas questões, é a última que chama mais atenção, especialmente após a CR/88. Esta trouxe dispositivos de proteção e reconhecimento aos indígenas, considerados inovadores quando comparados com as constituições que a antecederam.

²³ Morre o ex-deputado federal e líder Xavante Mário Juruna. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 17 jul. 2002. Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fohla/brasil/ult96u34751.shtml>. Acesso em 21 abr. 2017.

²⁴ Exemplo disso, em notícia publicada na edição de 10/03/2017 do jornal Folha de São Paulo, o Ministro da Justiça recentemente empossado e vinculado ao agronegócio, Osmar Serraglio, afirmou: “O que acho é que vamos lá ver onde estão os indígenas, vamos dar boas condições de vida para eles, vamos parar com essa discussão sobre terras. Terra enche a barriga de quem?” O hoje Ministro foi o relator da PEC 215, que pretende alterar o texto constitucional no que se refere ao processo de demarcação de terras indígenas e é muito criticado pelos indígenas e por aqueles identificados com a causa indígena em razão de ser a proposta um retrocesso em relação ao texto original da CR/88 sobre o assunto. In: BRAGON, Ranier; MATTOSO, Camila. Ministro da Justiça critica índios e diz que ‘terra não enche barriga’. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 10 mar. 2017. Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1865209-ministro-da-justica-critica-indios-e-diz-que-terra-nao-enche-barriga.shtml>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Aos indígenas no Brasil, de forma genérica e descontextualizada, foi atribuída uma identidade infantil e de incapacidade. Uma explicação possível a esse tratamento aos indígenas pode ter relação com a perspectiva assimilacionista que marcou a legislação pátria até a promulgação da CR/88. Então, grassava a compreensão de que os indígenas estariam num estágio anterior de desenvolvimento, sendo primitivos em relação à sociedade envolvente e num caminho inevitável à aculturação. Esta representaria uma evolução para os indígenas, de forma que abandonariam sua identidade étnica e cultura próprias à medida que fossem sendo integrados na comunhão nacional, conforme expresso no EI.

O tratamento infantilizado, então, seria necessário na condução dos indígenas nesse percurso da infância da civilização em que se encontravam até sua plena integração, que significaria deixarem de ser índios para se tornarem finalmente brasileiros. Não foi o que ocorreu. Em verdade, o percurso foi bem menos linear e muito mais surpreendente. Os índios não deixaram de ser índios, apesar de todo o esforço empreendido nesse sentido. Sua identidade étnica indígena não se dissolveu, a despeito do intenso contato e convívio de muitos grupos indígenas com os não-índios.

Ainda assim, a percepção infantilizada dos indígenas, expressa nos votos de alguns dos Ministros do TFR, em 1980, aparecerá outras tantas vezes em decisões judiciais envolvendo indígenas, mesmo após a promulgação da CR/88, como veremos.

A presente pesquisa visa discutir a identidade étnica dos indígenas no Brasil e a concretização de seus direitos constitucionais a partir da promulgação da CR/88. Para tanto, a partir de estudos antropológicos acerca da identidade étnica indígena, pretende desvelar a compreensão dessa identidade que emerge nos votos dos Ministros do STF, em julgados que decidiram questões pertinentes a seus direitos.

Com esse propósito, o problema que se pretende enfrentar é se os direitos constitucionais dos indígenas, previstos sobretudo nos artigos 231 e 232 da CR/88, foram devidamente concretizados pelo STF em diferentes julgados a partir da promulgação da CR/88 e como a identidade étnica indígena é reconhecida por essa Corte. Ou, simplesmente: o STF teria ficado parado no culturalismo no que se refere ao reconhecimento das identidades étnicas indígenas, mesmo após a promulgação da CR/88?

A hipótese é de que, tomando por base as construções teóricas acerca da identidade étnica formuladas por Barth²⁵, Oliveira²⁶, Cunha²⁷ e Hall²⁸, tem-se que a

²⁵ BARTH, Fredrik. *Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference*. Long Grove: Waveland, 1969.

²⁶ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Identidade, etnia e estrutura social*. São Paulo: Pioneira, 1976.

identidade étnica dos indígenas brasileiros, mesmo após a CR/88, que inovou significativamente em seu reconhecimento e resguardo, não é devidamente considerada pelo STF quando este é chamado a se pronunciar sobre os mesmos. O STF não superou a visão culturalista da identidade étnica, na medida em que se refere ainda hoje à aculturação dos indígenas como um critério ou uma informação que influi diretamente na maneira com que interpreta e aplica a norma jurídica em casos envolvendo indígenas.

Da mesma forma, a compreensão que permeia esta tese é a de que o reconhecimento da identidade étnica indígena implica em reconhecimento de autonomia, no sentido de respeito às decisões que a própria pessoa ou o grupo de pessoas toma em relação às suas vidas, seu cotidiano e seu projeto de futuro. “[...] A autonomia plena – a capacidade real e efetiva de desenvolver e perseguir a própria concepção de vida digna de valor – só pode ser alcançada sob condições socialmente favoráveis.”²⁹ “Nesse sentido, para poder surgir e se desenvolver, a autonomia necessita do reconhecimento recíproco entre sujeitos; nós não a adquirimos sozinhos, [...], mas unicamente na relação com outras pessoas que estejam igualmente dispostas a valorizar-nos da mesma maneira como nós devemos poder valorizá-las.”³⁰

É nesse aspecto que se considera o constructo de Honneth acerca das esferas de reconhecimento: para melhor compreender a extensão do reconhecimento aos indígenas e sua identidade étnica própria alcançados especialmente após a promulgação da CR/88.

Então, tendo esses pressupostos a orientar o caminho, consideramos que a identidade étnica indígena só pode ser considerada devidamente reconhecida se respeitada a autonomia, numa percepção que rompe em absoluto com qualquer tentativa tuteladora ou limitadora da capacidade dos indígenas de conduzirem suas próprias vidas e sua relação com o Estado.

A investigação proposta guarda um olhar específico sobre as decisões judiciais e, assim, não pretende estabelecer uma verdade absoluta para determinar a forma como o STF percebe os indígenas de maneira geral. Mais que isso, a presente análise quer ser uma aproximação com a identidade atribuída aos indígenas pelos aplicadores e guardiões primeiros da CR/88, que tanto inovou quanto aos povos indígenas, pelo menos, formalmente.

²⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

²⁸ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: Lamparina, 2014.

²⁹ HONNETH, Axel; ANDERSON, Joel. Autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça. Tradução de Nathalie Bressiani. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, v. 17, jan.-jun. 2011, p. 81-112. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/64839>. Acesso em: 01 maio 2017, p. 86

³⁰ HONNETH, Axel. A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. Tradução de Emil A. Sobottka e Joana Cavedon Ripoll. **Civitas**, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 345-368, set.-dez. 2009, p. 354.

Este trabalho propõe uma leitura: é “nossa própria construção a partir da construção de outras pessoas”³¹.

A inspiração para a aventura, que tem sido a escrita deste trabalho, é a crença de que todo avanço do conhecimento só é possível por meio da crítica e da retificação das certezas anteriores.³² Nesse percurso, a tentativa é dupla, conforme proposto por Bardin³³, aqui adaptado ao objeto desta pesquisa: compreender o sentido da norma, sua concretização pelo STF e também, principalmente, “*desviar* o olhar para uma outra significação, uma outra mensagem entrevista através ou ao lado da mensagem primeira”.³⁴

Assim, para além da leitura da letra posta nos julgados analisados, busca-se desvelar o sentido que está em segundo plano e tem relação com a forma como o STF, através de seus Ministros, compreende a identidade étnica indígena e efetiva os direitos dela decorrentes. Na investigação é empreendido esforço de interpretação em sentido próximo àquele proposto pela análise de conteúdo, que tem na inferência – hermenêutica controlada, baseada na dedução – sua base. Nessa direção, a análise de conteúdo que se propõe oscilará entre dois pontos: o rigor da objetividade e a fecundidade da subjetividade.³⁵

Os julgados do STF sobre o tema foram coletados em seu endereço eletrônico, a partir dos seguintes termos de busca: índio, índios, indígena, indígenas, silvícola, silvícolas, aborígene, aborígenes, autóctone e autóctones. Tais termos foram escolhidos pois são usualmente utilizados para se referirem aos indígenas, seja individualmente, seja coletivamente. Em acréscimo, foram considerados todos os julgados a partir da promulgação da CR/88, por ser esta o marco no reconhecimento do direito à diferença dos indígenas no Brasil.

Partindo desses critérios, em busca realizada no mês de setembro de 2016, foi possível identificar a existência total de 648 acórdãos, sendo que muitas vezes um mesmo julgado foi encontrado em mais de um dos termos de busca selecionados, como no caso da Pet. n. 3388, que aparece em todos os termos de busca, salvo no último. Excluíram-se os julgados que não tinham relação com a questão indígena e também aqueles anteriores à promulgação da CR/88.

A Tabela 1 a seguir ilustra o número total de julgados encontrados na pesquisa no

³¹ GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

³² OLIVEIRA, João Pacheco de. A problemática dos “índios misturados” e os limites dos estudos americanistas: um encontro entre antropologia e história. In: SCOTT, Parry; ZARUR, George (Org.). **Identidade, fragmentação e diversidade na América Latina**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2003, p. 27.

³³ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977.

³⁴ BARDIN, 1977, p. 41.

³⁵ BARDIN, 1977.

endereço eletrônico do STF, entre os dias 23 e 29 de setembro de 2016.

Tabela 1 - número total de julgados entre os dias 23 e 29 de setembro de 2016

TERMO DE BUSCA	NÚMERO DE OCORRÊNCIAS
Índio	247
Índios	62
Indígena	192
Indígenas	102
Silvícola	25
Silvícolas	17
Aborígine/Aborígine	1/1
Aborígenes/ Aborígenes	1/1
Autóctone	1
Autóctones	Nenhum encontrado

Fonte: Autor da pesquisa (Dados colhidos no endereço eletrônico STF, 2016)

Na sequência, foram separados para análise apenas os julgados que apresentavam argumentos em torno da identidade étnica dos indígenas, abordando-a de maneira relevante, a ponto de torná-la uma questão no processo decisório. De regra, a identidade étnica nunca é o objeto da disputa judicial. Todavia, ela aparece entre os argumentos utilizados na decisão dos casos analisados, às vezes de forma direta, outras, de forma oblíqua. Como exemplo, foram selecionados julgados em que a pertença étnica de uma pessoa ou grupo é considerada na decisão, como nos casos de imputabilidade penal dos indígenas. Da mesma forma, julgados nos quais aparecem argumentos em torno da suposta aculturação de um indígena ou que procuram delimitar a identidade étnica em disputas de terra.

O critério de seleção dos casos foi a identificação de expressões que remetesse à identidade étnica indígena, independentemente do objeto específico de disputa da ação judicial. Assim, dentre os casos analisados, a grande maioria refere-se à demarcação de terras indígenas, mas há também os que versam sobre a imputabilidade penal de indígenas e os que discutem aspectos processuais como a competência da Justiça Federal para julgar a disputa sobre direitos indígenas, conforme previsto no artigo 109, XI, da CR/88.

Tendo tais delimitações em consideração, numa primeira “leitura flutuante”³⁶ foram selecionados 71 acórdãos a serem analisados. Em leitura mais detida desses 71, foi possível destacar nove que, tendo diferentes objetos principais de disputa, estabeleceram discussões acerca da identidade étnica dos indígenas de forma mais intensa. A abordagem, então, será desses nove julgados. Todavia, considerando que dentre aqueles 71 foi possível identificar aspectos e argumentos de alguma forma recorrentes também entre aqueles nove,

³⁶ BARDIN, 1977, p. 60.

serão referidos na medida da necessidade e coincidência com os nove selecionados.

A grande maioria dos julgados não adentra no mérito das disputas fáticas, o que acabou se revelando como uma dificuldade extra na seleção. Por um lado, o STF é chamado a se manifestar acerca de aspectos processuais, que se tornam verdadeiras barreiras à apreciação do mérito pela Corte. Todavia, em alguns casos, a despeito dessas barreiras, ainda assim os Ministros adentram no mérito da discussão para decidir o conflito estabelecido, como ocorreu no RMS n. 29.087, que trata da demarcação da Terra Indígena Guyraroka, no estado do Mato Grosso do Sul, como se verá.

Outro ponto de dificuldade foi a complexidade de muitos dos julgados encontrados, especialmente os que discutem terras indígenas, a maioria. Envolve diferentes peculiaridades, com etnias indígenas muito diversas entre si, com diferentes graus de animosidade e conflitos instalados a depender da região do país em que estejam localizadas.

Como exemplo, a despeito de não compor o conjunto dos julgados analisados na presente tese, citamos o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 803.830³⁷, julgado em 27/03/2012 pela Primeira Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux. Embora não seja nosso objeto de análise, por não tratar de aspectos acerca da identidade indígena, trata de controvérsia fundiária na qual o estado do Rio Grande do Sul teria induzido particulares a ocuparem terras tradicionalmente habitadas por indígenas na década de 1960, ao vender a área para pequenos agricultores. Situações semelhantes ocorreram em diferentes regiões do país, resultado de interpretação duvidosa da legislação então em vigor e da política de expansão das frentes de desenvolvimento rumo ao interior, como ocorreu principalmente na região Centro-Oeste. Os conflitos daí decorrentes, alguns aparentemente silenciados, outros latentes desde sempre, tomaram novas proporções a partir da promulgação da CR/88, que representou o reconhecimento dos indígenas num sentido até então inexistente na legislação pátria.

Retomando os julgados que serão analisados na presente tese, de todos eles, é a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, através da Pet. n. 3388, que mais se destaca por sua extensão, complexidade e consequências. Esse caso tornou-se o mais importante, pois foi julgado pelo Tribunal Pleno, que apreciou o mérito da demarcação e pretendeu estabelecer o “estatuto jurídico das terras indígenas no Brasil”, como alguns Ministros afirmaram em seus votos. Apesar das controvérsias que perduram até hoje acerca da

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 803.830. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 27 mar. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=803830&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 22 abr. 2017.

extensão da influência desse julgado sobre outros que lhe são posteriores, o fato é que ele passou a ser referido tanto pelas partes em conflito quanto pelos Ministros como caso paradigmático. Também para esta tese, especialmente porque acabou adentrando na discussão acerca do significado da expressão “índios” na CR/88 e, assim, na própria discussão acerca da identidade étnica.

A partir dessas delimitações, a presente tese foi dividida em seis capítulos. O primeiro propõe um percurso para a compreensão da identidade étnica indígena. Com esse objetivo, estabelece algumas delimitações iniciais, considera a importância da identidade na afirmação de direitos à diferença, percorre os estudos identitários na perspectiva culturalista, inclusive aqueles produzidos na perspectiva da aculturação, tão comuns no Brasil entre as décadas de 1930 e 1970. Além disso, discute as compreensões acerca dos grupos étnicos retornando a Max Weber, passando por Fredrik Barth até chegar aos estudos brasileiros acerca da identidade étnica indígena, realizados sob a influência daqueles. Por fim, discute o longo percurso do reconhecimento da identidade étnica indígena no Direito brasileiro, até chegar a CR/88.

O segundo capítulo trata da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que foi apreciado pelo STF, através de ação popular levada a julgamento entre os anos 2008 e 2009. Na abordagem, discute o contexto da demarcação, analisa os votos dos Ministros no rumoroso caso e suas possíveis repercussões futuras.

O terceiro capítulo apresenta e discute casos apreciados pelo STF nos quais a identidade étnica indígena foi posta como questão relevante para o deslinde da demanda e, além disso, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi mencionada de forma relevante. A partir daí, problematiza a possível influência da percepção da identidade étnica daquele julgamento sobre casos futuros.

O quarto capítulo discute a percepção da identidade étnica indígena que se infere num caso no qual a competência da Justiça Federal para julgar a disputa sobre direitos indígenas, prevista no artigo 109, XI, da CR/88, representa o cerne da discussão. O acórdão selecionado é representativo das discussões comumente travadas acerca da competência para tratar a questão indígena.

O quinto capítulo apresenta casos nos quais a identidade étnica indígena aparece relacionada à imputabilidade penal de indígenas. São analisados três acórdãos que tratam da questão de forma diversa quanto às suas consequências e interpretação do artigo 56 do EI.

Por fim, o sexto capítulo propõe a necessidade de que o STF, através de seus Ministros, repense sua compreensão acerca da identidade étnica indígena, que parece ter

ficado vinculada ao culturalismo.

Entre os capítulos estão reproduzidos os depoimentos de algumas das lideranças indígenas que tiveram participação ativa durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Elas prestaram depoimentos e apresentaram propostas representativas dos anseios de suas etnias diretamente aos constituintes integrantes da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, vinculada à Comissão da Ordem Social, em audiência pública realizada em 05/05/1987. Entre os representantes indígenas estiveram presentes Estevão Taukane – Bakairi, Nelson Sarakura – Pataxo, Gilberto Macuxi, Kromare Metotire, Pedro Cornélio Seses, Valdomiro Terena, Hamilton Lopes – Caioá, Antonio Apurinã e Ailton Krenak. A decisão de reproduzir seus depoimentos teve por objetivo demonstrar sua atualidade e ilustrar a ativa participação popular ocorrida durante a Assembleia Nacional Constituinte, que congregou os anseios da população, tendo representado importante esperança para as minorias, inclusive para os indígenas, como é possível inferir de seus depoimentos.

Por fim, necessário fazer uma ressalva: a expressão *identidade étnica* costuma ser utilizada abarcando tanto as questões identitárias de indígenas quanto de negros e afrodescendentes, no sentido proposto por Roberto Cardoso de Oliveira, ao dizer que a identidade indígena é uma espécie de identidade étnica. Foi sob sua influência, inclusive, que adotamos no presente texto a expressão *identidade étnica indígena*, forma que consideramos mais precisa quanto ao objeto do trabalho. Todavia, sempre que nos referirmos à identidade étnica, mesmo de forma não específica ou delimitada aos indígenas, é em relação a estes que nos manifestamos. As expressões *identidade étnica* e *identidade étnica indígena* serão utilizadas como sinônimos.

Da mesma forma, necessário esclarecer que utilizamos os termos *grupos étnicos*, *comunidades étnicas* e *etnicidade* de forma indistinta, optando por sempre utilizar a expressão *grupos étnicos*, mesmo quando os autores aludidos se referiam à etnicidade ou a comunidades étnicas. A delimitação desses termos em precisão extrapola nosso estudo. Assim, embora tais termos não sejam equivalentes perfeitos, tratam da mobilização e politização de fenômenos culturais de grupos minoritários em meio a sociedades envolventes. São referências para indicar classificação e organização social através de categorias que procuram distinguir entre “nós” e “eles” nas interações sociais. A título ilustrativo, Max Weber utiliza a expressão *comunidades étnicas*, já Fredrik Barth utiliza a expressão *grupos étnicos* e Abner Cohen estudou a *etnicidade*. Esta funcionaria como um classificador – como um crivo ao qual são “submetidos” os grupos étnicos.

A presente tese toma como pressuposto que “o exercício fecundo da interpretação é, por si mesmo, inesgotável posto que sempre exposto a renovações”³⁸. Nesses termos, é possível criticar, repensar e renovar interpretações produzidas, especialmente aquelas relacionadas ao texto constitucional e que representam ruptura com o avanço social até então atingido. Não se pretende simplesmente desconstruir, mas sim colaborar para o reconstruir, num fazer renovado, de forma que a alteridade seja verdadeiramente reconhecida e valorizada. Então, tendo esse pressuposto a orientar o caminho, consideramos que a identidade étnica indígena só pode ser considerada devidamente reconhecida se respeitada a autonomia, numa percepção que rompe em absoluto com qualquer tentativa tuteladora ou limitadora da capacidade dos indígenas de conduzirem suas próprias vidas e sua relação com o Estado.

³⁸ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Caminhos da identidade**: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Paralelo 15, 2006, p. 13.

[...] Está pedindo terra, ainda não marcaram a terra dele, mas para nós sabermos meu primo nós somos parentes, mas ele ainda não marcou a terra. Ele vem aqui, para pedir terra, nós pedimos terra para o Presidente da FUNAI. A cada Presidente da FUNAI que entra, nós pedimos para marcar nossas terras.

Nós somos índio puro, nós não somos outra nação, nós somos uma língua só, como caiapó; meu parente está pedindo terra para marcar para ele, agora nós não somos índio brabo, não matamos, por isso eu falo pouco, mas você fala bem. Então, se o Presidente da FUNAI não manda marcar, nós continuaremos lutando. Nós brigamos até 3 meses, 4 meses, 5 meses, para ganhar terra. Ainda tem mata pura. O meu primo, filho do meu tio, ainda não marcou terra para ele, por isso nós viemos aqui pedir para Deputado olhar para a terra, marcar tudo junto no parque para índio de Xingú, para marcar tudo no parque lá no Mato Grosso.

Estamos lutando para ganhar terra, vamos lutar mais para marcar terra do meu primo. Vamos marcar tudo junto no parque para Gorotire, Origre, Kalaroô – Maú, Kranahô, marcar tudo junto.

Meu primo está lá, mas ele não vem aqui para falar, meu sobrinho também está lá. Eu falo pouco, eu ajudo vocês, eu ajudo a cada Nação, para falar com Presidente, Deputado: Mas, o Presidente da FUNAI é fraco.

Nós sempre pedimos para o Presidente da FUNAI mas demora, agora a terra está pouca para índio, igual casa de pombo, tá marcada, mas onde índio vai caçar? Onde índio vai fazer festa? Onde ele vai fazer roça? Tem que marcar uma terra maior para índio, índio também está aumentando, não é só branco que está aumentando, índio também.

Índio vai crescer, vai aumentar, cadê terra? Não dá, tem que marcar maior, não apertado, tem que marcar mais longe, vai marcar mais longe de branco.

Nós não queremos vender madeira. Nós não queremos garimpeiro, eles só querem brigar. Já pedimos para a FUNAI, tirar ele. A polícia não vai, aí nós mesmos que vamos brigar, quem é que vai segurar nós? Ninguém. Vamos pedir para Presidente e Deputado mandar polícia tirar garimpeiro, tirar fazendeiro, tirar madeireiro. Enquanto o Presidente não mandar, nós mesmo vamos brigar.

KRUMARÉ KAYAPÓ³⁹

³⁹ Depoimento prestado na Audiência da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Comissão da Ordem Social de 05 de maio de 1987. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. **Atas da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Brasília, 05 maio 1987, p. 159. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em 29 dez. 2016.

1 IDENTIDADE ÉTNICA INDÍGENA: alinhando um percurso

O tema das identidades e, em especial, da identidade étnica, desperta grande interesse e apresenta dificuldades, já que o percurso na busca de sua compreensão não é linear e está vinculado ao contexto no qual a investigação emerge e às pré-compreensões daquele que se propõe a buscar. No Brasil, a discussão acerca da identidade étnica de grupos considerados minoritários, como os indígenas, tomou relevo nas décadas de 1960 e 1970. Entretanto, foi a partir das articulações formuladas no período da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 -1988 que ganhou grande visibilidade, num contexto em que essas minorias passaram a reivindicar respeito, reconhecimento e direitos.

Este primeiro capítulo visa compreender o sentido da identidade étnica dos indígenas a partir dos estudos desenvolvidos nos campos das Ciências Sociais. Com esse objetivo, percorre caminho que inicialmente propõe algumas delimitações. Após, discute a necessidade de definição acerca da identidade étnica para que se possam materializar os direitos à diferença previstos constitucionalmente.

Na sequência, explora estudos identitários realizados na Antropologia, dando destaque aos estudos sobre a aculturação dos indígenas, que tiveram grande ênfase no Brasil. Em seguimento, o percurso passa pela formulação original de Max Weber acerca das comunidades étnicas e segue, então, até sua atualização por Fredrik Barth, que propôs nova ênfase na compreensão dos grupos étnicos e suas fronteiras.

No percurso será abordada a pertinência frequentemente estabelecida entre a identidade e a cultura, no sentido proposto pelos estudos culturalistas.

1.1 Delimitações iniciais

A identidade é substantivo que foi sendo adjetivado de diferentes maneiras, de forma a tornar evidente a multiplicidade de abordagens que lhe são possíveis – identidade pessoal, identidade nacional, identidade cultural, identidade étnica, identidade sexual e identidade de gênero são algumas delas. As identidades têm sido objeto de estudo das Ciências Sociais, da Psicologia, da Ciência Política e também do Direito, especialmente a partir da superação da ideia de que a posição social determinaria o reconhecimento ao que

hoje consideramos identidade pessoal, acessível a apenas algumas pessoas. Em seu lugar, a ideia moderna de dignidade, no sentido universal e igualitário, ganhou espaço, sendo considerada a única compatível com uma sociedade democrática.⁴⁰ Essa dignidade passou a ensejar direitos iguais universalizáveis a todos. Por outro lado, todavia, as diferentes maneiras de ser não puderam ser suprimidas e também exigiram o reconhecimento de seu igual valor. Nesse cenário, as políticas de reconhecimento às diferenças, especialmente das minorias, surgiram na forma de ações afirmativas, em grande parte, resultado da luta desses grupos minoritários por visibilidade e reconhecimento.

Da mesma maneira, a constituição dos modernos Estados nacionais também contribuiu para que a identidade entrasse em evidência, na medida em que a afirmação dos Estados nacionais demandava uma identidade nacional a unir as diferentes pessoas que habitavam aquele dado território, num sentimento de pertencimento e mesmidade entre eles. Nesse sentido, a nação nasce como uma “comunidade imaginada”⁴¹, porque é concebida sob as bases de um agrupamento horizontal e profundo, a traduzir uma afinidade fraterna entre os membros dessa comunidade.

Nesse contexto, o apelo a uma ideia de identidade nacional, a despeito de todas as diferenças internas entre os cidadãos e grupos, foi forjada como subterfúgio de manutenção dos Estados modernos. E essa identidade nacional haveria de ser a mais importante, até podendo conviver com outras identidades, desde que não lhe apresentassem oposição. Todavia, a ideia de identidade nacional não conseguiu suprimir a existência e a importância dessas outras identidades, como a étnica, que foram se pronunciando como formas de ser diferente, igualmente valorosas.

Em síntese, esses dois aspectos são destacados para justificar a emergência do tema das identidades atualmente. Na mesma direção, ao discutir a identidade cultural na modernidade tardia, Hall⁴² identifica três formas bastante diversas de identidades que se sucedem 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”⁴³. A identidade do

⁴⁰ TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Tradução de Luís Lóia. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 58.

⁴¹ ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**: reflexões sobre a origem e a expansão do nacionalismo. Tradução de Catarina Mira. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 26-27.

⁴² HALL, 2014, p. 10 *et seq.*

⁴³ HALL, 2014, p. 11. Essa identidade do sujeito do Iluminismo, proposta por Hall, corresponde à identidade

sujeito sociológico, por sua vez, refletia a crescente complexidade do mundo 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. Esta identidade é móvel, é formada e transformada continuamente ao longo da existência da pessoa. É uma identidade definida historicamente, em que a pessoa assume diferentes identidades em diferentes momentos. Esta última é marcada pelas descontinuidades.

Quando pensamos a identidade étnica hoje, é neste último contexto que ela se insere – convive com a percepção da fluidez e descontinuidade tão presentes atualmente – a despeito de guardar peculiaridades, que a tornam uma expressão identitária que se sobrepõe a outras vinculações identitárias possíveis, sendo determinante na autoidentificação da pessoa, como se verá.

Toda cautela é insuficiente diante da complexidade possível ao estudo da temática da identidade. Essa constatação é recorrente entre os estudiosos do assunto, a exemplo de Bauman⁴⁴, Hall⁴⁵, Poutignat; Streiff-Fenart⁴⁶ e Oliveira⁴⁷.

Bauman afirma que, sempre que se ouve falar em identidade, se está diante de uma batalha, já que o conceito de identidade é altamente contestado. “O campo de batalha é o lar natural da identidade.”⁴⁸ Por que a identidade é assim percebida? Certamente porque ela só faz sentido, pelo menos no contexto que interessa à presente pesquisa, na presença do outro. A identidade é afirmada ou negada na alteridade. Ela é relacional e marcada pela diferença. Identidade e diferença andam juntas: é na presença da diferença em relação ao outro que me identifico.

individualizada, assim chamada por Charles Taylor, em sua obra *Multiculturalismo*. Segundo este, essa identidade individualizada é “aquela que é especificamente minha, aquela que eu descubro em mim”, cuja noção surgiu juntamente com o ideal da autenticidade, significando este o “ser verdadeiro para [consigo] mesmo e para com a [sua] maneira própria de ser”. TAYLOR, 1998, p. 48.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade**. Seguindo de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

⁴⁷ 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. OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Caminhos da identidade**: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Paralelo 15, 2006. Nesta obra, inclusive, Roberto Cardoso de Oliveira se propõe a “trazer novas interrogações a um campo de indagações [envolvendo o fenômeno da identidade étnica] que jamais entend[eu] como encerrado em seus próprios termos”. OLIVEIRA, 2006, p. 13.

⁴⁸ BAUMAN, 2005, p. 83.

Sendo o termo identidade polissêmico e passível de diferentes abordagens, necessário esclarecer que se toma em consideração estudos antropológicos que orientam nosso olhar para a dimensão que se volta às relações sociais, em cujo contexto a questão identitária será analisada.⁴⁹ Nesse percurso, a identidade étnica, “tomada como instância da vida social observável no encontro entre diferentes –índios e brancos (não-índios)”⁵⁰ – ocupará o cerne da investigação.

No trajeto, tem-se em conta que parte dos estudos antropológicos, especialmente em sua origem, tinham como pressuposto o exotismo, que via no “outro”, objeto de investigação, um ser inferior e primitivo. Ainda que se possa criticar as abordagens antropológicas conduzidas nessa perspectiva – de que os demais povos seriam primitivos em marcha ao desenvolvimento, representado justamente pelo continente europeu, seus valores e cultura –, não se pode desconsiderar as contribuições que os estudos antropológicos agregaram à compreensão da sociedade humana de maneira geral e, em especial, dos indígenas.

Os próprios antropólogos souberam fazer e seguem fazendo sua autocrítica, tanto no que se refere aos aspectos metodológicos de sua ciência, quanto nas reflexões acerca das repercussões éticas de seu fazer profissional junto aos indígenas.⁵¹ Além disso, há que se considerar que, em grande medida, a promoção dos direitos à diferença dos indígenas deve-se justamente à realização de estudos antropológicos. Estes possibilitaram uma compreensão da identidade étnica indígena capaz de superar a explicação biológica para a existência e a permanência de grupos étnicos. Posteriormente, também propuseram uma revisão do próprio culturalismo, que era tomado enquanto explicação da existência e permanência dos grupos étnicos.

O fazer antropológico é reflexivo, na medida em que parte de perguntas acerca de verdades postas. Nesse ponto demonstra-se muito distante do raciocínio e da metodologia desenvolvidos no fazer jurídico, que tende a apreender a realidade num certo sentido estático, para sobre ela fazer incidir seus preceitos. Esse contraste metodológico entre a Antropologia e o Direito poderia representar um significativo obstáculo ao diálogo desses campos: “o contraste do Direito, afeito a respostas prontas e padronizadas, com a Antropologia,

⁴⁹ OLIVEIRA, 2006, p. 59.

⁵⁰ OLIVEIRA, 2006, p. 59.

⁵¹ O documentário Segredos da Tribo, de 2010, que relata abusos de antropólogos na condução de pesquisas realizadas em contato direto com um grupo Yanomami, é ilustrativo de que o estudo desenvolvido no âmbito da Antropologia nem sempre seguiu parâmetros éticos adequados. Isso torna evidente a necessidade de permanente vigilância na condução de qualquer pesquisa. Em sentido semelhante, o documentário Napëpë, de 2004, de Nadja Marin. SEGREDOS DA TRIBO. (filme). Direção: José Padilha. 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PHohldl9qYM>.

acostumada com perguntas e relativizações.”⁵² É provável que, pelo menos em parte, essa afinidade do Direito com respostas prontas e padronizadas possa ser identificado com a inabilidade de considerar a dinamicidade da vida e da própria pessoa, conforme apontado por Stancioli e Carvalho, em contexto diferente:

O Direito [...] insiste em pensar a pessoa humana e a personalidade 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.⁵³

A partir dessa afirmação é possível inferir a necessidade de olhar para além do Direito. E é com esse propósito que adotamos a perspectiva dos estudos antropológicos: como um possível diálogo a repensar práticas comuns nos campos do Direito.

Além disso, com Roberto Cardoso de Oliveira⁵⁴ lembramos que estudos acerca da identidade étnica não podem ser realizados de forma cabal sem referência expressa às condições de existência que geraram aquela identidade, sob pena de se trabalhar com um objeto solto no ar. Ou seja, é preciso analisar o caso concreto no qual a identidade étnica é enunciada também em processos judiciais e, para tanto, o trabalho pericial antropológico é importante, pois “as representações coletivas, as ideologias [e] as identidades étnicas somente serão inteligíveis à condição de serem referidas ao sistema de relações sociais que lhes deram origem.”⁵⁵ É nesse sentido que os estudos identitários desenvolvidos na Antropologia acerca dos grupos étnicos serão utilizados na presente pesquisa: como um olhar especializado para a temática, a despeito de todas as ponderações acima consideradas.

A identidade étnica 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 consideradas como diferentes, únicas, próprias, diversas das demais e, muitas vezes, denominado *sociologicamente minoritário*.⁵⁶

⁵² LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico* 2013, Brasília, v. 39, n. 1, p. 9-37, 2014, p. 9 e 10.

⁵³ 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. 52.

⁵⁴ OLIVEIRA, 1976, p. 50-51.

⁵⁵ OLIVEIRA, 1976, p. 50-51.

⁵⁶ OLIVEIRA, 2000. Anteriormente, Oliveira já havia escrito que “[a] situação de **minoría** (social, não necessariamente demográfica) reflete, desde logo, uma certa estigmatização, relativamente variável, tornando nítida a posição do grupo étnico no horizonte social da sociedade inclusiva: o grupo torna-se visível ‘a olho nu’. O que significa que seus contornos aparecem no próprio modelo nativo dos indivíduos inseridos em sistemas interétnicos, de maneira que os próprios membros do grupo minoritário passam a se ver com os olhos do grupo majoritário ou através das categorias etnocêntricas ‘do outro’.” OLIVEIRA, 1976, p. 87-88.

Discutir a identidade étnica dos indígenas enquanto coletividade ou quando considerados em sua individualidade pessoal, então, necessariamente demanda que se reconheça o laço de pertencimento que liga essa pessoa ao grupo do qual faz parte e ao qual está ligada por vínculos de história, tradições, laços familiares, espaço e tempo. Isso é o que Hall⁵⁷, em outro contexto, denomina de identidade cultural, que carrega consigo tantos traços de unidade essencial, unicidade primordial, indivisibilidade e mesmice ou mesmidade. 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.”⁵⁸

Cada vez mais, a identidade é entendida em sua fluidez. Ela é muito mais um tornar-se, do que uma posição rígida, na qual se encontre uma oposição binária do tipo nós/eles. Então, mesmo que a identidade seja construída pela diferença, seu significado não é fixo. Nesse sentido, entre outros, Hall⁵⁹, Bauman⁶⁰, Woodward⁶¹, Silva⁶², Oliveira⁶³.

Por fim, a identidade étnica pode ser entendida como espécie de identidade cultural, cuja peculiaridade é estar voltada mais para o passado, para seus laços de pertencimento que foram forjados no pretérito. Ela se refere sempre a uma origem comum suposta que a diferencia, em última análise, de outras formas de identidade coletiva e mantém forte conexão com o passado.

⁵⁷ HALL, 2003.

⁵⁸ HALL, 2003, p. 29.

⁵⁹ HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 103-133. Segue a mesma direção em: HALL, 2003; HALL, 2014.

⁶⁰ BAUMAN, 2005.

⁶¹ WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 7-72.

⁶² SILVA, Isabelle Braz Peixoto da. **Vilas de índios no Ceará Grande: dinâmicas locais sob o Diretório Pombalino**. Campinas: Pontes Editores, 2005.

⁶³ OLIVEIRA, 2006,

1.2 A importância da identidade na afirmação de direitos à diferença

Definir quem é o indígena para o Direito sempre foi importante. O legislador pátrio atribuiu a si o poder de afirmar quem é e quem não é índio no Brasil. A partir da CR/88, essa definição teve sua importância reforçada, na medida em que o direito à diferença foi consagrado a essa parcela da população e daí decorreu o reconhecimento de vários direitos próprios. Conseqüentemente, determinar a identidade indígena é importante para a aplicação da norma jurídica de forma adequada, assegurando o reconhecimento dessa identidade étnica, seguindo os ditames constitucionais expressos nos artigos 231 e 232 da CR/88.

Para tanto, devem existir critérios suficientes que auxiliem na delimitação, apesar de que “as classificações étnicas reduzem a complexidade potencialmente infinita da experiência social dos agentes a um número limitado de categorias.”⁶⁴

Num certo sentido, está-se diante de um paradoxo – mais um entre tantos outros vinculados à questão indígena. Por um lado, é necessário saber quem é o indígena e quem são as comunidades indígenas para que acessem direitos que lhes são assegurados. Por outro, qualquer identificação e qualquer atribuição de identidade implica em conferir ao Estado o poder de dizer, em última instância, quem é e quem não é indígena, ou melhor, a quem se assegura e defere determinados direitos próprios e a quem eles não se aplicam.

Ao final, é o Poder Judiciário que acaba desempenhando esse papel e é o STF o responsável, muitas vezes, por proferir a última palavra sobre o assunto. Com David Maybury-Lewis, então, afirmamos que “são os Estados que ditam as regras de nossas vidas e, sobretudo, dão forma às nossas identidades, tanto coletivas quanto individuais.”⁶⁵ No caso dos indígenas, isso se aplica de forma mais contundente e acompanha nossa história.

Pode-se identificar uma ação contraditória do Estado presente no poder de nomear os indígenas. Por um lado, ao reconhecer a pertença étnica dos indígenas atribui-lhes como consequência direitos próprios, como os referentes às terras por eles ocupadas tradicionalmente. Todavia, por outro, para que os indígenas acessem tais direitos são submetidos a critérios contraditórios que acabam conduzindo à negação do reconhecimento e dos direitos que lhes seriam próprios. Através do EI, por exemplo, os indígenas eram

⁶⁴ PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Grupos étnicos e etnicidade. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza (Coord.). **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / LACED / Nova Letra, 2012, p. 68.

⁶⁵ MAYBURY-LEWIS, David. Identidade étnica em estados pluriculturais. In: SCOTT, Parry; ZARUR, George. (Orgs.). **Identidade, fragmentação e diversidade na América Latina**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2003, p. 11.

separados em categorias, de forma a excluir a identidade étnica daqueles considerados aculturados ou em vias de aculturação. Esses estariam abandonando sua pertença étnica para integrar-se à comunhão nacional e, assim, não necessitariam da tutela estatal e nem teriam mais os mesmos direitos dos índios isolados, especialmente aqueles vinculados à terra.

Assim agindo, o Estado defere os direitos, reconhece a identidade étnica num primeiro momento para, então, negar-lhes as consequências (direitos) justamente em razão da perda da identidade étnica inicialmente reconhecida, pela aculturação. Tudo isso, num processo conduzido pelo próprio Estado, do qual os indígenas participam muito mais na condição de objetos de tutela do que de sujeitos de direitos.

Como ilustração desse movimento, a viagem de Juruna à Holanda, mencionada na introdução, é exemplar, na medida em que produziu uma reação adversa no âmbito da FUNAI à época. A partir da decisão do TFR que autorizou a viagem, entendeu a FUNAI ser necessário estabelecer critérios que identificassem quem era e quem não era indígena e, portanto, quem estaria e quem não estaria sob sua tutela. Assim, no início do ano de 1981, o presidente da FUNAI expediu uma instrução técnica constituindo uma comissão executiva formada por três servidores para que, num prazo de dez dias, estabelecessem “critérios de indianidade” ou “critérios de integração”, de forma a delimitar objetivamente a identidade étnica dos indígenas. Dentre os critérios havia indicadores biológicos, como “mancha mongólica”, “forma dos olhos”, “pêlos do corpo” e também indicadores de ordem psicológica, como “mentalidade primitiva”, dentre outros aspectos inusitados.⁶⁶ A iniciativa da FUNAI foi amplamente criticada⁶⁷ por ser racista e fundada em parâmetros totalmente inadequados e sem qualquer justificativa ou amparo científico.

A tentativa de fixação de critérios de indianidade pela FUNAI é exemplo de como o Estado busca nomear e identificar os indígenas. Todavia, ao fazê-lo, neste caso, não buscava assegurar direitos e assistência àqueles indígenas que dela efetivamente precisassem, como supostamente alegava. Em lugar disso, o objetivo era descaracterizar e desconstituir a identidade étnica daqueles indígenas que não correspondessem ao seu ideal de índio, por serem “aculturados” ou por não apresentarem o aspecto físico equivalente àquele esperado de um indígena no imaginário popular. Para estes indígenas, então, seria concedida a

⁶⁶ CASTRO, Eduardo Viveiro de. Painel. In: OAB/RJ DEBATE. **O índio e o direito**. Rio de Janeiro: OAB/RJ, 1981, p. 67-68. No mesmo sentido: SUESS, Paulo. Ser índio – uma pena, um privilégio ou um direito? A política indigenista oficial tenta definir o índio “integrado”. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 abr. 1981.

⁶⁷ Para uma ideia da repercussão negativa dos critérios e das fortes críticas que receberam consultar o *clipping* divulgado pelo Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI) publicado na obra: RICARDO, Carlos Alberto; RONCARI, Luiz (Ed.). **Povos Indígenas do Brasil/1981**: aconteceu especial. Tempo e Presença Editora, 1982, p. 81-84.

emancipação da tutela da FUNAI. Todavia, essa emancipação representava desconsideração da identidade étnica indígena e dos direitos dela decorrentes, principalmente aqueles relativos à posse das terras tradicionalmente ocupadas.⁶⁸

Posteriormente, em 04/05/1988, o então Presidente da FUNAI, Romero Jucá, expediu a Portaria n. 520/88, que estabelecia critérios para delimitar o grau de aculturação dos indígenas em processos administrativos de demarcação de terras indígenas, em atendimento ao Decreto n. 94.946, de 23/07/1987⁶⁹. Nela, determinava que deveriam ser levados em conta os seguintes critérios:

- a) a capacidade de absorção, por parte dos índios, de uma assistência da mesma natureza da prestada aos habitantes regionais não-índios; b) condições de acumulação e economia de troca; c) grau de domínio da língua portuguesa; d) grau de dependência de bens de serviços supridos pela sociedade nacional; e) domínio de profissão e atividades produtivas; f) outras condições que demonstrem claramente a condição da comunidade indígena.⁷⁰

Percebe-se que os critérios podem se modificar no tempo, mas as tentativas de nomeação acerca de quem é e quem não é indígena permanecem nas práticas do Estado. Em ambos os exemplos citados, foram iniciativas que partiram do órgão tutor, a FUNAI, cuja atribuição legal é tutelar, proteger os indígenas e respeitar seus direitos. Todavia, a consequência dessas iniciativas dirigiam-se para o sentido oposto: separar os índios conforme seus graus de aculturação para, então, excluir as consequências da identidade étnica daqueles considerados aculturados, ou seja, não mais índios. Tal como na tentativa anterior, esta também foi alvo de grandes críticas e acabou abandonada.

Essa necessidade de definir quem é o índio no Brasil nunca foi dos indígenas ou de suas comunidades, mas sim, um problema posto e resolvido pelo próprio Estado.⁷¹

⁶⁸ A Comissão Nacional da Verdade caracterizou esse projeto de emancipação dos indígenas como “programa de etnocídio”. Segundo dispõe seu relatório: “O Estatuto do Índio de 1973 coloca a integração dos índios, entendida como assimilação cultural, como o propósito da política indigenista. O Ministro do Interior, Rangel Reis, declarou à CPI da Funai em 1977 que o ‘objetivo permanente da política indigenista é a atração, o convívio, a integração e a futura emancipação’. É esse mesmo ministro quem, em 1978, tentará decretar a emancipação da tutela de boa parte dos índios, a pretexto de que eles já estão ‘integrados’. Vários dirigentes da Funai nessa época insistem em aplicar ‘critérios de indianidade’ para descaracterizar os sujeitos de direitos. O protesto maciço da sociedade civil em 1978 acaba por retirar esse expediente da pauta do governo. Mas não há dúvida de que a política de assimilação cultural preconizada pelo desenvolvimentismo do Estado se caracteriza como um programa de etnocídio.” BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório: textos temáticos. Brasília: CNV, 2014. Volume II. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em 15 maio 2017, p. 213.

⁶⁹ RICARDO, Beto; RICARDO, Fani (Org.). **Povos indígenas do Brasil 1987/1990**. São Paulo: ISA, 1991, p. 40.

⁷⁰ BRASIL, Fundação Nacional do Índio. Portaria do Presidente n. 520. 04 maio 1988. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/51216/Proc_6CCR_1988_179.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 02 mar. 2017.

⁷¹ CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é (entrevista). In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos Indígenas do Brasil: 2001-2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 46.

Entretanto, considerando que aos indígenas são assegurados direitos peculiares, então, esse interesse de afirmar quem é o índio (pelo menos para o Direito) se tornou importante também para os próprios indígenas.

A importância dada a essa identificação como condição de acesso a direitos foi logo percebida pelos indígenas, que dela também se apropriaram. Nesse sentido, percebe-se nos depoimentos de alguns dos líderes indígenas que tiveram participação durante a ANC a menção expressa a seu pertencimento, como no caso de Davi Yanomami, que iniciou sua fala afirmando “sou um verdadeiro Yanomami de Roraima” [...] e concluiu dizendo: “Não estou falando muito bem porque sou índio verdadeiro mesmo, nasci na aldeia, vivi na aldeia”[...]. Da mesma forma, Krumare Kayapó, quando disse: “Nós somos índio puro, nós não somos outra nação, nós somos uma língua só, como caiapó”.⁷²

Quando consideramos o histórico de contato e tomada das Américas pelos europeus, a identidade indígena foi atribuída desde o início, começando por Cristóvão Colombo. Este passou a chamar indistintamente de índios os habitantes das terras que encontrou⁷³, fazendo desse substantivo “uma classificação homogeneizante”, ao englobar numa categoria diferentes grupos étnicos: diferentes tanto entre si, quanto em relação às sociedades nacionais nas quais se encontram inseridos.⁷⁴

A ideia de que todos os índios são iguais, “culturalmente virgens, página em branco”⁷⁵ está presente desde então. Nas cartas que Cristóvão Colombo escreveu à Coroa espanhola em sua primeira viagem nas Américas, ele se refere aos “nativos” de forma indistinta: depois de ter visto uns, passou a ver todos, iguais e genéricos. Na carta datada de 17.10.1492, por exemplo, diz que “[o]s habitantes se assemelhavam aos que já tínhamos encontrado, nas mesmas condições, também nus e com idêntica estatura.” Essa ideia se repete na carta datada de 22.10.1492, que afirma: “[...] e vieram muitos habitantes, parecidos com os que encontramos nas outras ilhas”.⁷⁶

Esse “índio genérico e abstrato”, em expressão utilizada por Roberto Cardoso de

⁷² BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. **Atas da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Brasília, 05 maio 1987, p. 158-159. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em: 29 dez. 2016.

⁷³ Como sabido, Colombo passou nomear todos os habitantes das Américas de índios, indistintamente, pois supunha que havia chegado à Índia. Nesse sentido: KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010, p. 35.

⁷⁴ CALEFFI, Paula. O que é ser índio hoje? A questão indígena na América Latina/Brasil no início do século XXI. **Diálogos Latinoamericanos**, n. 7, 2003, p. 21.

⁷⁵ TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América: a questão do outro**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 49.

⁷⁶ COLOMBO, Cristóvão. **Diários da descoberta da América: as quatro viagens e o testamento**. Série Visão do Paraíso. Volume I. 4. Ed. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 51-54.

Oliveira⁷⁷, povoou o imaginário popular e também influenciou o legislador pátrio, que segue se referindo aos “Índios”, inclusive no capítulo próprio a eles dedicado na CR/88, cujo título é justamente este: “Dos índios”⁷⁸. Ocorre que a ideia genérica da identidade indígena, o “índio genérico”, está distante do universo dos índios reais, que formam coletividades próprias e congregam culturas específicas.⁷⁹

No que tange ao imaginário popular, interessante cotejar os dados de amostra nacional conduzida entre os anos de 2010 e 2011, representativa da população acima de 15 anos de idade, que dão notícia de que “apenas um em cada três brasileiros [...] sabe aproximadamente qual é o atual contingente de indígenas no Brasil, e menos de um oitavo [...] têm noção da variedade de povos existentes.”⁸⁰ De maneira geral, é possível inferir que a sociedade brasileira segue tendo uma visão deturpada acerca da existência e diversidade de etnias indígenas no Brasil ainda hoje.

Nesse sentido, as mentalidades elaboradas por Roberto Cardoso de Oliveira⁸¹ em 1961, com o objetivo de delimitar as atitudes tomadas em relação aos indígenas, consideradas por ele como “obstáculos ideológicos a um indigenismo racional”, são ainda bastante ilustrativas. Oliveira formulou quatro tipos de mentalidades existentes no Brasil em relação aos indígenas: a mentalidade estatística, que se caracteriza por uma exagerada crença nos números – “[o] que significa morrerem algumas centenas de índios, se morrem no Brasil, diariamente, milhares de crianças?”⁸²; a mentalidade romântica, que seria partilhada pelo homem comum metropolitano, numa visão ingênua e literária do índio estereotipado por influência de obras literárias como as de José de Alencar ou Gonçalves Dias; a mentalidade burocrática, que seria partilhada na administração pública, “impregnada de um paternalismo exagerado e influenciada por certa dose de ‘romantismo’”⁸³, cujo exemplo citado são os funcionários médios e pequenos do antigo SPI, que não receberam preparação técnica ou científica para sua atuação profissional junto aos indígenas; e a mentalidade empresarial, que seria a existente entre os altos funcionários do SPI e nos principais meios de decisão.

⁷⁷ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A sociologia do Brasil indígena**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; São Paulo: Editora da USP, 1972, p. 12-13.

⁷⁸ Essa referência genérica existente no texto constitucional foi “preenchida” de sentido pelo STF no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet n. 3388), ao qual se retornará posteriormente.

⁷⁹ SANTOS, Ana Flávia Moreira; OLIVEIRA, João Pacheco de. **Reconhecimento étnico em exame: dois estudos sobre os Caxixó**. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED, 2003.

⁸⁰ VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Orgs.). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013, p. 14.

⁸¹ OLIVEIRA, 1972, p. 72 *et seq.*

⁸² OLIVEIRA, 1972, p. 72.

⁸³ ATHIAS, Renato. **A noção de identidade étnica na antropologia brasileira: de Roquette Pinto à Roberto Cardoso de Oliveira**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2007, p. 36.

Caracterizar-se-ia por estabelecer uma orientação totalmente voltada para a transformação dos postos indígenas em unidades autossustentáveis, através do trabalho nos moldes capitalistas, induzido aos indígenas. Segundo esta visão, o indígena é o empecilho ao desenvolvimento nacional, sendo preguiçoso e devendo ser civilizado através do trabalho desenvolvido nos moldes propostos pelos não-índios.

Embora essas visões soem hoje um tanto caricatas e não tenham mais aplicabilidade atualmente, algumas delas ainda auxiliam ao pensar a questão indígena, apesar de passados mais de 25 anos da promulgação da CR/88, que tanto inovou no tratamento constitucional aos indígenas. Quando Oliveira escreveu sobre aquelas visões, ser indígena e sustentar sua identidade étnica era muito diferente do que é hoje, na medida em que o direito à diferença, como consagrado na CR/88, inexistia. Atualmente, “os índios passaram a assumir sua condição étnica com foros de uma nova cidadania que até então lhes era praticamente negada.”⁸⁴

Passados praticamente 40 anos daquela classificação das visões sobre os indígenas, Oliveira constatou a mudança radical ocorrida na abordagem à identidade étnica no Brasil, principalmente depois que os indígenas e suas lideranças passaram a reivindicar respeito às suas identidades próprias, algo absolutamente inexistente até então.⁸⁵ Foi a partir dessa mudança e do reconhecimento de direitos aos indígenas pela CR/88 que a identidade étnica cresceu em importância. “A CR/88 modificou radicalmente o paradigma assimilacionista e exige uma nova forma de conceituação do que seja ser indígena.”⁸⁶

Todavia, para que se chegasse a esse ponto, longo percurso foi trilhado e fortes concepções teóricas foram modificadas, com a superação do culturalismo na definição de identidade étnica.

⁸⁴ OLIVEIRA, 2006, p. 42.

⁸⁵ OLIVEIRA, 2006, p. 41-42.

⁸⁶ OLIVEIRA, João Pacheco de. Parecer: Os Caxixós do Capão do Zezinho: uma comunidade indígena distante das imagens da primitividade e do índio genérico. In: SANTOS, Ana Flávia Moreira; OLIVEIRA, João Pacheco de. **Reconhecimento étnico em exame**: dois estudos sobre os Caxixó. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED, 2003a, p. 176.

1.3 A identidade étnica na perspectiva culturalista⁸⁷

Foi especialmente a partir da década de 1970 que a identidade étnica passou a povoar os debates na cena antropológica de forma mais intensa, resultando em abundante bibliografia acerca da temática e contribuindo significativamente no avanço teórico sobre a delimitação dos grupos étnicos. Tais estudos não criaram uma teoria geral da etnicidade, dada a multiplicidade de abordagens que lhe são possíveis. Todavia, tiveram como consequência o estabelecimento de pelo menos dois pontos considerados pacificados entre os estudiosos: o caráter mais relacional que essencial das identidades étnicas e o caráter mais dinâmico que estático da etnicidade.⁸⁸

Nas ciências sociais, o termo **eticidade** é usado para designar um sistema de classificação e organização social das interações sociais, segundo categorias que distinguem entre “nós” e “eles”, vale dizer, entre coletividades cujos mecanismos de distinção mútua se reproduziriam nas interações sociais de seus membros. Em geral, essa distinção é expressa em termos de características culturais de pertencimento a determinado grupo ou categoria social. (grifamos)⁸⁹

Ao estudar as teorias sobre a etnicidade e os grupos étnicos, é perceptível a importância que o contexto social adquire na configuração e na dinâmica das identidades étnicas. Então, o fenômeno da etnicidade só pode ser compreendido adequadamente em suas diversas expressões sociais quando se realiza uma análise minuciosa do contexto em que os processos de constituição das identidades étnicas são produzidos e mobilizados.⁹⁰ A ideia genérica da identidade indígena, o “índio genérico”, conforme já observado, está distante do universo dos índios reais.

Uma das dificuldades envolvidas na definição da identidade étnica sempre foi identificar aspectos característicos que diferenciasssem um determinado grupo de outros grupos étnicos e também da sociedade na qual se encontram inseridos. O que faz com que se atribua a uma determinada pessoa uma identidade étnica específica? O que torna um grupo étnico diferente dos demais de seu entorno? O que se coloca em questão, além da constatação

⁸⁷ Em grande medida, as reflexões trazidas nesse item foram discutidas originalmente em artigo apresentado no GT Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas, do V Encontro Internacional do CONPEDI, que ocorreu entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, em Montevidéu, Uruguai e publicado em: WAGNER, Daize Fernanda. Identidades étnicas e Poder Judiciário: pontos de reflexão. In: Encontro Internacional do CONPEDI, V, 2016b, Montevidéu, p. 80-99. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/360qtmi1>. Acesso em: 24 abr. 2017.

⁸⁸ POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998.

⁸⁹ PINTO, 2012, p. 68.

⁹⁰ PINTO, 2012.

da existência de múltiplos grupos étnicos, são as problemáticas daí decorrentes.

A noção de etnia se encontra desde sempre mesclada a outras concepções que lhe são conexas como as de raça, povo e nação, com as quais mantém relações de ambiguidade desde o início de seu uso pelas ciências sociais, no século XIX.⁹¹ A afinidade com esses temas que lhe são tão próximos vai impregnar a noção de etnia e da própria identidade étnica, ampliando ainda mais as dificuldades envolvidas em seu estudo.

Inicialmente, várias teorias buscaram uma explicação plausível para a percepção de pertencimento e a formação de grupos diferenciados na ideia de raça.⁹² A raça seria, assim, critério bastante para atestar as diferenças entre grupos étnicos e o senso de pertencimento a unir determinadas pessoas e grupos. Todavia, tais teorias fundadas na biologia e na convicção acerca da existência de comunidades de descendentes “puros” de uma população pré-colombiana, que seriam os indígenas, mostraram-se rapidamente insuficientes e inadequadas. “Ora, é evidente que, a não ser em casos de completo isolamento geográfico, não existe população alguma que reproduza biologicamente, sem miscigenação com os grupos com os quais está em contato.”⁹³ A própria ideia de raça enquanto determinante de “uma aparência exterior herdada e transmissível pela hereditariedade”⁹⁴ foi superada, não servindo como parâmetro ou critério na delimitação de grupos étnicos entre os estudiosos das ciências sociais.⁹⁵

O culturalismo representou a ruptura das concepções fundadas na ideia de raça. A partir dele, ganharam espaço as teorias que buscavam nas expressões culturais a explicação para a pertença a grupos e para as diferenças entre os grupos étnicos entre si e em relação às sociedades nas quais estavam inseridos. Segundo tais teorias, grosso modo, era a cultura que forjava as identidades. Cultura aqui entendida como conjunto de valores, formas e expressões

⁹¹ POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998.

⁹² Conforme afirma Lilia Moritz Schwarcz, o termo “raça” foi introduzido na literatura mais especializada pelo barão Georges L. C. Cuvier (1769-1832), no início do século XIX, “inaugurando a ideia da existência de heranças físicas permanentes entre os vários grupos humanos.” Ele o fez ao dar continuidade aos trabalhos de sistematização empreendidos por Carl von Linné, que elaborou, em 1758, o *Systema naturae*, obra de classificação das espécies vivas, na qual aparece a noção de espécie e o conceito de raça. SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 63; 334.

⁹³ CUNHA, Manuela Carneiro da. Parecer sobre os critérios de identidade étnica. In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 96.

⁹⁴ POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 37.

⁹⁵ Foge ao objeto deste trabalho realizar um resgate histórico acerca do uso da raça como marcador da identidade étnica. Destarte, fez-se mera referência sem, todavia, aprofundar ou esgotar o assunto. Athias faz interessante síntese desses estudos e a reação a eles ocorrida no Brasil, que estaria vinculada à teoria da fusão das raças, difundida entre o século XIX e início do século XX, especialmente a partir dos trabalhos de Nina Rodrigues, Roquette Pinto e Gilberto Freyre. ATHIAS, 2007, p. 57 *et seq.*

partilhadas por determinado grupo que os diferenciava dos demais⁹⁶. A existência de crenças ou de uma língua comum exclusiva utilizada pelo grupo, embora não fossem consideradas imprescindíveis, eram tidas como importantes traços diferenciadores do grupo étnico.⁹⁷

Todavia, se inicialmente esse movimento de substituir a ideia de raça pela noção de cultura mostrou-se interessante na diferenciação de grupos étnicos, acabou por transferir para a noção de cultura os mesmos problemas apontados em relação ao uso da raça.

Embora seja relativamente satisfatório o critério cultural, na medida em que corresponde a muitas das situações empíricas encontradas, ele deve ser usado de modo adequado. Isso significa que devem dele ser erradicados dois pressupostos implícitos: a) o de tomar a existência dessa cultura como uma característica primária, quando se trata pelo contrário de consequência da organização de um grupo étnico; b) o de supor em particular que essa cultura partilhada deva ser obrigatoriamente a cultura ancestral.⁹⁸

Os critérios fundados em traços culturais mostraram-se inadequados para estabelecer os grupos étnicos e diferenciar as identidades indígenas por várias razões, das quais Cunha⁹⁹, partindo da obra de Barth, destaca três: a impermanência dos traços culturais no tempo e a possibilidade de existirem diferentes traços culturais num mesmo grupo étnico, conforme sua situação ecológica e social. Essa “instabilidade” dos traços culturais pode ocorrer na adaptação às condições naturais e às oportunidades sociais originadas na interação com outros grupos o que, por si só, não altera a identidade étnica própria do grupo.

Além disso, quando há situações de contato intenso do grupo étnico com a sociedade na qual está inserido, como ocorre com indígenas de diferentes etnias em regiões diversas do Brasil¹⁰⁰, estes podem resistir às interferências através do apego a determinados traços culturais. Esses traços culturais foram chamados por Barth¹⁰¹ de sinais diacríticos, que são, então, enfatizados e preservam, assim, a identidade do grupo. Entre os diferentes estudos antropológicos realizados, verificou-se algo em comum: a impossibilidade de afirmar quais sinais diacríticos, dentre todos os possíveis no grupo, seriam enfatizados. Segundo Cunha¹⁰², então, essa imprevisibilidade seria mais um argumento, o terceiro, a depor contra o uso da cultura como o princípio primeiro de um grupo étnico.

⁹⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

⁹⁷ Nesse sentido, CUNHA, 1987; e POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998.

⁹⁸ CUNHA, 1983, p. 97.

⁹⁹ CUNHA, 1987.

¹⁰⁰ Cunha refere que tal processo de colocar em evidência certos traços culturais, mas não todos, é “generalizado e foi amplamente descrito por antropólogos em todas as latitudes.” CUNHA, 1987, p. 116.

¹⁰¹ BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade**. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

¹⁰² CUNHA, 1987.

Dentro da perspectiva culturalista, também se destacaram no Brasil¹⁰³ os estudos sobre a aculturação, como decorrência do fato de a cultura não ser inata, mas sim adquirida ou inculcada. Conseqüentemente, poderia também ser perdida. Nesse sentido, os estudos acerca da aculturação, a partir do trabalho junto a diferentes grupos indígenas, abundaram na etnografia brasileira.

1.4 Os estudos sobre aculturação no Brasil

Tendo em conta que vigorava a compreensão de que a identidade étnica decorria da cultura do grupo étnico, exibida através de traços perenes, sua alteração, por consequência, implicaria em aculturação e perda da identidade étnica específica. Aculturação é aqui empregada no sentido de assimilação, na qual “a adoção de elementos estrangeiros elimina o sistema de valores indígenas e afirma o valor da sociedade dominante, provocando a dissolução da identidade étnica.”¹⁰⁴

No que tange aos estudos acerca da aculturação, nota-se também um uso por vezes indistinto dos termos *assimilação* e *integração*, levando a compreensões equivocadas sobre seu conteúdo, inclusive porque alguns desses termos foram utilizados na legislação nacional. Destarte, para além dos sentidos distintos usados pelos estudiosos do assunto, que só depois de certo tempo passou a ser mais unívoco¹⁰⁵, a legislação pátria fazia confusão entre os termos *integração* e *assimilação*.¹⁰⁶

¹⁰³ Cunha lembra que os estudos acerca da aculturação tiveram importância não só no Brasil, mas também em outros países que tinham diante de si a tarefa de forjar uma nacionalidade, como foi o caso na África. Lá, o apelo à etnicidade era visto como um empecilho à criação de nações modernas e o tribalismo (que supunha uma ligação arraigada de cada homem com sua cultura maternal) era acusado de ser o responsável por esse “atraso”. Ocorre que se começou a perceber que mesmo nas cidades modernas africanas o tribalismo não desaparecia, mas sim se exacerbava. O mesmo ocorria em países em outros continentes e a etnicidade se mostrou nos quatro cantos do mundo como “a hidra do século XX”. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Etnicidade: da cultura residual mas irreduzível*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspás e outros ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 235-244.

¹⁰⁴ SILVA, 2005, p. 47.

¹⁰⁵ Athias traça percurso interessante desses estudos na etnologia brasileira, desde a *mudança cultural*, na perspectiva estudada por Herbert Baldus, passando pela *assimilação* no sentido estudado por Eduardo Galvão, até a *transfiguração étnica*, proposta por Darcy Ribeiro. ATHIAS, 2007.

¹⁰⁶ Para os fins deste trabalho, tomamos o sentido de aculturação anteriormente exposto, qual seja: a partir do contato interétnico entre diferentes grupos, a aculturação resulta da mudança de traços culturais em ambos ou em apenas um dos grupos, que passa a adotar ou exibir traços culturais do outro grupo. Já a assimilação caracteriza uma espécie de aculturação, pois pressupõe uma situação desigual entre os grupos étnicos em contato. Entre tais grupos há um dominante e um dominado, ou seja, um que impõe seus traços culturais ao outro, em desvantagem. Na assimilação, então, tem-se o envolver do grupo dominado pelo e no dominante e deste não mais vai se diferenciar. Por fim, a integração seria uma forma de inclusão dos grupos indígenas nas sociedades que lhe são

Os estudos sobre a aculturação dos indígenas ganharam muito espaço junto aos antropólogos no Brasil, entre os quais grassava uma preocupação com o fim inevitável dos indígenas através da assimilação. Há vários exemplos dessa preocupação na etnografia brasileira, em estudos que, especialmente entre as décadas de 1930 e 1970, identificaram no contato interétnico a extinção inexorável de grupos indígenas. Nessa mesma direção apontava a legislação nacional anterior à CR/88, a exemplo do EI, como veremos mais à frente.

À medida que os estudos etnográficos em campo avançavam, ficava cada vez mais evidente que a expectativa do fim inevitável dos indígenas pela aculturação não tinha correspondência com a realidade fática encontrada entre diferentes grupos, que mantinham sua distinção étnica a despeito do contato com os não-índios. Foi a partir dessa percepção, por exemplo, que Egon Schaden¹⁰⁷ publicou em 1969 uma obra na qual reuniu estudos conduzidos por antropólogos junto a diferentes grupos indígenas, todos na perspectiva da aculturação.

A obra tornou evidente que os estudos sobre aculturação foram se modificando e que nem sempre o que se encontrava no trabalho de campo junto aos indígenas conduzia necessariamente a sua aculturação e extinção enquanto grupo étnico distinto da sociedade nacional. A título exemplificativo, interessante a consideração de Schaden em relação ao estudo conduzido por Wagley e Galvão junto aos Tenetehára, publicada em 1961. Segundo estes, apesar de os Tenetehára manterem uma cultura predominantemente “aborígene”, mesmo tendo grande contato com a sociedade envolvente, acreditavam que dentro de uma ou duas gerações seriam aculturados e transformados em caboclos, com sua completa assimilação aos padrões regionais em que estavam inseridos. Schaden critica tal conclusão e afirma que, se assim fosse, então a marcha da assimilação teria que assumir características bastante diversas das então vigorantes, já que não se teria como compreender que

[...] uma cultura que após três séculos de contato se conserva, no fundo, ‘essencialmente indígena’ deixe de sê-lo em no máximo duas gerações, sem que isto se dê através de uma ruptura mais ou menos subitânea do sistema de valores centrais e de tudo o mais que dele decorra.¹⁰⁸

próximas, de forma que estes, sem que percam seus traços culturais peculiares e sem que sejam aculturados, integram-se com a sociedade local conforme seus próprios interesses. Exemplo disso seria a integração econômica do grupo indígena, através da venda de sua produção agrícola ou pecuária à sociedade envolvente. Discussão instigante acerca da distinção entre assimilação e integração é traçada em: AGOSTINHO, Pedro. Emancipação do Índio: análise crítica da minuta de decreto que regulamenta os artigos 9^o, 10^o, 11^o, 27^o e 29^o da Lei n. 6.001, de 19/12/1973 e dá outras providências. **Ciência e Cultura**, vol. 32, n. 2, p. 173-182, fev. 1980.

¹⁰⁷ SCHADEN, Egon. **Aculturação indígena**: ensaio sobre fatores e tendências da mudança cultural de tribos índias em contato com o mundo dos brancos. São Paulo: Pioneira; Editora da USP, 1969, p. 16-17.

¹⁰⁸ SCHADEN, 1969, p. 16-17.

Posteriormente, Galvão reconheceu que a crítica de Schaden tinha fundamento. Esse é apenas um exemplo de que os estudos conduzidos na perspectiva da aculturação iam perdendo espaço e sendo desacreditados. As situações encontradas em campo, que implicavam em contato mais ou menos intenso entre indígenas e a sociedade envolvente, não acarretavam, necessariamente, a aculturação dos indígenas.

Nesse percurso, Darcy Ribeiro e posteriormente Roberto Cardoso de Oliveira foram pioneiros na forma como criticaram os estudos que conduziam sempre à assimilação dos grupos indígenas. Em seu lugar, Ribeiro vai propor o conceito de transfiguração étnica¹⁰⁹, segundo o qual as sociedades indígenas em contato com a sociedade nacional alteram suas estruturas de forma a permanecer como entidades étnicas, transformando-se.

Então, assim como não há conversão, não há assimilação. O que há é uma integração inevitável. Se o índio é cada vez mais cercado de um contexto civilizado ou comercializado, se ele próprio se converte em mão de obra, se ele próprio tem que produzir mercadoria, é claro que ele tem uma integração cada vez maior com a sociedade nacional. Mas esta integração não quebra nele a identidade, que é como a do judeu, como a do cigano. Ele mantém a sua identidade como indígena. Apesar de transformados os costumes, apesar de mudar o modo de se vestir. Apesar de todas essas mudanças, ele permanece indígena.¹¹⁰

Posteriormente, no prefácio à segunda edição da obra *Índios e Castanheiros*, de 1978, Roberto da Matta afirmou que havia, então, como que uma “antropologia da integração” a dominar a Etnologia no Brasil, na qual o lado do índio deixava quase sempre de ser considerado e o ponto de partida era sistematicamente evolucionista. Da Matta afirmou que, quando realizou sua pesquisa de campo para tal obra junto aos índios Gavião (entre os anos de 1961 e 1962), era muito comum que os estudos de contato fossem semelhantes a ritos de extrema-unção, pois eles decretavam insistentemente a extinção dos índios. Ao final, reconheceu que nunca ficou tão feliz por estar tão errado, já que os índios sobreviveram, a despeito de todos os prognósticos em sentido contrário.¹¹¹

A perspectiva da identidade étnica como fruto de uma cultura perene foi sendo questionada e criticada, na medida em que não dava conta de explicar a permanência de grupos étnicos, a despeito de seu contato com a sociedade envolvente e apesar de ocorrer, muitas vezes, mudança de traços culturais, que não conduziam a uma perda da identidade

¹⁰⁹ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. Petrópolis: Vozes, 1982.

¹¹⁰ RIBEIRO, Darcy. Antropologia da civilização: entrevista concedida a Luís Donisete B. Grupioni e Denise Fajardo Grupioni. **Boletim da ABA**, n. 27, 1997. Disponível em: http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_22_RBA/html/ABA/boletins/b27/08.htm. Acesso em 24 abr. 2017.

¹¹¹ LARAIA, Roque de Barros; DA MATTÁ, Roberto. **Índios e Castanheiros**: a empresa extrativa e os índios no médio Tocantins. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

étnica e dissolução do grupo, como vários trabalhos de campo demonstraram.

Segundo Silva, muito mais do que um processo social, a tese da aculturação indígena como desencadeadora de um processo irreversível de extinção étnica dos indígenas pode ser entendida como uma ideologia.¹¹²

É nesse cenário que ganha importância a contribuição teórica de Fredrik Barth acerca dos grupos étnicos e suas fronteiras. Este, por sua vez, tomou os escritos de Max Weber e, a partir deles, construiu sua teoria, que teve grande adesão na etnologia brasileira. Portanto, para que se possa compreender a amplitude da contribuição de Barth, é necessário regressar um pouco mais para tratar da obra de Weber.

1.5 Retornando a Max Weber: comunidades étnicas são formas de organização política

Ainda que se considere que Max Weber foi um autor vinculado ao espírito de sua época, comprometido com a expansão da hegemonia do pensamento europeu em relação aos demais povos e continentes, nem por isso se pode desprezar seu constructo acerca das comunidades étnicas. Sua obra foi relevante para fundar a compreensão atual sobre os grupos étnicos, que verte no reconhecimento de sua autonomia e na importância de sua própria subjetividade na afirmação da identidade étnica.

Assim, ainda que identificado com um período e um pensamento hoje altamente questionados e combatidos, sobretudo na América Latina, nem por isso desconsideramos a contribuição de Weber, que está na base dos argumentos desenvolvidos por Barth e outros etnólogos, que empreenderam seus estudos a partir de experiências empíricas com povos indígenas em diferentes locais e épocas, inclusive em nosso país.

Tendo esse contexto em consideração, destacamos o capítulo IV da obra *Economia e Sociedade*, de 1922, no qual Weber aborda as “relações comunitárias étnicas”. Nele, delimitou as comunidades étnicas como uma forma de organização política.

A crença na afinidade de origem – seja esta objetivamente fundada ou não – pode ter consequências importantes particularmente para a formação de comunidades políticas. Como não se trata de clãs, chamaremos grupos ‘étnicos’ aqueles grupos humanos que, em virtude de semelhanças no *habitus* externo ou nos costumes, ou em ambos, ou em virtude de lembranças de colonização e migração, nutrem uma

¹¹² SILVA, 2005, p. 30.

crença subjetiva na procedência comum, de tal modo que esta se torna importante para a propagação de relações comunitárias, sendo indiferente se existe ou não uma comunidade de sangue efetiva.¹¹³

Para Weber, a raça, considerada como determinante de uma aparência exterior herdada e transmissível pela hereditariedade, não interessa por si mesma no estudo sobre o que leva à formação das comunidades étnicas. Ela só vai importar sociologicamente e “conduz a uma ‘comunidade’ quando é sentida subjetivamente como característica comum”¹¹⁴ pelos membros do grupo. Ou seja, ele ressalta que a ideia dos atributos físicos (no sentido da Antropologia física¹¹⁵) somente são considerados quando tomados subjetivamente pelos membros do grupo, e não por si mesmos.

Ainda segundo Weber, essa crença subjetiva dos membros do grupo de que formam uma comunidade ocorre quando uma vizinhança local ou outros vínculos entre pessoas de “raças distintas” levam a uma ação comum, na maioria das vezes, política, ou quando certo destino comum dos “racialmente homogêneos” se liga a algum contraste existente com outros de características acentuadamente distintas. Nessa segunda forma, a ação comunitária costuma se manifestar negativamente, como diferenciação ou desprezo ou, ao contrário, como medo supersticioso em relação aos diferentes.¹¹⁶

Weber afirma que a língua e a religião constituem elementos extraordinariamente fortes nos sentimentos de afinidade étnica, pois ambas atuam como instrumentos facilitadores da compreensão do sentido das ações dos outros e isso ocorre porque “a ‘compreensibilidade’ do sentido das ações dos outros é o pressuposto mais elementar de uma relação comunitária.”¹¹⁷ Todavia, se a língua e a religião forem deixadas de lado, ainda assim restarão várias outras questões envolvendo o que costuma ser chamado de “decência” e de honra e dignidade sentidas pelo indivíduo numa comunidade. Ou seja, é “a convicção na excelência dos próprios costumes e na inferioridade dos alheios” que alimentam a honra étnica, que é

¹¹³ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994, p. 270.

¹¹⁴ WEBER, 1994, p. 267.

¹¹⁵ Em seu texto, cujo original foi publicado em 1922, Weber se refere ao termo *Antropologia*, o que nos faz compreender que esteja se referindo à Antropologia Física que, em contraposição à Etnologia, tinha por objeto estudar aspectos fisiológicos, tipos físicos humanos e, a partir deles, estabelecer padrões de comportamento. É nesse período que estudos, tais como os desenvolvidos por Cesare Lombroso, ganham força. Assim, quando Weber refere em seu texto a Antropologia, está tratando da Antropologia Física. Na mesma direção parece apontar Schwarcz quando, ao analisar o nascedouro dos estudos da Antropologia e da Etnologia, estabelece um paralelo entre ambas, dizendo que os estudos antropológicos nasceram diretamente vinculados às ciências físicas e biológicas e como disciplina se detinha na análise biológica do comportamento humano, enquanto que a Etnologia, por outro lado, manteve-se fiel a uma perspectiva mais filosófica e vinculada a uma orientação humanista. SCHWARCZ, 1993, p. 66.

¹¹⁶ WEBER, 1994, p. 267.

¹¹⁷ WEBER, 1994, p. 271-272.

acessível a todos que pertencem à comunidade de origem subjetivamente imaginada.¹¹⁸

Weber afirma ainda que a repulsão étnica se agarra a todas as divergências imagináveis acerca dos sentidos possíveis sobre a ideia de decência e as transforma em “convenções étnicas”. Diferenças em relação ao estilo econômico de vida ou a elementos como vestuário, moradia, tipos de alimentação, divisão do trabalho entre homens e mulheres etc. são aspectos cujos contrastes são tomados como símbolos de pertinência étnica. Por fim, Weber afirma que essas diferenças ou “fronteiras étnicas” não são fixas, a não ser em casos nos quais são condicionadas por drásticas diferenças geográficas.

Percebe-se daí que, para Weber, grupos étnicos existem pela crença subjetiva que têm seus membros de formar uma comunidade e pelo sentimento de honra social compartilhado por todos que alimentam essa crença. É a partir da diferença em relação aos outros que a identidade étnica do grupo é construída. Há como uma atração entre os que se sentem parte do “nós”, dos que se sentem iguais, e uma repulsa em relação aos que são “outros”, chamados no texto de Weber de “estrangeiros”. A pertença, então, está fundada na explicitação das diferenças às quais os membros do grupo se apropriam para estabelecer fronteiras étnicas em relação aos outros, e não no isolamento.

Ao definir o grupo étnico a partir da crença subjetiva na origem comum, Weber sublinha que não é na posse de traços, quaisquer que sejam, que é conveniente procurar a fonte da etnicidade, mas na atividade de produção, de manutenção e de aprofundamento de diferenças cujo peso objetivo não pode ser avaliado independentemente da significação que lhes atribuem os indivíduos no decorrer de suas relações sociais.¹¹⁹

Para Weber, a influência que os fatores étnicos exercem sobre a formação de comunidades é muito difícil de determinar de modo geral e assume importância problemática a cada caso concreto.¹²⁰ Todavia, apesar das dificuldades apontadas pelo próprio Weber na investigação das comunidades étnicas, ainda assim não se pode subestimar seu constructo.

Das contribuições de Weber à concepção atual acerca da identidade e grupos étnicos, destacamos o caráter problemático da pertença étnica como definidora de grupos étnicos e, conseqüentemente, o demonstrar que sob um mesmo conceito estão abrigados grupos, cujas motivações ou características de sua manutenção são muito distintas. Em decorrência disso, é importante estudar os casos concretos, afastando-se de formulações genéricas com pretensão homogeneizadora dos grupos étnicos. Por fim, o reconhecimento de

¹¹⁸ WEBER, 1994, p. 272.

¹¹⁹ POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 39-40.

¹²⁰ WEBER, 1994, p. 273.

que a identidade étnica possui um caráter muito mais dinâmico que estático e, além disso, tem um forte caráter relacional, sendo construída na alteridade, também encontram lastro nas formulações de Weber.

Todavia, dentre todos os pontos mencionados, o que mais se ressalta da sua contribuição para a percepção atual acerca da identidade étnica e dos grupos étnicos é certamente o fato de ela estar fundada na crença subjetiva de pertencimento existente nos membros do grupo. Essa ideia de pertença étnica descrita por Weber será apropriada e desenvolvida por Fredrik Barth ao delimitar os grupos étnicos e suas fronteiras.

1.6 Contribuições de Fredrik Barth para a compreensão dos grupos étnicos e suas fronteiras

Fredrik Barth, em conferência proferida em 1969, na Universidade de Bergen, promoveu o questionamento de conceitos aparentemente consolidados, como os de etnicidade e de grupo étnico, e também desconstruiu o culturalismo como base de explicação para os grupos étnicos. Avançando na ideia da cultura como traço distintivo da identidade étnica, “Barth vai perceber que nem os grupos étnicos se definem por portarem culturas específicas, nem o contato dilui as etnias”.¹²¹

Barth inicia sua exposição apresentando uma definição de grupo étnico que era considerada adequada na literatura antropológica até então. Segundo esta, o grupo étnico é uma população que:

1. em grande medida se autoperpetua do ponto de vista biológico;
2. compartilha valores culturais fundamentais, realizados de modo patentemente unitário em determinadas formas culturais;
3. constitui um campo de comunicação e interação;
4. tem um conjunto de membros que se identificam e são identificados por outros, como constituindo uma categoria que pode ser distinguida de outras categorias da mesma ordem.

Essa definição típico-ideal não está muito longe, em termos de conteúdo, da proposição de que uma raça = uma cultura = uma língua, e de que sociedade = unidade que rejeita ou discrimina outros.¹²²

Barth criticou essa definição tradicionalmente aceita na Antropologia por

¹²¹ SILVA, 2005, p. 30.

¹²² BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Tradução de John Cunha Comerford. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000, p. 27-28.

diferentes razões. Segundo ele, sua grande oposição não diz respeito ao conteúdo substantivo das características em si, muito embora ainda assim proponha uma mudança de ênfase em seus elementos. Sua principal discordância é que, nos termos em que foi formulada, a definição não possibilitava que se tivesse uma compreensão acerca do fenômeno dos grupos étnicos e seu lugar na sociedade e cultura humanas, pois “trazia implícita uma visão preconcebida de quais são os fatores significativos para a gênese, a estrutura e a função de tais grupos”.¹²³

A grande crítica de Barth a essa definição foi o fato de ela ter conduzido à ideia equivocada de que os grupos étnicos seriam “separados”, vivendo em relativo isolamento, cada qual com sua cultura própria e organizado em sociedade, apto a ser legitimamente isolado para descrição como se fosse uma ilha. Segundo ele, essa ideia sequer encontrava amparo em muitas situações etnográficas empíricas conduzidas por diferentes antropólogos. Barth sustentou também que a explicação para a manutenção da diversidade cultural dos grupos em razão de seu isolamento social e geográfico era simplista¹²⁴ e também não encontrava amparo em investigações empíricas, a exemplo daquelas divulgadas na obra por ele, organizada a partir do seminário realizado em 1967.¹²⁵

A partir daí, Barth propõe uma nova definição de grupos étnicos, segundo a qual:

As fronteiras [entre os grupos étnicos] persistem apesar do fluxo de pessoas que as atravessam. [...] As distinções de categorias étnicas não dependem de uma ausência de mobilidade, contato e informação. [...] As distinções étnicas não dependem de uma ausência de interação social e aceitação, mas são, muito ao contrário, frequentemente as próprias fundações sobre as quais são constituídos os sistemas sociais englobantes. **A interação em um sistema social como este não leva a seu desaparecimento por mudança e aculturação; as diferenças culturais podem permanecer apesar do contato interétnico e da interdependência dos grupos.** [...] **Os grupos étnicos são categorias de atribuição e identificação realizadas pelos próprios atores e, assim, têm a característica de organizar a interação entre as pessoas.** [...] Uma atribuição categórica é uma atribuição étnica quando classifica uma pessoa em termos de sua identidade básica mais geral, presumivelmente determinada por sua origem e seu meio ambiente. Na medida em que os atores usam identidades étnicas para categorizar a si mesmos e outros, com objetivos de interação, eles formam grupos étnicos neste sentido organizacional. (grifo nosso).¹²⁶

Em Barth é possível perceber a sequência ao pensamento de Weber, pois nos escritos de ambos a subjetividade é valorizada, a autoidentificação e a identificação pelos outros integrantes do grupo étnico recebem grande importância e, além disso, o caráter

¹²³ BARTH, 2000, p. 28.

¹²⁴ BARTH, 2000, p. 26.

¹²⁵ Os ensaios citados por Barth estão publicados na obra por ele editada: BARTH, Fredrik. **Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference**. Long Grove: Waveland, 1969.

¹²⁶ BARTH, 1998, p. 188, 189, 193-194.

organizacional do grupo étnico ganha centralidade.

Barth substituiu uma concepção estática de identidade étnica por uma concepção dinâmica. A partir de seus estudos foi possível compreender que a identidade étnica, tal como outras identidades coletivas, é construída e transformada na interação de grupos sociais, seja em processos de inclusão, seja de exclusão, sempre numa dinâmica de se estabelecerem os limites entre tais grupos e aqueles que os integram ou não.¹²⁷

Havia, até então, a compreensão de que a identidade étnica seria estática, fixada em características imutáveis. Todavia, como sugere Silva, é preciso insistir na importância da ampliação do entendimento do conceito de identidade étnica – “[i]dentidade não é sinônimo de unicidade.”¹²⁸ Aí reside a relevância dos estudos de Barth, que compreendeu que os processos de organização social através dos quais mantêm-se de forma duradoura as distinções entre “nós” e “os outros” podem se alterar e que essas alterações não são capazes de suprimir a diferença entre o “nós” e “os outros”.¹²⁹ Ou seja, “as diferenças culturais podem permanecer apesar do contato interétnico e da interdependência dos grupos”.¹³⁰

Para Barth, se atribuía muita importância ao fato de o grupo étnico compartilhar uma mesma cultura. Em contraposição a isso, ele sugeriu que se deveria entender esse traço como uma implicação ou resultado, muito mais do que uma característica primária e definicional da organização do grupo étnico.¹³¹

Um problema apontado por Barth, que decorre da consideração de que um grupo étnico seria uma unidade portadora de cultura, é que a classificação das pessoas e dos grupos locais como membros de um grupo étnico deve necessariamente depender da presença de traços culturais particulares daquele grupo. Nesse cenário, diferenças entre grupos étnicos são tomadas como diferenças entre inventários de traços – “a atenção concentra-se sobre a análise das culturas, em detrimento da organização étnica.”¹³²

Como consequência desse encaminhamento nos estudos acerca dos grupos étnicos a partir da cultura, Barth afirma que ganharam importância estudos de aculturação, que procuravam descrever a relação dinâmica entre os grupos. Como mencionado anteriormente, tais estudos, também no Brasil, acabaram sendo questionados, já que a aculturação não levou à extinção dos grupos étnicos indígenas, diferentemente do que previam.

¹²⁷ POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998.

¹²⁸ SILVA, 2005, p. 44.

¹²⁹ LAPIERRE, Jean William. Prefácio. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade**. Seguindo de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 9-14.

¹³⁰ BARTH, 1998, p. 188.

¹³¹ BARTH, 1998, p. 188.

¹³² BARTH, 2000, p. 29.

Ainda conforme Barth, embora as categorias étnicas levem em conta as diferenças culturais, não o fazem numa relação direta no sentido de uma “relação de um para um entre as unidades étnicas e as semelhanças e diferenças culturais.”¹³³ As características que são levadas em consideração não são uma soma de diferenças objetivas, mas apenas aquelas que os próprios atores consideram significativas. Alguns traços culturais são utilizados pelos atores como emblemas e sinais de diferenças, já outros são ignorados e ainda, em alguns casos, diferenças radicais são minimizadas e negadas.¹³⁴

Pelos exemplos utilizados pelo autor, é possível afirmar que as diferenças culturais que podem marcar as dicotomias étnicas podem ser tangíveis, como os sinais diacríticos, que são traços culturais que se percebem pela forma como as pessoas exteriorizam e demonstram sua identidade. Além deles, há também diferenças étnicas que se caracterizam por não serem tangíveis, como os valores fundamentais que as orientam – a moralidade e os padrões de excelência –, que são usados como critérios para julgar suas ações. “Desde que pertencer a uma categoria étnica implica ser um certo tipo de pessoa que possui aquela identidade básica, isso implica igualmente que se reconheça o direito de ser julgado e de julgar-se pelos padrões que são relevantes para aquela identidade.”¹³⁵

Todavia, o autor ressalta que não existe nenhum tipo de lista que descreva exaustivamente os traços diacríticos ou diferenças culturais dos quais seriam originados esses “conteúdos culturais”. Assim, não é possível prever quais traços serão realçados ou tornados organizacionalmente relevantes pelos atores e quais serão ignorados ou mesmo escondidos por eles. Ou seja, “as categorias étnicas fornecem um cadinho organizacional dentro do qual podem ser colocados conteúdos de formas e dimensões várias em diferentes sistemas socioculturais.”¹³⁶

Para Barth, o traço fundamental dos grupos étnicos são a atribuição e a pertença. Assim, pouco importa que traços culturais ou outras diferenças “objetivas” se modifiquem e pouco importam as diferenças que os membros do grupo possam ter em seus comportamentos manifestos: “se eles dizem que são A, em oposição a outra categoria B da mesma ordem, eles estão querendo ser tratados e querem ver seus próprios comportamentos interpretados e julgados como de As e não de Bs, ou seja, eles declaram sua sujeição à cultura compartilhada pelos As.”¹³⁷

¹³³ BARTH, 2000, p. 194.

¹³⁴ BARTH, 1998.

¹³⁵ BARTH, 1998, p. 194.

¹³⁶ BARTH, 1998, p. 194.

¹³⁷ BARTH, 1998, p. 195.

Para Barth, o destaque dado à atribuição como característica fundamental dos grupos étnicos resolve dois problemas conceituais normalmente apontados: 1) “quando as unidades étnicas são definidas como um grupo atributivo e exclusivo, a sua continuidade é clara: ela depende da manutenção de uma fronteira”¹³⁸. Assim, mesmo quando as características culturais que “marcam” a fronteira mudam, ou mesmo quando há transformações nas características culturais dos membros do grupo, ou seja alterada a forma de organização do grupo, ainda assim, ele persiste, na medida em que permanece a distinção entre quem é membro e quem não é. 2) “Apenas os fatores socialmente relevantes tornam-se importantes para diagnosticar o pertencimento, e não as diferenças explícitas e ‘objetivas’ que são geradas a partir de outros fatores.”¹³⁹

Portanto, a partir de Barth se compreende que a relevância está na fronteira étnica que define o grupo e não na matéria cultural que ela abrange. Fronteiras aqui entendidas como fronteiras sociais, “ainda que possam ter contrapartida territorial”¹⁴⁰. “Se um grupo conserva sua identidade quando os membros interagem com outros, isso implica critérios para determinar a pertença e meios para tornar manifestas a pertença e a exclusão.”¹⁴¹.

Barth afirma que a identidade étnica é uma identidade imperativa, na medida em que ela não pode ser desconsiderada ou temporariamente deixada de lado em função de outras definições de situação. Nessa direção, a identidade étnica é semelhante ao sexo e à posição social, pois condicionam todas as áreas de atuação da pessoa e não apenas algumas situações sociais. Assim, as restrições no comportamento de uma pessoa em razão de sua identidade étnica se inclinam a ter um caráter absoluto.¹⁴²

Então, em síntese, com Barth é possível afirmar que grupos étnicos são organizações sociais cujas fronteiras se definem pelo pertencimento que cada ator manifesta em relação ao grupo, mesmo que os sinais diacríticos possam se modificar. Os traços culturais devem ser compreendidos muito mais como produzidos pelo grupo do que como formadores da identidade étnica do grupo.

Em acréscimo, é possível afirmar que a identidade étnica refere-se sempre a uma origem comum suposta e o que diferencia, em última análise, a identidade étnica de outras formas de identidade coletiva é que ela é orientada para o passado.¹⁴³

A partir de Barth floresceu a literatura antropológica acerca dos grupos étnicos,

¹³⁸ BARTH, 2000, p. 33.

¹³⁹ BARTH, 2000, p. 33.

¹⁴⁰ BARTH, 2000, p. 34.

¹⁴¹ BARTH, 1998, p. 195.

¹⁴² BARTH, 2000, p. 37.

¹⁴³ POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998.

seja no sentido de criticar suas conclusões, seja no sentido de dar prosseguimento a suas ideias, dando ênfase em algum ponto ou aspecto de sua teoria, como ocorreu no Brasil. Por um lado, é possível enxergar na obra barthiana acerca da etnicidade as bases para uma ruptura epistemológica na Antropologia. Por outro, há aqueles que o consideram um “clássico menor”. De qualquer sorte, isso também depõe a seu favor, na medida em que sua obra suscitou grandes discussões, transformando-se em um marco para a disciplina, apesar das críticas.¹⁴⁴

A chave para a utilização dos escritos de Barth acerca dos grupos étnicos na compreensão do objeto da presente tese consiste em não perder de vista também suas limitações. Nesse sentido, há que se ter em consideração que, embora Barth procure romper com o apelo à cultura para justificar a permanência dos grupos étnicos no tempo, não deixa de referir traços culturais, chamados por ele de diacríticos, que remetem à cultura. Num certo sentido, Barth não conseguiu excluir a ideia da manutenção das fronteiras dos grupos étnicos de aspectos da cultura exibidos por esses grupos. Todavia, nesse ponto, com Cunha¹⁴⁵ consideramos que ainda que não se possa definir grupos étnicos a partir de sua cultura, como demonstrou Barth, ela entra de modo essencial na etnicidade.

Vários autores têm buscado, a partir de Barth, prosseguir na compreensão acerca da identidade étnica, agregando-lhes novos elementos. De qualquer forma, ainda que se perceba aí um ponto de fragilidade, por não se conseguir afastar por completo o apelo a aspectos da cultura na explicação da pertença étnica, o estudo de Barth contribuiu para o encaminhamento da questão, que segue sendo investigada¹⁴⁶.

Também é de ressaltar a forma como Barth se apropriou do constructo de Weber acerca das comunidades étnicas. Em grande medida, muitas das ideias formuladas em sua famosa Introdução à obra *Ethnic Groups and Boundaries* parecem uma apropriação da obra de Weber sem a devida citação da fonte, muito mais do que uma releitura. Todavia, como o próprio Barth vai se referir mais tarde numa entrevista, o trabalho de Weber se tornou uma espécie de plataforma para suas ideias, pois desejava uma teoria mais orientada para os atores

¹⁴⁴ A título ilustrativo, é possível encontrar afirmação de que os estudos étnicos podem ser divididos de acordo com dois períodos: BB (before Barth) e AB (after Barth). POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 153.

¹⁴⁵ CUNHA, 1987.

¹⁴⁶ Nessa direção apontam, por exemplo, POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998. Em complemento, a título exemplificativo, no Brasil, referindo-se especificamente aos grupos indígenas do Nordeste, João Pacheco de Oliveira, considerando os estudos de Barth, lhe agregou e desenvolveu a noção de territorialização, em estudos que empreendeu junto a grupos indígenas “ressurgidos” que passaram a reivindicar sua identidade étnica e as consequências dela decorrentes, como o direito à terra. OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Mana*, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 1, abr. 1998a. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131998000100003. Acesso em: 30 mar. 2017.

e mais próxima do que realmente acontece entre as pessoas.¹⁴⁷

Outra crítica que lhe é dirigida diz respeito ao fato de que Barth atribuiu poder de determinação às ações do agente, numa lógica de compreendê-lo como um ator racional, numa formulação que conduz à ideia de que o agente manipula sua identidade étnica e pertença ao grupo conforme seus interesses. Assim, segundo Villar¹⁴⁸, Barth aposta como que numa “racionalidade da *free choice*”, numa racionalidade instrumental que conduziria não o indivíduo, mas suas ações como fruto de uma avaliação crítica baseada num cálculo de custos e benefícios.

Nesse sentido, os atores de Barth, em busca de determinadas metas, escolhem certas condutas para alcançá-las, enfrentando restrições impostas pelo meio (natural e social),¹⁴⁹ coisa que não encontraria plena correspondência a várias situações fáticas estudadas pelo próprio Barth. Numa crítica mais incisiva desse ponto, Villar argumenta que Talal Asad identificou nessa concepção barthiana do ser humano reminiscências do *homo homini lupus* de Thomas Hobbes.¹⁵⁰

Finalmente, há que se considerar que o constructo de Barth não surgiu em um vazio.¹⁵¹ Por um lado, a ideia do contato, do contraste ou da relação com os “outros” como base da identidade grupal não é nova, tendo sido trabalhada por outros estudiosos antes de Barth, como dá notícia Villar¹⁵². Por outro, a ideia da identidade relacional foi cunhada muito antes do que a teoria barthiana da etnicidade pode fazer crer.

De qualquer forma, ainda que se possam formular essas e outras críticas ao desenvolvimento de Barth acerca dos grupos étnicos e suas fronteiras, nem por isso tais críticas são capazes de anular ou mesmo neutralizar a influência que tiveram e a contribuição de Barth para uma melhor compreensão sobre os grupos étnicos e da própria identidade étnica. Contribuição que se notabilizou por ter rompido com o culturalismo e conduzido, assim, a um repensar as relações interétnicas sob novas bases. Sua influência se vai fazer sentir também no Brasil.

¹⁴⁷ BARTH, Fredrik. Entrevista. In: BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Tradução de John Cunha Comerford. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000, p. 205.

¹⁴⁸ VILLAR, Diego. Uma abordagem crítica do conceito de “eticidade” na obra de Fredrik Barth. **Mana**, vol. 10, p. 165-192, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132004000100006. Acesso em 30 mar. 2017.

¹⁴⁹ VILLAR, 2004, p. 175.

¹⁵⁰ VILLAR, 2004, p. 189.

¹⁵¹ VILLAR, 2004, p. 166.

¹⁵² VILLAR, 2004, p. 180.

1.7 A etnografia brasileira influenciada por Barth

No Brasil também ocorreu a revisão crítica do culturalismo. Os estudos focados na mudança cultural e na aculturação entraram em declínio na década de 1960. Nesse período, Roberto Cardoso de Oliveira vai também criticá-los, pois eles não se prestavam ao estudo consistente das relações de contato como elementos de um sistema interétnico.

Segundo Oliveira, o sistema interétnico é formado pelas relações dessas duas populações – indígenas e sociedade regional –, que se encontram “dialeticamente ‘unificadas’ através de interesses diametralmente opostos, ainda que interdependentes, por paradoxal que pareça.”¹⁵³ Oliveira argumenta que o foco de análise necessita ser modificado: é preciso abandonar a investigação acerca do patrimônio cultural dos indígenas e tomar em consideração as relações existentes entre os indígenas e a sociedade nacional do seu entorno, ou seja, a sociedade regional. Em síntese, Oliveira propõe que se investiguem as relações de dominação e de poder que ocorrem em âmbito econômico e social entre a sociedade regional e os indígenas. Nessa direção, afirma Oliveira:

Pretendo que os subsistemas (no caso, o tribal e o nacional) tenham entre si e entre o sistema interétnico inclusivo a mesma correspondência lógica que têm entre si as classes sociais e a sociedade global brasileira. Do mesmo modo que, por exemplo, a sociedade nacional é um sistema social suscetível de ser analisado através de sua estrutura de classes, a situação de contato, graças ao sistema de relações que lhe é inerente, pode ser analisada mediante o que denominei fricção interétnica – o que seria o equivalente lógico, mas não ontológico do que os sociólogos chamam de ‘luta de classes’. São a estrutura desse sistema e a sua dinâmica que cabem ao analista deslindar para um diagnóstico e tentar um prognóstico da situação de contato.¹⁵⁴

Sua construção vai ter importância significativa nos estudos brasileiros sobre as relações entre a sociedade nacional e os grupos étnicos indígenas, que serão conduzidos a partir de então. Em seus estudos, formulou uma tipologia da situação de contato, segundo a qual, pelo menos do ponto de vista teórico, seriam possíveis quatro formas de contatos interétnicos entre indígenas e não-indígenas, caracterizados pela simetria ou assimetria e que teriam como resultado relações igualitárias ou de sujeição-dominação entre eles. Dessas tipologias, passou a interessar sobremaneira ao estudo aquela resultante da relação assimétrica entre indígenas e não-índios, que estaria caracterizada nas zonas de fricção interétnicas.

¹⁵³ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Problemas e hipóteses relativos à fricção interétnica. In: OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A sociologia do Brasil indígena**: ensaios. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1972, p. 87.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, 1972, p. 87.

No estudo das relações interétnicas, a noção de fricção interétnica formulada por Oliveira descortinou os aspectos de conflito nessas relações. Sua análise se voltou para a dinâmica dos contatos interétnicos¹⁵⁵ e passou a considerar também a perspectiva dos grupos indígenas nas situações de contato, e não mais apenas a perspectiva aculturativa conduzida até então, que ressaltava a dominância do não-índio.

Posteriormente, já sob influência de Barth, Oliveira estudou a formação da identidade étnica e propôs seu conceito como uma identidade contrastiva, nos seguintes termos:

Partindo de Barth, pudemos então elaborar a noção de identidade contrastiva, tomando-a como a essência da identidade étnica, a saber, quando uma pessoa ou grupo se afirmam como tais, o fazem como meio de diferenciação em relação a alguma outra pessoa ou grupo com quem se defrontam, é uma identidade que surge por oposição, implicando a afirmação do nós diante do outro, jamais se afirmando isoladamente [...] O certo é que um membro de um grupo indígena não invoca sua pertinência tribal a não ser quando posto em confronto com membros de uma outra etnia.¹⁵⁶

A partir do conceito de identidade contrastiva, Oliveira ressalta o caráter ideológico¹⁵⁷ da identidade étnica. Em seus estudos passa a se preocupar com o nível ideológico das relações interétnicas, pois percebeu que era inviável explicar essas relações sem considerar suas representações polarizadas por grupos sociais em oposição, seja através de conflitos manifestos ou de tensões latentes.¹⁵⁸ Ele considerou o sistema interétnico, que está definitivamente marcado por sua natureza assimétrica, o foco gerador da identidade étnica, sendo que a etnia operaria como um classificador no interior desse sistema e ao nível ideológico, como produto de representações coletivas.

Assim, a identidade dos grupos em contato só é compreensível na medida em que estão em relação. O caráter contrastivo dessas identidades caracteriza-se por ser um atributo essencial da identidade étnica, ou seja, a identidade étnica é que surge de uma oposição e pode ser “manipulada”¹⁵⁹ tanto pelos indígenas quanto pelos não-índios.¹⁶⁰ Destarte, em

¹⁵⁵ O contato interétnico é compreendido por Oliveira como sendo aquele no qual se dão relações que têm lugar entre indivíduos e grupos de diferentes procedências nacionais, ‘raciais’, ou culturais. OLIVEIRA, 1976, p. 1.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, 1976, p. 36.

¹⁵⁷ Entendendo-se aqui “ideologia como uma forma na qual se assumem representações. [...] A ideologia é um discurso coerente, construído para eliminar contradições encontradas no sistema social, ela possui uma natureza sistêmica, integrada, capaz de conter um ‘saber’ organizado (se bem que não científico) para certos fins, sejam eles econômicos, políticos, estéticos etc. Nesse sentido, a ideologia pode ser consciente ou inconsciente – ainda que frequentemente seja inconsciente e ‘opaca aos agentes’ que vivenciam as relações sociais que lhe deram origem e que as sustenta.” POULANTZAS *apud* OLIVEIRA, 1976, p. 38.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, 1976, p. XVII-XVIII.

¹⁵⁹ O termo *manipulação* se reveste de sentido próprio à antropologia, sendo distinto de seu uso comum, que costuma estar associado a uma ideia pejorativa em relação ao uso seletivo da identidade étnica pelos indígenas,

síntese, é possível afirmar que, com a noção de identidade contrastiva, Oliveira ressaltou o caráter situacional, político e de dissemelhança da identidade étnica.¹⁶¹

Manuela Carneiro da Cunha também recebeu grande influência de Fredrik Barth ao escrever sobre identidade étnica indígena. Seu principal foco de estudos está relacionado à discussão da legislação e da política indigenista, tendo se destacado como importante crítica da legislação pátria e das práticas dos órgãos oficiais responsáveis pela execução da política indigenista no Brasil na década de 1980.

Cunha também vai dar grande destaque ao caráter situacional, político e contrastivo da identidade étnica.¹⁶² Nessa direção, a autora propõe, a partir de Weber, que a identidade étnica é afirmada como organização política pelos indígenas em meio à sociedade envolvente como forma de conquistar espaço. Segundo Cunha:

Todos estes dados levaram à redescoberta do que Max Weber havia escrito há bastante tempo: de que as comunidades étnicas podiam ser formas de organizações eficientes para resistência ou conquista de espaços, em suma que eram formas de organização política. Descobriu-se que a etnicidade podia ser uma linguagem. [...] O que significa que a etnicidade é linguagem não simplesmente no sentido de remeter a algo fora dela, mas no de permitir a comunicação. Pois enquanto forma de organização política, ela só existe em um meio mais amplo (daí, aliás, seu exacerbamento em situações de contato mais íntimo com outros grupos), e é esse meio mais amplo que fornece os quadros e as categorias dessa linguagem. A cultura original de um grupo étnico, na diáspora ou em situações de intenso contato, não se perde ou se funde simplesmente, mas adquire uma nova função, essencial e que se acresce às outras, enquanto se torna *cultura de contraste*: este novo princípio que a subtende, a do contraste, determina vários processos. A cultura tende a se simplificar e enrijecer, reduzindo-se a um número menor de traços que se tornam diacríticos.¹⁶³

É possível perceber a influência de Barth e Oliveira na formulação de Cunha, que vai enaltecer o aspecto organizacional dos grupos étnicos e sua luta por espaço, na qual a etnicidade possui papel central, já que vai servir como marcador do contraste entre o grupo étnico e a sociedade envolvente. Nesse cenário, os traços diacríticos serão manipulados para

que a utilizariam sempre em benefício próprio. Como identificado por Oliveira e também por outros etnólogos, a identidade étnica tanto pode ser manipulada pelos indígenas, quanto pelos não-índios. Em certos contextos, os indígenas a evocam quando lhes é favorável, já em outros, pode ser manipulada pelo não-índio, no sentido de estigmatizar o indígena em situações de conflito ou competição. Pode ainda ser assumida como uma identidade negativa pelos próprios indígenas, quando estes interiorizam a ideologia discriminatória dos membros da sociedade regional, o que os coloca em posição de inferioridade e enfraquece sua capacidade de resistência à oposição dos não-índios. Da mesma forma, em outros contextos, a identidade étnica pode resultar em autoafirmação pronunciada do grupo étnico, quando dá ensejo ao surgimento de movimentos por reivindicação de direitos e reconhecimento. Mais recentemente, está associada à discussão da etnogênese, especialmente entre grupos indígenas do Nordeste brasileiro, entre os quais ressurgem movimentos de afirmação e resgate da identidade étnica indígena dissipada em razão do contato interétnico.

¹⁶⁰ ATHIAS, 2007, p. 120-121.

¹⁶¹ SILVA, 2005.

¹⁶² SILVA, 2005.

¹⁶³ CUNHA, 1987, p. 99-100.

estabelecer as diferenças do grupo. A cultura cristalizada em alguns traços que passam a ser usados pelo grupo para se diferenciar ganha contornos de ideologia, na medida em que recebe novo significado a partir de sua manipulação pelo grupo.

Cunha afirma que não se podem definir os grupos étnicos a partir de sua cultura. Esta, todavia, entra de modo essencial em sua definição. Para Cunha, da mesma forma, não há como definir a identidade étnica a partir da cultura; o que define a identidade étnica é a adscrição: “é índio quem se considera e é considerado índio.”¹⁶⁴. Para Cunha:

Em suma, a cultura não é algo dado, posto, algo dilapidável também, mas algo constantemente reinventado, recomposto, investido de novos significados; e é preciso perceber a dinâmica, a produção cultural. [...] A construção da identidade étnica extrai assim, da chamada tradição, elementos culturais que, sob a aparência de serem idênticos a si mesmos, ocultam o fato essencial de que, fora do todo em que foram criados, seu sentido se alterou.¹⁶⁵

Barth também vai reafirmar a ideia da impermanência da cultura. Segundo ele, a cultura está em um fluxo constante e não há a possibilidade de estagnação dos materiais culturais, pois eles estão sendo gerados constantemente, a partir das experiências das pessoas. Assim, não se pode pensar os materiais culturais como tradições fixas no tempo, transmitidas do passado, mas sim como algo basicamente num estado de fluxo.¹⁶⁶ Em direção semelhante parece apontar Homi Bhabha, quando se referiu, em outro contexto, à “natureza parcial, migratória e ‘desenraizada’ da cultura”¹⁶⁷. Por consequência, a identidade étnica não pode ser simplesmente conceituada a partir da cultura, como já afirmado.

Os estudos acerca da identidade étnica avançaram bastante a partir de Barth, mas, em regra, sempre o tomando como paradigma referencial. As relações entre identidade e cultura seguem sendo problematizadas pela Antropologia. Quando pensamos, a partir de Barth, nos sinais diacríticos como traços que diferenciam um grupo étnico de outro, não podemos ignorar o fato de que tais traços são aspectos da cultura evidenciados pelo grupo étnico. Embora isso não represente um retorno ao culturalismo, ainda assim há um aspecto problemático a enfrentar, que é justamente essa dificuldade em delimitar uma identidade étnica sem apelar a traços culturais usados como marcadores de diferença em relação ao outro, mesmo que minimamente. Mais uma vez, então, assiste razão a Cunha quando afirmou que embora não se possa definir grupos étnicos a partir de sua cultura, esta entra de modo

¹⁶⁴ CUNHA, 1987, p. 101.

¹⁶⁵ CUNHA, 1987, p. 101.

¹⁶⁶ BARTH, Fredrik. Etnicidade e o conceito de cultura. Tradução de Paulo Gabriel Hilu da Rocha Pinto. *Antropolítica*, Niterói, n. 19, p. 15-30, 2005.

¹⁶⁷ BHABHA, Homi. O entrelugar das culturas. In: BHABHA, Homi. *O bazar global e o clube dos cavalheiros ingleses*: Textos seletos. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Rocco, 2011, p. 82.

essencial na definição ou delimitação dos grupos étnicos.¹⁶⁸

1.8 A identidade étnica indígena e o Direito

Dentre as contribuições de Barth, destacamos a que implicou em definir a identidade étnica em termos de adscrição. A partir dela, Cunha propôs:

[É] índio quem se considera e é considerado índio. Sartre já dizia o mesmo dos judeus. Portanto, os Pataxó são índios porque assim se consideram, não obstante ostentem uma cultura forjada, precisamente criada para afirmá-lo. No limite, podiam até se vestirem de comanches ou de “caboclo pena verde”. Quando o Ministério do Interior quer se arrogar o direito de decidir, com dados culturais, quem é e quem não é mais índio, está justamente incorrendo nesse logro e nesse impasse: pois não há critérios culturais para tanto. Os Terena não são nem mais nem menos índios por terem um vereador, trabalharem com os regionais e fazerem festas de São João.¹⁶⁹

Esse constructo tem grande repercussão jurídica, na medida em que estabelece importante pista na delimitação da identidade étnica indígena, tão requerida na aplicação do Direito. A percepção da identidade étnica em termos de adscrição, que implica na autoidentificação e na identificação por seu grupo, demonstra-se interessante e operacional para o Direito, tendo sido adotada, inclusive, pela Convenção n. 169 da 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.

Apesar da Convenção n. 169 da OIT integrar o ordenamento jurídico brasileiro e ser norma cogente, é raramente citada nos casos levados à apreciação do STF que foram objeto de análise nesta tese, como se verá. Esse fato torna-se sobremaneira intrigante, na medida em que foi o próprio STF que, ao apreciar o RE n. 349.703/RS¹⁷⁰, estabeleceu que os tratados internacionais de direitos humanos, não abrangidos pelo quórum previsto no parágrafo terceiro do artigo 5º da CR/88, ostentam o *status* jurídico supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, ficando abaixo da constituição, mas acima das leis ordinárias.

A Convenção n. 169 da OIT é um tratado internacional de direitos humanos¹⁷¹

¹⁶⁸ CUNHA, 1987.

¹⁶⁹ CUNHA, 1987, p. 101.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349.703/RS. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03 dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=349703&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 13 jun. 2017.

¹⁷¹ Nessa direção, entre outros: BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian M. de Castro. A proposta de

que estabelece o reconhecimento à autonomia e ao direito à diferença aos indígenas, na medida em que reconhece “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”¹⁷².

O artigo 1º da Convenção 169 da OIT estabelece a quem ela se aplica:

1. A presente Convenção aplica-se a:

a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;

b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo povos na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de acarretar qualquer implicação no que se refere a direitos que possam ser conferidos ao termo no âmbito do Direito Internacional. (grifamos)

A autoidentificação referida pela Convenção n. 169 da OIT implica num duplo aspecto: por um lado, é a identidade primordialmente assumida pela pessoa do indígena e que ele reconhece, sustenta e autodeclara. Por outro, em complemento, é a identidade reconhecida pelo grupo do qual aquele indígena faz parte. Desse modo, a pertença étnica é entendida como via de mão dupla, na medida em que o indígena se reconhece enquanto indígena pertencente àquele grupo daquela etnia e, ao mesmo tempo, é reconhecido pelos membros do grupo, seus iguais, como um de seus integrantes.

Essa solução parece a mais congruente com a compreensão da identidade étnica indígena, superando definitivamente aquela concepção oriunda do EI, que estabelecia critérios contraditórios para a identificação dos indígenas e tinha na assimilação um valor a ser perseguido. Lembre-se aqui que já em 1980 o Ministro do extinto TFR, Washington Bolívar, em seu voto no caso da viagem de Juruna à Holanda, mencionado na introdução desta tese, afirmava a necessidade de atualização, revisão ou mesmo revogação do EI, posto inadequado e incongruente. A contradição enxergada pelo Ministro se fazia mostrar logo no primeiro artigo do EI, que estabelecia:

revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação do retrocesso social. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia, v. 25, n. 2, p. 241-252, abr./jun. 2015.

¹⁷² BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 09 dez. 2013, p. 1.

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

O Ministro Washington Bolívar demonstrou a incoerência da lei então vigente, ressaltando sua crítica ao questionar: “como preservar a cultura dos índios se integrá-los à comunhão nacional é fazê-los renunciar a ela?”¹⁷³ Nesse poder auto atribuído de dizer quem é o indígena, o EI estabeleceu as definições para índio e para grupo indígena. No artigo 3º, afirmava que:

Art. 3º. Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É 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;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Essa definição legal do indígena foi objeto de inúmeras críticas, das quais destacamos as formuladas por Manuela Carneiro da Cunha.¹⁷⁴ Segundo ela, a definição pecava lógica e antropológicamente, sendo sua formulação ambígua, possibilitando que fosse mal interpretada.¹⁷⁵ O artigo 3º do EI estabelecia três marcadores para caracterizar o indígena: a origem e ascendência pré-colombiana, a autoidentificação e a existência de características culturais distintas da sociedade nacional. Desses, de acordo com ela, apenas o segundo deles se sustentava do ponto de vista antropológico. Somente a identificação por si mesmo e pelos outros do grupo encontra justificativa, podendo ser considerada estritamente correta do ponto de vista antropológico e, num certo sentido, acaba abarcando os outros dois critérios.¹⁷⁶

Quanto à definição de comunidade indígena ou grupo tribal, Cunha afirmou que

¹⁷³ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Habeas Corpus* n. 4.876 e n. 4.880. Relator: Ministro Adhemar Raymundo. Brasília, 27 nov. 1980. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 83, p. 248-301, mar. 1982, p. 291-292.

¹⁷⁴ A análise crítica que a autora formula acerca das definições legais trazidas pelo EI podem ser encontradas em pelo menos três obras, quais sejam: CUNHA, Manuela Carneiro da. Parecer sobre os critérios de identidade étnica. In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 96-100. CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índio e comunidades indígenas. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos; et. al. (Org.). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, p. 31-37. CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 22-32.

¹⁷⁵ CUNHA, 1987, p. 23.

¹⁷⁶ CUNHA, 1987, p. 25.

“só a comunidade indígena pode decidir quem é e quem não é seu membro”¹⁷⁷. Consequentemente, a ordem de formulação dos conceitos pelo EI deveria ser invertida: em primeiro lugar, deveria definir comunidade indígena para, só então, definir indígena, já que este necessariamente integra uma comunidade indígena. Viveiros de Castro¹⁷⁸ faz consideração semelhante em entrevista concedida em 2006, quando disse: “[h]á indivíduos indígenas porque eles são membros de comunidades indígenas, e não o inverso.”¹⁷⁹

É perceptível que Manuela Carneiro da Cunha formulou sua análise sob influência da obra de Fredrik Barth acerca dos grupos étnicos e suas fronteiras, discutida anteriormente. Apesar das críticas, e mesmo que considerado insuficiente e inadequado, justamente por ser fruto do paradigma assimilacionista então vigente e expresso na Constituição de 1967¹⁸⁰, o EI é a norma especial que segue sendo aplicada aos indígenas em vários assuntos que lhes são próprios, a exemplo da demarcação de terras indígenas. Apesar de mais de 20 anos tramitando no Congresso Nacional, o Estatuto das Sociedades Indígenas (Projeto de Lei n. 2057 de 1991) não parece ser pauta de interesse suficiente a promover sua rediscussão e transformação em lei efetiva.¹⁸¹

Outro ponto de relevo a destacar em favor da Convenção n. 169 da OIT é que a identidade étnica tal como proposta em seu artigo 1º, inciso 2, é coerente com o reconhecimento à identidade e ao modo de ser e viver dos indígenas, estabelecido na CR/88, conforme previsto em vários de seus dispositivos. Deles, destaca-se o caput do artigo 231, que reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Todos esses aspectos que lhes foram reconhecidos integram parte do que são enquanto povo e do que cada indivíduo indígena é enquanto pessoa. Pode-se compreender que esses aspectos integram, assim, suas identidades, já que são formas de se expressarem e autoafirmarem, de serem pessoas em seu

¹⁷⁷ CUNHA, 1987, p. 25.

¹⁷⁸ Na mesma entrevista, Castro faz exercício mental e busca apresentar uma definição de indígena que é diferente da ideia de Cunha. Todavia, em sentido semelhante à Cunha, afirma que: “Essas reflexões são uma tentativa de criar uma definição a mais larga possível, que reconheça que a resposta à questão de quem é índio cabe às comunidades que se sentem concernidas, implicadas por ela. Não cabe ao antropólogo definir quem é índio, cabe ao antropólogo criar condições teóricas e políticas para permitir que as comunidades interessadas articulem sua indianidade.” CASTRO, 2006, p. 49.

¹⁷⁹ CASTRO, 2006, p. 43.

¹⁸⁰ Em seu artigo 8º, inciso XVII, ao estabelecer a competência legislativa da União, a Constituição de 1967 deixava expresso o intuito integracionista dos indígenas ao afirmar: “Art. 8º. Compete à União: XVII – legislar sobre: o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.” Até mesmo a topografia do tema nesse artigo poderia ser problematizada, na medida em que parece atestar que os índios não eram considerados efetivamente brasileiros integrantes da sociedade nacional, já que a alínea “o” trata ao mesmo tempo de nacionalidade, cidadania e naturalização, dando ideia de que a incorporação dos indígenas é tema que lhe é correspondente. WAGNER, 2016b, p. 90.

¹⁸¹ WAGNER, 2016b.

contexto e no seu tempo. São aspectos imprescindíveis para que vivam uma “vida que vale a pena ser vivida”, nos termos propostos por Stancioli:

Assim, há ações que são necessárias para que o indivíduo humano tenha sua personalidade afirmada, em sua cultura, naquele dado momento histórico, e outras ações que devam ser evitadas para que sua personalidade não seja desconstruída.¹⁸²

Considerando que a identidade étnica indígena estabelecida a partir de Barth em termos de adscrição encontra previsão também na legislação nacional, a começar pela própria Constituição, ela demanda reconhecimento, tema que lhe é conexo.

As discussões e as conquistas travadas em torno do reconhecimento, especialmente quando este se refere a grupos minoritários, como no caso dos indígenas, tomaram dimensões próprias, também na seara jurídica. A proposição da categoria do reconhecimento social como noção fundamental para refletirmos acerca das contradições vivenciadas no Brasil cresceu em importância, por representar opção promissora para a autocompreensão de aspectos importantes de nossa sociedade contemporânea.¹⁸³

Honneth traçou distinção esclarecedora entre o conhecer (*Erkennen*) e o reconhecer (*Anerkennen*), que auxilia no entendimento da expressão *reconhecimento* aplicada aos indígenas. Segundo o autor:

Ao afirmarmos ‘conhecer’ uma pessoa, exprimimos sua identificação enquanto indivíduo – identificação essa que pode ser gradualmente melhorada. Já o ‘reconhecer’ expressa que aquele conhecimento está confirmado pelo sentido positivo de uma afirmação. Contrariamente ao conhecimento, que é um ato cognitivo não público, o reconhecimento depende de meios de comunicação que exprimem o fato de que outra pessoa é considerada como detentora de um ‘valor’ social. (traduzimos)¹⁸⁴

Corolário dessa distinção, o reconhecer implica em também reconhecer o outro em sua originalidade e singularidade.¹⁸⁵ É nesse sentido que a experiência dos indígenas em sua luta por reconhecimento, especialmente no processo constituinte de 1987-1988, no qual as minorias¹⁸⁶ se tornaram importantes atores sociais, com grande visibilidade¹⁸⁷ ganhou

¹⁸² STANCIOLI, 2010, p. 92.

¹⁸³ SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 95.

¹⁸⁴ Do original: *Alors que par «connaissance» d’une personne, nous entendons exprimer son identification en tant qu’individu – identification qui peut être graduellement améliorée –, par «reconnaissance», nous entendons un acte expressif par lequel cette connaissance est conférée avec le sens positif d’une affirmation. Contrairement à la connaissance qui est un acte cognitif non public, la reconnaissance dépend de moyens de communication qui expriment le fait que l’autre personne est censée posséder une «valeur» sociale*. HONNETH, Axel. *Visibilité et invisibilité. Sur l’épistémologie de la “reconnaissance”*. **Revue du MAUSS**, n. 23, 2004, p. 141.

¹⁸⁵ SOUZA, 2000, p. 97.

¹⁸⁶ O termo *minoría* está sendo utilizado aqui no sentido proposto por Pinto, para quem os grupos étnicos são

relevância. Ao que tudo indica, esse movimento também contribuiu para que a crença na Constituição, como asseguradora dos direitos à diferença aos indígenas, passasse a ser tão pronunciada e ganhasse centralidade.

1.9 O longo percurso do reconhecimento da identidade étnica indígena no Direito Brasileiro: a participação dos indígenas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988

Se por um lado a identidade étnica indígena é afirmada pelo próprio indígena e pelo grupo do qual faz parte, por outro, implica em reconhecimento pelos demais, que não integram aquele grupo étnico. O aspecto relacional da identidade étnica, então, ganha destaque, pois ela só se afirma na presença do outro. Stancioli¹⁸⁸ também evidencia esse caráter relacional da identidade ao afirmar que a vida que vale ser vivida, com dignidade, demanda reconhecimento e, portanto, somente existe na presença do outro, tornando a alteridade elemento fundamental na construção da ideia de pessoa e de identidade. Em sentido semelhante, referindo-se especificamente aos indígenas, Luciano afirmou que:

Ora, identidade implica a alteridade, assim como a alteridade pressupõe diversidade de identidades, pois é na interação com o outro não-idêntico que a identidade se constitui. O reconhecimento das diferenças individuais e coletivas é condição de cidadania quando as identidades diversas são reconhecidas como direitos civis e políticos, conseqüentemente absorvidos pelos sistemas políticos e jurídicos no âmbito do Estado Nacional.¹⁸⁹

Se a formação e a manutenção de nossa identidade se dão na alteridade, então, o reconhecimento torna-se central na discussão acerca da identidade, inclusive étnica. Da mesma forma, a ausência de reconhecimento pode efetivamente causar prejuízo ao grupo ou à pessoa que o sofre. Foi o que ocorreu com os indígenas no Brasil, especialmente quando retomamos a história de contato e de tomada do território brasileiro pelos europeus, na qual aos indígenas foram reservados um papel subalterno e uma imagem inferior e infantilizada,

considerados minoria em razão de sua relativa exclusão das instâncias de poder no Estado e não devido à sua presença demográfica. PINTO, 2012.

¹⁸⁷ SILVA, 2005.

¹⁸⁸ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

¹⁸⁹ LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu nacional, 2006, p. 49.

inclusive na legislação nacional anterior a 1988.

Nas palavras de Marcos Terena,

Os Povos Indígenas sempre foram considerados ‘obstáculos ao desenvolvimento’ ou ‘tutelados e incapazes’. Deve-se levar em consideração que tais diagnósticos e definições foram determinadas pelo homem branco e sua visão colonizadora. Nunca foi possível um relacionamento bilateral ou de cooperação mútua, mas sempre de imposição e dominação.¹⁹⁰

A ausência de reconhecimento aos indígenas acabou fazendo com que interiorizassem a inferioridade que lhes era atribuída pelos não-índios com os quais tiveram contato. Oliveira¹⁹¹ identificou esse fenômeno em campo e o chamou de “identidade negativa”, desenvolvida pelos indígenas a partir da opressão e ausência de reconhecimento que sofreram.

É provável que seja por isso que grassa entre os estudiosos da temática indígena a compreensão uníssona de que a CR/88 representou importante marco de rompimento com a percepção inferiorizada dos indígenas, que os destinava ao caminho inevitável da aculturação e perda de identidade étnica própria. “Essa concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, têm o direito de ser índio.”¹⁹²

Essa crença exacerbada no papel da Constituição para promover mudança de atitudes em relação aos indígenas e reconhecimento a direitos próprios justifica-se, pois até então toda a legislação, inclusive no âmbito do direito internacional¹⁹³, seguia rumo inverso. Além disso, a participação de lideranças indígenas na Assembleia Nacional Constituinte, entre 1987-1988, foi decisiva para a inserção de um capítulo próprio específico, destinado ao regramento jurídico dos indígenas na CR/88. Isso representou algo absolutamente novo em

¹⁹⁰ TERENA, Marcos. O movimento indígena como voz de resistência. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Orgs.). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013, p. 61.

¹⁹¹ OLIVEIRA, 1976, p. 18.

¹⁹² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 107.

¹⁹³ Exemplo disso, a Convenção n. 107 da OIT Relativa à Proteção e Integração das Populações Indígenas e de Outras Populações Tribais e Semitribais nos Países Independentes, que foi aprovada no Brasil através do Decreto Legislativo n. 20, de 30/04/1965 e promulgada pelo Presidencial n. 58.824, de 14/07/1966, tendo iniciado sua vigência em 18/06/1966. Pela denominação já é possível verificar que seus dois principais focos eram a proteção e a integração das populações indígenas. Nas considerações iniciais deixa claro seu objetivo de contribuir para a integração gradual das populações indígenas na respectiva sociedade nacional, como forma de melhorar suas condições de vida e trabalho. Essa pretensão integracionista aparece ao longo de toda a Convenção e também refletia o entendimento vigente naquele momento histórico, de que os povos indígenas eram atrasados em relação aos demais membros da comunidade nacional e deveriam, a medida que fossem aprendendo sobre a sociedade envolvente, integrar-se a ela e abandonar seu modo de viver indígena, primitivo. WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XXIII, 2014b, Florianópolis, p. 247-263. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=196>. Acesso em: 26 abr. 2017.

relação ao que havia até então.

A organização dos movimentos populares iniciou com a redemocratização do país, através de um intenso processo de constituição de novos atores políticos e a construção de novas identidades sociais, incluídas aí as identidades étnicas representadas pelos movimentos negros e pela crescente organização das sociedades indígenas.¹⁹⁴ Em tal cenário, “[o]s cidadãos não assistiram ‘bestializados’, como meros espectadores/expectadores, aos acontecimentos, mas os construíram, por meio de canais, instituições e organizações múltiplos, e não redutíveis ao Estado.”¹⁹⁵ As lideranças indígenas tiveram participação expressiva no processo, como se extrai dos anais da Assembleia Nacional Constituinte.¹⁹⁶

Quando se tem em consideração a luta por reconhecimento travada pelos indígenas, percebe-se que estes se apropriaram da linguagem, formas de articulação e valores do não-índio, de forma a se fazerem compreender e respeitar. Fizeram-no com a ajuda de não-índios que se identificavam com sua causa e seus interesses, a exemplo de integrantes da ABA, do CIMI e de outras organizações não-governamentais¹⁹⁷. Foi com seu incentivo que os indígenas passaram a se congregarem em assembleias e organizações próprias, apesar de suas diferenças étnicas, a exemplo da União das Nações Indígenas do Brasil (UNI), em âmbito nacional, e da Associação dos Povos Indígenas do Oiapoque (APIO)¹⁹⁸, em âmbito local. Essa organização de esforços em busca de visibilidade e reconhecimento ficou conhecida como “movimento indígena”¹⁹⁹, que teve atuação significativa a partir da década de 1970 e culminou na participação de suas lideranças na ANC. No mesmo sentido, entre outros,

¹⁹⁴ OLIVEN, Ruben George. Tradição e modernidade na identidade brasileira. In: SCOTT, Parry; ZARUR, George. (Orgs.). **Identidade, fragmentação e diversidade na América Latina**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2003, p. 219.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de (Org.). **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 220-221.

¹⁹⁶Disponíveis em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em 31 maio 2016.

¹⁹⁷ Como exemplo disso, os indígenas do município de Oiapoque, no estado do Amapá, realizam anualmente as Assembleias dos Povos Indígenas do Oiapoque. Os indígenas atribuem o início dessas reuniões, no ano de 1976, ao apoio e incentivo recebidos do padre Nello Ruffaldi, da irmã Rebecca Spires, ambos representantes do CIMI, e de Frederico de Oliveira, então chefe de posto da Funai na aldeia Kumarumã. As assembleias iniciaram após a participação de alguns líderes em assembleias indígenas nacionais promovidas pelo CIMI. Em Oiapoque, a primeira Assembleia, realizada em 1976, iniciou o processo de reivindicação pela demarcação de suas terras na área conhecida como Uaçá. Nesse sentido: TASSINARI, Antonella Maria Imperatriz. **No bom da festa**. São Paulo: EDUSP, 2003, p. 374 *et seq.* e também CAPIBERIBE, Artionka. **Batismo de fogo: os Palikur e o cristianismo**. São Paulo: Annablume; Fapesp; Nuti, 2007, p. 113 *et seq.*

¹⁹⁸ A APIO, Associação dos Povos Indígenas do Oiapoque, foi criada em maio de 1992 pelos indígenas das etnias Palikur, Karipuna, Galibi-Marworno e Galibi do Oiapoque, como resultado de deliberação coletiva em Assembleia. Sua criação pode ser compreendida como um resultado direto da ação política conjunta dessas etnias frente aos não-índios daquela região no sentido de reivindicar seus direitos e advogar seus interesses comuns. CAPIBERIBE, 2007, p. 116.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, 2006, p. 42.

Baines²⁰⁰, Lacerda²⁰¹, Terena²⁰², Luciano²⁰³.

Na apropriação que os indígenas fizeram de modelos organizacionais dos não-índios desponta e prevalece sua identidade indígena compartilhada, a despeito de todas as diferenças interétnicas existentes entre eles. Quando em confronto com não-índios, assumiram a identidade de “parentes”, num alargar as fronteiras étnicas de seus grupos próprios, dando destaque ao que lhes é comum, ressaltando sua diferença em relação aos não-índios. Todavia, quando em contato interno entre as diversas etnias indígenas, parece fazerem questão de marcar as diferenças étnicas que guardam entre si e que destacam no sentido de ressaltar sua singularidade e pertença própria, numa clara afirmação de sua identidade contrastiva, como proposto por Roberto Cardoso de Oliveira. Nesse sentido, entre outros, Tassinari²⁰⁴, Capiberibe²⁰⁵.

Os indígenas passaram a utilizar-se de estruturas e formas organizativas que eram comuns entre os não-índios, mas diferentes daquelas que conheciam em suas comunidades de origem. Através dessa atuação puderam despertar para a necessidade de recuperação do sentimento de dignidade e passaram a reivindicar que sua identidade étnica fosse respeitada por si mesma. Também passaram a demandar direitos de cidadania, que até então lhes haviam sido negados muitas vezes.²⁰⁶

A permanência dessas identidades étnicas distintas, específicas e não generalizáveis dos indígenas, restou reconhecida no texto final da CR/88, em grande medida, em razão de sua presença ostensiva e constante durante as discussões travadas nas reuniões da Comissão da Ordem Social e também da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Os indígenas passaram a exigir respeito a suas formas próprias de ser e viver: reconhecimento às suas identidades e culturas tradicionais. Com sua presença colorida tomaram o Congresso Nacional, conscientes de que, mesmo que não compreendessem tudo que era ali falado, tratava-se de momento relevante para o reconhecimento formal de suas formas próprias de ser e viver.

Além da grande presença de indígenas de diferentes etnias, durante a realização de audiência pública da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e

²⁰⁰ BAINES, Stephen Grant. Identidades e protagonismo político indígena no Brasil após a Constituição Federal de 1988. In: PIMENTA, José; SMILJANIC, Maria Inês (Orgs.). **Etnologia indígena e indigenismo**. Brasília: Positiva, 2012, p. 33.

²⁰¹ LACERDA, Rosane. **Os Povos Indígenas e a Constituinte – 1987/1988**. Brasília: CIMI, 2008, p. 27-28.

²⁰² TERENA, 2013, p. 54-55.

²⁰³ LUCIANO, 2006, p. 76.

²⁰⁴ TASSINARI, 2003, p. 374.

²⁰⁵ CAPIBERIBE, 2007, p. 114.

²⁰⁶ OLIVEIRA, 2006, p. 42.

Minorias, em 05/05/1987, várias lideranças indígenas prestaram depoimento, a exemplo de Pangran Kubenran-Gren (Kayapó); Nelson Saracura Pataxó, Gilberto Macuxi, Davi Yanomami, Krumare Kayapó, Pedro Kaigang, Valdomiro Terena, Hamilton Kaiowá, Antônio Apurinã, Ailton Krenak e Raoni Mentuktire (Kayapó). Parte deles está reproduzida entre o final e o início de cada novo capítulo desta tese. Apesar de transcorridos 30 anos, seguem plenos de atualidade.

Várias propostas foram encaminhadas para tratar dos direitos dos indígenas²⁰⁷. O texto final aprovado, fruto de difícil articulação que resultou em consenso dos constituintes, foi considerado um grande avanço no reconhecimento aos indígenas no Brasil para a época.

Posteriormente, outros países latino-americanos, a exemplo da Colômbia e da Bolívia, aprovaram constituições bem mais avançadas no que se refere ao reconhecimento aos indígenas, quando comparadas com a brasileira. Citamos a Colômbia e a Bolívia, por serem dois dos países vizinhos ao Brasil que se destacam em razão do reconhecimento do pluralismo expresso em seus textos constitucionais mais recentes.

Na Colômbia, a Constituição Política promulgada em 1991 é considerada um novo marco jurídico de reconhecimento das políticas indigenistas, pois reconheceu a multietnicidade e a pluriculturalidade da nação colombiana, o que impulsionou a consolidação de políticas étnicas diferenciadas para os povos indígenas. Um dos princípios fundamentais da Constituição, contido no artigo 7º, é o reconhecimento e a proteção da diversidade étnica e cultural da população colombiana pelo Estado. Isso é muito significativo, pois a Constituição que a antecedeu continha disposições especiais para os *selvagens* e sua redução à vida civilizada.²⁰⁸

A Constituição colombiana também estabelece o respeito à autodeterminação dos povos (artigo 9º), o reconhecimento das línguas e dialetos próprios dos grupos étnicos como oficiais em seus territórios e o direito de que o ensino nas comunidades com tradições linguísticas próprias será bilíngue (artigo 10). Além disso, a Constituição prevê que os povos indígenas terão dois representantes no Senado da República (artigo 171). Assegura ainda o direito a não serem discriminados (artigo 13), o direito à liberdade de culto (artigo 19), ao desenvolvimento de sua identidade cultural (artigo 68), ao reconhecimento da igualdade e da dignidade de todas as culturas do País (artigo 70). Para além disso, estabelece o

²⁰⁷ Para um maior detalhamento das diversas propostas encaminhadas, remetemos à LACERDA, 2008.

²⁰⁸ LÓPEZ-GARCÉS, Claudia Leonor. **A questão indígena na Colômbia: movimentos indígenas, políticas indigenistas e conflito armado.** In: I Reunião de Estudos: Ascensão de Movimentos indigenistas na América do Sul e possíveis reflexos para o Brasil. Brasília: Gabinete de Segurança Institucional; Secretaria de Acompanhamento e Estudos Institucionais, 2004, p. 05-37.

reconhecimento de nacionalidade para os grupos indígenas que habitam em regiões de fronteira entre países (artigo 96).²⁰⁹

Além disso, a Constituição também reconhece o caráter coletivo e inalienável dos resguardos indígenas²¹⁰, nos artigos 63 e 329, e o direito de que os territórios indígenas possam se conformar como Entidades Territoriais Indígenas (ETIs), fazendo parte da divisão político-administrativa do país, o que lhes confere direito a se autogovernarem, a exercerem as competências correspondentes, a administrarem seus próprios recursos e a participarem das rendas da nação, conforme artigos 286 e 287 da Constituição. Os ETIs são unidades que possuem *status* político-administrativo semelhante ao dos municípios.²¹¹

Na Bolívia foi promulgada a Constituição Política do Estado Plurinacional de Bolívia em 2008, submetida e aprovada em referendo popular em 2009. Como fica evidente de imediato pela própria denominação da Constituição, o Estado boliviano é plurinacional, o que também é expresso em seu primeiro artigo, que afirma que a Bolívia é um estado intercultural, fundado na pluralidade e no pluralismo, conforme segue:

Artigo 1º. A Bolívia se constitui em um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias. A Bolívia se funda na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país. (traduzimos)²¹²

Dos 411 artigos que compõem a Constituição boliviana, 80 são dedicados à questão indígena. Dentre os aspectos mais significativos, destacam-se a equivalência da justiça indígena à justiça institucionalizada; a garantia de participação dos povos originários no parlamento através de representação; a reorganização territorial do país, que garante autonomia às frações territoriais departamental, regional, municipal e indígena para que possam administrar seus recursos econômicos e organizar suas eleições; e o reconhecimento dos direitos de família e propriedade de cada povo originário.²¹³

²⁰⁹ COLOMBIA. **Constituição Política da Colômbia.** Disponível em: <http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>. Acesso em 01 set. 2016.

²¹⁰ Os resguardos indígenas são espécie de território reconhecido às comunidades indígenas cuja origem remonta ao período da colonização espanhola na América Latina.

²¹¹ LÓPEZ-GARCÉS, 2004.

²¹² Do original: Artículo 1. *Bolívia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolívia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.* BOLÍVIA. Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>. Acesso em 01 set. 2016.

²¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado plurinacional e direito internacional.** Curitiba: Juruá, 2012.

Dentre todos os aspectos, efetivamente a grande novidade apresentada pela Constituição da Bolívia é a ideia do Estado plurinacional, que rompe com as formas de organização territorial modernas dos Estados nacionais unitários. No Estado plurinacional, o sistema jurídico é plural, marcado pela diversidade de direitos previstos para os diferentes povos que integram a nação e também pelas formas próprias de resolução dos conflitos no âmbito de seus próprios territórios. Nesse sentido, inclusive, pronunciou-se o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, ao tratar de caso envolvendo a autonomia da jurisdição indígena. Na decisão 1422/2012, a Corte afirmou que o pluralismo é elemento fundante do Estado Plurinacional da Bolívia, que implica no reconhecimento de uma pluriculturalidade e, por conseguinte, um pluralismo de valores, decorrentes do reconhecimento de valores plurais supremos inseridos no preâmbulo da Constituição e também em seu artigo 8º.²¹⁴

Ainda que possam receber críticas por manterem estruturas oriundas da modernidade europeia, como no caso do próprio Estado nacional, é inegável a inovação proposta pelas constituições da Colômbia e da Bolívia, na medida em que representam ruptura paradigmática com os valores colonizadores europeus e, mais especificamente, no reconhecimento e respeito à diferença aos povos indígenas.

Quando comparamos a Constituição brasileira com as de Colômbia e Bolívia, inevitável constatar que estas avançaram muito mais em termos de reconhecimento à diferença dos indígenas. O fato daqueles Estados possuírem uma população composta, em sua maioria, por indígenas e seus descendentes, certamente influenciou esse avanço. Foram referidas apenas como exemplo.

Todavia, ainda assim, é possível afirmar que o texto final da CR/88 consagrou no plano jurídico brasileiro algo já estudado e descoberto no campo das ciências sociais, como discutido anteriormente: o contato inter e intra-étnico não resulta em necessária aculturação e, ainda que esta ocorra, não implica em perda da identidade étnica indígena. Nesses termos, a CR/88 modificou radicalmente o paradigma assimilacionista e exige uma nova forma de conceituação do que seja indígena.²¹⁵

Tendo em consideração esse percurso de entendimento da identidade étnica indígena, que partiu de estudos antropológicos e seguiu até seu reconhecimento pela

²¹⁴ BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. Decisão n. 1422/2012. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacional_Destaques&idConteudo=241307. Acesso em 05 set. 2016.

²¹⁵ OLIVEIRA, João Pacheco de. Parecer: Os Caxixós do Capão do Zezinho: uma comunidade indígena distante das imagens da primitividade e do índio genérico. In: SANTOS; OLIVEIRA, 2003, p. 176.

legislação, passaremos a empreender investigação de sua influência sobre o órgão julgador encarregado de ser o guardião das promessas da Constituição – o STF. A identidade étnica indígena é devidamente compreendida pelos Ministros do STF na interpretação e aplicação que tem sido feita acerca dos direitos constitucionais dos indígenas brasileiros a partir da promulgação da CR/88? No próximo capítulo, e nos que lhe seguem, será empreendida exploração de julgados do STF nos quais a identidade étnica foi posta em evidência, como questão relevante a ponto de ensejar sua abordagem e debate pelos Ministros.

Eu dou bom-dia para todos os meus parentes, Deputados que estão aqui nesta Casa. Também trazemos a queixa que nós temos no Nordeste, lá de Bahia, os Coroa Vermelha, Caramuru, não só os Caramuru e Coroa Vermelha, mas todos os pataxós do sul da Bahia e do Nordeste foram todos prejudicados, porque não tem uma demarcação e também tem a FUNAI, que tenta toda a vida conversar muito conosco e não resolve, e eu vivo muito chateado com esse problema, não posso nem dar assistência aos meus filhos, ao meu povo, por causa do problema que está acontecendo na aldeia.

Eu gostaria de pedir apoio de todos Deputados e comunidade de boa vontade para ajudar o índio, parente, toda a comunidade indígena e ao branco também, para que reconhecessem o nosso direito e fizessem com que o Governo, até mesmo o Presidente José Sarney, que é o Chefe maior de Brasília, tomasse conhecimento do nosso problema e da terra dos nossos parentes indígenas, porque a FUNAI está muito fraca, a FUNAI não está resolvendo o problema então quem sofre é o índio. O índio está sofrendo muito. Então eu gostaria que nossa terra fosse demarcada porque nossa terra é nossa vida, a terra indígena é nossa vida, é dela que nós vivemos; nós não sabemos viver na cidade, a cidade não faz bem.

Outra coisa, esse documento é prova, é testemunha, como na Bahia, na Coroa Vermelha, toda a vida existiu índio, porque lá nesse lugar foi a primeira missa do Brasil, em terra firme. Sou vítima desse negócio (e ela aqui também) como todos os meus parentes lá somos vítimas da primeira missa no Brasil. Agora, aparece esse documento e nós estranhamos como não é só esse documento, tem mais documento e mais propostas deles contra nós Pataxós.

Há muito tempo venho lutando, e não falo só por Caramurus, falo por toda a comunidade indígena que está sofrendo, e onde mexer com índio, mexe comigo também; então, já estou achando que a FUNAI deve ter mais atenção e proibir esse povo de negociar com o nosso direito, com a terra do índio, porque se lá é terra do índio, tem que ser respeitada; eu sou prova de que quando fomos para lá não tinha ninguém. Aí, a Marinha, o turismo, porque lá é ponto de turista, e todos falavam que seria bom que houvesse índio para contar a história. Aí, fomos para lá para contar a história e o turista gostou, achou bom ter um índio que é o legítimo dono para contar a história de como foi o princípio da exploração do Brasil, porque para nós, ele explorou toda a Nação indígena. Todo esse tempo, nós vivíamos em paz, de pescaria e de caçada, com nossos costumes indígenas. Depois bagunçou tudo; índio espalhou, índio morreu e a FUNAI não resolveu.

Nós gostaríamos que as autoridades tomassem atenção neste ponto e dessem ajuda, porque nós estamos acostumados a viver na nossa aldeia e lá tem como índio viver. Eu gostaria que isso ficasse bem claro para que as autoridades pudessem dar o apoio para nós e demarcassem aquela área, porque ali não pode ser do branco, só pode ser do nosso povo. Se o turista chegar, pode andar no meio, porque turista não tem bronca, mas para ajudar o índio, não para explorar o índio, como está explorando. Isso é o que eu tinha a dizer, no momento aqui.

NELSON SARACURA²¹⁶

²¹⁶ Depoimento prestado na Audiência da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Comissão da Ordem Social de 05 de maio de 1987. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. **Atas da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Brasília, 05 maio 1987, p. 157. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes/Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>. Acesso em 29 dez. 2016.

2 O CASO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

Depois da decisão do “caso Krenak²¹⁷”, a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol foi a primeira na qual o Plenário do STF teve a oportunidade de se manifestar sobre o mérito de demarcação de terras indígenas após a promulgação da CR/88. Também por isso o caso ganhou contornos próprios, haja vista que até então as manifestações da Corte nessa seara limitavam-se, principalmente, a aspectos processuais, especialmente aqueles vinculados às discussões de competência.

No que se refere à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, mais uma vez, o estabelecimento de normas e suas interpretações se deu como resposta à necessidade de remediar uma grave situação de conflito entre os indígenas e os não-índios, muito mais do que um reconhecimento equitativo de direitos.²¹⁸ Mais do que prevenir violação de direitos indígenas ou declarar seu reconhecimento, o objetivo foi por fim a um conflito decorrente dessa violação, como se infere da manifestação dos Ministros em seus votos e como costuma ser a tônica conducente quando sob análise a chamada “questão indígena”.

Apontando nessa direção, ilustrativa a constatação da Ministra Cármen Lúcia no julgamento de caso envolvendo as terras indígenas dos Pataxós-Hahahãe, no sul da Bahia.²¹⁹ Disse a Ministra Cármen Lúcia no início de seu voto:

São 25 volumes de sofrimentos, lágrimas, sangue e mortes. E não se cuida de uma

²¹⁷ O caso Krenak refere-se à disputa sobre área tradicionalmente ocupada por indígenas da etnia Krenak às margens do rio Doce, no município de Resplendor/MG. O Estado de Minas Gerais havia concedido 54 títulos de propriedades rurais na área, a despeito de ser ela propriedade da União e caracterizar terra indígena. Ao final, o Plenário do STF reconheceu os direitos territoriais dos indígenas da etnia Krenak e anulou os respectivos títulos de propriedade, conforme decisão na ACO n. 323/MG, sob a relatoria do Ministro Francisco Resek, julgada em 14/10/1996. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Ordinária n. 323. Relator: Ministro Francisco Resek. Brasília, 14 out. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=323&classe=ACO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²¹⁸ YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 6, vol. 1, jan.-jun. 2010, p. 143-158. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/julgamento-terra-indigena-raposa-serra-sol-todo-dia-era-dia-de-indio>. Acesso em 22 mar. 2017.

²¹⁹ Trata-se da demarcação das terras indígenas dos Pataxós-Hahahãe no sul da Bahia, julgada pelo STF através da ACO n. 312/BA. Essa ação foi ajuizada pela FUNAI em julho de 1982, com o objetivo de ver declarada a nulidade de títulos de propriedade e registros imobiliários referentes a imóveis que estariam situados em terras indígenas em municípios no sul do estado da Bahia. Após 30 anos, o processo foi julgado em 2012 pelo STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária n. 312. Relator: Ministro Eros Grau. Redator do acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília, 02 maio 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=312&classe=ACO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 27 mar. 2017.

expressão, mas de mera constatação.

De se afirmar, de pronto, que grande parte dos intensos conflitos (des)humanos hoje havidos na área em questão nesta ação decorrem de comportamentos estatais. Não de um ou outro governo, mas de mudanças formuladas em políticas que não tiveram seguimento, mas tiveram consequências. Consequências na vida das pessoas, geração após geração, daí decorrendo problemas que foram apenas se aprofundando e tornando mais difícil a solução.

Foi a União, que pela atuação do Serviço de Proteção ao Índio, nas décadas de 50 e 60, arrendou glebas de terras a particulares, na área da reserva demarcada em 1938; foi o Serviço de Proteção ao Índio, sucedido pela FUNAI, autora da presente ação, que na década de 60 aquiesceu com a escritura de títulos de domínio, fazendo dotar de confiança aos arrendatários e posseiros que se estava diante de comportamentos estatais sérios; foi a União que deixou, em mais de 70 anos, de homologar a demarcação da reserva, deixando em desvalia os índios que deveria proteger e fazendo com que passassem a perambular à cata de um território devidamente afirmado como sendo seu habitat e causando ou permitindo, pelo menos, os estragos culturais, sociais e econômicos com que eles passaram a conviver desde então; foi este estado de coisas que trouxe a Brasília, em 1997, o índio Galdino, um dos líderes da tribo, que acabou martirizado pela ação criminosa de civis.

É este estado de coisas que faz da área do Sul do Estado da Bahia, nos últimos tempos, território de violência e medo.

Esta é uma ação na qual voto com um único juízo de certeza: que a necessária e já muito atrasada prestação da jurisdição importará em solução de Direito, não necessariamente de Justiça. Todos os que visitei na área, em 2010 e ainda uma vez em 2011, não se sentirão titulares de Justiça, embora de um direito que precisa ser aplicado.²²⁰

O excerto acima, bem como o caso Krenak e até mesmo a própria demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol são exemplos do observado em grande parte dos conflitos existentes sobre terras indígenas: é o próprio Estado o responsável pela violação aos direitos dos índios, tanto por ação quanto por omissão. Em grande medida, o Estado brasileiro se relaciona de maneira ambígua com os indígenas, pois reconhece sua identidade étnica para, então, negar os efeitos dela decorrentes, como é o caso da efetivação dos direitos territoriais.

Esse paradoxo foi bem sintetizado por Kayser²²¹ ao constatar “[...] a relação particularmente distanciada, ambivalente, marcada pela conflituosidade latente, do Estado e da sociedade nacional para com os indígenas.” Não raro, a estes é atribuída uma imagem de entrave ao desenvolvimento nacional, por serem “primitivos” quando comparados com a sociedade envolvente e por terem direitos que conflitam com interesses contrários, especialmente de ordem econômica. Outras vezes, são postos como risco à segurança nacional. Ao longo do tempo, as relações interétnicas mantiveram-se paradoxais, a despeito dos argumentos justificadores terem se modificado ao longo do tempo. Nesse sentido, por exemplo, o excerto abaixo é esclarecedor:

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 312/BA. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 02 maio 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=312&classe=ACO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 mar. 2017.

²²¹ KAYSER, 2010, p. 29.

O regime militar opera uma inversão na tradição histórica brasileira: os índios, que na Colônia, no Império e na República foram vistos e empregados na conquista e na defesa do território brasileiro, são agora entendidos como um risco à segurança e à nacionalidade. De defensores das fronteiras do Brasil, eles passam a suspeitos, a virtuais inimigos internos, sob a alegação de serem influenciados por interesses estrangeiros ou simplesmente por seu território ter riquezas minerais, estar situado nas fronteiras ou se encontrar no caminho de algum projeto de desenvolvimento.²²²

Os argumentos produzidos na ação popular que contestou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol são também ilustrativos dessas contradições. Na Pet. n. 3388 são entabulados argumentos que visam evidenciar o quanto os indígenas daquela área sob litígio representam risco à segurança nacional e à soberania e também causam prejuízos ao desenvolvimento econômico regional, como se verá adiante.

2.1 Contextualizando o processo demarcatório

Os trabalhos de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol se iniciaram em 1977.²²³ Todavia, muito antes disso há registros da presença histórica dos Macuxi, Ingarikó, Patamona, Taurepang e Wapixana nos campos e serras de Roraima, conforme ampla documentação colonial desde as primeiras incursões portuguesas no século XVIII.²²⁴

A terra indígena Raposa Serra do Sol foi demarcada em área contínua, com extensão de 1.678.800 hectares, através de processo administrativo que resultou na Portaria n. 820/1998, que declarou a posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Tuarepang e Wapixana sobre a área, situada nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, no estado de Roraima.

Posteriormente, tal portaria foi ratificada com ressalvas pela Portaria n. 534/2005, do Ministério da Justiça, que ampliou a superfície da terra indígena, que passou a ser de 1.743.089 hectares. Essa portaria foi homologada pela Presidência da República através de Decreto em 15 de abril de 2005. Além de ter ampliado a área demarcada, a nova portaria

²²² BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório: textos temáticos. Brasília: CNV, 2014. Volume II. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em 15 maio 2017, p. 211.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 329.

²²⁴ FARAGE, Nádia; SANTILLI, Paulo. TI Raposa Serra do Sol: fundamentos históricos. In: MIRAS, Julia Trujillo *et al.* (Org.). **Makunaíma grita!** Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue Editorial, 2009, p. 21.

também excluiu, em seu artigo 4º, algumas áreas da terra indígena: a área do 6º. Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no município de Uiramutã; os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais então existentes; o núcleo urbano no município de Uiramutã; as linhas de transmissão de energia elétrica; e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais então existentes.

Todo o processo demarcatório foi bastante contestado, sendo objeto de inúmeras ações judiciais, das quais destaca-se a Reclamação n. 2833, interposta pelo MPF, que alegou a existência de conflito federativo a atrair a competência do STF para o caso, nos termos do artigo 102, I, “f”, da CR/88. A reclamação foi julgada procedente em 14 de abril de 2005. A partir daí, todos os processos envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol passaram a ser de competência do STF.²²⁵

2.2 A ação popular – Pet. n. 3388

Em 20 de maio de 2005, o Senador Augusto Affonso Botelho Neto, posteriormente assistido pelo Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, ajuizou ação popular contra a União. No mérito, postulou a anulação da Portaria Ministerial n. 534/2005, sob o argumento de ser ela derivada de procedimento demarcatório viciado e por afrontar vários princípios, como o da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal. Além disso, também requeria a suspensão liminar dos efeitos da Portaria Ministerial e do Decreto Presidencial que a homologou.²²⁶

A medida que o processo avançava, apresentaram-se nos autos e foram admitidos como assistentes simples do requerente o Estado de Roraima, Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e o Espólio de Joaquim Ribeiro Peres.

Como assistentes simples da requerida foram admitidos a FUNAI, a Comunidade

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2.833. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 14 abr. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2833&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 04 mar. 2017.

²²⁶ QUADROS, Cláudio Vinícius Nunes. **Petição Inicial**. Petição n. 3388/RR. Brasília, 20 abr. 2005. [s.n.t.], p. 21.

Indígena Socó, a Comunidade Indígena Barro, a Comunidade Indígena Maturuca, a Comunidade Indígena Jawari, a Comunidade Indígena Tamanduá, a Comunidade Indígena Jacarezinho e a Comunidade Indígena Manalai.

A irresignação do autor deu-se em relação ao formato contínuo da demarcação. Dentre os fundamentos do pedido, alegou a existência de vícios no procedimento administrativo, principalmente na elaboração do laudo antropológico; apontou as consequências negativas no que se refere a aspectos econômicos, políticos e sociais da demarcação contínua para o Estado de Roraima; argumentou a existência de prejuízo aos interesses do país, em razão dos riscos à segurança e à soberania nacionais; alegou ainda que a demarcação promovia um desequilíbrio no concerto federativo, já que a área demarcada mutilaria parte significativa do território do estado de Roraima. Por fim, considerou haver ofensa ao princípio da razoabilidade, pois estaria sendo privilegiado o princípio da tutela do índio em detrimento de outros princípios, como o federativo, da legalidade, da segurança jurídica, do devido processo legal, da livre iniciativa, da proporcionalidade, dentre outros.²²⁷ Ainda segundo o autor da ação popular, a forma descontínua de demarcação da área seria mais adequada a equacionar os interesses e princípios contrapostos.

A liminar proposta na inicial foi indeferida pelo relator, Ministro Carlos Ayres Britto, cuja decisão foi confirmada pelo Pleno no julgamento do agravo regimental subsequente.²²⁸

Por sua vez, a União, em sua defesa, rebateu os fundamentos da inicial e afirmou que não é a demarcação que cria uma posse imemorial, um *habitat* indígena, mas apenas delimita sua área, conforme artigo 231 e parágrafos da CR/88. Além disso, argumentou que não houve lesão ao patrimônio público, que o autor não provou os vícios alegados na inicial e que a diferença de extensão da área demarcada entre a Portaria n. 820/98 e a Portaria n. 534/2005 não caracterizariam anormalidade da demarcação.²²⁹

Posteriormente, quando já encerrada a instrução do processo, ingressaram no feito a FUNAI, na qualidade de “juridicamente interessada” que, ao final, requereu a improcedência do pedido inicial, e o Estado de Roraima, que solicitou seu ingresso na

²²⁷ QUADROS, Cláudio Vinícius Nunes. **Petição Inicial**. Petição n. 3388/RR. Brasília, 20 abr. 2005. [s.n.t.], p.17.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 231.

²²⁹ SANTOS, Anderson Marcos dos. Ação Popular Petição n. 3388: demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. In: GEDIEL, José Antônio Peres *et al.* (Org.). **Direitos em conflito**: movimentos sociais, resistência e casos judicializados: estudos de casos. Volume 1. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 13-28.

condição de autor, alegando a existência de litisconsórcio necessário, na defesa de seu patrimônio.²³⁰ Conforme relatório do Ministro Ayres Britto, o estado de Roraima agregou novos fundamentos à ação popular originalmente proposta, assim resumidos:

a) inconstitucionalidade do Decreto n. 22/91; b) nulidade da ampliação da área indígena, cuja demarcação demandaria feitura de lei; c) impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais; d) ofensa ao princípio da proporcionalidade; e) necessidade de audiência do Conselho de Defesa Nacional; f) impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por meio de simples decreto presidencial.²³¹

O estado de Roraima também acrescentou novos pedidos àqueles inicialmente formulados na ação popular, sintetizados pelo Relator da seguinte forma:

a) adoção da forma descontínua, ou “em ilhas”; b) exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; c) exclusão da área de 150 Km, referente à faixa de fronteira; d) exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988; e) exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Cotingo e do Parque Nacional de Monte Roraima. Imprescindível anotar que tais postulações fazem parte das causas de pedir do autor, a exigir uma única solução jurídica: a nulidade da portaria do Ministério da Justiça.

Por último, o Estado requereu a expedição de ordem à União para que ela se abstivesse “de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc.”²³²

Posteriormente, os demais interessados apresentaram-se para integrar a ação, alguns no polo ativo, outros, no passivo, conforme mencionado. Em questão de ordem, o Relator submeteu esses pedidos ao Plenário, que decidiu que os novos interessados seriam admitidos na ação como assistentes simples, nos termos do artigo 50 do CPC então vigente, pois haviam ingressado após o encerramento da instrução e, então, receberiam o processo no estado em que se encontrava. O fundamento dessa decisão se escorou na necessária prestação jurisdicional que não poderia mais ser atrasada, considerando-se os graves conflitos existentes na região da área demarcada, em que os ânimos alterados só se acirravam com o passar do

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 236.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 236-237.

tempo, a demandar uma solução urgente e definitiva para a causa. Em manifestação decorrente do artigo 232, CR/88, a Procuradoria Geral da República posicionou-se pela improcedência da ação.

A demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol foi a julgamento no Pleno do STF, através da Pet. n. 3388, entre os anos de 2008 e 2009, cujas sessões de julgamento ocorreram em 27/08/2008, quando pediu vistas o Ministro Menezes Direito, prosseguindo em 10/12/2008, quando pediu vistas o Ministro Marco Aurélio, tendo seu julgamento finalizado na sessão do dia 19/03/2009.

O julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol tornou-se tão importante, pois foi a grande oportunidade para o Plenário do STF manifestar-se sobre a questão indígena após a promulgação da CR/88. Também pela complexidade processual que assumiu, não só por ser um processo extenso, com mais de 50 volumes, mas também pelos fortes conflitos e antagonismo nele apresentados de ambos os lados, representativos da conflituosidade envolvendo a demarcação de terras e a concretização dos direitos constitucionais dos indígenas no Brasil ainda hoje. Além disso, o próprio julgamento do caso acabou se tornando um espetáculo de proporções internacionais, no qual contrastavam os trajes de seus múltiplos atores: de um lado, os Ministros em suas togas monocromáticas, de outro, os indígenas com suas plumas e pinturas vistosas²³³.

O julgamento da Pet. n. 3388 objetivou, por fim, todo um emaranhado de processos e debates. Além disso, tornou-se um símbolo da causa dos indígenas, por um lado e, por outro, dos interesses que lhes são contrapostos. Agrege-se a isso o fato de a área em litígio estar posicionada em local considerado estratégico para o país, onde confluem interesses relativos à soberania nacional, ao meio ambiente e interesses econômicos de um estado federado.

O caso é emblemático também porque nele foram entabulados argumentos contrários à demarcação da terra indígena recorrentes em conflitos dessa natureza: o argumento de não serem os indígenas verdadeiramente brasileiros e, quando localizados em áreas de fronteira, colocarem em risco tanto o território nacional quanto a própria soberania e segurança da nação. A ideia de haver “muita terra para pouco índio”, a visão dos indígenas como obstáculo ao desenvolvimento nacional e a compreensão de que muitos dentre os indígenas já estão aculturados e, portanto, já deixaram de ser indígenas, não fazendo sentido a existência de direitos específicos a esses grupos, são outros argumentos recorrentes. Da

²³³ YAMADA; VILLARES, 2010, p. 144.

mesma forma, o caso tornou-se objeto de polêmica por conta da amplitude dos assuntos sobre os quais se manifestaram os Ministros, indo muito além do pedido inicialmente formulado pelo autor da ação popular.

Por tudo isso, tomou relevância para o estudo proposto nesta tese, pois foi o caso, após a promulgação da CR/88, no qual o Pleno do STF manifestou-se mais detidamente acerca da identidade étnica dos indígenas e suas consequências. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol evidencia a compreensão que os Ministros do STF têm acerca do que seja a identidade étnica dos indígenas.

Nesse sentido, dentre outros tópicos, citamos aquele no qual os Ministros, a partir do Relator, buscaram delimitar o significado do substantivo “índios” no texto constitucional, chamando a si o poder de atribuir e delimitar a identidade étnica e seu sentido, fazendo lembrar que é o Estado que dita os rumos de nossas vidas e identidades, como afirmou Maybury-Lewis²³⁴, citado anteriormente.

2.3 A identidade étnica indígena na ementa da decisão

A ementa sintetiza os principais aspectos da longa decisão tomada no caso. Nela percebe-se um apelo a termos antropológicos e a compreensão acerca da identidade étnica de forma a justificar as opções tomadas ao decidir. Muitos dos pontos contidos na ementa aparecerão ao longo do julgado. Todavia, observou-se que alguns conteúdos específicos da ementa não foram tratados exatamente da mesma forma na redação do acórdão como um todo. Por isso, considerou-se necessário abordá-los em separado.

Nessa direção, o item quarto da ementa busca sintetizar o significado do substantivo “índios” na CR/88 da seguinte maneira:

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.²³⁵

²³⁴ MAYBURY-LEWIS, 2003, p. 11.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em:

Ao afirmar que índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional, parece filiar-se à compreensão da identidade étnica decorrente do culturalismo, segundo a qual, em síntese, a cultura estaria a forjar as identidades. A ementa da decisão também diferencia os termos índios e silvícolas, ao afirmar que a “proteção constitucional não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.”²³⁶ Dessa afirmação é possível inferir um reavivar da classificação dos índios em categorias, em direção semelhante àquela proposta pelo EI, já superado nesse ponto.

O EI, em seu artigo 4º., estabelecia uma classificação dos indígenas segundo seus estágios de integração:

Art 4º Os índios são considerados:

I - **Isolados** - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - **Em vias de integração** - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - **Integrados** - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

A CR/88, art. 231, ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, rompeu com qualquer categorização dos indígenas, reconhecendo sua identidade étnica independentemente da forma como ou onde vivem. No mesmo sentido, também a Convenção 169 da OIT, que estabelece no artigo 1º, item 2, que a consciência de sua identidade indígena é que deve ser considerada como critério fundamental para determinar sua pertença étnica, como visto. Portanto, superado está o artigo 4º. do EI e com ele qualquer tentativa de classificar os indígenas em categorias de maior ou menor pertencimento e exercício de cultura ancestral dada a proximidade ou distância de seu *habitat* em relação aos não-índios.

Ao estabelecer uma diferença entre os termos “índios” e “silvícolas”, constata-se uma retomada da hierarquização classificatória dos indígenas semelhante àquela estabelecida

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 232.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 232.

pelo vetusto artigo 4º do EI, que é inadequada. Ela suscita uma diferenciação entre aqueles que seriam mais índios, os silvícolas – “índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva”, daqueles menos índios, considerados aculturados, pois em contato permanente com os não-índios, que seriam os índios integrados. A identidade étnica não deve ser assim classificada, pois isso ressignifica antigos preconceitos e, conseqüentemente, não atende ao texto constitucional.

Outros itens da ementa também se referiram à identidade étnica. Todavia, como seu objeto foi aprofundado ao longo da decisão, serão tratados juntamente com o voto do Relator. Nessa direção, passaremos a abordar aspectos da identidade étnica que emergem dos votos dos Ministros no caso e os desdobramentos daí decorrentes.

2.4 O voto do Ministro Ayres Britto

O Ministro Ayres Britto iniciou seu voto enfrentando aspectos procedimentais e delimitando a abrangência de sua decisão. Esclareceu que, tendo a Portaria do Ministério da Justiça n. 534/2005 ratificado com ressalvas a Portaria n. 820/1998, cujo artigo 3º excluiu da demarcação áreas que eram objeto de litígio, não havia razão para adentrar nesses pontos, pois a pretensão dos autores não mais antagonizava com o texto da nova portaria ministerial em vários aspectos.

Assim, afastou o conhecimento da ação quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o 6º Pelotão Especial de Fronteira, o núcleo urbano da sede do Município de Uiramutã (a sede do município de Normandia já estava do lado de fora da demarcação desde a Portaria n. 820/1998), os equipamentos e as instalações públicos federais e estaduais então existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais que também existiam quando da decisão²³⁷. Estando atendido na Portaria n. 534/2005, o Ministro não conheceu do pedido nesses pontos.

O Relator lembrou ainda que, como prevê o artigo 3º. da Portaria n. 534/2005, a terra indígena “situada em faixa de fronteira, submete-se ao disposto no artigo 20, parágrafo 2º., da CR/88”, ou seja, estando em área considerada fundamental à defesa do território

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 231.

nacional, sua ocupação e utilização serão reguladas em lei. A partir daí, o Ministro relatou os precedentes mais relevantes envolvendo demarcação de terras indígenas no STF.

Nessa direção, referiu o RE n. 183.188, julgado em 10/12/1996, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello e tratava da Terra Indígena da comunidade Jaguapiré, no Mato Grosso do Sul. Nele, ficou assentado que “a disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil.” Essa referência é importante, pois lembra a centralidade da discussão acerca dos direitos dos índios à terra, sempre referida pela doutrina especializada e reivindicada pelos próprios indígenas. Nesse precedente ficou marcado o reconhecimento do STF acerca da importância desse direito e sua vinculação à identidade étnica dos indígenas, conforme restou consignado em sua ementa:

[...]

A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.²³⁸

Na sequência, o Relator destacou outros precedentes que considerou relevantes para a elucidação do caso e partiu para a análise da Pet. n. 3388, dividindo seu voto em tópicos, a fim de facilitar o percurso que realizou “pelos domínios cognitivos da Constituição Federal”. Nesse caminho, o Relator se propôs a fazer análise desprendida de pré-compreensões mentais acerca do tema, de forma a desprender limpidamente do texto constitucional sua compreensão, da forma mais objetiva possível.

Num primeiro momento, é perceptível que o voto do Relator não descuidou da compreensão da identidade étnica indígena em direção semelhante àquela apontada por Barth. Além disso, emerge do voto do Relator o entendimento que tem acerca do vínculo entre a identidade étnica e o espaço geográfico ocupado por uma determinada etnia, a terra indígena. Todavia, quando adentramos mais cuidadosamente em suas considerações, é possível verificar que, a despeito do uso recorrente de termos antropológicos e da aparente compreensão da identidade étnica indígena em sentido próximo àquela exposto por Barth, as consequências extraídas de seu voto e da decisão como um todo são incompatíveis com essa

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 183.188. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 10 dez. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=183188&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 07 mar. 2017.

compreensão, como procuraremos demonstrar.

O Relator dividiu seu voto em 17 itens, de forma a facilitar sua leitura e compreensão. Em grande medida, os itens referem-se a aspectos vinculados à demarcação da terra indígena e seu modelo, até porque esse foi o objeto questionado na ação popular sob julgamento. Todavia, na medida em que vai analisando os aspectos da demarcação da terra indígena, sempre reforça os aspectos vinculados à identidade étnica de cada grupo indígena envolvido no caso. De seu longo voto emerge a clara vinculação da identidade étnica peculiar a cada etnia indígena e seu respectivo espaço geográfico, seu lugar, tal como mencionado no precedente que citou (o RE n. 183.188).

2.4.1 O significado do substantivo “índios” no voto do Relator

O primeiro tópico enfrentado pelo Relator refere-se aos índios como tema de matriz constitucional. Nele, afirma que a CR/88, ao dedicar o capítulo VIII do Título VIII exclusivamente aos índios, assim o fez com o objetivo de favorecê-los. Essa afirmação do Ministro é importante na medida em que não constitui uma novidade. O intuito legislativo de favorecer os indígenas aparece desde quando a Coroa portuguesa regulava as relações travadas no âmbito de sua colônia.

Há referências desse favorecimento, que se traduzia na preocupação em “proteger os gentios”, presente desde os primeiros contatos. Representa demonstração disso o Livro da Nau Bretoa, embarcação que deixou Lisboa em 22 de fevereiro de 1511, rumo ao Brasil. Na parte do Regimento do Capitão, havia regra determinando que estava expressamente proibido à tripulação maltratar os índios²³⁹. Outro exemplo interessante são as instruções dadas por D. João III, o Piedoso, aos jesuítas que chegaram às terras brasileiras junto com o primeiro governador geral, Tomé de Sousa, em 1549. Conforme documento de 1548, o papel da Companhia de Jesus no Brasil era a catequese, a proteção da liberdade dos índios e a educação e aldeamento dos mesmos. Todavia, para atingir tais objetivos, D. João III foi expresso ao determinar que os jesuítas tratassem bem todos os que fossem de paz²⁴⁰.

Esses talvez sejam os exemplos mais longínquos que se tem notícia hoje sobre

²³⁹ NORONHA, Ibsen José Casas. **Aspectos do Direito no Brasil quinhentista**: consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2008.

²⁴⁰ GAMBINI, Roberto. **O espelho índio**: os jesuítas e a destruição da alma indígena. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1988.

como o colonizador-conquistador deveria se relacionar com os nativos, sempre com o intuito de favorecê-los. Todavia, a despeito desse favorecimento estabelecido na legislação, a realidade mostrou-se bastante diferente, como os relatos na história do contato e colonização do território brasileiro dão testemunho²⁴¹.

Em seguida, o Ministro Ayres Britto destina um tópico ao significado do substantivo “índios” na CR/88. O Ministro afirmou que o substantivo plural índios é utilizado pela CR/88 com o mesmo sentido de nossa linguagem coloquial. Nessa direção, utilizam-se de dicionários da língua portuguesa para explicar seu significado, o que faz parecer que se afasta de considerações valorativas, na medida em que os dicionários dão uma ideia de neutralidade, pois tendem a ser meramente descritivos.

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 utilizados no texto constitucional, como no caso dos dicionários de língua portuguesa. Todavia, ao fazê-lo, apela para o senso comum da visão do índio habitante de ocas²⁴², conforme segue:

No caso brasileiro, etnias aborígenes que se estruturam, geograficamente, sob a forma de aldeias e, mais abrangentemente, vilarejos. Aldeias e vilarejos em cujo interior se constroem suas habitações (por vezes chamadas de “ocas”) e se relacionam tribos, comunidades, populações.²⁴³

O Ministro prossegue preenchendo o sentido do termo “índios” utilizado pela CR/88. Afirma que a opção pelo seu uso no plural visa traduzir o coletivo de índio, que é o nativo da América, seu primitivo habitante desse ou daquele país americano, no sentido de diferenciá-lo dos demais “contingentes humanos advindos de outros países ou continentes, ora para atuar como agentes colonizadores, ora para servir de mão-de-obra escrava, como, no caso do Brasil, os portugueses e os africanos, respectivamente.”²⁴⁴

²⁴¹ Como ilustração, mencionamos a obra cinematográfica **Avaeté - Semente da Vingança**. Trata-se de filme brasileiro, dirigido por Zelito Viana, em 1985. Apesar de ser um filme de ficção, refere-se ao massacre dos indígenas da etnia Cintas-Largas, ocorrido em área no noroeste do estado do Mato Grosso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tHhV3B3Phf0>. Acesso em: 09 maio de 2017.

²⁴² WAGNER, Daize Fernanda. Identidades indígenas e o STF: dois votos, um dissenso e algum avanço. In: **Encontro Nacional do CONPEDI, XXV**, 2016a, Brasília, p. 100-120. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/i80k5078>. Acesso em: 10 mar. 2017.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 240-241.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 240.

Os elementos apresentados pelo Ministro para delimitar o termo “índios” são recorrentes e dentre eles a linguagem costuma ser referida como importante traço caracterizador da homogeneidade do grupo étnico. Nessa direção, Weber já havia identificado que a língua e a religião constituem elementos extraordinariamente fortes nos sentimentos de afinidade étnica, pois ambas atuam como instrumentos facilitadores da compreensão do sentido das ações dos outros. E isso porque “a ‘compreensibilidade’ do sentido das ações dos outros é o pressuposto mais elementar de uma relação comunitária.”²⁴⁵

Todavia, se a língua e a religião forem deixadas de lado, ainda assim restarão várias outras questões envolvendo o que costuma ser chamado de “decência” e de honra e dignidade sentidas pelo indivíduo numa comunidade. Ou seja, é “a convicção na excelência dos próprios costumes e na inferioridade dos alheios” que alimentam a honra étnica, acessível a todos que pertencem à comunidade de origem subjetivamente imaginada.²⁴⁶

Ainda segundo o Ministro Ayres Britto, o uso plural do termo *índios* visa também “exprimir a diferenciação dos nossos aborígenes por numerosas etnias.”²⁴⁷ Para delimitar o termo *etnia*, mais uma vez o Ministro utiliza-se de dicionário de língua portuguesa, e afirma que “compreende-se por etnia todo grupamento humano homogêneo quanto aos caracteres linguísticos, somáticos e culturais.”²⁴⁸

O Relator encontra no uso plural de termos relacionados ao índio, em diferentes dispositivos constitucionais, o propósito de “retratar uma diversidade aborígene que antes de ser interétnica é, sobretudo, intraétnica.” Assim, cita o uso plural de “línguas indígenas (esse primeiro traço de identidade de cada etnia)” pelo artigo 231 e de expressões como “ouvidas as comunidades afetadas”, constante no parágrafo 3º do art. 231 e da expressão “os índios e suas comunidades e organizações” utilizada no art. 232 da CR/88²⁴⁹.

É perceptível o esforço feito pelo Ministro para delimitar conceitos necessários ao caso, de forma a fugir de polêmicas e dificuldades teóricas encontradas em muitos deles,

²⁴⁵ WEBER, 1994, p. 271-272.

²⁴⁶ WEBER, 1994, p. 272.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 240.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 240.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 241.

como é o caso de etnia. Certamente, ao reconhecer toda a controvérsia envolvida, o Ministro buscou ser o mais objetivo e imparcial possível ao empreender sua “incursão pelos domínios cognitivos da Constituição Federal”, como explicou:

Viagem em demanda de um conhecimento que para se desprender limpidamente do Magno Texto Federal reclama do intérprete/aplicador o descarte de formas mentais aprioristicamente concebidas. Uma decidida postura de auto-imposição de carga ao mar com tudo que signifique pré-compreensão intelectual de um tema – esse da área indígena Raposa Serra do Sol – sobre o qual profundamente divergem cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas, oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG’s e igrejas. Razão de sobra para que busquemos na própria Constituição, e com o máximo de objetividade que nos for possível, as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena em nosso País.²⁵⁰

Todavia, tendo por base os estudos desenvolvidos por Barth (1969), Cardoso de Oliveira (1976) e Cunha (1985), estabelecemos a necessidade de problematizar a delimitação feita pelo Ministro Ayres Britto para o termo “etnia”, pois remete à compreensão culturalista da identidade étnica. Essa compreensão, por sua vez, conduz a equívocos quanto à delimitação da identidade étnica e, conseqüentemente, na efetivação dos direitos dela decorrentes, ensejando decisões questionáveis quanto ao seu acerto em casos envolvendo indígenas perante o STF, como é o caso da Pet. n. 3388.

Destarte, importante retomar os estudos produzidos a partir de Barth para elucidar formas de delimitar a identidade étnica indígena mais adequadas à sua compreensão e aplicação. Como referido acima, o Ministro partiu de definição contida em um dicionário de língua portuguesa para afirmar que etnia é compreendida como “todo grupamento humano homogêneo quanto aos caracteres linguísticos, somáticos e culturais”. Ainda que sintética, tal noção peca pela objetividade e simplicidade excessivas, além de ser questionável quando afirma estar a etnia fundada numa homogeneidade somática.

Essa ideia decorre da noção de raça, que estava na origem das tentativas de catalogar as pessoas quanto ao seu pertencimento. Ela, por si só, mostrou-se inadequada, já que pressupõe um isolamento geográfico do grupo étnico em relação a outros grupos e à sociedade envolvente como um todo, fato que apenas raramente se verifica. Como afirmou Cunha²⁵¹, não existe população que não se reproduza sem miscigenação. Ainda que isso fosse possível atualmente, muito mais que a homogeneidade somática, é a crença subjetiva nessa

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 235-236.

²⁵¹ CUNHA, 1983, p. 96.

homogeneidade, em sentido proposto por Weber, que está na fundação da noção de etnia e de grupo étnico.

Muito embora os autores nem sempre o refiram explicitamente²⁵², Weber pode ser considerado seminal para o debate atual acerca dos grupos étnicos e da identidade étnica. No capítulo que dedicou à discussão acerca das comunidades étnicas, procurou distinguir mais claramente a raça, a etnia e a nação,²⁵³ em direção interessante para compreender tais ocorrências ainda hoje. Nesse sentido, ao estabelecer que o que funda o grupo étnico é a crença subjetiva de seus membros de formar uma comunidade e o sentimento de honra social compartilhado por todos que alimentam essa crença, Weber traçou os marcos sob os quais tornou-se possível compreender hoje que a autoidentificação – tanto pelo sujeito quanto pelo grupo de que faz parte – é que dá a verdadeira dimensão do respeito à alteridade atualmente requerido, inclusive pelo texto do artigo 231 da CR/88.

Retornando especificamente ao voto do Relator, é possível vislumbrar a compreensão da diversidade interétnica e intraétnica na interpretação que estabeleceu para os dispositivos constitucionais que tratam dos direitos dos indígenas, especialmente nos artigos 231 e 232.

Todavia, por outro lado, percebe-se um reconhecimento vacilante da identidade étnica dos indígenas, na medida em que a subordina à existência e afirmação da identidade nacional brasileira. O Relator, ao longo de todo o seu voto, assevera a identidade nacional brasileira como predominante, especialmente no item seguinte, que se refere justamente aos indígenas como parte do todo da nação brasileira.

2.4.2 Os índios como parte essencial da realidade brasileira

O Ministro Ayres Britto apela à teoria da fusão das raças, difundida entre o século XIX e início do século XX, para explicar a formação da nação brasileira a partir dos três grandes grupamentos humanos: os brancos colonizadores, a população negra e os indígenas a formar uma só realidade política e cultural, no sentido proposto no artigo 215, parágrafos 1º e 2º, artigo 216 e artigo 242, parágrafo 1º, todos da CR/88.

Esses dispositivos, conforme propõe o Ministro, são as âncoras normativas de que

²⁵² Nesse sentido, POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 39; e SILVA, 2005, p. 22.

²⁵³ POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 37.

se vale para pontuar veementemente a pertença nacional dos indígenas, na medida em que são coletividades humanas genuinamente nacionais alocadas em solo pátrio e, então, adjetivados de brasileiros. São índios brasileiros e não estrangeiros, a despeito da proteção constitucional deferida também aos estrangeiros residentes no país, nos termos do artigo 5º da CR/88.

Em todo o constructo do Ministro Ayres Britto fica evidente a preocupação em delimitar que os indígenas são pessoas naturais brasileiras. Ainda nesse intuito, o Ministro afirma que os termos “organizações”, “comunidades” e “populações”, mencionados em diferentes dispositivos da CR/88 ao tratar dos indígenas, estão sempre se referindo a coletividades humanas genuinamente nacionais, todas alocadas em solo pátrio.²⁵⁴

Há como que um encobrimento da identidade étnica dos indígenas, que cede em face da identidade nacional. Utilizando-se de um discurso fundado na segurança nacional, o Ministro acaba traduzindo uma interpretação da Constituição que ainda não conseguiu romper efetivamente com o culturalismo. Ao refutar qualquer termo que remeta a identidade de pertença dos indígenas a uma coletividade que possa conduzir à ideia de povo ou nação indígena, fica evidente que ele concebe a identidade como uma mesmidade, que não tolera pluralidade, a não ser sob a supremacia da nacionalidade brasileira.

Todavia, há que se considerar que não existe uma única direção privilegiada para a qual todas as identidades devam evoluir, mesmo que isso seja o ideal para um Estado-nação que busca a homogeneidade ao atribuir as identidades²⁵⁵, como pretendeu o Ministro Relator em seu voto. A discussão em torno de aspectos identificadores da identidade étnica dos indígenas deve ser empreendida no contexto dos anseios de todos os participantes nessa discussão, e não meramente representar mais uma imposição do Estado nacional através de seus vários agentes.²⁵⁶

Nesse sentido, e apenas como reforço argumentativo, cabe retomar o exemplo da Bolívia e da Colômbia, que proclamaram em suas constituições serem Estados plurinacionais, dentro dos quais convivem diferentes nações indígenas. Isso não representou uma quebra ou esfacelamento do Estado. Pelo contrário, o reconhecer a pluralidade, significando a possibilidade de convívio de diferentes identidades, tornou-se um fator de união e fortalecimento da pertença nacional, a despeito de todas as dificuldades que possam surgir na

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 269.

²⁵⁵ LASK, Tomke. Apresentação. In: BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Tradução de John Cunha Comerford. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000, p. 19.

²⁵⁶ LASK, 2000.

concretização do igual reconhecimento dessa pluralidade.

Mais à frente em seu voto, ao tratar da natureza jurídica das terras indígenas, o Ministro refere serem elas parte do território nacional, integrantes do patrimônio da União, conforme estabelece o artigo 20, inciso XI, da CR/88. Sobre elas, então, está a incidir um regime especial de afetação a uma finalidade específica, o usufruto permanente e tradicional dos indígenas, conforme estabelecido no artigo 231 da CR/88. O Ministro também refere a que terra indígena é categoria jurídico-constitucional, mas não caracteriza instituição ou ente federado. Assim, terra indígena não é território indígena, na medida em que o território seria um dos elementos formadores e caracterizadores do Estado nacional.

A preocupação do Ministro em delimitar e reafirmar a identidade nacional aos indígenas envolvidos no caso emerge também quando afirma que a CR/88 desabona termos como “povo”, “país”, “território”, “pátria” ou “nação” quando referidos aos indígenas. Seguindo nessa direção, entende que nenhuma comunidade indígena tem *status* para comparecer perante a ordem jurídica internacional.

O Ministro afirmou que o substantivo terra indígena tem compostura sócio-cultural e não política, pois às terras indígenas não se aplicam os três poderes públicos elementares caracterizadores do Estado nacional: legislativo, executivo e judiciário. Assim, ainda segundo o Relator, sobre as terras indígenas incide direito nacional, e não direito estrangeiro. Especificamente esse ponto merece ser problematizado à luz do disposto no caput do artigo 231 da CR/88, do disposto na Convenção 169 da OIT, artigo 9º, e mesmo do que já estabelecia o EI em seu artigo 57. Ao reconhecer aos indígenas sua organização social, a CR/88 reconhece as formas próprias de organizarem suas relações permeadas pelos valores que lhes são caros. Dentro da organização social estão inseridos os valores que regem suas vidas e, assim, também as maneiras que elegeram para resolver seus conflitos internos. Nesse sentido, é possível aos grupos indígenas, conforme suas próprias instituições, estabelecerem “sanções penais” ou disciplinares contra seus membros. Essa possibilidade decorre do reconhecimento da organização social de cada grupo étnico prevista nos dispositivos acima elencados.²⁵⁷

Das 88 páginas do longo voto do Relator emerge sua concepção humanista e fraternal acerca da temática indígena. O Ministro Ayres Britto trata da fraternidade como um

²⁵⁷ Nessa direção aponta, inclusive, a decisão tomada pelo Tribunal de Justiça de Roraima ao julgar a apelação criminal n. 0090.10.000302-0, em 15/12/2015, que será retomada mais a frente. No caso, o tribunal decidiu pela impossibilidade de persecução penal à indígena que havia cometido homicídio de outro indígena e já punido conforme estabelecido em sua comunidade indígena. O tribunal, escorado no artigo 57 do EI e também na Convenção 169 da OIT, entendeu que decidir de forma diversa caracterizaria verdadeiro “bis in idem”. A nota de rodapé n. 400 desta tese apresenta a ementa da decisão.

valor constitucional aplicável ao caso. Todavia, isso também remete à lembrança que foi justamente uma posição de proteção fraternal aos indígenas que pode ser considerada como a responsável pela instituição do SPILTN²⁵⁸, depois somente SPI, palco de tantas arbitrariedades e crimes contra indígenas, como o Relatório Figueiredo denunciou²⁵⁹.

Segundo o Ministro Ayres Britto, os artigos 231 e 232 da CR/88 são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, pois são formas de assegurar a igualdade às minorias em desvantagem histórica quando comparados com outros segmentos nacionais e também vítimas de preconceito ou crueldade²⁶⁰.

Segundo o Ministro, a CR/88 fez firme opção em favor dos indígenas, no sentido de assegurar que é direito fundamental de cada um deles e de cada etnia autóctone:

I – perseverar no domínio de sua identidade, sem perder o *status* de brasileiros. Identidade que deriva de um fato complexo ou geminado, que é o orgulho de se ver como índio e etnia aborígine, é verdade, **mas índio e etnia genuinamente brasileiros**. Não uma coisa ou outra, alternativamente, mas uma coisa e outra, conjugadamente. O vínculo de territorialidade com o Brasil a comparecer como elemento *identitário* individual e étnico.

II – poder inteirar-se do *modus vivendi* ou do estilo de vida dos brasileiros não-índios, para, então, a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente. É o que se chama de **aculturação**, compreendida como um longo processo de adaptação social de um indivíduo ou de um grupo, mas sem a necessária perda da identidade pessoal e étnica. Equivale a dizer: assim como os não-índios conservam a sua identidade pessoal e étnica no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não-índios, pois a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundivivências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas. É um somatório, e não uma permuta, menos ainda uma subtração. [...] ²⁶¹

O trecho colacionado demonstra aquela contradição muito presente quando se está a tratar da questão indígena, mencionada no início dessa tese. O Ministro reconhece a identidade étnica indígena, não a confundindo com as ideias de aculturação, como costuma

²⁵⁸ LIMA, Antônio Carlos de Souza. Sobre indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: considerações sobre a constituição do discurso e da prática da *Proteção Fraternal* no Brasil. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. (Org.). **Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 1987, p. 153. Argumento semelhante pode ser encontrado em: LAGES, Anabelle Santos. **O Supremo Tribunal Federal e a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: sujeitos, ambiguidades e poderes na principal corte jurídica do país. 2014. 227f. Tese (Doutorado em Sociologia) Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

²⁵⁹ RELATÓRIO FIGUEIREDO. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/relatorio-figueiredo>. Acesso em: 28 abr. 2017.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 285.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 288-289.

ser frequente e poderá ser observado no voto de outros Ministros no caso. Todavia, há um limite nesse reconhecimento. A identidade étnica aqui é reconhecida na medida em que esteja limitada e não represente um risco à identidade nacional brasileira. Não se quer com isso afirmar que as etnias envolvidas prescindam da nacionalidade brasileira. Não parece ser esse o caso.

Todavia, quando consideramos a dinamicidade e abertura da noção de identidade étnica, que é muito mais um autoidentificar-se do que uma atribuição externa, percebe-se claramente o limite estabelecido ao reconhecimento trazido pelo Relator. Ao fazer tal afirmação, não significa dizer que os Ministros do STF devam considerar os estudos desenvolvidos nas ciências sociais sobre a identidade em suas decisões, muito embora seja salutar essa abertura de horizontes a outras áreas do conhecimento.

O que demanda consideração, todavia, é que a identidade étnica no sentido proposto de autoidentificação e identificação por seu grupo étnico está prevista na legislação de referência, aplicável ao caso. Mesmo o vetusto EI, em seu artigo 3º, estabelecia como um dos critérios de afirmação de identidade étnica o identificar-se e ser identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguissem da sociedade nacional. Em sentido semelhante, já em conformidade com a nova ordem constitucional, a Convenção 169 da OIT, no artigo 1º, itens 1 e 2, estabelece que a consciência de sua identidade indígena deve ser considerada como critério fundamental para determinar essa identidade.

O Ministro Relator sequer considerou a existência da Convenção 169 da OIT, que integra o ordenamento jurídico brasileiro e não a menciona em seu voto.

Em lugar disso, preferiu discutir o fato de agentes públicos brasileiros aderirem formalmente aos termos da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13/09/2007. Para o Ministro, que não ingressa na discussão acerca de sua força cogente em âmbito interno, não há sequer necessidade de um tal documento para resguardar a dignidade individual ou coletiva dos indígenas brasileiros, já suficientemente protegidos pelo texto constitucional.

2.4.3 Identidade étnica e espaço territorial

Dos vários aspectos abordados no voto do Ministro Ayres Britto, retomamos a vinculação que estabeleceu entre a identidade étnica dos indígenas e o espaço territorial que lhes é necessário. O elo dos indígenas com a terra é importante característica peculiar e necessária à preservação de sua identidade étnica própria, como expresso nos votos de vários Ministros ao examinar esta causa, como se verá. Essa constatação segue tendência apontada pelos autores que tratam da “questão indígena”.

Como exemplo dessa compreensão, mencionamos José Afonso da Silva, por ter sua obra amplamente citada pelos Ministros em seus votos na presente ação. Segundo esse autor, o direito à terra é direito fundamental dos indígenas, sendo a questão da terra ponto central dos direitos constitucionais dos indígenas, pois tem um valor de sobrevivência física e cultural.²⁶² Seguindo nessa direção, o Relator afirma que:

[O] ato de demarcação passa a se revestir de caráter meramente declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Situação que **a nossa Lei Fundamental retratou como formadora de um indissociável laço entre cada etnia indígena e suas terras *congenitamente* possuídas; ou seja, possuídas como parte elementar da personalidade mesma do grupo e de cada um dos seus humanos componentes. [...] Visto que terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, deixa de ser um mero objeto de direito para ganhar a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia.** (grifamos)²⁶³

Essa relação dos indígenas com seu lugar é traço caracterizador da identidade étnica, que também tem importância por voltar-se ao passado. O vínculo de pertença ao grupo possui uma dimensão territorial forte que conduz sua vida presente, mas mantém seu vínculo com seus antepassados, cujas memórias evocam aquele lugar.

O *leit motiv* da demarcação de toda terra indígena é sua afetação aos direitos e interesses de uma dada etnia indígena, conforme afirmou o Ministro²⁶⁴. Daí também é possível inferir que o Relator entende a terra indígena como espaço de manifestação e plena

²⁶² SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 856.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 303.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 279.

realização da identidade étnica dos indígenas. Além disso, afirmou a necessidade de que possam desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente preservar sua identidade somática, linguística e cultural, que é a razão de sua incomparável originalidade.

Todavia, sendo a terra indígena propriedade da União, esta é a grande protagonista no que tange ao seu cuidado e manutenção, como se extrai da fundamentação do voto do Ministro e também do conteúdo das condicionantes estabelecidas ao usufruto dos indígenas, às quais aderiu o Relator. Na verdade, apesar da vinculação dos índios com a terra, o Ministro faz consignar serem eles meros coadjuvantes em sua administração, quando presentes interesses públicos considerados superiores, como a construção de obras de infraestrutura ou a segurança nacional, por exemplo.

Parece que o Ministro coloca em paradoxos o reconhecimento da identidade étnica e os direitos a ela vinculados. Há o reconhecimento, desde que dentro dos limites estabelecidos, especialmente aqueles que têm relação com questões de segurança nacional e soberania. Fora desses limites, há o risco da perda da identidade nacional. Essa compreensão aflui, por exemplo, quando o Ministro defende o pensamento integracionista de matriz rondoniana que emerge do disposto no parágrafo 2º, do artigo 210, da CR/88. Segundo este, aos indígenas é assegurado também o uso de suas línguas próprias e processos próprios de aprendizagem, que “hão de conviver com o domínio do português”.

Mais à frente, então, afirma o Ministro que a fraternidade estabelecida em nossa Constituição é no sentido de preservar características étnicas, mas sem o viés separatista dos que pretendem fazer de cada área de concentração indígena um espaço apartado. Esses argumentos, que remetem a uma lógica do reconhecimento condicionado e sem maiores diálogos com os atingidos por esse reconhecimento, vão aparecer também ao final do julgamento da Pet n. 3388, como se verá adiante.

É perceptível a reflexão realizada pelo Relator acerca de aspectos da identidade étnica em conjunto com o próprio conflito objeto da ação popular. Para além disso, o Ministro não descuidou de buscar conhecer a situação do local do conflito em Roraima²⁶⁵, em atitude que remete à compreensão da importância que o contexto social adquire na configuração e na dinâmica das identidades étnicas²⁶⁶.

Daí resultou um voto denso, que demonstrou grande primor no desenvolvimento

²⁶⁵ O Ministro Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes foram até o local do conflito na terra indígena em Roraima.

²⁶⁶ PINTO, 2012.

de seus argumentos. Todavia, ao final acabou cedendo a uma percepção bastante limitada e “culturalista” da identidade indígena, conforme se depreende das condicionantes propostas no voto-vista do Ministro Menezes Direito. Ayres Britto salientou seu estranhamento quanto à “formatação decisória” utilizada por Menezes Direito, que transplantou fundamentos para a parte dispositiva da decisão²⁶⁷. Além disso, também suscitou que a decisão proposta por Menezes Direito se caracterizava como *extra petita*.

Todavia, apesar disso, ao final, o Relator acompanhou a proposta decisória formulada pelo Ministro Menezes Direito, que estabeleceu as condicionantes ao usufruto da terra pelos indígenas e, assim, fez coro à maioria que decidiu a ação de forma tão polêmica e questionável.

2.5 O Voto do Ministro Menezes Direito

O Ministro Menezes Direito pediu vistas dos autos após a leitura do voto do Relator na primeira sessão de julgamento. Em 10/12/2008, retomado o julgamento, proferiu seu voto-vista, afirmando inicialmente a importância da causa, cujo tema sob exame tem a maior relevância no plano interno e também internacional. Após analisar longamente o processo demarcatório, atacando cada um dos argumentos formulados pelo autor acerca de vícios de procedimento, o Ministro passou a sustentar seu entendimento da causa. Inicialmente, afirmou a importância da terra para os índios e a relação existencial e identitária destes com a terra, dizendo:

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do art. 231 da Constituição.

Sua organização social, seus costumes, língua, crenças e tradições estão, como se sabe, atrelados à terra onde vivem. [...]

É nela e por meio dela que eles se organizam. É na relação com ela que forjam seus costumes e tradições. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. O índio é, assim, ontologicamente terrâneo, tanto que os termos autóctone e nativo dão ideia de algo gerado e formado em determinado **locus**. O índio é, assim, um ser de sua terra. [...]

Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras,

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 528.

identificando-as e demarcando-as.²⁶⁸

Do excerto acima pode-se inferir que o Ministro reconhece o vínculo dos indígenas com a terra que ocupam como elemento a constituir e caracterizar sua identidade étnica. Sendo aquele espaço territorial necessário a seu viver peculiar, a terra ganha importância na garantia de seus direitos, o que é extraído diretamente do art. 231 da CR/88, segundo o Ministro. Mais à frente, cita parte do laudo pericial elaborado pelo antropólogo Paulo Santilli para o processo administrativo de demarcação. Ele também refere-se à relação existente entre os limites físicos das áreas ocupadas pelos indígenas e sua identidade étnica:

[...]

Mais que meras vias de transporte, ou reservatórios de peixes, de caça, de frutos e/ou fibras vegetais, os pontos naturais mencionados aqui, constituem referenciais que compõem as mitologias dos dois povos habitantes da área em questão, informando as pessoas que as compartilham sobre as atitudes, posturas, costumes, hábitos e valores que estruturam sua vivência coletiva, suas relações comunitárias e formam, em decorrência, suas instituições, sua identidade étnica diferenciada, em suma, a continuidade da existência de sua própria sociedade.²⁶⁹

Esse reconhecimento expresso acerca da importância da terra na vida e identidade dos indígenas é recorrente nos votos dos Ministros a começar pelo Relator, conforme já mencionado. Todavia, a despeito do sempre renovado reconhecimento desse vínculo caracterizador de cada grupo indígena, daí não se pode necessariamente cingir outras consequências, a exemplo do reconhecimento da autonomia necessária para cuidar desse lugar, como se verá.

O Ministro extrai relevante consequência da homologação da demarcação da terra indígena para o bem da segurança jurídica, qual seja, “a impossibilidade de revisão dos limites da terra indígena fixados na Portaria do Ministério da Justiça”²⁷⁰. Entende tratar-se de caso de preclusão administrativa a impedir qualquer discussão sobre a área e os limites homologados. Na justificativa que apresenta, explica que sendo a definição da extensão da área fruto da constatação do que chamou de “fato indígena”, não há espaço para nenhum tipo

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 377.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 382.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 394.

de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador. Segundo o Ministro, então, a demarcação esgota a identificação, sendo vedada sua alteração.

Para chegar a esse raciocínio, Menezes Direito desenvolveu o que chamou de “teoria do fato indígena” em seu voto. Segundo ele, a posse tradicional indígena prevista pela CR/88 é um fato objetivamente verificável em data certa, que é a data da promulgação da CR/88, ou seja, 05/10/1988. Segundo argumentou, a CR/88 teria adotado a teoria do fato indígena, em substituição à teoria do indigenato, que fundamentava a posse imemorial dos indígenas em ordens constitucionais antecedentes. Segundo o Ministro Menezes Direito, “[...] a identificação e a demarcação da terra indígena devem ser realizadas com base em um fato, o fato indígena, a ser apurado com base em critérios e metodologia próprios da ciência antropológica, a partir dos dados disponíveis e das informações levantadas em campo.”²⁷¹

Percebe-se que o Ministro estava ocupado em procurar uma solução o mais objetiva possível para o caso. Nessa direção, afirmou a necessidade de apelar à ciência, que deve ter instrumentos e meios próprios a utilizar para essa finalidade – apurar o fato indígena. “Se o problema das terras indígenas há de ser resolvido com base no fato indígena, como aqui se propõe, os procedimentos de identificação e demarcação devem servir para demonstrá-lo.”²⁷² Para tanto, defendeu a necessidade de balizas exatas nas demarcações, a atender os limites impostos pela CR/88 e pelas leis.²⁷³

Interessante que para estabelecer a impossibilidade de revisão da extensão da terra indígena, o Ministro considerou o ato formal que a homologou, a Portaria Ministerial, mesmo tendo ela efeitos meramente declaratórios de uma situação preexistente que é justamente a posse indígena. Em sua compreensão, o fundamento diz respeito à segurança jurídica de outras pessoas, especialmente aquelas que possam ter direitos de propriedade no entorno da terra indígena e que, não fosse a demarcação inalterável, ocasionaria uma constante insegurança intolerável. Embora o argumento do Ministro seja relevante e se refira a direitos igualmente constitucionais, como no caso da propriedade privada e da segurança jurídica,

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 414.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 388.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 390.

ainda assim cabe problematizar a solução por ele encontrada.

Inicialmente, cabe lembrar que o vínculo dos indígenas com a terra que tradicionalmente ocupam tem sido reconhecido no plano jurídico desde a Carta Régia de 30/07/1611 e, depois, pelo Alvará de 01/04/1680, como dão notícia João Mendes Júnior²⁷⁴ e, mais recentemente, entre outros, José Afonso da Silva²⁷⁵. No plano constitucional, foi a Constituição de 1934 a primeira a acolher expressamente esse vínculo, em seu artigo 129, que afirmava que “[s]erá respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”²⁷⁶.

Além disso, há também o reconhecimento que ultrapassa o plano legislativo. Assim, o próprio Ministro Menezes Direito, quando afirmou que “a relação com o solo é marca característica da essência indígena”²⁷⁷. Essa ideia de essência indígena bem pode ser substituída pela identidade étnica indígena e o vínculo dos indígenas com a terra está a traduzir uma forma de exteriorização e exercício de sua personalidade, de sua identidade própria.

Como apontado, a identidade étnica, a “essência indígena”, não é imutável ou estática no tempo. Barth demonstrou que os grupos étnicos se distinguem a partir das relações que travam com outros grupos e com a sociedade envolvente. Não é o isolamento que mantém a identidade do grupo, mas sim a alteridade que possibilita a consciência do grupo acerca de sua identidade comum.²⁷⁸ A necessidade de interação com o outro para reafirmar ou mesmo descobrir a própria identidade significa que a fronteira étnica, em sua acepção mais larga, é livre dos constrangimentos territoriais.²⁷⁹ “Com base na prática social, pode-se afirmar que não existem fronteiras lineares, mas sim zonas fronteiriças, em que diferentes identidades se constituem à medida que se cruzam no cotidiano.”²⁸⁰

Em complemento, há que se considerar que, diferentemente dos Estados nacionais, cujos limites são fixados rigidamente em suas fronteiras, nos quais exercem seus poderes de soberania, conforme expõe Oliveira,

²⁷⁴ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

²⁷⁵ SILVA, 2009, p. 857 *et seq.*

²⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 09 maio 2017.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 377.

²⁷⁸ BARTH, 2000.

²⁷⁹ LASK, 2000, p. 21.

²⁸⁰ LASK, 2000, p. 21.

os povos indígenas possuem fronteiras territoriais bem mais fluídas, que oscilam regularmente em função de variações demográficas, expedições guerreiras ou movimentos migratórios de vários tipos. Para eles a demanda sobre a terra não é fixada *a priori* na constituição da própria unidade política, mas pode sofrer grandes mudanças em decorrência da convergência circunstancial de interesses e da capacidade de mantê-la face à pressão de outras sociedades vizinhas, também portadoras de características análogas.²⁸¹

Oliveira lembra ainda que a definição de uma terra indígena é um processo político pelo qual o Estado reconhece os direitos de uma comunidade indígena sobre uma parte do território nacional e isso não pode ser pensado ou descrito em termos de coordenadas de um fenômeno natural.²⁸² Todavia, ao referir o procedimento demarcatório, o Relator, Ministro Ayres Britto, afirmou que “demarcar é assinalar os limites. Colocar os marcos físicos ou fincar as placas sinalizadoras de cada terra indígena, na perspectiva dos quatro pontos cardeais do norte/sul/leste/oeste. Sem o que não se tem uma precisa orientação cartográfico-geodésica”²⁸³. Para problematizar essa compreensão, toma-se em consideração o exposto por Oliveira, que prossegue:

Longe de serem imutáveis, as áreas indígenas estão sempre em permanente revisão, com acréscimos, diminuições, junções e separações. Isto não é algo circunstancial, que decorra apenas dos descertos do Estado ou de iniciativas espúrias de interesses contrariados, mas é constitutivo, fazendo parte da própria natureza do processo de territorialização de uma sociedade indígena dentro do marco institucional estabelecido pelo Estado-nacional.²⁸⁴

Reconhecendo essa dinâmica, o Ministro Joaquim Barbosa, ao votar, manifestou-se acerca do tempo transcorrido no procedimento administrativo de demarcação. Partindo da análise do caso concreto da demarcação da Raposa Serra do Sol, apontou em direção semelhante àquela de Oliveira, embora sob diferentes premissas, conforme segue:

O processo de demarcação de áreas indígenas é complexo e demorado, porque demanda uma série de análises sócio-culturais importantes para evitar danos à organização cultural dos indígenas e para que possa refletir fielmente sua realidade. Nesse ponto, cabe ressaltar que o processo de demarcação das terras localizadas na Raposa Serra do Sol teve início em 1977, quando o Estado de Roraima ainda era um território, sendo certo que as reivindicações pela demarcação da área remontam ao início do século passado, mais precisamente a 1917. É importante lembrar que os trabalhos iniciados no ano de 1977 foram

²⁸¹ OLIVEIRA, João Pacheco de. Instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades de trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: OLIVEIRA, João Pacheco de. (Org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998b, p. 292.

²⁸² OLIVEIRA, 1998b, p. 291.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 283.

²⁸⁴ OLIVEIRA, 1998b, p. 291.

interrompidos e retomados diversas vezes, de modo que a formalização do procedimento administrativo de demarcação, que culminou no decreto 534/2005, ora questionado, data de 1993 (processo 889/93/FUNAI).²⁸⁵

Sendo assim, não é despropositado pensar em modificações que possam implicar em formas distintas de se relacionar e ocupar a terra para os objetivos previstos na CR/88, art. 231, parágrafo 1º. – habitar permanentemente, utilizar para atividades produtivas, preservar recursos ambientais necessários a seu bem-estar e reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições. A identidade étnica dos indígenas é dinâmica e relacional, não só na alteridade, mas também nesse seu vínculo com a terra. Assim, como admitir uma declaração de posse da terra imutável em absoluto, como pretendeu o Ministro Menezes Direito, ao afirmar a impossibilidade de revisão das demarcações já homologadas?

Ainda que se entenda a posse indígena como um fato, como pretendeu o Ministro, há de se considerar que esse não é um fato plasmado no tempo. Muito pelo contrário, a dinâmica cambiante que caracteriza as identidades de maneira geral também está a caracterizar a identidade étnica, na medida em que está sujeita aos influxos do tempo e do próprio lugar onde se encontram os indígenas, bem como das relações interétnicas que eventualmente podem estabelecer de forma permanente ou eventual. Tudo isso podendo também influenciar sua relação com a terra que habitam.

Ao reconhecer seu modo próprio de viver, a CR/88 passou a assegurar respeito à identidade étnica dos indígenas também no que se refere à sua relação com a terra, de forma que a interpretação restritiva elaborada pelo Ministro Menezes Direito fere o respeito à identidade étnica própria dos indígenas em sua relação com a terra, que tende a ser dinâmica. Também desconsidera o disposto no artigo 231 da CR/88, que estabelece o reconhecimento à identidade peculiar dos indígenas e suas formas próprias de ser e viver. Ou seja, qualquer análise que se refere ao reconhecimento do vínculo dos indígenas com as terras que tradicionalmente ocupam deve partir da concepção dos próprios indígenas. Analisar sua relação com a terra a partir de institutos jurídicos típicos do direito estatal, como a posse ou a propriedade, e fixar um termo certo para o reconhecimento dessa posse (a data da promulgação da CR/88) são constructos desenvolvidos pelo Ministro Menezes Direito que não guardam relação com o texto constitucional.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 522.

2.5.1 As 18 condicionantes propostas pelo Ministro Menezes Direito

Ao final, o Ministro julgou parcialmente procedente a ação proposta, alegando que tanto a Portaria n. 534 do Ministério da Justiça, quanto o Decreto Presidencial que a homologou deixaram de atender ao conjunto de condições que a disciplina constitucional impõe ao usufruto exclusivo dos indígenas sobre suas terras. A partir dessa constatação, segundo o Ministro, os argumentos produzidos seriam também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos envolvendo terras indígenas. Assim, a decisão a ser adotada nesse caso consolidaria o entendimento do STF sobre o procedimento demarcatório, com repercussão também para o futuro.

O interesse em resolver o caso com objetividade e de forma que sua solução pudesse reverter também para outros casos semelhantes aparece ao longo de todo o voto do Ministro Menezes Direito. Essa pretensão emerge também no voto de vários Ministros, a exemplo do Relator e do Ministro Cezar Peluso. Este último chega a considerar presente uma certa precariedade nos elementos em que se fundaram os processos de demarcação, que, segundo ele, estão “baseados em poucas opiniões, num universo restrito de pessoas e com muita controvérsia”²⁸⁶. Tudo isso, a demandar maior precisão e objetividade nos critérios adotados nos procedimentos demarcatórios.

Segundo o Ministro Menezes Direito, as demarcações, ainda que fundadas em dados antropológicos que têm critérios próprios, que não são matemáticos, demandam maior objetividade e precisão. Na mesma direção, a necessidade de critérios objetivos, delimitações precisas e conceituais para medir e quantificar os direitos indígenas constituem preocupação sempre presente nas manifestações de vários Ministros.

Tendo isso em consideração, o Ministro Menezes Direito afirmou a necessidade de que o “estatuto jurídico das comunidades indígenas” seja de uma vez por todas definido considerando a disciplina constitucional.²⁸⁷

Com a promulgação da CR/88 ficou patente a necessidade de rever o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), por estar incompatível com o reconhecimento que a própria CR/88

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 536.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 404-405.

trouxe para os indígenas e suas formas peculiares de viver. Com esse objetivo, tramita há mais de 25 anos no Congresso Nacional proposta de novo estatuto – o Estatuto das Sociedades Indígenas, através do Projeto de Lei n. 2.057, de 1991, que pretende justamente fixar o estatuto jurídico das comunidades indígenas tal como mencionado pelo Ministro Menezes Direito em seu voto.

O tempo de sua tramitação, o número e o conteúdo das proposições legislativas apensadas ao PL original são também indícios da relação ambígua que o Estado e a sociedade mantêm com os indígenas. Além disso, é provável que a demora na aprovação de um novo estatuto para regulamentar os direitos constitucionais assegurados aos indígenas tenha relação direta com a força dos interesses que lhe são contrários. A legislação brasileira é, no mínimo, contraditória ao tratar dos indígenas e aparentemente não há interesse em encaminhar ou solucionar essa contradição.

Por um lado, a CR/88 trouxe, em capítulo próprio, importante reconhecimento à identidade étnica dos indígenas e aos direitos dela decorrentes. Todavia, por outro lado, convive com o Estatuto do Índio, responsável por reger vários aspectos da vida dos indígenas no Brasil e que é, em grande parte de seus dispositivos, incompatível com a CR/88.

Em seu voto, o Ministro Menezes Direito reconheceu que a “[a] identificação dos demais interesses públicos que poderão condicionar os direitos dos índios passa, em muitos casos pela edição de lei, ordinária ou complementar, ou pela autorização do Congresso Nacional”²⁸⁸.

Todavia, a despeito de reconhecer a necessidade de legislação a regulamentar grande parte dos direitos constitucionais indígenas e apesar da morosidade excessiva na aprovação de um novo “estatuto jurídico das comunidades indígenas” pelo Congresso Nacional, que tem competência constitucional para tanto, isso não autoriza o STF a substituir-se ao Poder Legislativo nessa função e nem justifica o encaminhamento dado ao caso sob exame.

Todavia, apesar disso, o Ministro não deixou de avançar em seu propósito regulador ao estabelecer a necessidade do dispositivo de sua decisão explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance. Com esse objetivo, passou a listar 18 condições ao usufruto dos índios sobre suas terras, *in verbis*:

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 404-405.

- (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, interesse público da União, na forma de lei complementar;
- (ii) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra de recursos minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
- (v) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;
- (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas da área em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;
- (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;
- (xi) deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
- (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;
- (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei n. 6.001/1973);
- (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973);
- (xvi) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n.

6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;
 (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;
 (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88).²⁸⁹

Essa iniciativa legiferante do Ministro Menezes Direito, que acabou sendo acompanhada por grande parte dos Ministros do STF e resultou, com pequenas modificações, na decisão final do caso, tem recebido muitas críticas, seja por extrapolar a função do Poder Judiciário, adentrando na competência do Poder Legislativo, como o próprio Ministro reconheceu, seja por adotar técnica decisória incompatível com a natureza da ação popular proposta e também por ir além do pedido inicial e do debate estabelecido entre as partes na ação, em clara decisão *extra petita*.²⁹⁰

Das 18 condições propostas pelo Ministro Menezes Direito, para além daquela já comentada, de n. xvii, consideramos que têm relação mais direta com a identidade étnica as de número v, vi e ix. Todas elas se referem a atuações de órgãos e agentes públicos na terra indígena que deverão ocorrer independentemente de consulta às comunidades indígenas atingidas ou à FUNAI, ou com sua participação em caráter meramente opinativo.

São situações que refletem, segundo o Ministro, um conflito normativo entre os direitos indígenas, a política de defesa nacional e a preservação do meio ambiente, todos com sede constitucional. Boa parte do voto do Ministro Menezes Direito é dedicada a atacar e solucionar esse conflito aparente de normas constitucionais.

A forma que encontrou para solucioná-lo, todavia, desconsidera os indígenas nas condicionantes apontadas, na medida em que desrespeita o direito à consulta e oitiva sobre aspectos que venham a atingi-los, conforme dispõe a Convenção 169 da OIT, especialmente no artigo 6. Nesse ponto há um claro retrocesso no reconhecimento à identidade étnica indígena, que representa inadequação e equívoco ao considerar apenas a ótica da sociedade envolvente para legitimar a intervenção do Estado no cotidiano das aldeias, na medida em que reafirma o poder tutelar estatal, que nunca foi efetivamente sepultado, conforme apontado por

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 416-418.

²⁹⁰ Nessa direção, entre outros, as críticas apontadas por: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena. In: GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; SANTOS, Anderson Marcos dos; SILVA, Eduardo Faria. (Orgs.). **Direitos em conflito**: movimentos sociais, resistência e casos judicializados. Artigos e ensaios. Volume I. Curitiba: Kairós, 2015, p. 29-47. Assim também em: YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando, 2010, p. 143-158.

Rosa em outro contexto²⁹¹.

As condicionantes destacadas estão fundadas na desconsideração da alteridade indígena e na consequente inexistência de qualquer autodeterminação²⁹² a esses grupos, a demandar uma sempre renovada necessidade de um mediador, num “porta-vozismo”²⁹³ dos indígenas, considerados incapazes de reger suas próprias vidas e determinar sua própria vontade. Apesar da extinção do regime tutelar, a partir da CR/88 e apesar do disposto na Convenção 169 da OIT, que estabelece a participação dos indígenas, ainda assim prevalece uma visão infantilizadora e de incapacidade dos indígenas. Conseqüentemente, o reconhecimento a sua identidade étnica, pela CR/88, fruto de sua luta e reivindicação desde o início do movimento indígena até sua participação na ANC, resta encoberta e desconsiderada no estabelecimento dessas condicionantes, que sequer foram objeto de debate ou sujeitas ao contraditório pelas partes no processo sob análise.

A compreensão de que as condicionantes estariam a caracterizar sentença *extra petita* foi prontamente levantada pelo relator, Ministro Ayres Britto, logo após a leitura do voto-vista de Menezes Direito, que questionou:

Só tenho dúvida se o julgamento como proposto pelo Ministro Direito de procedência parcial da ação não caracteriza uma decisão *extra petita*, porque nada disso foi pedido na ação popular, nada do que está aqui foi pedido. O que foi pedido na ação popular? A nulidade de todo o processo de demarcação e, sobretudo, a descaracterização do formato demarcatório que, nos termos do decreto do Presidente da República, foi um formato contínuo, e o autor popular propõe que o formato seja descontínuo. Ou seja, nulidade do processo com foco para a impossibilidade de adoção do formato contínuo. Mas isso será retomado. Se é um pedido *extra petita* ou não, isso será retomado.²⁹⁴

Como se verá mais à frente, a questão foi efetivamente retomada, tendo prevalecido o entendimento de que tais condicionantes ou “salvaguardas institucionais” não foram suficientes para caracterizar a decisão como *extra petita*, a despeito de todas as críticas sofridas pela decisão nesse aspecto e dos questionamentos suscitados nos embargos declaratórios interpostos por todas as partes no processo.

²⁹¹ Em sentido semelhante, embora trate especificamente do chamado “infanticídio indígena”, interessante consultar ROSA, Marli. Nós e os outros: concepções de pessoa no debate sobre infanticídio indígena no Congresso Nacional. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 163-193, jan.-jun. 2014. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/view/46403>. Acesso em: 13 out. 2015.

²⁹² O termo autodeterminação aqui é utilizado no sentido de referir o direito à livre escolha do próprio destino, a ter suas decisões respeitadas quanto a suas escolhas. Direito esse que integra a liberdade e a autonomia de qualquer pessoa, inclusive dos indígenas.

²⁹³ LIMA, 1987, p. 197.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 421.

2.6 O Voto da Ministra Cármen Lúcia

Ao iniciar seu voto, a Ministra acompanha o Relator quanto à questão preliminarmente posta, que se refere especialmente ao ingresso do Estado de Roraima no feito na condição de assistência simples, nos termos do art. 50 do CPC então vigente. Após, traça um percurso histórico pelos preceitos que trataram dos indígenas nas diferentes constituições brasileiras, até a de 1988. Refere-se à presença das etnias Macuxi, Wapixana, Taurepang, Patamona e Ingaricó na região sob conflito desde os primeiros tempos da colonização. A Ministra também faz detalhado resumo acerca dos encaminhamentos dados ao procedimento administrativo da demarcação até chegar à Portaria n. 538/2005 do Ministério da Justiça. Em todo o percurso, a Ministra rebate os argumentos formulados pelo autor na inicial.

Em sua argumentação, diz que o modelo de demarcação contínua é o que se mostra “necessário ao atendimento de preservação e respeito da identidade dos indígenas”.²⁹⁵ Mais à frente, justifica sua interpretação nos seguintes termos:

O modelo de demarcação adotado atende, a meu ver, o que na Constituição brasileira se estabelece. E é a Constituição que impõe determinado modelo a partir dos fins a que se destina a demarcação e que têm de ser atendidos. No caso em pauta, não haveria o atendimento daqueles objetivos não fosse com a continuidade. Daí porque não há qualquer comprovação, nos autos, de desatendimento às normas constitucionais a partir do modelo adotado de demarcação de área contínua das terras indígenas.²⁹⁶

Em seu voto, a Ministra refere-se à identidade étnica dos indígenas apenas no exerto acima transcrito. A partir dele, todavia, não é possível inferir que a Ministra se atenha a uma concepção de identidade étnica vinculada ao culturalismo, a demandar que os índios sejam encapsulados em suas terras, de forma a preservar sua identidade étnica e sua cultura. Pelo contrário, a Ministra afirma que:

Cessem, pois, as observações feitas de que as demarcações de terras indígenas muram os índios nos espaços definidos e a eles impõem o persistir no mesmo momento histórico para sempre. Há que se lhes assegurar o espaço para garantir respeito à sua essência e às suas escolhas humanas. Até mesmo porque as coisas são,

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 460.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 473.

em geral, adjacências nem sempre tão humanas assim... Mas a partir da segurança de sua condição, o que lhe advém da terra, de sua cosmovisão, é que o índio pode garantir-se como ser livre para escolher. Inclusive eleger ausentar-se ou superar aquele espaço e aquela forma de viver. Mas não se há de vê-lo um novo meteco, brasileiro como todos nós, mas órfão de sua condição essencial.²⁹⁷

Todavia, apesar de seu entendimento, ao final, a Ministra acompanhou em parte o Relator, agregando algumas das condicionantes articuladas no voto-vista do Ministro Menezes Direito, com alterações no que se refere a sua redação. A Ministra estabeleceu sete itens finais, que correspondem com as condições propostas pelo Ministro Menezes Direito de número i; iv; v e vi; vii; viii; xi e xii; xv.

2.7 O Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski proferiu voto pontual, abordando os aspectos principais levantados pelo autor da ação popular, fundamentando, assim, sua adesão ao voto do Relator “com as achegas” do voto-vista do Ministro Menezes Direito para, então, julgar parcialmente procedente a ação proposta.

Nessa direção, aderiu integralmente às 18 propostas enunciadas no voto-vista e considerou que naquele momento, “de forma extremamente adequada”, o STF estava fixando o regime jurídico das terras indígenas.²⁹⁸

2.8 O Voto do Ministro Eros Grau

O Ministro Eros Grau também acompanhou integralmente o voto-vista do Ministro Menezes Direito. Dos aspectos a destacar em seu objetivo voto, estão a concepção dinâmica do território indígena, ou melhor, a dinâmica envolvida na ocupação desse território

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 449.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 511.

pelos indígenas que, embora mereçam tratamento constitucional especial, isso não faz com que componham outro ou outros povos diferentes do povo brasileiro. “Aqui os indígenas são brasileiros”, como fez questão de ressaltar o Ministro.²⁹⁹

Também merece destaque seu argumento de que há plena compatibilidade entre soberania e reconhecimento, em favor dos indígenas, de direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Segundo Eros Grau, é essa forma de ocupar tradicional que a CR/88 reconhece e que devem ser demarcadas pela União, assim como são ocupadas pelos indígenas. Todavia, a despeito de sua argumentação, acompanhou integralmente o estabelecimento de condicionantes ao usufruto dos indígenas sobre as terras que ocupam.

2.9 O Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Em seu objetivo voto, o Ministro rebateu as alegações da inicial, afirmando não haver qualquer dúvida acerca da presença dos requisitos constitucionais necessários ao reconhecimento da área sob discussão como ocupada por tempo imemorial e tradicional pelos indígenas. Também afastou os argumentos relativos à existência de vícios no procedimento administrativo de demarcação, considerando que no MS 25.483³⁰⁰, de relatoria do Ministro Ayres Britto, o STF já havia se pronunciado pela regularidade do procedimento, com decisão transitada em julgado.

O Ministro considerou as alegações de lesão ao patrimônio público que adviriam da demarcação como meramente especulativas, especialmente no que tange ao risco à segurança nacional e à defesa nacional, bem como à economia do Estado de Roraima. Por fim, o Ministro afastou o argumento de risco ao equilíbrio federativo e referendou a demarcação no formato contínuo estabelecido, haja vista inserir-se como opção no âmbito da competência discricionária do ente político ao qual a CR/88 atribuiu tal mister. Além disso, citou doutrina especializada a balizar a adoção da demarcação contínua e os riscos decorrentes da adoção da demarcação em ilhas, como ocorrido com os Xavantes no Estado do

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 518-519.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 25.483. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 04 jun. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=25483&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28 abr. 2017.

Mato Grosso do Sul.³⁰¹

O Ministro Joaquim Barbosa votou pela total improcedência da ação popular e, assim, não aderiu ao voto do Relator e não fez coro ao voto-vista do Ministro Menezes Direito com suas 18 condicionantes ao usufruto indígena. Pelos argumentos em seu voto, pelo teor de suas manifestações durante o julgamento e mesmo ao tratar de casos de demarcação de terras indígenas posteriormente, infere-se que o voto do Ministro Joaquim Barbosa foi o mais condizente com o texto constitucional, especialmente no que se refere ao reconhecimento à identidade étnica indígena extraída do artigo 231 da CR/88.

2.10 O Voto do Ministro Cezar Peluso

O voto do Ministro Cezar Peluso destoa do conjunto dos votos até então proferidos no que tange à compreensão acerca dos indígenas. Segundo o Ministro, o processo de aculturação é inevitável e mesmo desejável, na medida em que representará seu ingresso e participação no “processo civilizatório”. “Afim 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-lhes à margem”³⁰², afirmou o Ministro.

Essa fala de Cezar Peluso é representativa de sua compreensão, segundo a qual aculturação é sinônimo de integração à sociedade nacional, cujo desenvolvimento e progresso devem ser almejados pelos indígenas. Nessa direção, o Ministro também destacou o serviço prestado pelas Forças Armadas, que dentre suas atividades, a serem desempenhadas também em terras indígenas sem nenhuma restrição, estariam o “integrar, aculturar e apoiar todo o processo de aculturação e de subsistência das populações indígenas”³⁰³.

O voto do Ministro Peluso insere-se na vertente assimilacionista, que enxerga nos

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 526.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 549.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 540.

indígenas pessoas incapazes, que necessitam do apoio e tutela do Estado em seu caminhar rumo à civilização, como estabelecia o ultrapassado EI. Seu intuito tutelar aos indígenas também emerge de sua adesão às condicionantes ao usufruto das terras pelos indígenas, propostas pelo Ministro Menezes Direito.

Nesse sentido, ao referir-se à condicionante de n. xvii, que veda a ampliação da terra indígena já demarcada, o Ministro Peluso considera que “o constituinte derivado não estará jungido a manter tal situação quando 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.”³⁰⁴

Apesar de ter aderido às condições propostas no voto-vista, o Ministro Peluso apresentou fundamentos jurídicos diversos para algumas delas. Posicionou-se contrariamente à dupla afetação da área e considerou que os direitos indígenas em questão deveriam quedar frente a outros, como no caso da tutela ao meio ambiente, por ser este bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida de toda a população brasileira, e não apenas de um de seus grupos.³⁰⁵ Para o Ministro, a dupla afetação é incompatível e essas áreas estariam sujeitas exclusivamente ao regime jurídico de proteção ambiental previsto no art. 225 da CR/88 e na Lei 9.985/2000. Por fim, ainda que vencido neste ponto, registrou que nem os indígenas e nem a FUNAI têm qualquer participação na administração dessas áreas.

O Ministro também considerou que os direitos constitucionais indígenas cedem frente aos preceitos de preservação da segurança nacional. O Ministro defendeu claramente a prevalência dos comandos constitucionais que regram as Forças Armadas em detrimento daqueles que se referem aos direitos dos indígenas. Considerou que o regime jurídico das terras indígenas não pode excluir a possibilidade de ação incondicionada das Forças Armadas no seu âmbito. Ação essa que independe de prévia autorização, assentimento ou consentimento das populações indígenas, como já mencionado. O Ministro ignorou por completo o disposto na Convenção 169 da OIT, art. 6º, que estabelece que os indígenas sejam ouvidos sempre que atingidos por determinada medida legislativa ou administrativa.³⁰⁶

A identidade humana é criada e recriada dialogicamente no contato com os

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 548.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 542.

³⁰⁶ WAGNER, 2016a.

outros³⁰⁷. Isso também se aplica aos indígenas, em decorrência do reconhecimento de sua identidade étnica, que envolve autonomia para decidir sobre sua própria vida. Para tanto, todavia, é preciso ter o direito ou, pelo menos, a possibilidade de falar, expressar-se, opinar e ter sua fala e opinião consideradas nos processos decisórios que lhes envolvem.³⁰⁸ Isso deveria estar pressuposto em qualquer relação de respeito e consideração, sem que houvesse a necessidade de previsão legal expressa nesse sentido. Todavia, para os indígenas há tal reconhecimento previsto inclusive no ordenamento jurídico, de forma a tornar não só evidente, mas constranger os agentes estatais em sua atuação junto aos indígenas. Apesar disso, o Ministro Peluso proferiu voto que ignora solenemente tudo isso.

Ao concluir seu voto, o Ministro afirmou a necessidade de que o Estado e seus agentes não se omitam no apoio indispensável às populações indígenas. Do contrário, estarão elas condenadas, por omissão, a permanecer em estado primitivo de sobrevivência. Aqui, mais uma vez, transparece a noção que permeou todo o voto do Ministro Cezar Peluso: é preciso aculturar os indígenas, tirando-os de seu estágio primitivo, sendo essa missão de competência do Estado.

Enquanto os votos dos Ministros até aqui mencionados podem ser considerados resultado de uma compreensão culturalista da identidade étnica dos indígenas, o voto do Ministro Peluso se destaca por filiar-se a sua vertente hoje considerada mais retrógrada, a da aculturação. Segundo esta, a dicotomia – desenvolvimento da civilização nacional *versus* primitivismo dos indígenas – restaria solucionada pela incorporação destes à comunhão nacional e superação do primitivismo. O Ministro sequer considera que a identidade enquanto pertença étnica possibilita que os indígenas aprendam valores, línguas e costumes da sociedade envolvente e, ainda assim, mantenham sua identidade étnica indígena. Nem mesmo a identidade étnica compreendida em sua dimensão política, no sentido proposto por Weber em 1922 merece acolhida pelo Ministro.

No intuito de estabelecer o que chamaram de “regime jurídico” ou “estatuto jurídico das terras indígenas” presente está uma indisfarçável manifestação renovada do antigo poder tutelar do Estado sobre os indígenas. Estes, incapazes de determinarem suas vidas e direção, a demandar a interferência do Estado, através de seus múltiplos agentes, civis e militares, em seu cotidiano, a lhes apontar o caminho a seguir e a forma de usar a terra.

³⁰⁷ Nessa direção, entre outros, HALL, 2014; BAUMAN, 2005.

³⁰⁸ WAGNER, 2016a.

2.11 O Voto da Ministra Ellen Gracie

A Ministra Ellen Gracie proferiu um dos votos mais objetivos e sintéticos, por considerar não haver o que acrescentar além do que havia sido dito nos votos que a antecederam e também por já estar formada a maioria. A Ministra considerou inicialmente que a técnica decisória adotada, com o estabelecimento das condicionantes, excedia o pedido original, já que “o objeto da ação diz respeito apenas à desconstituição de uma demarcação já realizada.”³⁰⁹ Todavia, considerando os argumentos produzidos, bem como a gravidade da matéria, ponderou que o melhor caminho no caso era aquele estabelecido através das condicionantes ou salvaguardas institucionais.

Por fim, acompanhou o voto do Relator e dos demais que com ele compuseram a maioria, no sentido de considerar a ação parcialmente procedente, para estabelecer as condicionantes ao usufruto dos indígenas sobre os terrenos que pertencem e são de propriedade da União.

2.12 O Voto do Ministro Marco Aurélio Melo

O Ministro Marco Aurélio pediu vistas do processo e proferiu seu voto, de 130 laudas, na sessão de 18/03/2009, quando a maioria já estava formada e a ação, decidida. Em seu voto, fez rigorosa revisão crítica apontando vícios processuais tanto no procedimento demarcatório quanto na condução da ação popular frente ao STF. Conseqüentemente, julgou procedente o pedido inicial e sugeriu parâmetros para a realização de uma nova demarcação administrativa.

No que tange à percepção da identidade indígena, o Ministro referiu, em diferentes passagens em seu voto, a necessidade de se abandonar uma visão ingênua acerca da questão e considerou a defesa da soberania nacional o pano de fundo verdadeiramente envolvido no caso.³¹⁰ O Ministro considerou que não houve a consulta de todas as

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 551.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19

comunidades indígenas envolvidas, em afronta ao previsto no art. 6º da Convenção 169 da OIT e no art. 3º, parágrafo segundo do Decreto n. 22/91, também constante do Decreto n. 1.775/1996. Segundo o Ministro:

O estágio de aculturação talvez tenha avançado de tal maneira que não mais interessa o total isolamento do povo indígena, de forma a viabilizar a vida como em tempos ancestrais. Não cumprir o dever de consulta pode vir a provocar maior lesão aos direitos humanos, pois parte-se da premissa errônea de que todas as comunidades desejam o isolamento.³¹¹

Citando diferentes fontes, considerou que a controvérsia envolve, na maior parte, indígenas aculturados, que contribuem para a economia do Estado de Roraima através da agricultura e pecuária³¹² e não povos indígenas em condições primitivas.³¹³ O Ministro também destacou a integração dos indígenas no que se refere ao campo político, listando vários indígenas a exercer cargos de representação política, como prefeito, vice-prefeito e vereadores. Tudo isso a justificar a desnecessidade de isolar-se, “em pleno século XXI, considerados os avanços culturais de toda ordem” a população indígena, procedendo-se à delimitação territorial contínua para afastar-se da área os não-índios, em flagrante retrocesso que não se coaduna com os interesses de uma nacionalidade integrada.³¹⁴

O Ministro é um dos poucos a referir a consulta aos indígenas e sua previsão pela Convenção 169 da OIT, art. 6º. Marco Aurélio refere-se à consulta como um direito que, se não cumprido, poderia provocar maior lesão aos direitos humanos. Todavia, a conclusão que retira daí remete a compreensão equivocada da identidade étnica dos indígenas, na medida em que considera que a demarcação contínua da área represente isolamento dos indígenas e que é provável que muitas das comunidades indígenas são aculturadas e não desejam tal isolamento.

mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 616; 620.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 633-634.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 646.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 652.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 654.

O Ministro parte de premissa equivocada, segundo a qual a demarcação das terras indígenas implica em isolamento e é incompatível com a aculturação dos indígenas. O Ministro parece desconsiderar que a CR/88 estabelece o reconhecimento de direitos aos indígenas, inclusive quanto às terras, independentemente de sua aculturação. Além disso, a demarcação das terras que ocupam tradicionalmente foi estabelecida pelo constituinte como forma de proteção e reconhecimento à vulnerabilidade dessa minoria, tantas vezes espoliada ao longo da história. O próprio histórico de ocupação da área objeto da Pet. 3388 é exemplo disso.

Em seu longo voto emerge a manutenção da perspectiva culturalista. É possível inferir a persistência da hierarquização dos indígenas conforme graus de aculturação, de forma que a demarcação da terra indígena não faria sentido para indígenas aculturados, por já estarem integrados em diferentes atividades vinculadas à sociedade dos não-índios. A CR/88 não faz distinções entre os indígenas, que são todos indígenas independentemente de serem aculturados ou não. O que importa é a identidade étnica autoafirmada e reconhecida pelo próprio grupo e não a cultura ou graus de aculturação que ostentam.

2.13 O Voto do Ministro Celso de Mello

Sendo um dos últimos a votar, o Ministro Celso de Mello seguiu o entendimento da maioria, no sentido de acompanhar o voto do Relator e também o voto-vista do Ministro Menezes Direito para julgar parcialmente procedente a ação popular com a imposição de condições ao usufruto indígena sobre a área. Assim também os argumentos apresentados por Celso de Mello, que não destoaram dos demais produzidos pelos Ministros que lhe antecederam.

2.14 O Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes foi o último a votar, posto ser o Presidente do STF quando do julgamento da ação popular. Ao iniciar seu voto, o Ministro reafirmou o entendimento segundo o qual a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol representa um dos casos mais difíceis e complexos já enfrentados pelo STF em toda a sua história. Isso

fez com que fosse compreendido como marco na jurisprudência constitucional brasileira.

Talvez por isso o Ministro tenha afirmado tratar-se de oportunidade para fixar os parâmetros para que o Estado brasileiro efetive os direitos fundamentais dos indígenas através dos processos de demarcação.³¹⁵ Em diversas passagens de seu voto, o Ministro externa sua intenção de que a decisão da Corte no caso sirva de parâmetro para a solução e a condução de futuras demarcações. Nesse sentido, inclusive, manifestou-se em entrevista concedida em 10/12/2008, quando o caso ainda não estava definitivamente julgado. Na ocasião, o Ministro afirmou que:

[...] o Tribunal se pronunciou sobre como deve ser a demarcação nos novos casos e os casos em curso. Há pronunciamentos nesse sentido: a participação dos estados ou dos municípios, a necessidade de uma participação plural de técnicos, para que não haja um único antropólogo. Leiam lá as proposições do ministro Menezes Direito, que foram subscritas por todos os ministros. A partir de agora, todos nós temos um tempo para reflexão, inclusive o governo, porque ele vai ter de reconstituir todo o procedimento demarcatório.

Para o senhor, a decisão que for tomada aqui no Supremo vai servir como referência para outras ações que também tratam de demarcação de terras indígenas?

Ministro Gilmar Mendes – É isso que se extrai da decisão que está sendo proferida. Muitos dos votos ressaltaram a situação concreta, mas projetaram o que deve presidir as demarcações doravante.

Dizem que havia uma expectativa de que o Supremo ia buscar um meio termo na questão. Os votos proferidos até agora confirmam essa expectativa?

Ministro Gilmar Mendes – Esses são conceitos jornalísticos, quanto ao meio termo. Eu tenho a impressão de que o Tribunal está fixando uma orientação quanto à legitimidade desta demarcação e está dizendo também que há que ter uma série de cuidados em relação a novas demarcações.³¹⁶

Segundo seu entendimento, o procedimento de demarcação de terras indígenas deve ser reformulado, de forma a reduzir a margem de subjetividade que lhe é inerente. Nesse sentido, inclusive, comunga da posição de outros Ministros, como Menezes Direito, de que é necessário que mais de um profissional reconhecidamente qualificado participe dos trabalhos de descrição e identificação da terra indígena. Para o Ministro, dessa forma é possível mitigar ao máximo a parcialidade e subjetividade envolvidas, bem como reduzir a hipótese de que “convicções pessoais ou ideológicas possam determinar o rumo dos trabalhos.”³¹⁷

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 760.

³¹⁶ Ministro Gilmar Mendes diz que decisão sobre Raposa norteará as demais terras indígenas. Entrevista. 10 dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101261&sigServico=noticiaEntrevista&caixaBusca=N>. Acesso em: 24 mar. 2017.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em:

O Ministro pronunciou voto técnico, mas não deixou de afirmar conhecer a realidade exposta nos autos a partir de sua experiência desde a idade escolar, quando conviveu com indígenas no seminário em que estudou. Na mesma direção, relatou sua experiência profissional na Procuradoria-Geral da República que lhe possibilitou várias vezes tratar sobre a questão das terras indígenas. Muito embora o Ministro seja comumente associado aos interesses anti-indígenas e haver expectativas de que seu voto fosse nessa direção, a argumentação por ele apresentada demonstrou reflexão sobre aspectos identitários em perspectiva dinâmica e diversa, especialmente quando referiu a necessária participação no procedimento demarcatório dos grupos indígenas envolvidos, como demanda a legislação de referência.

Por outro lado, e acompanhando o voto-vista do Ministro Menezes Direito no ponto, Gilmar Mendes argumentou:

[...] a necessidade de participação, por meio de consulta e manifestação das comunidades indígenas, não como requisito de validade, mas como elemento adicional fundamental ao êxito do processo decisório de administração ambiental de unidades de conservação que se sobreponham às áreas de demarcação indígena. A concretização desta tarefa deve se dar pela atuação conjunta e integrativa dos órgãos ambientais e indigenistas.³¹⁸

Nesse ponto, a despeito do Ministro referir-se à participação dos indígenas na gestão ambiental das áreas de dupla afetação, percebe-se que essa participação fica mitigada, na medida em que ocorre através da atuação da FUNAI. Mais uma vez, aquele “porta-vozismo” já mencionado e tão comum quando referido aos indígenas aparece.

Cumprе ressaltar a reflexão que o Ministro estabeleceu acerca do modelo de demarcação a ser adotado no caso – se em “ilhas” ou contínuo. Esse ponto ganhou centralidade nos debates em torno da causa, justamente por haver argumentos robustos em ambos os sentidos que se amparavam, inclusive, na existência de laudos antropológicos que se sucederam no caso, sendo que um apontava para a demarcação em ilhas e outro, para a contínua. Ao tratar do assunto em seu voto, Gilmar Mendes afirmou a necessidade de se verificar no caso sob análise, e assim também em cada caso concreto, a real situação da ocupação territorial dos grupos indígenas envolvidos. A ocupação efetiva da terra pelos indígenas deve ser definida tendo em vista os usos, costumes, tradições culturais e religiosas,

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 774.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 800.

como afirmou o Ministro. Mais à frente, consigna em seu voto:

De resto, as razões inspiradoras do legislador constituinte não parecem assentar-se em mero sentimento de culpa, nem constituem expressão de um sentimentalismo *naif*. Ao revés, considerou o Texto Magno que a preservação dos silvícolas com as suas características, culturas e crenças, constituía, em verdade, imperativo de uma sociedade que se pretende aberta. Vê-se, pois, que o preceito constitucional traduz o próprio reconhecimento de que existem valores e concepções, diversos dos nossos, e que o nosso modelo de desenvolvimento não é único. E, sobretudo, a regra constitucional revela a crença na adequada coexistência dessas diversidades como corolário de uma sociedade pluralista e justa.³¹⁹

Embora essa passagem seja sugestiva da compreensão do Ministro acerca da vocação pluralista do texto constitucional, é uma compreensão limitada, na medida em que reconhece a coexistência da diversidade, mas não apresenta verdadeira abertura para a cosmovisão do outro, no caso, dos diferentes grupos indígenas envolvidos na disputa judicial. O reconhecimento da pluralidade se esgota em si mesmo, ou seja, no reconhecimento da existência da diversidade, mas não pretende, ao que tudo indica, investigar em que medida é possível compreender e até mesmo adotar a perspectiva do outro. Isso se evidenciou quando o Ministro aderiu às condicionantes e pretendeu estendê-las a todas as demarcações futuras indistintamente, sem considerações acerca dos grupos étnicos indígenas envolvidos, suas diferenças ou suas compreensões.

Lévi-Strauss³²⁰, ao se lançar em análise acerca do estudo do outro, afirmou que desde nosso nascimento somos cercados por ambiente que nos penetra de formas muito diversas, conscientes e inconscientes, que vai compondo um sistema complexo de referências que formam nossos juízos de valor, motivações e centros de interesse. Assim, todo o nosso agir [e nosso olhar] está impregnado por esse sistema de referências e as realidades culturais de fora só podem ser observadas a partir das deformações por ele impostas. Outras vezes, esse sistema de referências nos impede mesmo de observar e perceber o que for diferente³²¹.

É possível, dir-se-á, no plano de uma lógica abstrata, que cada cultura seja incapaz de emitir um juízo verdadeiro sobre outra, pois uma cultura não se pode evadir de si mesma e a sua apreciação permanece, por conseguinte, prisioneira de um inevitável relativismo.³²²

Para o Ministro, então, a correta aplicação da norma do art. 231, parágrafo 1º, da

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 816-817.

³²⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. Tradução de Inácia Canelas. Lisboa: Presença, 1986.

³²¹ LÉVI-STRAUSS, 1986.

³²² LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 57.

CR/88 deverá levar em consideração o grau de aculturação de cada etnia. Segundo ele, o grau de aculturação de um determinado grupo indígena determinará a adoção de diferentes critérios para a identificação dos fatores temporal, econômico, ecológico e cultural que irão nortear a demarcação de uma área como indígena.³²³

Todavia, o melhor encaminhamento a dar à questão diga respeito aos grupos étnicos em si e às formas de sua autoafirmação muito mais do que o apelo a graus de aculturação, já que a aculturação não exclui a identidade étnica e traduz percepção incompatível com o texto constitucional.

Ao final, o Ministro vota pela procedência parcial da ação popular, alinhando-se com a maioria já formada e sugere a inserção de mais uma condição a ser acrescida àquelas sugeridas no voto-vista do Ministro Menezes Direito. Segundo o Ministro, o procedimento demarcatório de terras indígenas deve obrigatoriamente contar com a participação efetiva dos Estados e Municípios envolvidos. Ao final, sua sugestão será acatada pela maioria dos Ministros, correspondendo à condição n. xix.

Pelo teor dessa nova condição estabelecida percebe-se, mais uma vez, seu objetivo de que este caso julgado sirva de paradigma a demarcações futuras. A maioria dos Ministros julgou parcialmente procedente a ação popular apenas para acrescentar as condicionantes ao usufruto da terra pelos indígenas. Todavia, ao considerar o fato de terem julgado hígida a Portaria que formalizou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, bem como o Decreto Presidencial que a homologou, essa condicionante especificamente não faz sentido para um procedimento demarcatório já finalizado, como no caso sob exame.

2.14 A decisão final na Pet n. 3388

O Tribunal julgou a ação popular parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes no voto-vista do Ministro Menezes Direito. Restaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava a ação totalmente improcedente, e o Ministro Marco Aurélio, que suscitou preliminar de nulidade do processo e, no mérito, totalmente procedente a ação. Por maioria, o STF julgou constitucional a

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 817.

demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinou que sejam observadas as seguintes condições:

- 1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal), o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;
- 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;
- 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
- 4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;
- 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;
- 6 - A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;
- 7 - O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;
- 8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- 9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;
- 10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;
- 11 - Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;
- 12 - O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- 13 - A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;
- 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade jurídica;
- 15 - É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;
- 16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da

República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros;

17 - É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 - Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

19 - É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.³²⁴

Grande parte dessas condições são reprodução do texto constitucional. É o caso das condicionantes de n. I, II, XIV, XV, XVI XVIII. Questiona-se, quanto a essas, a necessidade de sua imposição, já que a “técnica” decisória utilizada foi indagada por vários Ministros durante o julgamento. Ora, sendo reprodução do texto constitucional, infere-se aí uma tentativa de assegurar força ilocucionária à decisão, no sentido proposto por Austin³²⁵, como se a letra da CR/88, por si só, fosse inócua, tendo que ser apropriada em discurso decisório daquele que é considerado seu maior guardião, como se, então, as palavras por ele proferidas ganhassem força efetiva.

Além disso, identifica-se uma incompatibilidade da última condicionante com o caso, na medida em que não será possível aplicá-la efetivamente ao usufruto dos indígenas sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Considerando que a demarcação da área foi julgada constitucional, aplicar tal condição demandaria retomar o processo demarcatório, coisa que foi afastada pelos Ministros no julgamento. Para além disso, o Ministro Relator argumentou que as condicionantes tinham como objetivo traçar as linhas de exequibilidade da decisão tomada pela Corte. Todavia, também sob esse argumento, várias condicionantes seriam incompatíveis, pois se prestaram a reger o usufruto dos indígenas sobre a área, ou seja, seu cotidiano para além da execução da decisão judicial.

Esse é mais um argumento a demonstrar que a Pet. n. 3388 foi muito mais que um conflito levado à manifestação do Poder Judiciário através de ação popular, que não comporta efeitos *erga omnes*. As condicionantes estabelecidas materializaram o intuito legiferante da Corte, em seu propósito de estabelecer o “regime jurídico das terras indígenas” no Brasil, a despeito de ser essa atribuição do Congresso Nacional.

Além disso, nesse proceder da Corte emerge, mais uma vez, o tratamento infantilizado e tutelar aos indígenas, apesar de toda a argumentação produzida em sentido contrário. Os Ministros fixaram limites ao usufruto dos indígenas sobre as terras que ocupam,

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 879-880.

³²⁵ AUSTIN, John Langshaw. **Who to do things with words**. 2.ed. Oxford University Press, 1975.

sem considerar seus usos, tradições e costumes. O contorno à ocupação tradicional que os indígenas fazem de suas terras, então, é aquele estabelecido pelo Estado, através da cúpula do Poder Judiciário. Nessa direção, nem sequer um uso da terra que pudesse ser resultado de eventual discussão da qual participassem os indígenas foi possível. Esta seria uma materialização daquela “convergência de horizontes” referida pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto ou, então, daquele “catequizar-se mutuamente”, referido pelo Ministro Ayres Britto.

As fronteiras étnicas, seja entre os grupos indígenas concernidos no caso, seja em relação aos espaços geográficos que ocupam, não são aquelas que vão sendo estabelecidas em seu viver cotidiano. O Estado, através do Poder Judiciário, é quem as tem determinado, como resultado de seu poder de nomear. Esse proceder reafirma a compreensão de que é o Estado que delimita as identidades étnicas. As formas de reconhecer e consagrar a autonomia indígena, estabelecidas tanto no caput do art. 231 da CR/88, quanto nas formas de participação através de consulta e manifestação, previstas na Convenção 169 da OIT, não são consideradas. A relação do Estado e seus agentes com os indígenas segue como via de mão única. Nessa via, o reconhecimento e respeito à diversidade é uma figura de retórica utilizada na fundamentação dos votos dos Ministros, que acaba não se refletindo em consequências práticas perceptíveis nas vidas dos indígenas.

Acrescenta essa compreensão a ideia da “chapa radiográfica”, expressão utilizada pelo Relator, que também aparece nos debates finais do caso, quando o Ministro Lewandowski afirma que “o constituinte tirou uma fotografia da situação, que se cristalizou”, refutando o argumento do MP, de que a realidade das comunidades indígenas não é estática no tempo, mas dinâmica. Os Ministros foram uníssonos na adoção da “teoria do fato indígena”, sugerida pelo Ministro Menezes Direito, em substituição ao indigenato. Dessa ideia exsurge que a posse indígena é um fato verificável na data da promulgação da CR/88, ou seja, precisamente em 05/10/1988. Assegura um grau de objetividade e precisão que foi tão requerido por vários Ministros em seus votos, mas não condiz com a dinâmica da identidade étnica, como qualquer identidade cultural, sujeita ao influxo do tempo, do espaço e, sobretudo, das relações sociais que se estabelecem.

Ao tratar do poder de nomear, da atribuição categorial de grupo étnico, Poutignat e Streiff-Fenart³²⁶ lembram que “[a] definição exógena recobre todos os processos de etiquetagem e de rotulação pelos quais um grupo se vê atribuir, do exterior, uma identidade

³²⁶ Poutignat; Streiff-Fenart, 1998, p. 142.

étnica.” Quando essa definição exógena atua sozinha, sem em contrapartida considerar uma endógena ao próprio grupo, ela acaba por atribuir uma identidade a coletividades a quem se nega simultaneamente o direito de elas mesmas se definirem.³²⁷

Aplicando tal consideração ao contexto brasileiro, é o que ocorre quando o Poder Judiciário reconhece ou nega a identidade étnica de um grupo de indígenas, desconsiderando em absoluto as circunstâncias particulares de cada grupo. Tal se depreende do voto do Relator quando estabeleceu, seguido por seus pares, que há um marco temporal para o reconhecimento da ocupação das terras indígenas.

I – **o marco temporal da ocupação.** Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.**³²⁸

Embora diga respeito à terra indígena, considerando ser esta o mais importante dos direitos dos indígenas, conforme já assinalado anteriormente, essa delimitação temporal, que impõe que a ocupação deve ser atestada nesse dia específico, também tem um impacto sobre o reconhecimento da identidade étnica indígena. Como se verá mais à frente, em outras disputas judiciais em apreciação no STF, a despeito da existência de laudo pericial antropológico atestar a presença indígena em certas áreas em processo de demarcação, isso é desconsiderado quando a presença dos indígenas não é afirmada expressamente na data certa.

Além desses casos, há situações que podem dizer respeito ao que se convencionou chamar de etnogênese, nos quais grupos indígenas reivindicam sua identidade étnica e pertença a grupos indígenas desaparecidos por diferentes razões quando do contato com a sociedade envolvente. São situações delicadas, de difícil reconhecimento por parte do Estado, nas quais a demonstração da ocupação tradicional em 05/10/1988 torna-se praticamente impossível. Estão localizadas sobretudo no Nordeste brasileiro, como dão notícia, entre

³²⁷ POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998.

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 295-296.

outros, Silva³²⁹ e Arruti³³⁰. São os “índios ressurgidos” ou “índios misturados”, conforme nomenclatura anteriormente utilizada, mas que dava a ideia de identidade indígena de segunda categoria ou menos legítima quando comparada aos “índios puros ou verdadeiros”. Em grande parte, suas reivindicações identitárias têm grande relação também com demandas por espaços territoriais perdidos. A análise específica dessas situações avança para muito além do objeto da presente tese e, assim, não será empreendida. Todavia, necessário mencionar sua ocorrência, posto sua reivindicação guardar relação direta com a afirmação da identidade étnica indígena e o postulado por direitos daí decorrentes.³³¹

As definições exógenas e endógenas não podem ser analisadas em separado. Elas estão numa relação de oposição dialética: raramente são congruentes entre si, mas necessariamente são ligadas, pois um grupo não pode ignorar o modo pelo qual os não-membros os categorizam e, na maioria dos casos, a forma como o próprio grupo se autodefine só tem sentido em referência (não raro, oposição) a essa definição exógena.³³²

É possível afirmar que a nomenclatura não é somente um aspecto revelador das relações interétnicas, mas é, sobretudo, produtor da própria etnicidade.³³³ Nas situações de dominação, das quais a situação vivenciada pelos índios no Brasil pode ser citada como exemplo, a imposição de um rótulo pelo grupo dominante possui um verdadeiro valor formativo. O fato de nomear tem o poder de fazer existir na realidade.

Assim, o nomear faz existir um grupo a despeito das considerações que cada um dos indivíduos desse grupo faça acerca de sua pertença àquela coletividade. É o caso do uso do termo “índios” no Brasil contemporâneo. Os índios foram criados como grupo social de forma indistinta pelos não-índios e colocados onde hoje estão. Ou seja, o nomear “índios” não foi um simples nome, mas implicou em criar um grupo. Isso é perpetuado no voto do Ministro Ayres Britto, quando procurou categorizar os índios segundo suas características “indistintas”, como habitantes das ocas, das florestas, que vivem em comunhão telúrica com a natureza onde vivem. Mais à frente, o Ministro relativiza tal compreensão ao referir que índios é

³²⁹ SILVA, 2005.

³³⁰ ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses Indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos Indígenas do Brasil: 2001-2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 50-54.

³³¹ Os conflitos envolvendo os indígenas da etnia Gamela, no estado do Maranhão, são exemplares dessas situações. Foram chamados de “supostos índios” pelo Ministro da Justiça após sofrerem ataque, que deixou dez feridos, no dia 30 de abril de 2017. “Os índios gamelas têm sido questionados por falarem português, serem miscigenados e usarem roupas.” MAISONNAVE, Fabiano. Debate sobre definição de índios cresce após ataque no Maranhão. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 06 maio 2017. Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1881640-debate-sobre-definicao-de-indios-cresce-apos-ataque-no-maranhao.shtml>. Acesso em: 15 maio 2017.

³³² POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 143.

³³³ HUGHES *apud* POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 143.

substantivo que representa a coletividade dos indígenas de diferentes etnias.³³⁴

“De modo geral, as exo-definições tendem a ser globalizantes e a ativar categorias “simultaneamente unificantes e diferenciantes”.³³⁵ O fato de serem nomeados coletivamente como “índios” acabou por produzir uma solidariedade real entre eles, como se pode inferir do termo “parentes” por eles usado para identificar outros índios, ainda que entre eles não haja qualquer parentesco ou proximidade. A identidade indígena de cada um deles traz consigo essa solidariedade. No mesmo sentido, tratando dos americanos nativos, os estudos de Jarvenpa são citados por Poutignat; Streiff-Fenart que afirmam:

Jarvenpa mostra o modo como os *americanos nativos*, que mantiveram durante longo tempo suas autodefinições tribais, depois de terem sido por décadas submetidos a um tratamento administrativo uniforme, acabaram por criar uma identidade geral de indígenas a partir do sentimento de opressão compartilhada e da experiência comum do sistema das reservas.³³⁶

Por fim, apesar de a decisão ter sido considerada uma vitória dos indígenas, ainda assim restou insatisfação com o formato decisório adotado. Depois dos indígenas demandarem há mais de 30 anos o reconhecimento da relação que mantinham com aquela área, finalmente os conflitos em torno da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foram decididos quanto ao mérito. Todavia, em relação a vários aspectos da decisão restaram insatisfação e incompreensão. Como resultado, embargos declaratórios da decisão foram interpostos por ambas as partes.

2.15 Os Embargos Declaratórios na Pet. n. 3388

À decisão foram opostos embargos declaratórios pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Todos os recursos foram incapazes de modificar a decisão tomada.

Nos termos propostos pelo Relator dos Embargos Declaratórios, Ministro Roberto Barroso, com o trânsito em julgado da decisão, todos os processos relacionados à Terra

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04 mar. 2017, p. 266.

³³⁵ BALIBAR *apud* POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 144.

³³⁶ JARVENPA *apud* POUTIGNAT; STREIFF-FENART, 1998, p. 145.

Indígena Raposa Serra do Sol adotaram as seguintes premissas necessárias:

(i) são válidos a Portaria/MJ n. 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art.231, parágrafo 6º).³³⁷

Em grande medida, essa decisão serviu para esclarecer parte da polêmica envolvida no julgamento da ação popular. É que a fixação das condicionantes ou salvaguardas institucionais, tal como propostas na decisão da Pet. n. 3388, sugeriam a possibilidade de sua extensão a outros casos de demarcação de terras indígenas, para além da Raposa Serra do Sol. Além disso, até mesmo os Ministros que externaram desconforto ou dúvidas quanto ao formato decisório adotado por sugestão do Ministro Menezes Direito acabaram aderindo a ele.

Em diferentes momentos do julgamento é possível encontrar afirmações no sentido de que se estaria a estabelecer o regime ou estatuto jurídico das terras indígenas no Brasil. Há também afirmações sobre a necessidade de regrar as demarcações de terras indígenas para acabar com os graves conflitos gerados em muitas delas e também assegurar maior segurança jurídica com o término desse tipo de demanda. Em complemento, algumas das condicionantes demonstravam claramente esse intuito de regrar demarcações para além do discutido especificamente na Pet n. 3388.

Tudo isso, em conjunto com o próprio fato de a decisão ter avançado para além do pedido original do autor, geraram inúmeras polêmicas e inseguranças quanto à verdadeira extensão dos efeitos do julgamento dessa ação popular. Em grande medida, polêmicas essas não totalmente sanadas.

De qualquer forma, ao afirmar que “a decisão proferida na Pet n. 3388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas”³³⁸, o Ministro Luiz Barroso contribuiu para um maior esclarecimento do assunto. Além disso, em grande medida, a força da decisão, quando considerada como um precedente,

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017, p. 1-2.

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017, p. 20.

é relativizada também quando o Ministro faz afirmações limitadoras como “na interpretação adotada pelo acórdão embargado [...]”, dando mostras de que a decisão do caso não é extensível a demais conflitos judiciais envolvendo outras demarcações de terras indígenas.

Todavia, ainda assim, não é possível afastar totalmente uma certa ambiguidade do próprio texto da decisão dos embargos, quando afirma que:

Apesar disso, seria igualmente equivocado afirmar que decisões do Supremo Tribunal Federal se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações. Ao contrário, a ausência de vinculação formal não tem impedido que, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte venha exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízos e órgãos do Poder Público de forma geral.³³⁹

Nessa linha, por exemplo, a decisão na Pet n. 3388 influenciou a AGU, que estabeleceu a Portaria n. 303, de 16/07/2012, cujo objetivo era fixar a interpretação sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas, conforme entendimento fixado pelo STF na Pet. n. 3388, a ser seguida uniformemente pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta. Conforme previsto nessa portaria, os procedimentos em curso e mesmo os já finalizados deveriam ser revisados de forma a se ajustarem a suas normas, conforme segue:

PORTARIA Nº 303, DE 16 DE JULHO DE 2012.

Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR.

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal e o art. 4º, incisos X e XVIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e considerando a necessidade de normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União em relação às salvaguardas institucionais às terras indígenas, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388-Roraima (caso Raposa Serra do Sol), cujo alcance já foi esclarecido por intermédio do PARECER nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, devidamente aprovado, resolve:

Art. 1º. Fixar a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.888-Roraima, na forma das condicionantes abaixo:

(I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar.

(II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional.

(III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional assegurando-lhes a

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017, p. 21.

participação nos resultados da lavra, na forma da Lei.

(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira.

(V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

(VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação.

(VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

(IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI.

(X) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

(XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI.

(XII) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.

(XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não.

(XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973).

(XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973).

(XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo à cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e ou outros.

(XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.

(XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88).

(XIX) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

Art. 2º. Os procedimentos em curso que estejam em desacordo com as condicionantes indicadas no art. 1º serão revistos no prazo de cento e vinte dias,

contado da data da publicação desta Portaria.

Art. 3º. Os procedimentos finalizados serão revisados e adequados a presente Portaria.

Art. 4º. O procedimento relativo à condicionante XVII, no que se refere à vedação de ampliação de terra indígena mediante revisão de demarcação concluída, não se aplica aos casos de vício insanável ou de nulidade absoluta.

Art. 5º. O procedimento relativo à condicionante XIX é aquele fixado por portaria do Ministro de Estado da Justiça.

Art. 6º. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. (LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS)

Observa-se que a portaria reproduz em grande parte as condicionantes estabelecidas na Pet n. 3388, o que gerou grande debate e divergência,³⁴⁰ na medida em que pretendeu regar direitos constitucionais à margem do devido processo legislativo. Em meio à grande repercussão negativa da portaria, que sequer aguardou o julgamento dos embargos declaratórios na Pet n. 3388, a AGU retrocedeu e passou a expedir portarias que alteravam o prazo de vigência da Portaria n. 303³⁴¹, para, ao final, expedir uma nova Portaria determinando a análise da adequação de seu texto ao julgado do STF. Ao que tudo indica, a polêmica não foi efetivamente concluída até o presente.

Nesse ponto, não se pode deixar de considerar que é atribuição do Advogado-Geral da União “fixar a interpretação da constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da administração federal”, nos termos do art. 4º, X, da Lei Complementar n. 73, de 10/02/1993. Sem pretender aprofundar o assunto, cumpre apenas referir que a orientação fixada pela AGU deverá ser seguida inclusive pela FUNAI, que tem entre suas atribuições conduzir os procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas. Sendo assim, haverá clara contradição entre a missão institucional da FUNAI e as regras estabelecidas na Portaria da AGU. Infere-se daí um aprofundamento na relação paradoxal do Estado brasileiro, através de seus agentes, com os indígenas.

Outro ponto contraditório surgido nos debates durante o julgamento dos embargos declaratórios depreende-se da manifestação do Ministro Marco Aurélio, quando afirmou:

Digo que o Executivo nacional está aguardando o julgamento desses embargos

³⁴⁰ Das muitas críticas recebidas pela portaria, destacamos aquela formulada por: DALLARI, Dalmo de Abreu. Advocacia e ilegalidade anti-índio. **Jornal do Brasil**. Disponível em: <http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2012/07/27/advocacia-e-ilegalidade-anti-indio/>. Acesso em: 31 mar. 2017.

³⁴¹ Inicialmente, a AGU expediu a Portaria n. 308, de 25/07/2012, que alterou o prazo de vigência da Portaria 303, para que esta entrasse em vigor no dia 24/09/2012. Depois disso, expediu a Portaria n. 415, de 17/09/2012, que estabeleceu que o prazo de vigência da Portaria n. 303 seria o dia seguinte ao da publicação do acórdão do STF nos Embargos Declaratórios na Pet n. 3388. Os Embargos Declaratórios na Pet n. 3388 foram julgados em 23/10/2013 e publicados em 04/02/2014. Logo em seguida, através da Portaria n. 27, de 07/02/2014, a AGU suspendeu os efeitos da Portaria n. 303 e determinou a análise de sua adequação ao julgado.

declaratórios para ter diretriz quanto a outras situações conflituosas envolvendo povos indígenas e que tomará de empréstimo porque, repito, as condicionantes ou as salva-guardas institucionais criadas são abrangentes, abstratas – o que foi proclamado pelo Tribunal.³⁴²

A manifestação do Ministro deixa claro o intuito de estender os efeitos da decisão para outros casos envolvendo demarcação de terras, não só no âmbito do Poder Judiciário, mas com repercussões também nos outros poderes, como as Portarias da AGU bem exemplificam.

Dos debates finais no julgamento dos embargos declaratórios emergem um certo constrangimento e a necessidade de justificação do formato decisório peculiar tomado na Pet n. 3388 por parte de alguns Ministros. Nesse sentido, o argumento produzido pelo Ministro Barroso, de que as 19 condicionantes estabelecidas, em verdade, foram pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida da terra indígena Raposa Serra do Sol, contribuiu para diminuir o constrangimento. Segundo o Ministro, não seria possível dar fim ao conflito fundiário e social ocorrido na área da reserva sem enunciar os aspectos básicos do regime jurídico que lhe deveria ser aplicado.

Mais à frente, ao final dos debates, o Ministro Barroso asseverou:

A minha constatação é que, se o Tribunal não tivesse feito do modo como fez – se tivesse se limitado a julgar a ação improcedente ou procedente em parte –, a execução do julgado não teria sido concretizada. Então, eu acho que o Tribunal foi ousado e que esta é uma decisão atípica. Como um padrão, não creio que seja o melhor e, portanto, não acho que o Tribunal deva fazer isso rotineiramente. Mas, neste caso, não se decidiu só a questão pontual, mas se definiu o sistema: nós vamos executar e o modo de executar é esse, está aqui o pacote.³⁴³

Em sua manifestação, o Ministro Lewandowski referenda essa justificativa apresentada pelo Relator dos embargos e a reforça ainda mais, afirmando que:

Então, o que nós fizemos aqui, e eu me recordo bem, apesar do tempo que já se passou desde aquele julgamento, que, a rigor, nós não estabelecemos condições, nós não legislamos em abstrato, mas nós simplesmente assentamos o regime jurídico que deve reger as terras indígenas, e que era necessário, naquele momento, explicitar para pormos fim a um conflito social e fundiário que objetivamente posto à Corte.³⁴⁴

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3.388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017, p. 75.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3.388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017, p. 89.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3.388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet->

Na mesma direção manifestou-se o Ministro Teori Zavascki, quando afirmou que a decisão na Pet n. 3388 “veio estabelecer um regime jurídico com efeito prospectivo em relação a uma reserva indígena de grande dimensão.”³⁴⁵

Em acréscimo, os argumentos do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Joaquim Barbosa, que, apesar da divergência de entendimento entre eles, restaram vencidos no julgamento da Pet. n. 3388 e externaram, no ponto, entendimento de que a decisão no caso inovou, tendo o STF adentrado na competência do Poder Legislativo.

No que se refere à participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetam seus interesses e direitos, nos termos da Convenção 169 da OIT, há certa confusão no julgado da Pet n. 3388 que o Relator dos embargos declaratórios procurou aclarar. Conforme afirmou o Ministro Barroso, a consulta aos indígenas é um elemento central da Convenção 169 da OIT, que teria sido considerada em diversas passagens do acórdão embargado.³⁴⁶

Todavia, diferentemente da percepção do Ministro Roberto Barroso, a Convenção 169 da OIT foi mencionada timidamente e seus dispositivos francamente ignorados durante o julgamento da Pet. n. 3388, especialmente aqueles que estabelecem a necessidade de participação dos indígenas em decisões ou ações estatais que possam atingi-los. A consulta e a participação dos indígenas são mencionadas ao longo de toda a Convenção, mas é seu artigo 6º que dá a tônica dessa participação, conforme segue:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

[ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M](#). Acesso em: 31 mar. 2017, p. 81.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3.388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017, p. 84.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3.388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017, p. 46.

A despeito dessa orientação, a decisão da Pet. n. 3388 faz parecer que a participação ou consulta aos indígenas se contrapõe a interesses maiores da nação brasileira, como a segurança nacional, a exemplo do que estabelecem as condicionantes n. 5 e 6³⁴⁷, por exemplo. Não se pretende colocar em risco questões estratégicas, de resguardo do território nacional, mas também não se pode admitir que sob tal argumento agentes públicos adentrem livremente e atuem sem fiscalização em terras indígenas.

Na decisão da Pet. n. 3388, questões excepcionais são abordadas de forma que parecem ser corriqueiras. Até para uma medida extrema que requer rápida decisão, como a eventual remoção dos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam, é demandada deliberação do Congresso Nacional, nos termos do parágrafo 5º do art. 231 da CR/88, abaixo transcrito:

Art. 231.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Destarte, em casos como os previstos nas condicionantes n. 5 e 6, há tempo hábil para compor todos os interesses envolvidos, sendo possível que os indígenas participem e tenham sua opinião considerada na tomada da decisão, de forma a melhor compor a solução para a hipótese específica. Portanto, não parece haver qualquer justificativa plausível para ignorar o disposto na Convenção 169 da OIT, no que tange à consulta aos indígenas.

É preciso considerar o respeito ao cidadão indígena, como qualquer outro, que tem autonomia e capacidade para tratar da própria vida e cotidiano. Ao se estabelecer um predomínio de questões de segurança nacional em detrimento de direitos dos indígenas de participarem das decisões que possam atingir suas vidas cotidianas e seus projetos de futuro, se está a ignorar a extensão do reconhecimento que a CR/88 lhes outorgou, como inclusive os próprios Ministros fizeram ressaltar em suas manifestações, das quais colacionamos a do Ministro Barroso, por ser exemplificativa das demais:

³⁴⁷ Condicionante n. 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;
Condicionante n. 6 - A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai.

[...] entendo que a premissa mais destacada do acórdão é a **importância diferenciada que a Constituição atribui à proteção dos índios e do seu modo de viver**. De forma objetiva, aliás, o cerne da decisão foi a confirmação da validade da demarcação contínua realizada pela União, assentando que o direito das comunidades indígenas é *reconhecido* a partir da identificação de suas terras tradicionais, e não *constituído* por escolha política. Mesmo quando isso produza um extenso recorte no território antes submetido à autonomia plena de um Estado-membro da Federação, situado em área de fronteira estratégica com outros países. Não é pouca coisa. (grifamos) ³⁴⁸

O reconhecimento à identidade étnica dos indígenas implica em reconhecer sua autonomia e poder de decisão, corolários daquela. A consulta aos indígenas torna possível, inclusive, conhecer seus valores e evitar situações que coloquem em risco ou atinjam áreas sagradas ou de convívio e usos específicos, que não possam ser substituídas por outras. É a participação dos indígenas que torna possível dimensionar adequadamente a extensão das consequências do agir estatal.

No voto do Relator dos embargos, essas considerações são formuladas de maneira mais adequada ao reconhecimento da identidade étnica dos indígenas. Todavia, ainda assim, são o olhar e o definir do “outro”. Lévi-Strauss já verificava isso nos idos da década de 1950, quando tratou da “universalização da civilização ocidental”, da qual as primeiras declarações de igualdade entre todos os homens e de fraternidade que os deveria unir são exemplo.

A descoberta da alteridade é a descoberta de uma relação, não a de uma barreira. Pode confundir as perspectivas, mas alarga os horizontes. Se põe de novo em questão a ideia que fazemos de nós mesmos e da nossa própria cultura é precisamente porque nos faz sair do círculo restrito dos nossos semelhantes. ³⁴⁹

Essa visão otimista, que enxerga no diferente uma relação e não uma barreira aparece no texto da decisão da Pet. n. 3388 e nos embargos, mas não parece traduzir suas consequências aos indígenas quando consideramos a CR/88 e o próprio projeto constituinte que lhe deu ensejo.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3.388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017, p. 22.

³⁴⁹ LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 101-102.

Bom dia, meus parentes,

o índio que vive aqui em Mato Grosso, como o Xavante, como o Xingu que aqui se encontra, Srs. Deputados, Parlamentares, gente que trabalha com índio que são missionários, são povo que apoia o povo indígena. Então, quero relatar aqui a problemática do território de Roraima que vem sendo há muito tempo esquecido de muitos anos; os índios vem lutando para sobreviver na sua própria terra e nós vivemos marginalizados, escravizados, porque não temos nossa demarcação da terra Macuxi, que é uma área que estamos lutando há muito tempo, uma área única que tem os Macuxi, Wapyxana, Igarikó, Taurepan, que vivem nessa área única. Raposa-Serra do Sol e nós vivemos brigando, há muito tempo, e a FUNAI não fez nada por nós; ainda somos isolados naquela parte do Território de Roraima e esquecidos pelas autoridades que sempre vêm marginalizando o índio em favor do fazendeiro; também os políticos ficam nos perseguindo em Roraima, dizendo que ali não tem índio, mas nós somos índios nativos, fixo, originários naquela terra e somos os donos daquela terra.

Quando o Brasil foi descoberto em 1500 pelos portugueses, os índios já existiam nesse tempo e ele é o povo que fixou na terra. Daquele tempo para cá os índios vêm sofrendo, vêm sendo escravos, esqueceram os índios, as leis foram nos enrolando e sabemos que os Parlamentares, os Deputados que se encontram em Brasília, têm de saber da problemática do povo indígena, porque há muito vem sofrendo. Precisamos de demarcação de todas as áreas indígenas, principalmente em Roraima, porque somos esquecidos e precisamos de ajuda. O povo indígena de Roraima como de outra nação, também. O que precisamos é ter nossa terra, porque nossa terra é nossa vida, porque nós vivemos em cima dela.

Estou aqui representando 40 mil índios que existem no Território de Roraima. Muito deles vêm dizendo que tem pouco índio ali, nunca andou de pé como a gente anda, lá somos sofridos. Eu, pelo motivo de dizer, o policial do Território de Roraima vem perseguindo o índio, sendo a favor do fazendeiro e contra o índio. Sabemos que muitas casas de índios foram destruídas, queimadas, índios foram presos e a FUNAI nada resolve da demarcação das terras.

Vejo no jornal Homero Juca Filho dizendo que demarcou várias terras indígenas. Roraima nunca foi demarcada. Precisamos que ele cumpra seu dever, como é de sua responsabilidade, como Presidente que vem ganhando dinheiro na costa do índio, como funcionário que trabalha aqui em Brasília vive ganhando dinheiro na costa do índio, sem fazer nada pelo índio. No Território de Roraima, a maioria dos funcionários de lá é contra o povo indígena, negociando por fora com fazendeiro, fazendo acordos sem consultar o índio.

Temos outros problemas que vêm caindo em cima da gente. A Calha Norte, que vem ali preocupado com a fronteira; não é preocupado com a fronteira, é preocupação com mineração onde foi explorado por eles ali dentro e não querem fazer a demarcação. Nós, índios, estamos protestando Calha Norte, porque ali vai fazer invasão, fazer estradas e vai acontecer como aconteceu de Manaus a Boa Vista, onde mataram muitos índios, os Waimiry – Atroary que foram mortos através de abertura de estradas nas áreas indígenas. Tem que ser respeitado o povo indígena. É preciso que a Lei 198 seja assegurada nesta Constituição que está sendo feita, e seja respeitado o povo indígena de todo o Brasil.

Eu, como Liderança indígena, venho trazer esta proposta para a Assembleia

Nacional Constituinte: não esquecer a imagem do índio, não integrar o índio, não colonizar o índio, porque se colonizar, o índio vai viver isolado, como já vem acontecendo, porque querem integrar o índio na sociedade branca para aproveitar a fraqueza do índio porque já está integrado. Por isso, venho falar a respeito disso, porque queremos respeito ao direito do índio. Estamos organizando um conselho regional, um conselho territorial e isto tem que ser colocado na Constituição. Tem que ser aprovado o respeito ao povo indígena. Vimos muito sofrimento, esquecidos, sem ter nada, tem que ter consciência do índio brasileiro que é nativo e fixo. Índio, quando chegamos, já vivim nesta terra, nesta terra nós vivemos como também vivem companheiros Yanomami, também, ali, onde estão fazendo o paredão de usina elétrica. Protestamos contra isso, porque vai trazer outra marginalização do povo Yanomami, Igarikó, Wapitana, Taurepa, Mayongong, Xixin-ana, Macuxi, que formam nações de no máximo 40 mil índios. Por que a Calha Norte preocupou em dar cobertura para firmas mineradoras dentro das áreas indígenas? Porque estão interessados em acabar com o povo indígena.

Nós precisamos ter nossa demarcação nesta Constituição. Tem que sair Já chega de os índios sofrerem, os índios são um povo que tem consciência, não é um povo que tem ganância, o branco tem ganância de tomar a terra do índio. O índio tem consciência, porque ele não tem ganância de roubar nada que é do branco.

Como no Território de Roraima, estou muito sofrido. Tenho quatro processos, brigando pelos meus parentes; processos das autoridades de lá me perseguindo e os garimpeiros e os fazendeiros me perseguindo; também os políticos me perseguem para que eu pare com a minha boca, mas eu não vou parar. Vou lutar até o fim da minha vida pela demarcação das terras.

Quero que os parlamentares, Deputados e Senadores, e o Presidente da República, José Sarney, defina a nossa demarcação, porque já tivemos reunidos em assembleia aqui em Brasília, umas 13 nações indígenas, apoiando a demarcação Macuxi e a demarcação Yanomami, porque são povos inocentes, que não sabem se defender.

Quero que os Parlamentares não consintam com o projeto Calha Norte, nós estamos protestando Calha Norte. Nossa área está completamente esquecida no Território de Roraima. Queremos ajuda dos parentes que se encontram aqui, queremos ajuda completamente, de coração, queremos ajuda dos Deputados, queremos ajuda dos Senadores, queremos ajuda do Presidente, do Ministério do Interior e ajuda dos militares, também, porque a Constituição está aí. Querem derrubar a imagem do índio, mas nós precisamos de ter nossa vida. Calha Norte eu considero como morte do índio vai matar os índios, porque é através dos militares.

Então, eu, como índio Gilberto Macuxi, estou fazendo esse depoimento, para que seja válido, não seja esquecido, porque isso é um povo honesto, o índio que fala a verdade. Não adianta vir um Deputado como o Mozarildo Calcanti, de Roraima, falar contra índios, como João Fagundes que vem falar contra índio e como os outros mais. É preciso que tenha consciência do povo indígena de Roraima e que seja lei, que seja assegurado o 198, para que nós vivamos.

Podemos negociar com os brancos, sim, mas desde que já demarquem as terras do índio, porque ali têm minérios, mas ali é do índio, porque é usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e subsolo que são do povo indígena.

Vou terminando por aqui deixando a demarcação da área única, após a Serra do Sol, que é vizinha de Tacutu, Maú, Monte Roraima, Miã e Surumum, têm as terras demarcadas com posseiros dentro. Com o posseiro dentro têm as terras delimitadas, e a terra que está sub judice pelo juízo, não define nem que é do índio, nem que é do fazendeiro. Mas é

do índio, é preciso que os parlamentares, eu quero muito apoio dos Senadores e Deputados que se encontram aqui presentes, como o branco, também, que é missionário que trabalha com o índio. Precisamos de todo o apoio para nós sobrevivermos, porque querem acabar com a nação indígena.

Quero que o povo indígena resida, durante todo tempo eles viveram em seus locais, com seus costumes e sua tradição. Muito obrigado a todos.

GILBERTO MACUXI³⁵⁰

³⁵⁰ Depoimento prestado na Audiência da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Comissão da Ordem Social de 05 de maio de 1987. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. **Atas da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Brasília, 05 maio 1987, p. 157-158. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em 29 dez. 2016.

3 JULGADOS POSTERIORES À PET N. 3388: sua influência reverbera

Os Embargos Declaratórios interpostos na Pet. n. 3.388 foram julgados improcedentes por maioria, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Em parte, tiveram por efeito prestar esclarecimentos acerca da decisão embargada, todavia, sem modificá-la. Apesar disso, dúvidas e polêmicas remanesceram quanto à repercussão das 19 salvaguardas institucionais estabelecidas na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol sobre outros casos.

Por um lado, é possível encontrar decisões do STF que afastaram a extensão imediata das condicionantes estabelecidas para a Terra Indígena Raposa Serra do Sol a outras áreas, como mencionou o Relator dos Embargos.³⁵¹ Nesse sentido, foram extintas monocraticamente a Reclamação n. 8.070³⁵², julgada em 29/04/2009, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, a Reclamação n. 15.668³⁵³, julgada em 08/05/2013, a Reclamação n. 15.051³⁵⁴, julgada em 13/12/2012 e a Reclamação n. 13.769³⁵⁵, julgada em 23/05/2012, todas sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Da mesma forma, a Reclamação n. 14.473³⁵⁶, julgada em 02/12/2013, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio. Essa reclamação se destaca, pois a decisão monocrática foi confirmada pelo Colegiado, ao ser submetida a Agravo Regimental, julgado pela 1ª Turma do STF em 07/02/2017. Como afirmou seu Relator, “[é] imprópria a irresignação. Segundo

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017, p. 42.

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 8.070. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 29 abr. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=8070&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 15.668. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 08 maio 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=15668&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 15.051. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 dez. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=15051&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 13.769. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 maio 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=13769&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 02 abr. 2017.

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 14.473. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 02 dez. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=14473&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 02 abr. 2017.

consignado na decisão agravada, o Supremo, ao apreciar os embargos declaratórios na petição n. 3.388/RR, declarou a ausência de eficácia vinculante do que decidido, consideradas as condicionantes fixadas.”³⁵⁷.

Entretanto, por outro lado, há julgados que tomam em consideração as salvaguardas para afastar a discussão acerca da possibilidade de se estar diante de posse tradicional indígena, nos termos propostos pelo artigo 231 da CR/88. Não se pretende adentrar na discussão sobre os efeitos de precedentes do STF. Todavia, aquela “força moral e persuasiva das decisões da mais alta Corte do País” sobre outros órgãos decisórios, referida pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento dos Embargos Declaratórios da Pet. n. 3388, dá mostras de estar atuando fortemente e ser bem mais do que mera força moral e persuasiva. Ao que tudo indica, está se tornado uma barreira a discussões relacionadas à identidade étnica indígena, especialmente quando considerada sua vinculação à terra.

A seguir, são mencionadas algumas dessas decisões posteriores à Pet. n. 3388 e que demonstram que sua influência vai se concretizando a cada novo caso julgado pelo Pleno e também por suas Turmas, especialmente a Segunda. Apesar de citarem o caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol como precedente, não parece que haja unanimidade no STF quanto à extensão dessa influência. Embora os casos se refiram à demarcação de terras indígenas, têm relação com o objeto da presente tese, pois a partir deles é possível inferir os contornos próprios que o STF tem traçado em sua compreensão acerca da identidade étnica indígena e consequentes direitos a ela vinculados.

3.1 O MS n. 31.100 AgR/DF - Terra Indígena Jatayvary

A Terra Indígena Jatayvary, localizada no município de Ponta Porã, no estado do Mato Grosso do Sul, é de ocupação tradicional dos indígenas Guarani Kaiowá e foi assim declarada através da Portaria do Ministério da Justiça n. 499, de 25/04/2011, com área de 8.800 hectares aproximadamente.

Tendo por objetivo impedir a Presidência da República de expedir o Decreto homologatório da demarcação, vários proprietários rurais, cujas propriedades seriam atingidas

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 14.473. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 fev. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=14473&classe=Rcl-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017, p. 18.

pelo ato, impetraram Mandados de Segurança, tanto no STJ, quanto no STF. Assim, foram denegados o MS n. 16.789 e o MS n. 16.850, julgados em 24/09/2014, pela 1ª Seção do STJ, sob relatoria do Ministro Humberto Martins. Da mesma forma, perante o STF foi interposto MS preventivo, que também não foi acolhido.

Dessa decisão, os proprietários rurais, inconformados, interpuseram o Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.100, julgado em 13/08/2014, pelo Tribunal Pleno do STF, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que também não foi provido. Em síntese, os principais fundamentos utilizados pelo Relator para denegar o *writ* estavam embasados em precedentes da própria Corte e estabeleciam que o MS não é via adequada a apreciar o contexto fático-probatório do caso. Além disso, o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas segue legislação própria, o EI e o Decreto n. 1.775/1996, e já foi declarado constitucional pelo STF. Por fim, o julgamento da Pet. n. 3388 não tem efeitos vinculantes em sentido técnico e, então, não se estende automaticamente a outros casos apreciados pelo Judiciário. A ementa da decisão sintetiza esses argumentos da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “EM VIAS DE SER PRATICADO” PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O exame de todas as alegações expostas na exordial da impetração, em face da complexidade da discussão que a permeia, não se revela possível sem apreciação adequada do contexto fático-probatório que envolve a controvérsia, inexequível, todavia, nos estreitos limites do mandamus . Precedentes. II - O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 -, cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III - Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI. IV - O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”. V - Agravo regimental a que se nega provimento.³⁵⁸

Nesse julgado, a decisão no caso da demarcação da Raposa Serra do Sol é citada e

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.100/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 ago. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31100&classe=MS-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 17 abr. 2017.

afastada enquanto precedente vinculante. Com afirmou o Relator, os fundamentos adotados pelo STF naquele caso não se estendem automaticamente a outros processos em que se discuta matéria similar. No julgamento do Agravo Regimental no MS n. 31.100, o Plenário do STF sequer adentrou nas questões fáticas do caso, limitando-se a afirmar a impropriedade do *writ* e a não aplicação das condicionantes estabelecidas no julgamento da Pet. n. 3388. A decisão, ao final, foi favorável aos indígenas, na medida em que não impossibilitou o prosseguimento da demarcação definitiva da Terra Indígena Jatayvary.

Essa decisão é relevante, pois foi tomada pelo Pleno do STF, que sinalizou a não aplicação das condicionantes fixadas na demarcação da Raposa Serra do Sol a outras áreas indígenas.

3.2 O RMS n. 31.240 AgR/DF - Terra Indígena Buriti

O Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.240, julgado pela 1ª Turma do STF, em 26/08/2014, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, tem por objeto a ampliação da Terra Indígena Buriti, estabelecida na Portaria n. 3.079, do Ministério da Justiça, e localizada no município de Sidrolândia, no estado do Mato Grosso do Sul. Contra esse ato se insurgiu o Sindicato Rural de Sidrolândia, que propôs Mandado de Segurança coletivo preventivo no sentido de evitar a homologação da demarcação através de Decreto Presidencial. Sua pretensão, todavia, não foi acolhida por diversos fundamentos, dos quais tem relevo a impropriedade da via eleita para a discussão, que demandaria o revolver da situação fático-probatória do caso. Nesse sentido, estabelece a ementa da decisão:

Agravo Regimental em Mandado de Segurança. Ampliação de reserva indígena. Dilação probatória. Impossibilidade de verificação dos elementos caracterizadores da liquidez e certeza do direito. Agravo Regimental a que se nega provimento.³⁵⁹

O agravante pretendia que a 1ª Turma do STF aplicasse ao caso a condicionante estabelecida no julgamento da Pet. n. 3388 que veda a ampliação de terra indígena. Nesse ponto, o Relator afirmou a impropriedade do argumento, na medida em que os fundamentos daquele julgado não poderiam ser aplicados automaticamente em outros casos. Nessa direção,

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.240/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 ago. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31240&classe=MS-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 abr. 2017.

mencionou inclusive decisão monocrática da Ministra Rosa Weber no MS n. 31.901-MC³⁶⁰, datada de 17/03/2014, que, ao tratar de objeto semelhante – a ampliação da Terra Indígena Kayabi, no estado do Pará – manifestou-se pela impossibilidade de aplicação descontextualizada e isolada das condicionantes adotadas na decisão da Pet. n. 3388 a outros casos.

Nos julgados até aqui mencionados, sempre que o julgamento da demarcação da Raposa Serra do Sol é mencionado como precedente é no sentido de afastar sua aplicação imediata a outros casos semelhantes e de afirmar a impossibilidade de extensão das condicionantes a outras demarcações de terras indígenas sob litígio. O fato de ser o Mandado de Segurança meio inadequado às discussões fático-probatórias, especialmente em casos como demarcações de terra, cujos conflitos e complexidades fáticas tornam delicado o debate, foi importante argumento a corroborar esse entendimento. Todavia, a despeito disso, é possível encontrar julgados, inclusive em apreciação de Mandados de Segurança, cujas conclusões são diametralmente opostas, a exemplo da controvérsia acerca da demarcação da Terra Indígena Guyaroka.

3.3 O RMS n. 29.087 - Terra Indígena Guyaroka

O RMS n. 29.087 se refere à demarcação da Terra Indígena Guyaroka, da etnia Guarani Kaiowá, com extensão de 11.401 hectares e localizada no município de Caarapó, no estado do Mato Grosso do Sul. A terra indígena foi demarcada através da Portaria n. 3.219, de 07/10/2009, do Ministério da Justiça, que declarou a posse permanente aos indígenas. Contra esse ato, um proprietário rural, cuja área estava abrangida pela Portaria, impetrou mandado de segurança perante o STJ, que denegou a segurança pleiteada, com acórdão que recebeu a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO WRIT. 1. A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas. 2. Segundo

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.240/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 ago. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31240&classe=MS-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 abr. 2017.

o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88, pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade. 3. A ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena. Precedente do STF. 4. Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do writ. 5. Mandado de segurança denegado (art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009).³⁶¹

Inconformado, o proprietário rural interpôs Recurso Ordinário do Mandado de Segurança perante o STF, sob o argumento de que a Portaria do Ministério da Justiça violou seu direito líquido e certo ao transformar em terra indígena área da qual tem o domínio e a posse. Em seu voto, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou que a esse recurso estava apensado o RMS n. 27.828, que lhe era anterior e cujo objeto de discussão lhe é conexo.

O RMS n. 27.828³⁶² foi julgado pela 2ª Turma do STF, em 19/11/2013, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Esse recurso havia sido proposto pelo mesmo proprietário rural anteriormente à expedição da Portaria do Ministério da Justiça que declarou a Terra Indígena Guyaroka. O proprietário rural impetrou o *writ* com o objetivo de evitar os efeitos futuros da referida portaria e alegando que, sendo expedida, caracterizaria confisco de sua propriedade privada pela União. O recurso não foi provido, pois não havia ato coator concreto imputável ao Ministério da Justiça e, além disso, o Mandado de Segurança não se prestava para a discussão de todo o contexto fático-probatório envolvido no caso.

Ainda irredimido, o proprietário rural impetrou novo Mandado de Segurança, agora contra a Portaria do Ministério da Justiça já expedida, que, então, acabou por ensejar o RMS n. 29.087/DF, que originalmente estava sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, mas teve como redator do acórdão o Ministro Gilmar Mendes, julgado pela 2ª Turma do STF, em 16/09/2014, cuja ementa afirma:

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi

³⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 14.746/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 10 mar. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Terra+Ind%EDgena+Guyaroka&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 abr. 2017.

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.828. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27828&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 03 abr. 2017.

pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: *os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto*. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do *marco temporal* para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.³⁶³

O Relator originalmente designado, Ministro Ricardo Lewandowski, havia negado provimento ao recurso sob vários argumentos, dos quais ressaltou a impropriedade do Mandado de Segurança para revolver aspectos fáticos que não emergiam de forma clara e inequívoca dos documentos acostados aos autos.

Nos debates, instalou-se uma divergência de compreensão do caso e a decisão tomada na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol surge como novo argumento, conforme segue:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu tenho impressão, Presidente, que aqui se coloca o problema da atualização da jurisprudência do Tribunal, tendo em vista o caso de Raposa Serra do Sol. Ali, o Tribunal acabou por fazer, pelo menos, considerações que traduzem uma crítica à jurisprudência até então dominante, por exemplo, quanto ao procedimento administrativo. Talvez não tenha sido objeto de discussão no STJ, até porque a questão, talvez, seja anterior – imagino –, mas, por exemplo, o Tribunal estabeleceu a necessidade de que se faça presente o próprio Estado-membro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Presidente): Trata-se de *salvaguarda* institucional **que objetiva preservar o princípio da Federação, a significar** que se impõe, *quando for o caso, a necessária* participação do Estado-membro **ou** do Município no procedimento administrativo de demarcação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O município. Então esses são pontos que precisam ser identificados. Há, ainda, a consideração de que é necessário que se prove a posse indígena em 5 de outubro de 1988, para se evitar esses recuos históricos, que acabam por tornar a discussão excessivamente abstrata. Então, é preciso que esses elementos sejam contemplados, tendo em vista a discussão sobre a liceidade do processo demarcatório.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Agora, Ministro, eu concordo com Vossa Excelência, entendo que esses processos têm pecado por uma série de falhas, sem dúvida nenhuma, mas eu penso até que o processo administrativo pode ser atacado por outro tipo de recurso - por uma anulatória, por exemplo. Mas em sede de mandado de segurança, que tem angustos limites probatórios, eu não vejo como revolver toda essa documentação, essa decisão, e declarar ilegal o ato do Ministro de Estado da Justiça, que passou por todo um procedimento, até então, considerado lícito e hígido pelo Supremo Tribunal

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29087&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

Federal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu vou pedir vista dos autos, apenas para fazer essa verificação, porque, a mim, parece-me que, em mandado de segurança, é possível, sim, verificar se os requisitos estabelecidos quanto ao procedimento estão atendidos e, também, sobre a eventual prova da presença indígena, no local, em 5 de outubro de 1988.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu concordo, em parte, com Vossa Excelência, *data venia*, quer dizer, os requisitos da ampla defesa, do devido processo legal, isso nós sempre temos feito, sistematicamente, mas temos exigido a presença de prova pré-constituída.

Eu tenho dúvidas, permito-me expressá-las, neste aspecto, se é que nós podemos contraditar, sem prova pré-constituída, o laudo da FUNAI.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É só para deixar claro, Ministro Lewandowski, o laudo da FUNAI é que tem que seguir a jurisprudência do Tribunal a propósito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ah, sim, mas não *a posteriori*, depois de já emitido o laudo, não podemos impor a ela que reveja os laudos já editados.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, é isso que eu estou dizendo, ela tem que se orientar para fixar que a posse indígena tem que ser fixada, identificada, em 5 de outubro de 1988.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não, pois é, eu acho que até é possível que se ingresse com uma ação anulatória, eventualmente, mas, aqui, em sede de mandado de segurança, para desconstituir uma portaria do Ministro da Justiça. Mas eu acho que está em boas mãos.³⁶⁴

Na sequência, o Ministro Gilmar Mendes pediu vistas dos autos e, a partir de seu voto-vista, a solução do caso recebeu nova direção. Apesar da incompatibilidade da natureza do *writ* interposto e da grande quantidade de precedentes³⁶⁵ citados pelo Ministro Lewandowski, que afirmam a impossibilidade de discussão fático-probatória em sede de Mandado de Segurança, a Turma adentrou no mérito da discussão do caso. Dessa discussão é possível extrair seu entendimento acerca de aspectos da identidade étnica indígena que emergiram no caso.

Ao referir o laudo antropológico, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29087&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017, p. 17-19.

³⁶⁵ Nessa direção, é possível citar, a título ilustrativo, os seguintes precedentes do STF que afastaram a possibilidade de discussão fático-probatória em Mandado de Segurança: o MS n. 31.245-AgR, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado pelo Pleno, em 19 ago. 2015; o MS n. 28.406-AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado pelo Pleno, em 19 dez. 2012; o MS n. 25.483, Relator Ministro Ayres Britto, julgado pelo Pleno, em 04 jun. 2007; o MS n. 27.939, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado pelo Pleno, em 10 jun. 2010; e o MS n. 23.652, Relator Ministro Celso de Mello, julgado pelo Pleno em 22 nov. 2000, assim ementado: “O PROCESSO MANDAMENTAL NÃO COMPORTA DILAÇÃO PROBATÓRIA. O processo de mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, pois a liquidez dos fatos, para evidenciar-se de maneira incontestável, exige prova pré-constituída, circunstância essa que afasta a discussão de matéria fática fundada em simples conjecturas ou em meras suposições ou inferências.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.652. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 nov. 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=23652&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 abr. 2017.

permanência dos indígenas no local de forma desarticulada não mais estaria a ensejar posse indígena, nos termos protegidos pelo artigo 231 da CR/88. O laudo antropológico afirmou que:

[A] terra pretendida pela comunidade de Guyraroká está localizada no interior do amplo território tradicional ocupados pelos Kaiowá antes do período colonial. (...)

O estudo identificou várias parentelas originárias de Guyraroká e seus respectivos líderes estão determinados em retornar para a terra. **A maioria das pessoas com mais de trinta anos que compõem essas parentelas nasceram em Guyraroká e guardam uma viva memória do território e da vida comunitária que aí desenvolviam.** (...)

As informações levantadas junto aos índios dão conta da concentração expressiva de população Kaiowá residindo na terra reivindicada em caráter permanente até o início da década de 1940, ocupando os eixos dos córregos Karaku e Ypytã. **A partir dessa época as pressões dos fazendeiros que começam a comprar as terras na região tornaram inviável a permanência dos índios no local.** São várias famílias extensas relacionadas entre si por fortes laços de sociabilidade (parentesco, aliança política e religiosa), caracterizando um tekoha guasu ou tekoha pavêm. (...)

O levantamento da cadeia dominial das propriedades identifica a origem e a qualificação dos títulos de propriedades que incidem sobre a Terra Indígena. Em sua maioria, as terras foram tituladas a partir da década de 1940, quando estas voltam ao domínio da União, com o fim dos contratos de arrendamento pela Cia Mate Laranjeiras. Os primeiros proprietários adquiriram as terras junto ao Governo do Estado de Mato Grosso através de compra e, **paulatinamente expulsaram os índios, prática comum naquela época; mesmo assim, a presença indígena em Guyraroká como peões de fazendas, se prolonga até a década de 1980, sendo parte de uma estratégia do grupo de permanência na terra onde sempre viveram.** O Estado vendeu as terras para particulares sem antes se certificar da ocupação indígena e o SPI se omitiu no papel de defesa dos direitos indígenas, já que o relatório de um servidor desse órgão, datado de 1927, atesta a presença indígena em Guyraroká (Ypytã), mas nada foi feito de concreto para assegurar a posse indígena. (...)

Os Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região. A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para os fazendeiros. Essa estratégia de permanência na terra foi praticada até início da década de 1980, quando as últimas famílias foram obrigadas a deixar o local. (grifamos)³⁶⁶

Para o Ministro Gilmar Mendes, então, o caso relatado no laudo antropológico não estaria nem sequer a ensejar o esbulho sofrido pelos Kaiowá em sua posse, no sentido mencionado pelo Ministro Ayres Britto no caso da Pet. n. 3388, que seria uma exceção justificada ao cumprimento do marco temporal para comprovação da posse indígena em

³⁶⁶ PEREIRA, Levi Marques. **Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Guarani-Kaiowá Guyraroká.** Três Lagoas, 13 mar. 2012. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yCVkb-wfqmUJ:https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/rel.ver_final_1.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 09 maio 2017. Há excertos do relatório citados no julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29087&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017, p. 49-50.

05/10/1988. Segundo o Ministro Gilmar Mendes,

Se esse critério pudesse ser adotado, muito provavelmente teríamos de aceitar a demarcação de terras nas áreas onde estão situados os antigos aldeamentos indígenas em grandes cidades do Brasil, especialmente na região Norte e na Amazônia. Diferente desse entendimento, a configuração de terras “tradicionalmente ocupadas” pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: *‘os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto’*³⁶⁷.

Pelos argumentos produzidos quando da edição do enunciado de súmula n. 650, o caso dos Kaiowás não se refere a um antigo aldeamento, mas a uma posse tradicional que foi sendo perdida ao longo do tempo. Isso não se deu através de um único ato violento, mas paulatinamente, de forma a desarticular a comunidade indígena em sua terra.

Retomemos aqui os estudos etnográficos realizados no Brasil entre as décadas de 1950 e 1970, que, influenciados pelo culturalismo, asseveravam a aculturação progressiva dos indígenas brasileiros. Esses estudos se referiam a situações semelhantes a essa dos Kaiowás do julgado sob exame. Assim como ocorreu com diferentes etnias indígenas, foram sendo retirados, expulsos ou empurrados para fora das áreas que tradicionalmente ocupavam, à medida que as frentes de “desenvolvimento e progresso” avançavam rumo ao interior do país, especialmente na região Centro-Oeste. Nesses casos, muitos grupos indígenas passaram a trabalhar como peões nas fazendas e empreendimentos rurais da região, assumindo a identidade de caboclos ou bugres, que significaria estarem em processo de aculturação e perda da identidade étnica própria. Já não eram identificados como indígenas e, sim, como bugres ou caboclos.

A partir dos estudos desenvolvidos por Darcy Ribeiro e depois Roberto Cardoso de Oliveira, entre outros, se passou a compreender que a permanência dos índios como peões foi a forma que encontraram para resistir e se manter em suas terras. Não se tratava de aculturação. Pelo contrário, submeter-se ao poder econômico que passou a ocupar os espaços territoriais que tradicionalmente ocupavam se tornou a alternativa possível aos indígenas para permanecerem em seus lugares de pertencimento, ou seja, sua terra. Esses indígenas não deixaram de ser indígenas, não abriram mão de sua identidade étnica própria, mas adotaram estratégias necessárias de forma a manter seu vínculo anímico com a terra, tão característico de sua identidade.

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29087&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017, p. 23.

A compreensão do Ministro Gilmar Mendes, todavia, vai em outra direção, numa lógica do tudo ou nada. As conclusões do laudo antropológico não foram suficientes a caracterizar o vínculo dos indígenas com a terra e sua posse tradicional em 05/10/1988, da mesma forma como estabelecido na decisão da Pet. n. 3388, que o Ministro invoca como precedente para o caso.

É como se o STF acabasse legitimando a violência ocorrida no passado, quando praticada pelos proprietários rurais, ao dizer que, se em 05/10/1988 os índios já não mais reivindicavam tais terras, então já não está caracterizado o marco temporal e o marco da tradicionalidade da posse e, portanto, afastada está a aplicação do artigo 231 da CR/88. Da mesma forma, parece que também legitima a violência por parte dos indígenas, quando afirma que, se eles resistiram e em 05/10/1988 permaneceram sobre as terras, então agora têm direito à demarcação.

As estratégias dos indígenas de permanência em seu lugar de pertencimento, mesmo que na condição de empregados rurais, não é considerada no caso.³⁶⁸ A forma da posse tradicional indígena é aquela estabelecida pelo STF, e não pelos próprios indígenas em sua tradicionalidade, muito embora os Ministros afirmem o inverso disso em várias oportunidades de julgamentos sobre o assunto.

A forma da posse tradicional em 05/10/1988, exigida a partir do precedente da Pet. n. 3388, é aquela estabelecida pelos Ministros do STF, numa relação direta muito próxima à posse civil. Nessa lógica, a maneira de permanecer em relação com a terra que implique em resistência pacífica e velada por parte dos indígenas, ainda que reconhecida e descrita em laudo técnico pericial, não enseja argumento suficiente a seu reconhecimento pelo STF.

Ao configurar um termo certo, o marco temporal estabelecido e utilizado como precedente traz a objetividade tão requerida pelos Ministros em diferentes julgados envolvendo terras indígenas, a exemplo da Pet. n. 3388. Todavia, da mesma forma, o marco temporal atua como se fosse uma espécie de loteria, cujo bilhete foi distribuído em 05/10/1988, mas cujo prêmio só se revelou em 2009, quando do julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, sem que esse marco pudesse sequer ser debatido.

Após o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no RMS n. 29.087/DF, a Ministra

³⁶⁸ Em parecer sobre o assunto, José Afonso da Silva argumenta ainda que, na hipótese, ao estabelecer a divergência, o Ministro Gilmar Mendes considerou apenas as partes do laudo antropológico que estariam a demonstrar a inexistência de indígenas na região em 05/10/1988, mas ignorou outros excertos igualmente importantes, que explicitam, inclusive, a razão dessa ausência e que demonstram a existência dos indígenas na área. SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre o marco temporal**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos>. Acesso em: 05 maio 2017.

Cármen Lúcia também pediu vistas dos autos. Em seu voto, a Ministra afirmou a não existência de posse tradicional indígena na área. Segundo argumentou, é necessário o atendimento concomitante aos marcos temporal e da tradicionalidade da ocupação indígena – forma peculiar dos indígenas ocuparem e se relacionarem com a terra. Este marco, tal como estabelecido no julgamento da Pet. n. 3388, veio substituir a ideia de posse imemorial, aquela que se perde no tempo pretérito e que impõe dificuldades práticas em sua comprovação, segundo a Ministra.

Não houve, por parte dos Ministros mencionados, qualquer consideração de que a forma peculiar da posse tradicional dos indígenas sobre a área em conflito se ajustou em razão da presença dos não-índios, proprietários rurais, que impuseram essas mudanças. É como se os Ministros estivessem a defender, a contrário senso, uma posse memorial, que data de 05/10/1988, que corresponde à teoria do fato indígena, como entabulada pelo Ministro Menezes Direito em seu voto no julgamento da Pet. n. 3388.

Não há considerações de que a identidade étnica dos indígenas e o vínculo anímico que os atrela a seu lugar sofram o influxo do tempo e das próprias circunstâncias que vão lhes sendo impostas, como no caso, a presença dominante dos não-índios.³⁶⁹ A despeito disso, a identidade étnica se mantém, apesar de todos os esforços adaptativos e de sobrevivência que possam estar também presentes, assim como a própria possibilidade de manipulação da identidade étnica, da forma descrita por Fredrik Barth e Cardoso de Oliveira.

No caso, apesar de o laudo antropológico apontar nessa direção, para a maioria dos Ministros foi prevalente o cumprimento dos critérios objetivos estabelecidos no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Os marcos estabelecidos naquela decisão são dados objetivos que foram delimitados segundo a compreensão dos próprios Ministros, e não necessariamente dos indígenas envolvidos no caso e suas formas próprias de viverem e se manifestarem em relação à terra. Em síntese simplificada, pode-se entendê-los como exemplos do poder de nomear que o Estado se atribuiu.

O que é sobremaneira interessante no caso, é que esses marcos estabelecidos na Pet. n. 3388 são usados ora para conceder o direito à posse indígena, como fez o STJ ao julgar inicialmente o caso, o MPF em seu parecer e o Ministro Ricardo Lewandowski, ora para negar o direito à posse indígena, a exemplo dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Ao final, os Ministros, por maioria, concederam a segurança para

³⁶⁹ Nessa direção, inclusive, aponta o Texto 5 do Relatório da Comissão Nacional da Verdade que trata sobre as violações de direitos humanos dos povos indígenas. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório: textos temáticos. Brasília: CNV, 2014. Volume II. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em 15 maio 2017.

anular a portaria ministerial que havia demarcado a terra indígena. O Ministro Teori Zavascki estava impedido de votar por pertencer à Turma do STJ que negou o *writ* inicialmente e o Ministro Dias Tofolli estava ausente da sessão.

A manifestação da Ministra Cármen Lúcia em seu voto-vista talvez seja também esclarecedora dos conflitos e valores envolvidos no próprio dever de julgar, dos quais a segurança jurídica desponta. Segundo a Ministra:

No julgamento da Petição n. 3.388/RR, buscou-se a solução de intrincado conflito fundiário que pendia há mais de 30 anos na Região Norte do país, deixando como legado a fixação de balizas que pudessem orientar a solução de outros conflitos fundiários, atuais e futuros, a denotar, em certa medida, a tentativa de uniformização dos julgamentos, de conferir previsibilidade às soluções administrativas e judiciais, e de restabelecer a confiança dos envolvidos na capacidade do Estado federal, por seus órgãos administrativos, judiciários e legislativos, equacionar a questão. É esse, a meu ver, o objetivo que se deve perseguir.³⁷⁰

Destarte, apesar de não terem atribuído efeito vinculante à decisão tomada na Pet. n. 3388, com suas condicionantes, os Ministros assumem cada vez mais a força de precedente que fazem decorrer daquele caso, a despeito de o considerarem excepcional, como emerge dos debates havidos no julgamento desse RMS:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, só para deixar claro as questões que foram agora pontuadas. Em primeiro lugar, o precedente de Raposa Serra do Sol não se dirige apenas ao caso de Raposa Serra do Sol. Basta ler os enunciados para saber que muitos deles não se aplicam à Raposa Serra do Sol, até porque já estava realizado. Na verdade, o Tribunal, ali, modulou os efeitos para não anular aquela demarcação, tendo em vista as suas implicações, mas quis dizer, por exemplo, não se pode fazer demarcação sem a participação de estados e municípios, porque aquilo era um caso surreal em que a área inteira do município foi colocada dentro da demarcação – da área demarcada –, acabando com uma unidade toda.

Então, o que se assentou em Raposa Serra do Sol? Que nas novas demarcações – claro, é para as novas demarcações – tem que haver a presença, no processo demarcatório, de estados e municípios. Isso, claro, não se aplica ao caso de Raposa Serra do Sol, até porque o Tribunal não quis conceder a ordem naquele caso, não quis anular, em função da repercussão que isso teria e dos inconvenientes.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Vossa Excelência me permite uma questão?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - A Raposa Serra do Sol era um caso atípico, em que lá se reivindicava, praticamente, dois terços de um Estado-membro da Federação brasileira.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. [...] ³⁷¹

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29087&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017, p. 53.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29087&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017, p. 31.

A despeito da excepcionalidade que atribuem ao julgamento da Pet n. 3388, dele extraíram consequências, as condicionantes e os marcos temporal e da tradicionalidade da ocupação, que passam a aplicar também a outras controvérsias envolvendo terras indígenas. Embora formalmente não tenham atribuído efeito vinculante, posto tratar-se de uma ação popular, na prática e na vida dos indígenas envolvidos em cada caso é o que efetivamente ocorre. A tradicionalidade da posse, que pode variar grandemente entre as diferentes etnias, tal como se extrai da abertura proposta no artigo 231 da CR/88, é desconsiderada, em detrimento de uma objetividade à qual é atribuída segurança jurídica.

Há sempre uma dimensão étnica envolvida, na medida em que a pertença étnica precede e condiciona o agir dos indígenas. Na medida em que isso não é tomado em consideração, há a continuação de olhares e práticas colonizadoras, que pretendem que os indígenas se comportem conforme a expectativa dos não-índios.

3.4 O RMS n. 29.542 – Terra Indígena Porquinhos dos Canela–Apãnjekra

No RMS n. 29.542³⁷², sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado pela 2ª Turma do STF, em 30/09/2014, também pode ser observado o reverberar da decisão da Pet n. 3388. O recurso se refere à discussão da ampliação da Terra Indígena Porquinhos dos Canela–Apãnjekra, cuja demarcação iniciou em 1970 e foi homologada pelo Decreto n. 88.599, de 09/08/1983, com área de 79.520 hectares, no município de Fernando Falcão, no estado do Maranhão. Na origem, o caso foi julgado ainda sob a Constituição de 1967. A ementa da decisão estabelece que:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Terra indígena demarcada na década de 1970. Homologação por Decreto Presidencial de 1983: revisão e ampliação. Portaria n. 3.588/2009 do Ministro de Estado da Justiça. Alegados vícios e irregularidades no processo demarcatório precedente. Delimitação de área inferior à reivindicada. Adequação aos parâmetros de posse tradicional indígena (art. 231 da Constituição da República): impossibilidade. Caso Raposa Serra do Sol (Petição n. 3.388/RR). Fixação de regime jurídico-constitucional de demarcação de terras indígenas no Brasil. Desatendimento da salvaguarda institucional proibitiva de ampliação de terra indígena demarcada antes ou depois da promulgação de 1988. Recurso ordinário provido.³⁷³

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.542. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 30 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29542&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

³⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.542. Relator:

Os municípios cujas áreas seriam englobadas pela demarcação se insurgiram contra a ampliação da terra indígena, que passaria, conforme a Portaria n. 3.508/2009 do Ministério da Justiça, para 301.000 hectares. Argumentaram que a salvaguarda institucional n. 17 estabelecida no julgamento da Pet. n. 3388 veda a ampliação de terra indígena. Por outro lado, a União e a FUNAI, argumentaram que não se tratava propriamente de ampliação, mas de necessidade de reparar vício grave na demarcação realizada ainda sob a Constituição de 1967. Consideraram que, assim, não seria caso abarcado pela salvaguarda institucional estabelecida na Pet n. 3388.

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia considerou que:

A mudança de enfoque atribuído à questão indígena a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, que marcou a evolução de uma perspectiva integracionista para a de preservação cultural de grupo étnico, não é fundamentação idônea para amparar a revisão administrativa dos limites da terra indígena já demarcada, em especial quando exaurido o prazo decadencial para revisão de seus atos.

Não se pode, tampouco, reputar viciado ou ilegal o processo demarcatório conduzido há mais de trinta anos a partir do revolvimento do contexto histórico em que ela se deu. Os vetores sociais, políticos e econômicos então existentes conformaram-se para construir solução para a comunidade indígena que habitava a região, o que permitiu a demarcação daquele espaço como terra indígena. A estabilidade social e jurídica alcançada na região a partir desse ato não pode ser abalada com a pretendida remarcação ampliativa da área.

Como asseverado ao longo desse voto, o julgamento da Petição n. 3.388/RR representou marco no exame judicial da questão indígena no Brasil. As matérias nela debatidas, as conclusões alcançadas e, sobretudo, as diretrizes nela traçadas devem servir de norte para todos os processos demarcatórios de terras indígenas e devem orientar a aplicação do direito pelos magistrados que julguem a mesma questão jurídica. (grifamos)³⁷⁴

A consideração da Ministra Cármen Lúcia é esclarecedora da distinção que estabeleceu. Por um lado, a CR/88 trouxe uma nova dimensão de reconhecimento à identidade étnica dos indígenas. Todavia, por outro, esse reconhecimento não necessariamente apresenta consequências no plano administrativo. A União, através de seus agentes, cometeu erros em processos demarcatórios encerrados há tanto tempo, mas quem resta penalizado por tais erros demarcatórios são os indígenas.

Em complemento, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, em razão da segurança jurídica e sendo necessária a ampliação de uma terra indígena, ela pode ocorrer, “[m]as ela há

Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 30 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29542&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.542. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 30 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29542&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017, p. 26-27.

de se fazer pelo rito próprio, conforme prevê o modelo do Estado Constitucional, que é a expropriação.” O Ministro desconsidera absolutamente que o modelo do Estado Constitucional brasileiro estabeleceu que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são reconhecidas no caput do artigo 231 da CR/88 e que compete à União, através do Poder Executivo, demarcá-las. O procedimento demarcatório apenas tem efeito declaratório de uma situação preexistente. Sobre elas não incidem direitos de propriedade, posto serem anteriores a eles e sequer gerando direito à indenização, conforme dispõe o parágrafo 6º do art. 231 da CR/88, *in verbis*:

Art. 231.

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, **não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.** (grifamos)

A expropriação sugerida pelo Ministro Gilmar Mendes como solução a privilegiar a segurança jurídica pode ser interessante, mas não foi o estabelecido pela CR/88, como faz parecer. De sua afirmação infere-se uma nova tentativa legiferante do Judiciário.

O Ministro Celso de Mello também acompanhou o voto da relatora, sendo incisivo ao afirmar:

Não custa enfatizar que a inobservância de tais diretrizes, se consumada, implicará claro desrespeito à autoridade de nossa Carta Política, em razão de referidas condições (como aquela mencionada na letra “r” do inciso II da parte dispositiva do acórdão proferido na Pet 3.388/RR) assumirem qualificação constitucional, eis que essencialmente resultantes do texto normativo da própria Lei Fundamental. Daí a indispensabilidade de sua estrita observância por parte da União Federal e da FUNAI.³⁷⁵

Essa ilação estabelecida pelo Ministro Celso de Mello, que extrai do texto constitucional as condicionantes estabelecidas no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol guarda, em si, uma incógnita. Efetivamente, algumas daquelas condicionantes reproduzem o texto constitucional. Todavia, outras trazem disposições que não guardam nenhuma relação com o texto constitucional e, então, suscitam o questionamento sobre seu fundamento e origem, a exemplo da “teoria do fato indígena” e do marco temporal

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.542. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 30 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29542&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017, p. 30.

da ocupação indígena. De onde saíram?³⁷⁶

Apesar de passados mais de cinco anos do julgamento dos Embargos Declaratórios da Pet n. 3388, ainda parece ser precoce afirmar categoricamente qual o encaminhamento que será dado às polêmicas controvérsias envolvendo demarcação de terras indígenas. Todavia, parece ganhar força entre os Ministros do STF o entendimento segundo o qual as condicionantes são aplicáveis não só ao caso específico da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, diferentemente do que externaram por ocasião desse julgamento.

A despeito de toda a discussão técnico-jurídica que se possa estabelecer acerca da força do precedente, é isso que se mostra no horizonte. O STF efetivamente delimitou o regime jurídico das terras indígenas no Brasil, e parece continuar a fazê-lo, como evidencia a afirmativa do Ministro Gilmar Mendes de que, no modelo de estado constitucional existente, o caminho possível será o da expropriação.

Embora o assunto extrapole os contornos fixados para a presente tese, é perceptível que o STF assume o papel de legislador positivo para o regramento da demarcação de terras indígenas, inovando no ordenamento jurídico em descompasso com o reconhecimento da identidade étnica que a CR/88 já havia reconhecido aos indígenas. A identidade étnica é tema conexo, anterior e necessário ao debate, pois de seu reconhecimento decorrem os direitos constitucionais aos indígenas, conforme já afirmado.

3.5 O ARE n. 803.462 AgR/MS - Terra Indígena Limão Verde

O ARE n. 803.462 AgR/MS, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, foi julgado pela 2ª Turma do STF, em 09/12/2014, e tratou da demarcação da Terra Indígena Limão Verde, dos índios Terena, em área situada no município de Aquidauana, no estado do Mato Grosso do Sul. O processo demarcatório havia sido concluído, com a homologação da Terra Indígena pelo Decreto Presidencial de 11/02/2003. Contra ele, todavia, insurgiram-se os proprietários rurais atingidos, dentre os quais está a Fazenda Santa Bárbara, objeto do litígio

³⁷⁶ Pergunta semelhante foi formulada por José Afonso da Silva, em parecer elaborado sobre o caso. Conforme afirma, a CR/88 não estabelece em nenhum de seus dispositivos tais “marcos”. Pelo contrário, ao reconhecer aos indígenas a posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, reconheceu seu direito congênito, anterior mesmo à própria CR/88 que, neste ponto, sequer inovou no assunto. Lembra-nos o eminente constitucionalista que foi a Constituição de 1934 a primeira a acolher expressamente o indigenato e, assim, a CR/88 fez dar continuidade a uma proteção constitucional já existente. SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre o marco temporal**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos>. Acesso em: 05 maio 2017.

no ARE 803.462.

A decisão refere-se a Agravo Regimental, que foi interposto para negar seguimento ao Recurso Extraordinário e discute a natureza da área sob litígio. A 2ª Turma do STF considerou que a Fazenda Santa Bárbara não é área de ocupação tradicional indígena, conforme estabelece sua ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. **Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.** 4. Agravo regimental a que se dá provimento. (grifamos)³⁷⁷

Todavia, de acordo com o laudo pericial citado na decisão, os indígenas ocuparam a área até 1953, quando foram expulsos em meio ao processo de demarcação. Ainda segundo o laudo, a ocupação da área pelos indígenas Terena se mantém até hoje para a utilização dos recursos naturais, pois os indígenas praticam caça na região.

Esse julgado é relevante, pois dá seguimento à construção do entendimento majoritário na 2ª Turma do STF acerca da aplicação das condicionantes e marcos fixados no julgamento da Pet. n. 3388 a outras demarcações sob litígio. Nesse RE, ao estabelecer que a área não é de ocupação tradicional indígena, a 2ª Turma delimitou o que caracterizaria o “renitente esbulho” mencionado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento da Pet. n. 3388, conforme segue:

[...] pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.462/MS. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 09 dez. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=803462&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 15 abr. 2017.

tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. [...] ³⁷⁸

Conforme afirmou o Relator do RE, Ministro Teori Zavascki, esse renitente esbulho implicaria em efetivo conflito possessório em 05/10/1988. O Ministro se utilizou de excertos do laudo pericial para afirmar que no conflito sob julgamento não teria caracterizado esse renitente esbulho. Segundo ele, o fato de ter ocorrido a expulsão violenta dos indígenas no passado, como constatou o laudo pericial, não seria suficiente, já que em 05/10/1988 ela já não mais ocorria.

Em seu voto, o Relator não considera situações fáticas ocorridas na região e relatadas no laudo pericial, que demonstram o histórico processo de expulsão dos indígenas de suas terras. É sobretudo interessante que os indígenas Terena se apropriaram das estruturas e formas de reivindicação dos não-índios para pleitear “junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara.”³⁷⁹ Com esse propósito, o acórdão menciona uma missiva enviada pelos indígenas em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio, responsável pela tutela aos indígenas. Também refere um requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da FUNAI, através de ofício, naquele mesmo ano. Por fim, menciona também cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da FUNAI.

Segundo o Ministro, todavia, “[e]ssas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.”³⁸⁰

Segundo o Relator, para que se configure o esbulho, é preciso haver situação de efetivo conflito possessório persistente em 05/10/1988, que se caracterize por circunstâncias de fato ou, pelo menos, de uma controvérsia possessória judicializada. O Ministro parece estabelecer duas possibilidades que caracterizariam o esbulho resistido pelos indígenas.

A segunda delas é facilmente identificável, já que se refere à existência de um

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 321.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.462/MS. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 09 dez. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=803462&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 15.

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.462/MS. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 09 dez. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=803462&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 15.

conflito possessório judicializado, ou seja, deve haver alguma medida judicial proposta pelos indígenas ou, considerando o período do conflito, por seu então órgão tutor, a FUNAI e, antes dela, o SPI. Já a primeira hipótese, que se caracteriza por circunstâncias de fato, como afirmou o Ministro, é mais enigmática. Ao que tudo indica, seriam conflitos possessórios instalados entre indígenas e proprietários rurais, provavelmente caracterizados por violência.

Ao afirmar que, para que se configure o esbulho, é preciso haver situação de efetivo conflito possessório persistente em 05/10/1988, o Ministro parece legitimar, novamente, a violência ocorrida no passado contra os indígenas. De sua argumentação também é possível inferir a necessidade de que os indígenas também tenham se utilizado de violência para resistir.

Mais uma vez, é como se tivesse sido estabelecido um prêmio àqueles indígenas que elegeram a resistência através da violência e a exerceram em 05/10/1988 – estes serão premiados por ficar caracterizado o conflito nos moldes estabelecidos pelo STF a partir de 2009, quando do julgamento da Pet. n. 3388. A eles, a demarcação da área como terra indígena. Todavia, aqueles indígenas que exerceram resistência de outras formas, diferentes daquelas estabelecidas pelos não-índios, não terão o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam, a despeito do resguardo desse direito, inclusive em sede constitucional.

O Relator também menospreza as formas próprias das etnias envolvidas, na medida em que diz ser necessário haver efetivo conflito nos moldes por ele próprio conhecidos. Eventuais formas peculiares, próprias aos indígenas, sequer são ponderadas, a exemplo da permanência em posição subalterna junto aos não-índios, tal como descrito pelo laudo pericial.

Em acréscimo, há que se considerar que até a CR/88 os indígenas estiveram submetidos à tutela estatal e não possuíam legitimidade para ingressar com ações judiciais. Pelo que se observa do excerto do laudo pericial no acórdão, os indígenas utilizaram das formas então disponíveis para reivindicar suas terras. Todavia, desconsiderados pelo Ministro Relator.

Ao final, o Relator é acompanhado pela maioria dos demais integrantes da 2ª Turma do STF, de forma que a demarcação administrativa da Terra Indígena Limão Verde foi anulada. Pelo teor dos debates havidos durante o julgamento, infere-se que não há qualquer ponderação de que o direito à diferença dos indígenas implica em respeito e reconhecimento a sua identidade étnica.

Barth afirma que a identidade étnica é uma identidade imperativa, na medida em

que ela não pode ser desconsiderada ou temporariamente deixada de lado em função de outras definições de situação. Nessa direção, a identidade étnica é semelhante ao sexo e à posição social, pois condicionam todas as áreas de atuação da pessoa e não apenas algumas situações sociais. Assim, as restrições no comportamento de uma pessoa em razão de sua identidade étnica se inclinam a ter um caráter absoluto.³⁸¹ As eventuais formas próprias de resistir à ação dos não-índios, então, podem não corresponder às expectativas destes, como parece ser o caso em questão.

A maioria dos Ministros que decidiu pela anulação da demarcação da terra indígena desconsidera aspectos identitários próprios à etnia referida. Apesar do laudo pericial antropológico atestar as formas de resistência dos indígenas na área, foram desconsideradas pelos Ministros, pois não corresponderam às suas expectativas. Também causa espécie o fato de o Relator utilizar-se do esbulho, figura típica do direito civil, para delimitar os direitos constitucionais dos indígenas a suas terras.³⁸²

3.6 Proposta de Súmula Vinculante

Até mesmo uma proposta externa de súmula vinculante foi firmada a partir da decisão sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Trata-se da Proposta de Súmula Vinculante n. 49³⁸³, formulada pela Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), protocolada em 30/09/2009. Sua proposta tomava o texto do enunciado n. 650 da Súmula da Jurisprudência do STF, que foi aprovada em 24/09/2003 e dispõe que: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”.

O objetivo da proposta era atribuir um novo e mais amplo alcance ao texto sumular, o que o desvincularia por completo da questão jurídico-constitucional restrita que o originou. Esta diz respeito exclusivamente sobre a “impropriedade do reconhecimento, como bens da União (CF, art. 20, I e XI), de imóveis urbanos usucapiendos que já haviam feito

³⁸¹ BARTH, 2000, p. 37.

³⁸² Em sentido semelhante: SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre o marco temporal**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos>. Acesso em: 05 maio 2017, p. 11 *et seq.*

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante n. 49. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 24 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=49&classe=PSV&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 02 abr. 2017.

parte, num passado distante, de áreas de antigos aldeamentos indígenas.”³⁸⁴ O Ministro Marco Aurélio, quando de seu voto no *leading case*, o RE n. 219.983³⁸⁵, inclusive, afirmou que aquela discussão não tinha nenhuma relação com o tema da demarcação de terras indígenas.

Todavia, a despeito disso, a proposta pretendia que fosse editada súmula vinculante a adotar uma das seguintes redações para o enunciado:

[O]s incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam **terras de aldeamentos extintos antes de 5 de outubro de 1988**, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto ou, alternativamente, que reproduza o teor da Súmula 650 da Jurisprudência desta Casa, que dispõe que “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam **terras de aldeamentos extintos**, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.”³⁸⁶

Segundo a Comissão de Jurisprudência, a proposta pretendia, em verdade, fazer surgir um pronunciamento que estabelecesse eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em matéria de demarcação de terra indígena. Para tanto, tinha como único precedente o caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a partir do qual deveria ser estabelecida a impossibilidade de deflagração de processo administrativo de demarcação que tivessem por objeto áreas não ocupadas por indígenas no exato momento da promulgação da CR/88, ou seja, 05/10/1988.

Ao final, a proposta restou rejeitada e arquivada, pois o entendimento da Comissão de Jurisprudência foi de que ainda não há jurisprudência assentada sobre o assunto. O objeto da proposta ultrapassou os limites da controvérsia estabelecida no enunciado da Súmula n. 650 e, além disso, pretendeu fixar entendimento vinculante a matéria constitucional ainda em processo de definição.

É provável que a objetividade – extraída do termo certo que é a data da promulgação da CR/88, 05/10/1988 – seja o argumento que mais tenha ganhado força a partir da decisão na Pet. n. 3388. Ele não apareceu nesse julgado pela primeira vez. É possível identificá-lo em outros julgados que lhe antecederam, como no RE n. 219.983, já

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante n. 49. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 24 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=49&classe=PSV&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 02 abr. 2017, p. 4.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 219.983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 dez. 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=219983&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 03 abr. 2017.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante n. 49. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 24 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=49&classe=PSV&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 02 abr. 2017, p. 2.

mencionado.

Todavia, é a partir da decisão acerca da Terra Indígena Raposa Serra do Sol que ganha maior visibilidade e uso recorrente pelos Ministros do STF. Foi nesse caso que recebeu, inclusive, uma nova fundamentação – a teoria do fato indígena – desenvolvida pelo Ministro Menezes Direito em seu voto-vista. Segundo essa teoria, o marco de definição da posse indígena sobre uma área é a data da promulgação da CR/88, comungada com aspectos fáticos que vão evidenciar que naquele caso se trata de posse tradicional indígena nos termos estabelecidos pelo artigo 231 e parágrafo 1º da CR/88.

O marco temporal é um dado objetivo, que se traduz numa data precisa, cumprindo-se assim a objetividade tão requerida por vários Ministros em suas manifestações durante o julgamento da Pet n. 3388 e seus embargos declaratórios. Nessa direção, o marco temporal caracterizaria, então, o contorno preciso a delimitar o direito dos indígenas sobre uma dada área. Ocorre que essa compreensão implica num desvirtuamento e numa inversão do reconhecimento estabelecido na CR/88.

O art. 231 da CR/88 privilegia o respeito à diferença aos indígenas. A partir do reconhecimento de sua identidade étnica própria, a CR/88, como consequência, vincula o respeito aos direitos, dos quais o direito à terra é o mais relevante e demandado. Todavia, diferentemente do que pretendem os Ministros do STF, a identidade étnica não é apropriada ou mensurada através de dados objetivos externos. Ela pressupõe a autoidentificação e a identificação por seu grupo.

Todavia, isso é percebido como fragilidade no poder de nomear, conferir direitos e julgar dos Ministros. O reconhecimento da identidade e o próprio deferir direitos dela decorrentes ficam atrelados a aspectos “subjetivos”, mais comumente estabelecidos por laudo antropológico, sobre os quais os Ministros não têm “controle”. Segundo grande parte dos Ministros, esses laudos periciais pecam por faltar-lhes objetividade.

Nesse contexto, a objetividade do marco temporal, e até mesmo parte das condicionantes estabelecidas no julgamento da Pet. n. 3388, cumprem um importante papel e acabam ganhando força nos casos posteriormente submetidos à apreciação do STF. Eles representam os dados objetivos, tão demandados pelos Ministros, embora não se encontre fundamento para sua criação e adoção pelos Ministros. Dos casos analisados, infere-se a grande dificuldade em lidar com a alteridade e a abertura implicada no reconhecimento do outro e suas subjetividades.

Daí decorre o risco de se tomar a identidade étnica pelo tempo – ou seja – vale o dado objetivo muito mais do que a identidade étnica afirmada pelos indígenas envolvidos em

cada caso. Todavia, esse procedimento não encontra respaldo na norma constitucional e nem nas normas infraconstitucionais que tratam da questão indígena.

Com toda a satisfação. Patrícios, companheiros da Mesa, que realmente estão interessados em defender a questão indígena: primeiramente, durante toda essa década da Constituição passada, a população indígena foi humilhada. Hoje, nós estamos preocupadíssimos com a sobrevivência; como será a próxima Constituição que vai ser elaborada?

No Mato Grosso do Sul, os Kaimás e os Guaranis já foram humilhados muitas vezes e a Funai; por sua vez, nunca se prontificou a ajudar a comunidade indígena dos Kaimás e Guaranis. Tanto é que aconteceu, nesses últimos anos, três despejos seguidos, praticamente: primeiro foi o de Maracaju, inclusive uma funcionária da Funai confirmava que aquela área não era do índio, e sabemos muito bem que não existia neste País nenhum fazendeiro.

Portanto, nós Kaimás e Guaranis estamos preocupados com o restinho de nossa terra que sobrou para nós e que não conseguimos até agora a demarcação. Nós temos a nossa terrinha que sobrou, dos nossos antepassados, os nossos bisavós já morreram na esperança da demarcação que até hoje não foi feita.

Nós pedimos às autoridades aqui presentes, que realmente vão se empenhar na Constituição, que defendam os direitos do povo indígena, porque se não defenderem os nossos direitos, brevemente seremos lembrados na História em bibliotecas e nós não queremos que aconteça isso, porque o nosso coração está cheio de ódio por aqueles que tomaram as nossas terras, por aqueles latifundiários que mandaram matar os líderes indígenas para tomar as suas terras, e hoje não houve um resultado pacífico. Onde está a justiça? Onde está a justiça quando assassinaram o Marçal por questão de terra? O que ocorreu com o Marçal ocorre com todos que lutam pelos seus direitos, pela sua terra.

O Presidente da República defende mais a questão dos latifundiários nas partes fronteiras, porque talvez seja melhor para eles contrabandear. Nós, índios, não criamos fronteiras. Nós queremos nossos direitos para que sempre vivamos em paz e em tranquilidade.

Desde a época de 1500 nós não tivemos liberdade. Nós sempre fomos humilhados, sempre fomos massacrados; tanto é que ultimamente, no último despejo, a FUNAI contribuiu muito com o fazendeiro e com o Juiz da Comarca do Iguatemi, que é um juiz comum, para despejar os nossos companheiros de sua área. Por sua vez, a FUNAI falou para nós, nos humilhando, que eles fariam de acordo com a justiça. Mas a justiça a favor do índio nunca existiu! Existe a justiça a favor do fazendeiro, a favor dos grandes empresários.

O que nós queremos é justiça que realmente beneficie a todos nós, porque a luta não é só para nós, a luta é para o futuro da juventude que vai crescer, porque muitos de nossos avós já morreram na esperança da demarcação.

Por exemplo, a violência. No Mato Grosso do Sul já morreram vários líderes e até hoje não se deu o resultado de quem é o culpado. Agora, por exemplo, se um índio matasse um fazendeiro, eles iriam mandar matar todos os índios e isso eu tenho certeza que aconteceria.

Nós, índios, não faremos esse tipo de ação, embora somos mais selvagens, nós somos mais educados do que os brancos que têm cargos políticos, quer dizer, que têm o

cargo para defender a questão do mais humilde, da população indígena. Falando de modo geral, o próprio povo branco massacra o seu povo. O índio, por sua vez, não tem defensor nenhum.

Nesta Constituinte nós queremos que realmente seja bem elaborado um documento, de acordo com o que já foi enviado para esta Comissão: várias entidades apoiando o direito ao reconhecimento territorial indígena. O outro é a demarcação, porque sem demarcação nós não temos segurança nenhuma, como, por exemplo, bem claro aconteceu outro dia lá no Município de Amambaí, em que os nossos patrícios, os Kaiowas, plantavam as suas roças, uma quantidade de alimento, e a FUNAI não deu nenhuma atenção para a comunidade, o fazendeiro ganhou a questão, despejou-os, agora eles não podem nem ir pegar o seu material lá da roça.

Então, realmente, nós estamos chorando dentro do coração, porque é partindo de cima, é o próprio Presidente da República que tem que reconhecer os direitos do povo indígena e, daí, seguindo a escala, o que não tem cumprido. Ele está se preocupando mais é com as multinacionais que não dão futuro à pobreza que existe no Brasil.

Como também aconteceu no Taquapiri, Município de Amambaí, houve problemas raciais, em que o DNER construiu uma rodovia dentro da comunidade, e a empresa não quis mais carregar o índio, porque é índio. Então, a gente prefere fechar essa estrada e não deixar passar mais nenhum tipo de carro, de transporte. Isso é ilegal, como o assassinato de líderes.

Com esta Constituinte, acredito que nós talvez consigamos um espaço para que haja realmente justiça.

Outra coisa: que nesta Constituinte, a FUNAI realmente assuma o compromisso com o índio de não se omitir mais, quando os índios são massacrados.

Por outro lado, nós temos na área de fronteira os Rainás e os Guaranis, na divisa do Paraguai com o Brasil, em Mato Grosso do Sul. Outro dia, nós estávamos conversando com o Conselho de Segurança Nacional e viemos a saber o motivo de terem tirado o nosso processo do “grupão”, porque não tinha nada que ver com o Projeto Calha Norte com a área do Mato Grosso do Sul, e nós viemos saber o motivo. Eles nos disseram que ali é uma área de fronteira. Então, falei para eles que o Mato Grosso do Sul é mais do que habitado pelo latifundiário e que existe um restinho das terras do índio que ainda não foi tomado e nem se preocuparam, eles só se preocupam com o lado dos fazendeiros.

Então companheiros, a nossa luta é essa. Nós estamos com uma interrogação no pensamento ainda, mas tem uma coisa que não podemos nunca esquecer: é a esperança!

O que tenho a dizer é isso e muito obrigado ao Presidente por esse momento, é a primeira vez que participo de alguma coisa aqui na Constituinte. (Palmas.)

HAMILTON KAUNÁ³⁸⁷

³⁸⁷ Depoimento prestado na Audiência da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Comissão da Ordem Social de 05 de maio de 1987. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. **Atas da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Brasília, 05 maio 1987, p. 161-162. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em 29 dez. 2016.

4 O RE n. 419.528/PR – A EXTENSÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PREVISTA NO ARTIGO 109, XI, DA CR/88

Além dos casos mencionados, nos quais o julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol aparece entre os argumentos, outros, que lhe são anteriores, são igualmente interessantes na investigação acerca dos contornos estabelecidos pelo STF à identidade étnica indígena. Nessa direção, vários julgados referem-se a aspectos processuais. Essa é a hipótese do RE n. 419.528/PR que passaremos a analisar, selecionado por ser representativo das inúmeras discussões travadas acerca da competência da Justiça Federal para julgar “a disputa sobre direitos indígenas”, prevista no artigo 109, XI, da CR/88. A expressão “disputa sobre direitos indígenas” tem ensejado debates desde a promulgação da CR/88.

É possível identificar duas posições antagônicas: de um lado, há o entendimento de que a competência da Justiça Federal deve abranger o julgamento de todas as demandas envolvendo indígenas. Seguindo essa tendência, os argumentos giram em torno do fato da CR/88 ter dado ênfase na proteção aos indígenas, cujos parâmetros a serem observados são os dos artigos 231 e 232 da CR/88. O artigo 109, XI, da CR/88 é linear, não comportando restrições capazes de limitar a atuação da Justiça Federal quando envolvidos todos os direitos de indígenas, a começar pelo direito à vida. Segundo essa tendência, o constituinte teria deferido a competência à Justiça Federal com o intuito de melhor proteger os indígenas, sem qualquer distinção, de forma que todas as causas que os envolvam sejam remetidas à Justiça Federal³⁸⁸.

Por outro lado, há o entendimento de que a competência da Justiça Federal prevista naquele dispositivo deve ser conjugada com os demais dispositivos da CR/88 que se referem aos indígenas, de forma a não ser aplicada uma interpretação por demais elástica nessa competência, fazendo com que todas as demandas envolvendo indígenas acabem na Justiça Federal. Seguindo essa tendência, seria competência da Justiça Federal apenas aqueles casos envolvendo os direitos previstos no artigo 231 da CR/88, que tendem a abordar

³⁸⁸ Apontam para essa direção, por exemplo, os seguintes acórdãos: o HC n. 65.912/MG, julgado pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Celio Borja, em 06/05/1988; o HC n. 71.835-3/MS, julgado pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Francisco Resek, em 04/04/1995; o RE n. 179.485-2/AM, julgado pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 06/12/1994; o RE n. 192.473-0/RR, julgado pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 29/08/1997; o RE n. 270.379-6/MS, julgado pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Maurício Correa, em 17/04/2001; o RE n. 206.608-7/RR, julgado pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 11/05/1999.

questões coletivas dos indígenas, como sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que ocupam.

Na mesma direção, julgados apontam que seria competência da Justiça Federal todo crime que constitua atentado à existência do grupo indígena, considerado coletivamente, como hipóteses de genocídio, por exemplo, ou que tenha por objeto a disputa sobre terras indígenas. Por fim, há também julgados que estabelecem que a competência da Justiça Federal estaria firmada quando tratasse de crimes cometidos dentro de terra indígena, tanto em razão da hipótese do artigo 109, XI, quanto em razão de ser a área bem da União, no sentido estabelecido pelo artigo 109, IV, da CR/88.³⁸⁹

Daí o interesse no RE n. 419.528/PR, pois, além de ter sido julgado pelo Pleno, dele emerge a complexidade do debate e demonstra a diversidade de posicionamentos envolvendo a questão. Tanto a divergência instalada entre os Ministros, quanto as diferentes formas de se posicionar sobre o assunto foram se modificando no tempo, sem que tenham se encaminhado para um consenso definitivo, como o próprio acórdão demonstra. Nesse ponto, a manifestação do Ministro Gilmar Mendes é esclarecedora dos contornos possíveis à expressão “disputa sobre direitos indígenas” quando afirma ao votar que “[d]e qualquer sorte, é evidente que vamos continuar com um certo teor de indeterminação aqui, já que não somos capazes de, desde logo, definir todos esses interesses e direitos indígenas. Certamente estamos abertos a novas questões.”³⁹⁰

O RE n. 419.528/PR foi julgado pelo Pleno do STF em 03/08/2006, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio e Relator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso. Na origem, a disputa dizia respeito a conflito de competência julgado pelo STJ, que afastou a aplicação do artigo 109, XI, da CR/88 e fixou a competência da justiça comum. Em síntese, o caso era de crime de constrangimento ilegal praticado por dois indígenas contra uma adolescente dentro de Terra Indígena, não restando esclarecido no julgado se a vítima era indígena ou não-indígena. Com efeito, os Ministros do STJ entenderam que se tratava de crime comum, pois a regra de competência inscrita no artigo 109, XI, da CR/88, não

³⁸⁹ São exemplificativas dessa tendência, os seguintes acórdãos: o HC n. 75.404-0/DF, julgado pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Maurício Correa, em 27/06/1997; o HC n. 79.530/PA, julgado pela 1ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em 16/12/1999; o HC n. 81.827-7/MT, julgado pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Maurício Correa, em 28/05/2002; o RE n. 263.010, julgado pela 1ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em 15/06/2000; o RE 282.169, julgado pela 1ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, em 13/03/2001; o RE 633.499-AgR/PR, julgado pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, em 22/09/2015.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 419.528. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 ago. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=419528&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 abr. 2017, p. 520.

alcançaria as ações penais fundadas em crimes praticados contra indígenas mesmo que no interior da reserva indígena. No julgamento do RE, o STF manteve o entendimento do STJ por maioria, restando vencidos seu Relator, Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Joaquim Barbosa, que compreendiam ser hipótese abrigada pela competência da Justiça Federal, dada a extensão da proteção estabelecida pela CR/88 aos indígenas, que implicaria em compreender o fato como hipótese de disputa sobre direitos indígenas, nos termos previstos no artigo 109, XI, da CR/88.

Tanto o Relator original do caso no STF, quanto o Relator para o acórdão fazem citação exaustiva de julgados anteriores nos quais a Corte se manifestou sobre a extensão da competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, XI, da CR/88, buscando estabelecer uma organização capaz de demonstrar um padrão de julgamento para os casos semelhantes. O que interessa, na hipótese, é que desse percurso vão emergindo as percepções sobre a identidade étnica dos indígenas. Ou melhor, ao discutir a competência, os Ministros acabam estabelecendo padrões que partem de suas compreensões, que decorrem de seu poder de nomear.

Assim, por exemplo, quando o Ministro Peluzo se posiciona favoravelmente à compreensão de que o artigo 231 da CR/88 parece dirigir-se mais diretamente à tutela de bens de caráter civil e não de bem objeto de valoração estritamente penal³⁹¹, seguindo o posicionamento do Ministro Ilmar Galvão, no julgamento do HC 79.530-7/PA, que será objeto de análise mais à frente. Essa divisão das disputas e questões jurídicas conforme os ramos do Direito não parece atender à extensão da proteção constitucional aos indígenas, na medida em que são formas de organização do não-índio, fazendo-se impor àquelas próprias dos indígenas.

Em acréscimo, a discussão acerca da competência para julgar o caso acabou ensejando discussões acerca da identidade étnica dos indígenas. Assim, por exemplo, a manifestação da Ministra Cármen Lúcia, que acompanhou o voto do Relator e considerou competente a Justiça Federal para julgar a ação em debate. Segundo afirmou, o intuito da CR/88 seria justamente acobertar, com todas as prerrogativas, tanto o indígena individualmente quanto sua coletividade. Tanto o indígena afastado do convívio com os não-índios, o silvícola, quanto aqueles que estejam em contato e em situação “que eventualmente é de absoluta igualdade e condições de cidadania, mas que ainda guarda traços

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 419.528. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 ago. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=419528&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 abr. 2017, p. 496.

específicos”.³⁹²

A partir do voto da Ministra Cármen Lúcia, em síntese, os Ministros passaram a considerar as distinções entre os indígenas aculturados – especialmente aqueles que vivem em cidades “de terno e gravata”, que exercem cargos políticos etc. – e os silvícolas na hipótese do caso sob análise. O Ministro Eros Grau chega a afirmar que o caso não trata de silvícolas, mas de índios aculturados, cuja conduta típica é imprópria à generalidade dos homens.

De suas considerações é possível inferir a manutenção da classificação dos indígenas em categorias. Não mais aquelas estabelecidas no artigo 4º do EI, mas agora uma própria, dos Ministros, que diferencia os indígenas entre aculturados e silvícolas. Aculturados são aqueles que, segundo a fala do Ministro Ayres Britto, “já [estão] tão pasteurizado[s] quanto qualquer um de nós. Perde[ram] ele[s] as características do que se poderia chamar de frescor do indígena *in natura*.”³⁹³ *A contrario sensu*, portanto, infere-se que o silvícola é aquele que manteve o frescor do indígena *in natura*. Essa distinção é utilizada também na ementa do caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, como observado anteriormente.

Seguindo essa compreensão, então, a razão de ser do direito à diferença estabelecido para os indígenas pela CR/88 não decorre do fato de serem eles minoria historicamente posta em desvantagem em relação aos demais cidadãos nacionais não-índios, mas do fato de serem diferentes e manterem suas características “primitivas”, que o Ministro bem colocou em termos de “frescor do indígena *in natura*”. Nessa direção, prevaleceria a necessidade de manter os indígenas isolados de influências externas, fora do risco da aculturação, que acarretaria perda de suas características distintas. Para os indígenas em contato, aculturados, a perda de direitos próprios decorrentes de sua pertença étnica distinta é inexorável.

Daí decorre uma questão necessária: qual a razão da CR/88 ter assegurado direitos próprios aos indígenas, especialmente no artigo 231? Além de sua identidade étnica própria, é pelo fato de constituírem minoria, não só numérica, mas principalmente por estarem ausentes do poder de influência na tomada de decisões e sem condições de participação igualitária nas esferas de deliberação política. Em acréscimo, é por congregarem formas próprias de se

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 419.528. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 ago. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=419528&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 abr. 2017, p. 511.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 419.528. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 ago. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=419528&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 abr. 2017, p. 517.

entender e entender o mundo do qual fazem parte.

Do contrário, assistirá razão ao Ministro Cezar Peluso, quando afirmou em seu voto no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, de que os indígenas caminham inevitavelmente à aculturação que é desejável. Assim sendo, dando sequência ao seu entendimento e o encaminhando a consequências drásticas, num futuro próximo os direitos constitucionais dos indígenas, decorrentes de sua identidade étnica própria, deveriam ser revistos e extintos, a exemplo das terras indígenas já demarcadas, posto não fazer sentido mantê-las para índios que deixarão de ser índios.

Seguindo essa compreensão, é como se a CR/88 tivesse mudado o vocabulário, mas o encaminhamento da questão indígena seguiria o mesmo rumo, tal como estava estabelecido até então: o caminhar inexorável à aculturação e incorporação à sociedade nacional e inevitável extinção dos indígenas. Como já afirmado, esse fim tantas vezes previsto e anunciado nunca chegou.

É nessa direção que o constructo de Barth auxilia a compreender que os indígenas se mantêm indígenas a despeito das eventuais influências externas de não-índios que possam receber. Sua pertença étnica é que dá os contornos a sua forma de viver e suas escolhas, independentemente do lugar onde vivam, ou das influências que recebam, ou das lições que possam aprender. É essa a extensão do reconhecimento trazido pela CR/88, que a Convenção 169 da OIT consolidou. Reconhecimento que implica em respeito e resguardo de direitos próprios independentemente de categorizações impostas por não-índios.

Solução mais adequada parece apontar o Ministro Sepúlveda Pertence, quando afirmou que “invariavelmente, a aplicação do inciso XI [do artigo 109 da CR/88] terá de ser casuística. Haverá de indagar-se se a condição étnica do agente ou da vítima teve a ver com a ocasião e a motivação do fato criminoso ou a ambos.”³⁹⁴ Resta, todavia, o questionamento acerca de como será estabelecida essa relação entre a identidade étnica do agente ou da vítima com o fato ocorrido e a quem caberá verificá-la.

Apesar das discussões acerca da competência para julgar demandas vinculadas a questões indígenas serem bastante recorrentes nos julgados analisados inicialmente para esta tese, em grande parte, restringem-se a discussões de cunho processual, nos quais a identidade étnica não é colocada como uma questão relevante.

Para além das demandas envolvendo terras indígenas e competência, há ainda

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 419.528. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 ago. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=419528&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 abr. 2017, p. 522.

algumas poucas decisões do STF acerca da imputabilidade penal dos indígenas. Dentre os julgados pesquisados, encontramos apenas três casos que têm esse objeto e o referem de forma que a identidade étnica é posta como questão importante à resolução dos conflitos. Apesar de não termos encontrado nenhuma decisão do Tribunal Pleno sobre o assunto após a promulgação da CR/88, as três decisões das Turmas serão analisadas, pois apresentam discussões interessantes envolvendo a identidade étnica indígena.

Sou um verdadeiro yanomami de Roraima. Quero conhecer vocês, porque todo índio está aqui por causa do branco. E quem não me conhece, vai conhecer agora, dessa vez e eu quero conhecer vocês todinhos, porque estamos lutando juntos para conseguir a nossa demarcação de terra.

Gostaria de contar um pouco de minhas notícias. Minhas notícias não são muito boas mas vou contar para vocês saberem. Estamos aqui para escutar outras palavras dos parentes, e também para os Deputados e Senadores aqui escutarem nossas notícias e também outros funcionários.

Então, na minha área do Yanomami, estamos todos sofridos porque está cheio de garimpeiro entrando e invadindo as nossas terras, e a mineração também está levando os maquinários para fazer estradas, e também fico muito triste porque os militares fizeram a vila militar em Surucucu. Todo mundo sabe que os brancos estão aqui e estão sabendo também, e vocês também sabem que a notícia vai longe.

Os Yanomamis vão sofrer porque os militares estão implantando a vila militar. Isso é de muita preocupação para os Yanomamis. Queria também falar a nossa língua Yanomami, para acreditar que sou Yanomami verdadeiro mesmo. Quero também pedir depois ao meu colega Paulo porque queria escutar a sua palavra, do idioma. Vou falar um pouco em nossa língua... (Inicia explanação em linguagem Yanomami)..

Vou traduzir o que estou dizendo. Estou dizendo que nós vamos lutar junto com todos os índios do Brasil para a gente conseguir a demarcação da área indígena, para gente, para nossos filhos, porque nossos filhos vão sofrer mais do que nós. Então, estamos lutando para nossos filhos a fim deles ficarem usando ainda... o que eu falei eu traduzo.

Aos Deputados e Senadores brasileiros estamos pedindo apoio para os índios. O Deputado que gosta do índio ajuda a nos dá apoio para lutar junto. E também falei que nossa área está toda invadida pelos garimpeiros, colonos, fazendeiros, pescadores, caçadores – estou traduzindo o que eu falei.

Os brancos dizem para gente que a terra não é do índio, mas estão enganados, porque há muitos anos já vivem os índios, até hoje, por isso que estão até vendendo as nossas terras para usar o povo indígena. E também os brancos falam que aquele que não falara língua Yanomami, ele não acredita que é índio. Eu falo a nossa língua, eu canto sou pajé, falo mais a nossa língua do que o português. O português é outra língua, não sei falar bem. Uso melhor a nossa língua, essa língua que estamos quase vendendo, também para não acabar, para os brancos não acabarem a nossa língua, para nos tornarmos brancos. O índio nunca vai ficar branco.

Nós continuamos índio, nós não queremos mudar para o mundo do branco; nunca vamos mudar e está traduzido o que eu falei na nossa língua. Aos Senadores e Deputados que estão aqui, estão me conhecendo agora, porque é a primeira vez que eu falo em microfone, como os brancos falam e então nós também queremos parar, também para escutar. Só que eu falo mais a nossa língua.

Os garimpeiros estão enchendo nossa área. Nós, índios Yanomamis estamos pedindo para nos ajudar a retirar os garimpeiros, porque se não tirarem logo agora vai encher. Hoje, a área indígena já tem dois mil garimpeiros homens. Então, viemos aqui para

pedir aos Deputados a ajudarem a retirar os garimpeiros, antes de chegar o Projeto Calha Norte. Se chegar esse projeto vai ser difícil para retirada dos garimpeiros. Muitos estão sabendo disso. E também a nossa parente Macuxi, Wapyxana e Karicó, têm a área deles toda invadida, completamente invadida, por garimpeiros, pescadores, fazendeiros, eles não querem mais deixar trabalhar gente no roçado, proibiram trabalhar, proibiram pescar, proibiram caçar, porque os brancos já tomaram tudo, por isso os nossos parentes macuxis não vieram.

Estou aqui representando, porque sou de lá os macuxis apóiam a mim e meus parentes daqui vamos apoiar os Yanomamis; os Yanomamis vão apoiar outra comunidade. Queremos assim, todo mundo unido, para poder ficar forte. Ficando assim desunido não vai para frente, não vai conseguir a demarcação de nossas terras. E também quando os brancos chegam às nossas áreas indígenas levam as doenças para matar nossos parentes e prejudicam nossa saúde. Por isso é que nós não queremos nada. E também a FUNAI está muito fraca. Sozinha ela não pode resolver nada. Então, todos nós, índios do Brasil estamos pedir do apoio para Deputados e Senadores porque queremos conseguir a demarcação de nossas terras para acabar essa briga, não é? Se não resolve a demarcação da área indígena a luta vai continuar, não vai parar agora, vai continuar até no fim, se não demarcarem as terras indígenas.

E também nós, Yanomamis, somos dois mil índios, temos outros Yanomamis lá parentes na mesma situação que nós, sofrendo aqui no Brasil.

Fiquei também muito preocupado porque COMAR está mandando fazer campo de pousos dentro da área indígena. Isso dá muita preocupação aos Yanomamis.

Os militares falam que nos ajudam e dizer que vão nos proteger, que vão retirar os garimpeiros. Então, é isso que estamos pedindo ao Deputados que estão aqui escutando a nossa palavra, para nos ajudar a conseguir a demarcação da área indígena para todos os índios do Brasil. Queremos ficar lá só com o povo indígena, ser misturar com os brancos, porque se misturar morar juntos com os brancos traz muitos problemas, muitos mesmo, muita doença, prejudica nossa saúde, prende gente, por isso nós índio não queremos isso.

Também o Projeto Calha Norte, onde tem fronteira que eles querem ocupar. Os brasileiros e o Presidente Sarney que diz que é difícil fazer a demarcação, mas tem que demarcar. Há muito tempo que, estão falando em estudos, mas nós índios Yanomamis achamos que não estão estudando, só falando, falando. Não sou tuchaua, mas sou lutador. Os tuchauas estão pedindo para falar da retirada dos garimpeiros aos que estão aqui nos escutando e também que seja antes de crescer os garimpeiros. Eles estão levando tratores para derrubar a nossa mata, derrubar e retirar madeira e vai acabando. Vão chegando os brancos, "colonheiros", caçadores, pescadores, e vão enchendo, crescendo. A única maneira, o único caminho que eles acharam, foi a Polícia Militar que achou. Essa é muita preocupação, porque há dez anos estamos sofrendo isso. Os militares dizem que vão nos ajudar. Mas estamos sabendo que ninguém vai nos ajudar. Eles vão prejudicar a nossa saúde, chegam para começar a proibir estrar na área indígena, começam a proibir pescar, caçar, trabalhar para ficar de braços cruzados e não fazer nada.

Então, estamos pedindo apoio a vocês brancos que segurem aqui, e nós seguramos lá em cima para não acontecer nada. Senão, em Surucucu vai acontecer como em Cachoeira, como lá no Bomfim porque a polícia foi primeiro só, depois virou cidade. Essa é a minha preocupação porque vai crescer Surucucu, porque vai família, vai trabalhador, vai empregado, vai doutor, vai enfermeira, vai crescendo. Essa é a nossa preocupação. Eles falaram que iam nos ajudar, índio não vai esquecer essas palavras que o branco falou, não vai esquecer.

Não estou falando muito bem porque sou índio verdadeiro mesmo, nasci na aldeia, vivi na aldeia, o Deputado pediu para cantar em Yanomami, vou cantar um pouquinho.

DAVI YANOMAMI³⁹⁵

³⁹⁵ Depoimento prestado na Audiência da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Comissão da Ordem Social de 05 de maio de 1987. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. **Atas da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Brasília, 05 maio 1987, p. 158-159. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em 29 dez. 2016.

5 JULGADOS QUE TRATAM DA IMPUTABILIDADE PENAL DE INDÍGENAS

Neste ponto, interessa analisar a identidade étnica indígena que emerge dos julgados que têm por principal objeto de discussão a prática de crimes e a imputabilidade penal de indígenas. Na pesquisa empreendida no endereço eletrônico do STF, foram encontrados três julgados que tratam especificamente desse tema: o HC 79.530/PA, julgado em 16/12/1999, sob relatoria do Ministro Ilmar Galvão, o HC 85.198/MA, julgado em 17/11/2005, sob a relatoria do Ministro Eros Roberto Grau e o HC 84.308/MA, julgado em 15/12/2005, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Todos os três julgados são da Primeira Turma do STF. Entre eles há diferenças significativas quanto ao reconhecimento da identidade indígena e a consequente aplicação do artigo 56 do EI. Todavia, há também pontos em comum. Por isso, num primeiro momento será considerado o que cada julgado possui de singular para, então, tratar dos pontos considerados semelhantes conjuntamente ao final.

Seguindo ordem cronológica, iniciamos pelo HC 79.530-7/PA, cuja ementa afirma:

ÍNDIO INTEGRADO À COMUNHÃO NACIONAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO QUE ESTARIA EIVADA DE NULIDADES. DENEGAÇÃO DE HABEAS CORPUS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO PERANTE ESTA CORTE, À GUIA DE RECURSO. Nulidades inexistentes. Não configurando os crimes praticados por índio, ou contra índio, "disputa sobre direitos indígenas" (art. 109, inc. XI, da CF) e nem, tampouco, "infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas" (inc. IV ib.), é da competência da Justiça Estadual o seu processamento e julgamento. **É de natureza civil, e não criminal (cf. arts. 7º e 8º da Lei nº 6.001/73 e art. 6º, parágrafo único, do CC), a tutela que a Carta Federal, no caput do art. 231, cometeu à União, ao reconhecer "aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", não podendo ser ela confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, dever não restrito a estes, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas. Descabimento, portanto, da assistência pela FUNAI, no caso. Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. Tratando-se, por outro lado, de "índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa", como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo. Cerceamento de defesa inexistente, posto haver o paciente sido defendido por advogado por ele mesmo indicado, no interrogatório, o qual apresentou defesa prévia, antes de ser por ele destituído, havendo sido substituído, sucessivamente, por Defensor Público e por Defensor Dativo, que ofereceu alegações finais e contra-razões ao recurso de apelação, devendo-se a movimentação, portanto, ao próprio paciente, que, não obstante integrado à comunhão nacional, insistiu em ser defendido por servidores da FUNAI.**

Ausência de versões colidentes, capazes de impedir a defesa, por um só advogado, de ambos os acusados, o paciente e sua mulher. Diligências indeferidas, na fase do art. 499 do CPP, por despacho contra o qual não se insurgiu a defesa nas demais oportunidades em que se pronunciou no processo. Impossibilidade de exame, neste momento, pelo STF, sem supressão de um grau de jurisdição, das demais questões argüidas na impetração, visto não haverem sido objeto de apreciação pelo acórdão recorrido do STJ. Habeas corpus apenas parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido. (grifos nossos)³⁹⁶

Esse julgado refere-se ao caso de Bêncaroty Kayapó, também conhecido como Paulinho Paiakan, indígena da etnia Kayapó, e sua esposa, Irekran, acusados da prática do crime de estupro. À época, o fato recebeu grande notoriedade pela imprensa, posto ser Paulinho Paiakan importante liderança indígena com atuação reconhecida internacionalmente e também pela natureza do delito. Contra a decisão do STJ, impetrou o HC 79.530, originário do estado do Pará, julgado em 16/12/1999, pela Primeira Turma do STF, sob relatoria do Ministro Ilmar Galvão, tendo restado parcialmente conhecido e na parte conhecida, denegado o HC.

Inicialmente, chama atenção o argumento do Relator segundo o qual o artigo 231 da CR/88 diz respeito apenas a aspectos de natureza civil, mas não criminal. Esse argumento foi retomado e seguido posteriormente pelo Ministro Cezar Peluso, quando foi Relator para o acórdão no julgamento do RE 419.528/PR, apreciado pelo Tribunal Pleno em 03/08/2006, já mencionado anteriormente.

Essa interpretação restritiva não encontra fundamentos e é muito provável que sequer encontraria eco no próprio STF atualmente. De qualquer forma, mesmo que produzido em 1999 pelo Ministro Ilmar Galvão e retomado em 2006 pelo Ministro Cezar Peluso, ainda assim não se sustenta. Basta cotejá-lo com o artigo 6º do EI, que diz:

Art. 6º. Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Observa-se que o artigo 6º do EI, anterior à CR/88, estabelecia uma limitação no reconhecimento do respeito aos usos, costumes e tradições das comunidades indígenas. Ocorre que o artigo 57 do EI consagra o reconhecimento também em âmbito penal, conforme segue:

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 79.530-7/PA. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 16 dez. 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=79530&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 21 dez. 2016.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Através da redação do artigo é possível verificar que o EI não limitava o reconhecimento aos costumes indígenas a questões de natureza civil. Ou seja, nem mesmo sob o manto do paradigma anterior à CR/88 seria possível interpretar uma limitação ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas, que se circunscreveria apenas a questões de natureza civil.

Em complemento, a partir da CR/88, essa interpretação restritiva acerca do reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas caiu em definitivo por terra, pois o artigo 231, da CR/88, que consagra tal reconhecimento, não apresenta qualquer tipo de limitação em seu texto, tendo ampla aplicação aos indígenas: tanto no que se refere às matérias, quanto às pessoas dos indígenas: seja individualmente ou como grupos. Destarte, a apreciação do HC n. 79530 pelo Ministro Ilmar Galvão apresenta uma limitação injustificada na aplicação do texto constitucional aos indígenas.

O Relator afastou a alegação de nulidade processual por ausência de perícia psicológica e antropológica. Segundo seu entendimento, esses exames somente seriam necessários para os casos envolvendo indígenas isolados ou em vias de integração, aqueles ainda sob regime tutelar da FUNAI. Segundo o Ministro, o indígena em nossos sistema jurídico somente é considerado relativamente incapaz³⁹⁷ e, portanto, sujeito à tutela da União, para efeitos civis, “nada impedindo que o índio ainda não integrado seja criminalmente responsável, como se extrai do art. 56 do EI”³⁹⁸. Diz o artigo 56 EI:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Essa norma, para o Relator, não teria nenhum sentido se o índio não integrado não fosse considerado imputável, o que confirma sua tese de que qualquer indígena possa ser responsabilizado criminalmente. O Ministro considerou o disposto no artigo 56 do EI para

³⁹⁷ Este HC foi julgado em 1999, portanto, quando ainda vigorava o Código Civil de 1916, que estabelecia a incapacidade relativa dos indígenas, o que foi modificado pelo CC de 2002.

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 79.530-7/PA. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 16 dez. 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=79530&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 21 dez. 2016, p. 7.

assegurar a possibilidade de responsabilização criminal de todos os indígenas. Todavia, ao final do julgado, negou a aplicação do mesmo artigo ao réu, que representava um benefício na fixação da pena e no regime de cumprimento, com base em argumento processual vago. Afirmou que não analisou o pedido de nulidade do acórdão do STJ recorrido nesse ponto, pois não teria sido objeto deste e, então, não estaria suscetível de apreciação pelo STF, sob pena de supressão de instância, muito embora tratasse de matéria de direito. Assim, o mesmo artigo 56 do IE utilizado pelo Relator para afirmar a imputabilidade penal indígena teve sua aplicação negada ao réu quando lhe seria benéfica.

Retomando o argumento acerca de tratar-se o réu de indígena integrado, o Relator indicou a existência de provas robustas nos autos que o demonstravam, pois tratava-se de indígena que falava fluentemente a língua portuguesa, era funcionário da FUNAI, possuía passaporte, conta corrente, habilitação para dirigir veículos automotores, adquiriu imóvel no município em que residia e possui empresa através da qual exportava óleo de castanha para a Inglaterra.³⁹⁹ Com base nisso, então, o Relator entendeu descaber razão à defesa do réu que sustentava a necessidade de perícia psicológica e antropológica. Também afirmou que a ausência de intérprete para o réu no interrogatório não lhe causou prejuízo, pelas mesmas razões.

O segundo acórdão que aborda a imputabilidade penal de indígena é o HC 85.198-3, originado no estado do Maranhão, que foi julgado pela 1ª Turma do STF, em 17 de novembro de 2005, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, cuja ementa afirma:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte.

Esse HC foi impetrado pelo MPF em favor do réu e os fundamentos do recurso parecem decorrer do dever do MP de defender judicialmente os direitos e interesses das

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 79.530-7/PA. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 16 dez. 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=79530&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 21 dez. 2016, p. 9

populações indígenas, conforme previsto no artigo 129, V, CR/88. Nesse ponto, destacamos a mudança da atuação do parquet em relação ao julgado anterior. Enquanto naquele julgado agiu no sentido de obter a condenação do réu indígena, neste atuou em sentido inverso, ou melhor, no sentido de assegurar a aplicação do artigo 56 do EI, que caracterizava benefício ao réu.

Além disso, o MP argumentou a necessidade de realização de perícia antropológica para que se chegasse à correta elucidação dos fatos, com o objetivo de que fosse resguardado o respeito à pluralidade étnica da nação brasileira, nos termos dos artigos 215 e 216 da CR/88. Embora a atuação do MPF não esteja abrangida na presente tese, é de ressaltar que também o MP enfrentou e enfrenta mudança quanto à compreensão da identidade étnica indígena e de sua função junto aos indígenas após a CR/88, como os dois casos aqui referidos dão mostras.

Neste HC, o réu, indígena da etnia Guajajara, foi condenado perante a Justiça Federal pela prática de tráfico e outros delitos a ele associados. Em seu voto, o Ministro Eros Grau citou o HC 79.530-7/PA, anteriormente analisado, para afirmar a desnecessidade de realização de qualquer exame pericial quando patente que o indígena é imputável, com aplicação do artigo 26 e parágrafo único do CP. Considerou que aspectos como o domínio da língua portuguesa, o grau de escolaridade e o nível de liderança na quadrilha seriam indícios suficientes a fundar a convicção judicial da imputabilidade penal, ou seja, de que o indígena “era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.⁴⁰⁰

Todavia, neste julgado, diferentemente do anterior, no qual esses fatos que eram tomados como caracterizadores da aculturação do réu indígena, aqui são tomados como comprovadores da imputabilidade do indígena. “Daí ser dispensável o laudo pericial para a comprovação de seu nível de integração na sociedade”⁴⁰¹, afirma o relator.

Percebe-se que agora a referência aos documentos e outras circunstâncias e habilidades pessoais do réu são tomadas como provas de sua imputabilidade, evitando-se a referência a seu grau de integração. Segundo o Relator, para aferir o grau de integração do réu seria necessária perícia antropológica. Todavia, esta fica dispensada no caso, pois foi

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.198-3/MA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 17 nov. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=85198&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 20 dez. 2016, p. 5.

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.198-3/MA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 17 nov. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=85198&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 20 dez. 2016, p. 5.

comprovada a imputabilidade do réu. Nos dois julgados, houve, então, o uso recorrente e circular dos documentos e habilidades do indígena no sentido de demonstrar que ele é ora aculturado, ora imputável – o que, na prática, parece significar o mesmo, na medida em que em ambas as situações os argumentos vão no sentido de afastar qualquer necessidade de realização de perícia antropológica.

Ao analisar o pedido formulado pela defesa, o Relator concedeu o HC no que tange à aplicação do parágrafo único do artigo 56 do EI, para que o cumprimento da pena fosse em regime especial de semiliberdade, na sede da FUNAI mais próxima do local de habitação do condenado. No que se refere à diminuição da pena prevista no caput do artigo 56 do EI, entendeu o Ministro que já havia sido considerado na aplicação da pena pelo juiz singular, no que foi acompanhado unanimemente por seus pares.

É de ressaltar que neste julgado, diferentemente do anterior, a aplicação do artigo 56 do EI foi considerada “direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena”.⁴⁰² Nesse sentido, possível inferir daí a ocorrência de mudança de entendimento acerca da identidade étnica indígena. Todavia, é mantida a referência a habilidades e a documentos ostentados pelo indígena de forma a dispensar a realização de perícia antropológica, como se essa fosse restrita à comprovação da aculturação ou da imputabilidade do indígena.

Consideramos que a perícia antropológica é necessária em todos os casos penais nos quais estão envolvidos indígenas, de forma a elucidar as circunstâncias de sua ocorrência. Grande parte dos crimes cometidos por ou contra indígenas tem fundo étnico e possui vínculo com disputas por seus direitos, principalmente os relacionados à territorialidade. Nesse sentido, Silva⁴⁰³, Amorim⁴⁰⁴ e Villares⁴⁰⁵. Daí ser necessário aos órgãos judiciais estarem suficientemente arejados e preparados para lidar com a diversidade cultural, inclusive em âmbito do processo penal.⁴⁰⁶

Por fim, o terceiro acórdão do STF que discute a imputabilidade penal de indígenas é o RHC 84.308-5, originário do estado do Maranhão, julgado pela 1ª Turma do STF em 15/12/2005, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. O acórdão refere-se a

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.198-3/MA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 17 nov. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=85198&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 20 dez. 2016, p. 5/373, p. 1.

⁴⁰³ SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio**: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

⁴⁰⁴ AMORIM, Elaine. A perícia antropológica no processo criminal: estudo de caso. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010.

⁴⁰⁵ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

⁴⁰⁶ AMORIM, 2010, p. 152.

RHC impetrado por três réus indígenas condenados pela prática de latrocínio. No caso, segundo o Relator, não restou demonstrada objetivamente a imputabilidade penal dos três réus e a maioria de dois deles, o que, por si só, anulou a decisão e ensejou a realização de perícia antropológica e biológica – aquela para aferir a “aculturação” dos réus e esta para aferir a maioria.

Dispõe a ementa do acórdão:

I. Habeas corpus: crime de latrocínio praticado por índio: competência da Justiça estadual: precedente: HC 80.496, 1ª T., 12.12.2000, Moreira, DJ 06.04.2001. II. Instrução processual e cerceamento de defesa: infração penal praticada por indígena: não realização de perícias antropológica e biológica: sentença baseada em dados de fato inválidos: nulidade absoluta não coberta pela preclusão. 1. A falta de determinação da perícia, quando exigível à vista das circunstâncias do caso concreto, constitui nulidade da instrução criminal, não coberta pela preclusão, se a ausência de requerimento para sua realização somente pode ser atribuída ao Ministério Público, a quem cabia o ônus de demonstrar a legitimidade ad causam dos pacientes. 2. A validade dos outros elementos de fato invocados pelas instâncias de mérito para concluir que os pacientes eram maiores de idade ao tempo do crime e estavam absolutamente integrados é questão passível de exame na via do habeas corpus. 3. A invocação de dados de fato inválidos à demonstração da maioria e do grau de integração dos pacientes, constitui nulidade absoluta, que acarreta a anulação do processo a partir da decisão que julgou encerrada a instrução, permitindo-se a realização das perícias necessárias. III. Prisão preventiva: anulada a condenação, restabelece-se o decreto da prisão preventiva antecedente, cuja validade não é objeto dos recursos.⁴⁰⁷

Na decisão do juiz singular, a afirmação de estarem os réus absolutamente integrados não decorreu, em síntese, das circunstâncias pessoais de cada um deles, mas do fato de a aldeia em que habitavam estar localizada em local de grande fluxo e contato com não-índios. Para o Ministro, todavia, isso não foi suficiente para estabelecer o grau de integração dos réus. Considerou que a perícia antropológica, que tem por escopo estabelecer o grau de integração dos réus, poderia ser dispensada pelo magistrado e citou os julgados anteriores como justificadores desse entendimento. Todavia, no caso específico, posicionou-se favoravelmente à realização da perícia, pois o juiz singular teria utilizado critérios genéricos incapazes de estabelecer o grau de integração de cada um dos réus especificamente. Afirmou que “[s]omente haverá nulidade se as perícias forem realmente necessárias”.⁴⁰⁸ Assim, deu provimento ao HC para anular o processo de forma a permitir a realização das

⁴⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 84.308-5/MA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 dez. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84308&classe=RHC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 21 dez. 2016.

⁴⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 84.308-5/MA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 dez. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84308&classe=RHC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 21 dez. 2016, p. 7.

perícias, no que foi acompanhado por seus pares.

Nos três julgados verificados, há um apelo recorrente aos graus de integração dos indígenas envolvidos. Da mesma forma, há um uso confuso das habilidades pessoais e da posse de documentos por parte dos indígenas para justificar seu grau de aculturação, significando não só a compreensão da cultura e valores da sociedade envolvente e dos não-índios, com os quais mantêm contato, mas também significando perda de identidade étnica indígena.

A recorrente referência aos graus de integração, nos moldes previstos no art. 4º do EI, é incompatível com o artigo 231 da CR/88 e o reconhecimento da identidade étnica indígena, conforme afirmado alhures. Nesse ponto, nos três julgados analisados o STF ficou atrelado à visão culturalista da identidade étnica e, mais especificamente, na perspectiva da aculturação dos indígenas.

Como desenvolvido por Barth e, no Brasil, por Oliveira e Cunha, ainda que em contato constante com não-índios, ainda que portem documentos e desenvolvam habilidades reconhecidas pela sociedade envolvente, os indígenas não deixam de ser indígenas. Nessa direção, mesmo que sejam eleitores, tenham documentos, habilitação para conduzir veículos automotores, tenham frequentado a escola ou tenham relação formal de emprego, não deixam de ser indígenas. E não o são em graus distintos – mas plenamente, na medida em que se identificam como e são identificados por sua comunidade indígena. O reconhecimento jurídico aos indígenas, expresso no artigo 231 da CR/88, revogou o artigo 4º do EI, por sua incompatibilidade com a nova ordem constitucional e os valores que iluminam as relações interétnicas no país.

Portanto, se a dúvida que se estabelece num caso concreto diz respeito à compreensão acerca do ilícito por parte do indígena réu, então faz-se necessário o exame pericial antropológico de forma a elucidar a dúvida. Nesse sentido ocorreu uma melhor compreensão acerca do assunto no HC 85.198, sob a relatoria do Ministro Eros Grau.

Todavia, considerando que a diversidade cultural está presente em todos os contatos interétnicos, como é o caso nos processos penais envolvendo indígenas, seja como vítimas, seja como autores, o estranhamento do “outro” costuma ocorrer. Nesse caso, e em resguardo à pluralidade étnica brasileira, conforme artigo 215 e parágrafo primeiro, artigo 216, incisos I e II, da CR/88 e também aos artigos 1º, a e b e 2º da Convenção 169 da OIT, a presença de perito antropólogo em todos os atos do processo penal envolvendo indígenas é necessária, para que desempenhe o papel de tradutor entre os mundos do índio e do não-índio.

Não se pretende, com isso, transformar o antropólogo em um conhecedor da

verdade ou na “*Bocca della Verità*”, mas sim num facilitador da “fusão de horizontes”⁴⁰⁹ entre o aparato judiciário e aquele sobre quem a lei vai incidir e que não necessariamente compreende a extensão de suas consequências. Oliveira também aponta nessa direção, mesmo que em outro contexto, quando sublinha o lugar de mediador em que o etnólogo se coloca ou é levado a se colocar, queira ele ou não.

É uma imposição de seu próprio trabalho. Ao ocuparmos esse espaço que nos torna tradutores de sistemas culturais no plano cognitivo, isso não nos torna isentos de responsabilidade prática no plano moral, quando somos induzidos a agir. Pode-se até mesmo dizer que o mediar seria sempre uma forma de agir.⁴¹⁰

Nessa perspectiva, “a atuação do antropólogo é primariamente científica e técnica, e não uma intervenção política.”⁴¹¹ Remetemos à essa assertiva de Oliveira, pois, como visto, grassa entre alguns antropólogos um certo mal-estar e uma preocupação ética quanto ao seu agir profissional independente, por duas razões que ousamos sintetizar da seguinte forma: por um lado, muitos congregam experiências etnológicas junto ao grupo étnico sobre o qual são chamados a se manifestar em processo judicial. Isso auxilia na compreensão das peculiaridades e características próprias daquele grupo. Todavia, também pode ser visto com restrições em relação à sua imparcialidade, já que tal experiência demanda proximidade e convívio com aquele grupo indígena sobre o qual é chamado a se manifestar tecnicamente.

Por outro lado, alguns antropólogos manifestam restrição em atuar em processos judiciais em que vão, num certo sentido, atuar em favor e ao lado do aparato estatal que, não raro, é o responsável por perpetrar graves violações a direitos de comunidades indígenas, o que é incompatível com o agir profissional esperado de um antropólogo. Nessa direção, Ramos⁴¹², Castro⁴¹³ e Oliveira⁴¹⁴.

Todavia, a partir das reflexões de Barth⁴¹⁵, entendemos que o antropólogo não pode fugir a uma maior participação social e política, mesmo que represente comprometer-se profissionalmente num processo judicial que ensejará consequências para o réu indígena.

A necessidade da presença do perito antropólogo demonstra-se também quando

⁴⁰⁹ No sentido proposto em: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. Ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

⁴¹⁰ OLIVEIRA, 2006, p. 231.

⁴¹¹ OLIVEIRA, João Pacheco de. Perícia antropológica. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza (Coord.). **Antropologia e direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília; Rio de Janeiro; Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia; LACED; Nova Letra, 2012, p. 125.

⁴¹² RAMOS, Alcida Rita. **O antropólogo**: ator político, figura jurídica. Série Antropologia n. 92. Brasília: UNB, 1990.

⁴¹³ CASTRO, 2006.

⁴¹⁴ OLIVEIRA, 2006.

⁴¹⁵ BARTH, 2000, p. 15 e 228.

analisamos as normas do artigo 57 do EI e dos artigos 8º e 9º da Convenção 169 da OIT.

Especificamente quanto ao artigo 57 do EI, destaca-se que não é mencionado em nenhum dos julgados analisados. Ao que tudo indica, em nenhum momento dos processos foi verificado se de alguma forma aqueles réus sofreram um tipo de sanção em suas respectivas comunidades quanto aos atos praticados. Se assim fosse, consideramos haver verdadeiro *bis in idem* a punição estabelecida pelo direito estatal.⁴¹⁶

Nenhum dos três julgados faz referência ao disposto nos artigos 8º. e 9º. da Convenção 169 da OIT, o que se justifica no caso do primeiro HC analisado, posto ter sido julgado em 1999, quando a Convenção 169 da OIT ainda não tinha sido ratificada pelo Brasil. Todavia, em relação aos demais acórdãos, a ausência de consideração do disposto na Convenção 169 da OIT não encontra justificativa.

Conforme expresso nesses dispositivos, na aplicação da norma estatal, o juiz ou tribunal devem levar em consideração os costumes e o direito consuetudinário das comunidades concernidas, inclusive em matéria penal. Aqui, então, mais uma razão a

⁴¹⁶ Esse aspecto da discussão foge ao objeto da presente tese, todavia necessário considerar que o artigo 231 da CR/88, ao reconhecer aos indígenas sua organização social, reconhece também as normas estabelecidas por eles para reger seu convívio social, inclusive aquelas similares ao que o direito estatal denomina de direito penal. Nesse sentido, até mesmo o EI, no artigo 57 reconhece. O STF ainda não foi chamado a se pronunciar sobre o assunto. Todavia, tal aspecto foi objeto da apelação criminal n.º 0090.10.000302-0, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, em 15/12/2015, mencionado anteriormente, cuja ementa afirma:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. - Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado. - A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem. - O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte. - Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF. - Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil. - Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida. - Apelo desprovido. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Apelação criminal n. 0090.10.000302-0. Relator: Desembargador Mauro Campello. Boa Vista, 15 dez. 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/destaques/docs_destaque/acr-0090-10-000302-0/acr-0090-10-000302-0. Acesso em 23 dez. 2016.

justificar a necessidade da presença de perito antropólogo, no sentido de contribuir na identificação dos traços diacríticos exibidos por cada grupo étnico indígena e, mais do que isso, na elucidação de seus costumes e direito consuetudinário eventualmente aplicáveis ao caso concreto submetido à apreciação. Esse encaminhamento se faz necessário no sentido de efetivar o reconhecimento jurídico à identidade étnica indígena. Tendo em consideração a diversidade das etnias e dos contextos nos quais estão inseridas, não é possível ao magistrado, de forma individual e isolada, tomar conhecimento e avaliar adequadamente essa diversidade.

O julgador não deve se fechar em si, mas abrir-se para as contribuições da Antropologia, que não só podem auxiliar a elucidar as circunstâncias específicas do caso, mas também a compreensão mais adequada possível acerca da identidade étnica do réu e suas circunstâncias pessoais. Tudo isso para dar correta aplicação ao reconhecimento constitucional estabelecido no artigo 231 da CR/88 e efetividade às normas contidas no artigo 57 do EI e 8º e 9º da Convenção 169 da OIT.

Negar a vigência e a aplicação dessas normas pelo magistrado pode ser tomado como um ato de desconsideração (*Missachtung*) no sentido apresentado por Honneth⁴¹⁷. Esse reconhecimento incorreto dos indígenas réus em processo penal, na medida em que desconhece aspectos centrais de sua identidade étnica que tem relação com os traços diacríticos que ostentam e também com os valores que orientam seu grupo étnico, causa efetivamente prejuízo a essas pessoas, a despeito de toda a proteção legal que a CR/88 lhes conferiu.

Por fim, analisamos a aplicação do artigo 56 do EI. Para tanto, houve distinção de postura dos Ministros quanto a sua aplicabilidade aos réus indígenas: no primeiro julgado foi negada sua aplicação ao réu por ser considerado integrado/aculturado; no segundo, o relator afastou sua análise; já no terceiro, foi aplicado sob a consideração de que basta que o réu seja indígena para que tenha direito aos benefícios estabelecidos no artigo 56 EI. Essa mudança de posicionamento quanto à aplicabilidade do artigo 56 do EI poderia ser considerada uma mudança de entendimento do STF quanto ao reconhecimento da identidade étnica indígena, que, por si só, justifica sua aplicação? Não é possível fazer essa afirmação categórica. De qualquer forma, infere-se que há um indicativo de mudança.

Os casos penais em que a identidade indígena é reconhecida num primeiro momento, mas negada por se considerar o indígena aculturado e, assim, negar a aplicação do

⁴¹⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2ª Ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009a.

artigo 56 do EI, remete ao escrito por Élan, citada por Oliveira⁴¹⁸, que, em outro contexto, trata dessa situação de se estar entre, de se estar deslocado.

A autora chama essas situações de identidade *desplazada*, ou deslocada, que corresponde a “[m]ovimentar-se em espaços que estão sempre no meio, dos quais não se pode dizer que sejam uma coisa nem outra, dos que não se pode dizer que encaixem, sem resíduo e sem crítica interna, à adequação do nome e de uma identidade.”⁴¹⁹. É o que ocorre com as pessoas que vivenciam situações de diáspora, como descrito por Hall⁴²⁰.

Quando um indígena réu em processo penal tem sua identidade étnica reconhecida num primeiro momento, mas negada na medida em que o artigo 56 não é a ele aplicado, o não-índio lhe impõe uma dualidade, que significa dizer que não pertence mais ao grupo indígena, mas também não é “branco”. Está condenado a ficar no entre. Isso demonstra verdadeira confusão entre ideias distintas – a identidade indígena é considerada como perdida pela aculturação, sendo que estas são categorias que não se confundem, como os estudos de Barth demonstraram. Pode-se dizer que esses casos são de identidades desconsideradas ou não reconhecidas.

O passar do tempo traz consigo novas reflexões e a possibilidade de revisão de posicionamentos também ao Poder Judiciário. Nesse sentido, pode-se afirmar que, em parte, no caso dos indígenas réus em processos penais, houve mudança na compreensão de que aos indígenas condenados por infrações penais, tem aplicabilidade o artigo 56 e parágrafo único do EI, pelo simples fato de serem indígenas, dispensando-se qualquer questionamento acerca de supostos graus de integração.

Todavia, considera-se que a mudança de posicionamento foi parcial, pois em todos os três julgados analisados são utilizados argumentos no sentido de que o contato interétnico promoveu a aculturação do acusado, como se sua identidade indígena a partir daí estivesse corrompida ou perdida.

⁴¹⁸ ÉLAN *apud* OLIVEIRA, 2006, p. 94.

⁴¹⁹ ÉLAN *apud* OLIVEIRA, 2006, p. 94-95.

⁴²⁰ HALL, 2003.

Comissão, índios presente, irmãos presentes, toda a nação. Eu ouvi atentamente todo o pronunciamento do meu irmão, sei de toda a situação da terra e foi o que mais debateram. Parece até vergonhoso em uma nação que vive uma democracia, o índio hoje aparecer aqui falando em luta, lutas de guerra, me parece, porque está defendendo seu direito. Sinceramente emociona, e muito.

Eu sou monitor bilíngue, falo a língua cairés, leciono na língua e escrevo na minha língua. É uma das grandes preocupações do Sul hoje. Além disso, hoje eu exerço a função de Presidente do Conselho Regional de Guarapuava, Estado do Paraná, Sul do País. Eu represento 8 caciques da minha área, de aproximadamente 5 mil índios. Sou Kaingang. Esse conselho é representado por Kaingangs e Guaranis. Existe um outro em Londrina, lá, onde está presidindo um Guarani chamado Euzébio Martins, que me parece não está presente; era interessante ouvir o depoimento dele.

Eu estou só representando o Sul. Mas gostaria que outro representante se fizesse presente, talvez em outros encontros, conforme a nossa ideia futura.

Parece-me que tanto à questão indígena, eu até me emocionei quando o companheiro Yanomami falou no seu idioma. Impressionou-me porque a minha língua é bem diferente, gostaria eu de entender a língua que ele falou, e tenho certeza de que ele também gostaria de entender a minha língua.

Parece-me que está havendo uma falta de respeito à cultura indígena. Há o avanço da mineração, avanço das grandes serrarias, os grandes e poderosos fazendeiros violentam e afetam bastante a região Norte do País. Isso me preocupa. Eu quero deixar o Yanomani e o companheiro Cromare, o outro cacique também representando, quero dizer que o meu Conselho, da minha parte terá todo nosso apoio; só gostaria de conhecer melhor. O Nelson Saracura também me parece ter um documento com respeito a uma área em questão. Eu também gostaria de levar comigo e apresentar aos nossos caciques do Sul a questão da terra do Nelson Saracura.

Recentemente, estivemos no Rio de Janeiro, lá também existe índio Guarani em duas áreas em questão. E é uma questão política; sempre onde há interesse há também questão política. No Rio de Janeiro tem duas áreas que estão nas mãos do Estado, estão na mão da FUNAI, estão na mão do Governo Federal. Interessante: me parece que o índio tem questionado, existem leis, existem legislações, existem termos de demarcação de terras, mas até hoje as leis não foram cumpridas. Temos hoje uma formulação, talvez, das leis do País. Eu sempre digo e sempre direi, eu ainda tenho minhas dúvidas. Nós, índios, pensamos de uma forma, mas a política, os interesses, a ganância pensam de outra forma. Isso é uma grande preocupação, hoje, minha, como Presidente do Conselho. Parece-me que enquanto nós não pensarmos em termos de povo, em termos de nação, porque considero o povo indígena uma nação, uma nação dentro de uma outra nação, mas com a cultura, costumes e tradições diferentes. Mas que me parece um grupo envolvente, ela é muito poderoso porque é em número muito maior, então ela afeta muito mais a questão indígena. Hoje, o índio suplica, ele implora, eu acho que isto não deveria ser assim. É uma obrigação do povo brasileiro atender, não é justo o índio vir a público implorar, é interesse da Nação, é uma questão da Nação, é falta de cumprimento das leis. É possível o homem botar a cabeça no lugar e questionar friamente as questões sobre leis, não adianta criarmos leis e não cumpri-las. O índio não poderia estar hoje implorando e botando voz de guerra perante uma questão sua

que é a terra.

Outra questão que me emocionou foi também um colega, índio, que disse: "É preciso remarcar terra". Nós perguntamos: será que só essa tara serve para nós? E o futuro das crianças? Será que eu não precisaria de um espaço maior para acomodação dessas crianças? É possível? É possível, mas é preciso cumprir as leis. Sabemos que existe um órgão governamental que hoje é órgão tutelar do índio, a tutela tem que desaparecer. O serviço do órgão tutelar foi colocado por vias políticas, essas vias políticas têm me preocupado bastante, e muito. Porque ao índio não interessa uma questão político-social envolvente, porque ele já tem uma estrutura e existe uma política social do próprio índio. E preciso garantir o espaço do índio, é preciso dar espaço e condições a esse índio, o índio também é capaz. Se não fosse capaz não estaríamos aqui, assim como outros representantes não estariam aqui. É preciso se conscientizar de que existem normas, existem leis, mas é preciso abertamente que o Governo Federal as cumpra, é preciso cumpri-las. Não adianta mudar as normas, não adianta mudar os homens, se não cumprimos com as diretrizes do País. Sabemos que o Brasil é o País que tem mais leis de todo o mundo, mas é o que menos cumpre. É preciso conscientizar toda política, é preciso conscientizar todo o Senado, toda a Câmara dos Deputados, é preciso lutar conscientemente em defesa do povo. Esse povo não pode ser reprimido, esse povo não pode ser espremido, esse povo não pode ser isolado, esse povo tem que ser atendido. É uma obrigação da Nação, não é obrigação do índio vir a público questionar uma questão, implorando. Eu sou de uma tese, como o amigo acabou de falar: o Brasil não foi descoberto, ele foi redescoberto. Ele foi redescoberto e, praticamente, o povo envolvente se apoderou de tudo, e a menor parcela ficou para nós quando até hoje nós questionamos a questão de terra.

O Estatuto do índio deu um prazo para a demarcação das terras. Os Governos anteriores não cumpriram com a promessa. Será que vão cumprir? É uma pergunta que fica no ar. Chega de aceitarmos certas imposições. É preciso que o índio se organize e assuma os espaços, talvez dentro da sua própria organização chamada FUNAI. É preciso que o índio tenha maior intercâmbio, se conheça melhor uns aos outros, seja no Norte, Sul, Leste ou Oeste. É preciso que eu conheça melhor o Norte e que o Norte conheça melhor o Sul, e, assim, por diante. É pena que o índio continue sendo minoria aqui presente. É preciso que o índio amanhã seja maioria aqui. É preciso que comecemos a nos organizar claro e fortemente, não com poder de briga, mas com poder de decidir nossos próprios destinos. É preciso criar espaços na área de educação, como eu já disse em documento enviado à Constituinte; demarcar imediatamente as áreas indígenas; dar espaços e condições de educação; melhorar a agricultura; preservar as matas e a cultura do índio; a língua; o artesanato, para valorizar mais o índio como pessoa: é preciso que se crie espaços para que ele se desenvolva por si próprio.

Parece-me que até hoje, desde a criação do primeiro órgão, em 1910, o índio não teve condições de assumir a presidência ou a superintendência de sua própria delegacia.

É preciso caminhar rapidamente, num esforço de todos os índios, entrelaçar os melhores conhecimentos entre todos nós, ser mais firmes, mais positivos, mais irmãos. O momento não é de ouvirmos essa ou aquela entidade; é preferível viver entre nós, porque é melhor. O índio precisa ser ouvido e adquirir espaço, mas não apenas ser ouvido e sim ver cumpridas as suas exigências.

Sou um Kaingang. Encontro-me só, hoje, em Plenário. Mas gostaria que estivessem presentes outros caciques, outras lideranças que pertencem à Região Sul: os Guaranis, os Xoklengs e os Kaingangs.

É preciso reformular a própria FUNAI. Enquanto não reformularmos a estrutura

dos nossos órgãos dirigentes, jamais alcançaremos o caminho. As mudanças constantes na estrutura da FUNAI têm prejudicado demais as comunidades indígenas, porque todas têm políticas diferenciadas das outras. Isso não ocorre apenas dentro da FUNAI, mas em todo o País. As mudanças constantes trazem prejuízos imensos às comunidades. Essas crises me parecem violentas e a Nação não está conscientizada do que é melhor para o povo. É preciso que isso ocorra. Está na hora de alguém chamar a atenção de todos, pois todos somos responsáveis. O branco é responsável pelo índio, mas não deve ferir a cultura do índio, mas sim apoiá-la. Mas o índio é minoria. Neste País ainda temos o preconceito muito forte. O branco já nasce com o preconceito e a ganância, o que nos preocupa muito. Há muito interesse pessoal e não interesse ao trabalho.

Trago um pequeno documento. Tudo o que meus irmãos falaram, seja de que raça forem, mas são índios. A mesma coisa está dentro desse documento, que fala sobre educação, terra, agricultura, saúde, direito ao espaço, direito de participação. Só nos resta aguardar. Queremos acreditar na nova Constituinte, mas vamos pensar em não ferir uma cultura, uma tradição e um povo.

Parece-me que esta Constituinte deverá ter consciência clara do que tenha que ser feito. Não devemos pensar num todo. Há muitas questões iguais, mas alguns problemas são isolados. Não poderemos comparar hoje a questão do índio do Norte com a do índio do Sul, Leste e Oeste. Todos nós temos problemas diferentes. É preciso que a Constituinte faça o melhor, que não atenda à Região Sul e prejudique a Região Norte, mas que atenda a todas em igualdade de condições.

Quero deixar a todos, ao Presidente, um documento a mais. Tenho certeza de que dentre todos esses documentos, vindo de todas as nações indígenas, será tirado um. E tomara que seja o melhor para nós, seja ele, em mais curto espaço de tempo, a demarcação de nossas terras. Mas é preciso conscientizar a todos de que não é apenas isso o que interessa, mas o direito à segurança dessas terras. Não adianta demarcarmos a terra e não estarmos conscientizados também de dar o direito ao índio, com documentação entregue a ele. É possível fazer muita coisa, mas o que o índio exige não é terra simplesmente, mas o direito de preservá-la e o direito de segurança nela. Isso não cabe somente ao índio, mas a parte jurídica, aos Deputados, aos Senadores, ao Presidente Sarney conceder o direito de posse permanente ao índio. É preciso preservar e segurar, dar apoio ao índio.

De minha parte, agradeço por ter tido a oportunidade de estar aqui presente, em nome dos índios do Sul do País. É uma pena que não estejam todos. Sinto muito, mas fui avisado na última hora. Trouxe o que senti dos índios do Norte: o desespero! Tenho certeza de que eles darão todo o apoio. Já falei ao Nelson Saracura para me dar a cópia para eu levar sobre a situação da área deles. A maior preocupação deles é a questão da terra, a questão social e política que envolve o índio na sociedade, atualmente.

Vou deixar ao Presidente esse documento, o que se fez, mas me parece que tudo o que está escrito aqui já foi dito. É só mais um reforço, um apoio a tudo o que foi dito aos companheiros. Sei que o PMDB já tem um programa, um documento, é do meu conhecimento que existe um livro, inclusive, e ontem à noite, fiquei lendo-o até às duas horas da madrugada. Quero agradecer de antemão pela preocupação do PMDB e também sei que é a preocupação de outros Partidos – mas me parece que foi o único que entregou uma documentação quanto aos requisitos básicos da questão indígena.

Eu ontem estive lendo e me parece que toda a documentação entregue pelos índios será reavaliada e será reestudada e dentro desta, eu espero, Sr. Presidente, que queiram o melhor para o índio, porque da minha parte eu lhes entrego esta documentação. É mais um reforço ao que foi entregue pelos demais índios de todo o País.

Eu quero agradecer a vocês e o meu muito obrigado. (Palmas)

PEDRO KAINGANG⁴²¹

⁴²¹ Depoimento prestado na Audiência da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Comissão da Ordem Social de 05 de maio de 1987. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. **Atas da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Brasília, 05 maio 1987, p. 159-160. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em 29 dez. 2016.

6 RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE INDÍGENA PELO STF: necessária revisão de posições

O reconhecimento do vínculo dos indígenas com sua terra, lugar onde vivem, é recorrente. Todavia, dele não decorre consequência que entendemos a ele vinculada: o necessário reconhecimento da autonomia para cuidar desse lugar. Tomamos aqui a noção de autonomia “como um conjunto adquirido de capacidades para conduzir a própria vida”⁴²², não no sentido individualista usualmente tomado ao longo da história ocidental, especialmente europeia, mas segundo a concepção alternativa de autonomia formulada por Honneth; Anderson. Segundo estes, a autonomia decorre e pressupõe relações intersubjetivas de mútuo reconhecimento.⁴²³

Segundo os autores, então, “autonomia é uma capacidade que existe somente no contexto das relações sociais que a asseguram e somente em conjunção com o sentido interno do que significa ser autônomo.”⁴²⁴

Ao considerar o disposto na CR/88, principalmente em seu artigo 231, e a Convenção 169 da OIT como um todo, pode-se compreender que são fruto desse reconhecimento intersubjetivo da autonomia dos indígenas, a partir de sua luta histórica por reconhecimento, que iniciou com o movimento indígena, na década de 1970, e culminou em sua participação ativa na Assembleia Nacional Constituinte.

Todavia, não é o que se verifica no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e em grande parte dos casos que lhe seguiram e foram abordados na presente tese. Quando tomadas em consideração as condicionantes ou mesmo os marcos temporal e da tradicionalidade da posse indígena, criados no julgamento da Pet 3388, percebe-se que seguem a compreensão tutelar dos indígenas, segundo a qual os indígenas demandam que os não-índios cuidem de seus interesses. Sua autonomia, participação e poder de decisão são absolutamente desconsiderados.

Apesar do avanço que, num certo sentido, a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol representou no que tange a efetivar e, assim, reafirmar direitos constitucionalmente estabelecidos aos indígenas, esse avanço não é capaz de encobrir o retrocesso da decisão, que também é evidente. O poder tutelar estatal sobre os indígenas ainda

⁴²² HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 82.

⁴²³ HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 82.

⁴²⁴ HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 85.

é exercido pelos agentes estatais de diferentes formas e o Poder Judiciário, representado nesta decisão que se quis abrangente por sua cúpula, que é o STF, renovou em grande medida esse poder. Se por um lado emerge dos votos e manifestações dos Ministros o reconhecimento à alteridade e à identidade étnica dos indígenas, por outro esse reconhecimento é relativo – mas apenas a uma parte impossível de ser negada, posto estar afirmada na própria legislação (CR/88 e Convenção 169 da OIT).

No que se refere ao usufruto das terras indígenas, deve-se considerar que a CR/88 estabeleceu respeito à forma tradicional dos indígenas se relacionarem com a terra, nos termos do art. 231, parágrafo 1º, que afirma:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Essa forma tradicional, segundo seus usos, costumes e tradições, implica em conhecer a forma de ocupação peculiar a cada etnia. Para tanto, é preciso considerar as formas de uso da etnia envolvida, que não necessariamente será igual ou parecido àqueles estabelecidos pelos não-índios ou mesmo por outras etnias. É, portanto, necessário investigar as formas dessa ocupação, desapegando-se de formas preconcebidas ou comparações com institutos jurídicos próprios ao assunto, como a ideia de posse ou propriedade privada.

Além disso, descabe discutir graus de aculturação de indivíduos ou do grupo étnico como um todo. O apelo a traços culturais a demonstrar a presença ou a ausência de peculiaridades étnicas distintivas de um grupo indígena não dá conta da verdadeira dinâmica envolvida no processo de estabelecer e manter no tempo e no espaço as fronteiras étnicas dos grupos indígenas aptas a distinguir o “nós” dos “outros”. Nesse sentido, principalmente, Barth, Weber, Oliveira e Cunha.

Ainda que não se consiga prescindir totalmente de traços culturais para caracterizar ou identificar um grupo indígena, esse é apenas mais um dado e não o dado central nessa investigação. Além disso, o apelo a traços culturais na definição de fronteiras étnicas para, a partir delas, assegurar ou negar direitos próprios é arriscada, na medida em que facilmente conduz ao raciocínio de que na ausência de traços culturais (muitas vezes caricatos) não haveria ali um grupo indígena digno de reconhecimento suficiente a lhes garantir direitos próprios.

Argumentos em torno da aculturação ou da rusticidade e isolamento do grupo indígena conduzem à compreensão culturalista acerca dos direitos constitucionais indígenas,

numa lógica que quanto mais aculturado um grupo, menor a porção de terra que demanda em seu uso, cuja tradicionalidade passa a ser problematizada indevidamente.

Essa visão pode também facilmente conduzir a uma compreensão segundo a qual conceder direitos territoriais aos indígenas implica em isolamento – quanto mais primitivo o grupo, maior o espaço necessário a sua preservação e quanto mais aculturado, menor o espaço, a exemplo do que pareceu sugerir o Ministro Gilmar Mendes⁴²⁵ em seu voto na Pet n. 3388. Ou até, como pretendeu o Ministro Peluso, desnecessária a demarcação da terra indígena por não ter mais nenhum sentido econômico, jurídico, nem político para esses últimos, já integrados⁴²⁶. Com Barth reafirmamos que não é o isolamento que conduz à manutenção do grupo étnico, a exemplo do que ocorre com grande parte dos grupos indígenas no Brasil. Portanto, o direito a ter as terras tradicionalmente ocupadas declaradas como indígenas através de procedimento administrativo de demarcação prescinde de discussões acerca de graus de aculturação ou isolamento do grupo indígena referido.

Em acréscimo, deve-se considerar que, por mais que se queira um processo objetivo, um mensurar e limitar objetivamente o espaço geográfico daquela etnia, a ocupação da terra é um processo dinâmico. Dinâmica essa que deve ser observada no reconhecimento do espaço territorial, inclusive considerando que aquele grupo tende a não permanecer idêntico a si mesmo. Barth demonstrou o quanto a identidade étnica é dinâmica e relacional. Na mesma direção, a forma dos indígenas de se relacionar com a terra, já que esta é, em certa medida, manifestação ou maneira de externar aspecto significativo da identidade étnica.

Consequentemente, a objetividade buscada por vários Ministros que votaram na Pet. n. 3388 vai em sentido incompatível com a riqueza e dinamicidade da vida e sequer encontra amparo na legislação aplicável à hipótese. A despeito de perseguirem a objetividade e a segurança jurídica, os Ministros assumiram postura incompatível, na medida em que avança indevidamente na esfera de atuação do Poder Legislativo.

Destarte, necessário que se tome em consideração o disposto na CR/88 e na Convenção 169 da OIT em seu verdadeiro sentido – que é de respeito e reconhecimento à identidade étnica de um grupo minoritário, que são os indígenas. Necessário que se abandone a percepção tutelar e classificadora dos indígenas, incompatíveis com o avanço do

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 817.

⁴²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017, p. 548.

reconhecimento, inclusive a sua autonomia que a CR/88 consagrou e que é fruto, principalmente, de sua mobilização e empoderamento. É a concepção relacional de autonomia plena, que fixa nossa compreensão, considerada aquela “capacidade real e efetiva de desenvolver e perseguir a própria concepção de vida digna de valor, que só pode ser alcançada sob condições socialmente favoráveis.”⁴²⁷

Percebe-se que as condições estabelecidas para os indígenas atingirem a autonomia plena ainda não são socialmente favoráveis amplamente. Quando se consideram as esferas de reconhecimento propostas por Honneth⁴²⁸, do amor, do direito e da estima social, pode-se afirmar que atingiram as duas primeiras, do amor e do direito.

Todavia, a esfera da estima social ainda parece ser o grande desafio aos indígenas⁴²⁹ – seja no que se refere aos não-índios de maneira geral, seja ao reconhecimento pelo STF, que segue ignorando o disposto na legislação pátria e interpretando de forma parcial e comprometida o disposto nas normas jurídicas em vigor, a exemplo do que se procurou demonstrar através dos casos analisados.

A desconsideração da identidade étnica dos indígenas assume diferentes facetas nos casos analisados. Todavia, é possível afirmar que a percepção infantilizadora e de incapacidade dos indígenas é sempre retomada, ao fazer parecer que demandam tratamento tutelar. Assim procedendo, os Ministros do STF ignoram sua autonomia e reificam uma imagem caricata dos indígenas.

⁴²⁷ HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 86.

⁴²⁸ HONNETH, 2009a.

⁴²⁹ Em sentido semelhante, OLIVEIRA, 2006.

Senhores e Senhoras, eu tenho trabalhado há muito tempo lá na minha nação. Há muito problemas lá na nossa reserva. Eu falei com o Deputado para me ajudar, porque estou preocupado com todos os meus parentes. Por quê? Porque não tem ainda a marcação. É outra nação. Lá é só mato, não têm brancos para ajudar, a FUNAI também não ajuda. Então, eu falei com o Deputado e ele vai ajudar. O Cacique Mikoity (?), mora no outro rio... Estou pensando aqui... Hoje o meu parente resolveu lá na minha aldeia que ele iria esperar pelo Deputado.⁴³⁰ O Cacique Gorotire (?) e Sapiê (?) vão todos se reunir lá no Gorotire (?) juntos com os Deputados. Os líderes de cada nação vão também se reunir lá no Gorotire, para que Deputados e lideranças se conheçam e para que os Deputados possam ajudar o índio. Outro parente meu está muito preocupado com a terra; madeiras e fazendeiros entram na reserva. O nosso líder está preocupado. Por isso que hoje eu estou aqui junto com os Deputados para saber o dia da reunião lá no Gorotire. Há muitas nações, há muitas aldeias lá no Pará, no Xingu. É muito ruim lá nas nações. Madeiras e fazendeiros entram e garimpeiros também. É muito complicado. Nós e nosso Cacique estamos preocupados porque, antigamente, o índio mesmo trabalhava na terra dele. O meu avô e o meu pai nasceram na aldeia. A aldeia antiga era Katoti (?) Todos os meus parentes vão lá na reunião na Aldeia de Gorotire. Era o que queria falar para vocês.

PANGRAN (UBENKRAN-GREM)⁴³¹

⁴³⁰ O líder indígena referia-se à visita que a Subcomissão fez na reserva Gorotire, Kaiapó, localizada no sul do Pará no dia 06/05/1987, como parte dos trabalhos constituintes.

⁴³¹ Depoimento prestado na Audiência da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Comissão da Ordem Social de 05 de maio de 1987. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. **Atas da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Brasília, 05 maio 1987, p. 156. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes/Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>. Acesso em 29 dez. 2016.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese formulada originalmente nesta pesquisa se confirmou. A identidade étnica dos indígenas brasileiros, mesmo após a CR/88, que inovou significativamente em seu reconhecimento e resguardo, não é devidamente considerada pelo STF quando chamado a se pronunciar sobre a questão. O caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol é verdadeiramente paradigmático da não aplicação efetiva dos direitos assegurados aos indígenas pela CR/88. Nele, ao invés de concretizar o texto constitucional, o STF manteve imagem infantilizada e de incapacidade em relação aos indígenas.

Mais do que isso, o caso da Raposa Serra do Sol expôs o paradoxo da questão indígena. Por um lado, a decisão reconheceu o formato demarcatório estabelecido na portaria ministerial questionada na inicial. Todavia, por outro lado, esse reconhecimento perdeu parte significativa de sua efetividade e ficou encoberto pela fixação das 19 condicionantes e pelo estabelecimento dos marcos temporal e da tradicionalidade da posse dos indígenas. Essas inovações estabelecidas pela Corte afrontam em grande medida o texto constitucional no que se refere à sua efetividade.

A repercussão da decisão da Raposa Serra do Sol sobre casos posteriores também é caracterizadora do paradoxo: por um viés, foi decisão fixada em ação popular, que não comporta efeitos erga omnes. Todavia, por outro, tem sido tomada como precedente suficiente a justificar a anulação de demarcações legitimamente concluídas ou em vias de conclusão pelo Poder Executivo, poder competente para conduzir o procedimento demarcatório. Do mesmo modo, tem servido como justificativa para obstar o prosseguimento de outras demarcações em curso, como se procurou demonstrar.

A partir da leitura e análise de tantos casos apreciados pelo STF que têm como foco de debate a questão indígena após a promulgação da CR/88, é possível afirmar que a identidade étnica dos indígenas é compreendida de maneira limitada pelos Ministros que integram o STF. Isso se evidencia de forma mais contundente após o julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A identidade étnica, tal como compreendida a partir dos estudos de Barth e, no Brasil, dos estudos de Roberto Cardoso de Oliveira e seus seguidores, está longe de ser efetivamente reconhecida. Apesar das várias manifestações dos Ministros acerca do respeito à diferença e do quanto a CR/88 inovou no reconhecimento à alteridade, essas manifestações são meros enunciados, cujos efeitos práticos

na vida dos povos indígenas concernidos vão, muitas vezes, em sentido oposto àquele enunciado.

O julgamento da Raposa Serra do Sol tornou isso muito evidente, na medida em que há uma grande distância entre o reconhecimento fraternal aos indígenas proposto pelo relator do caso, Ministro Ayres Britto, e seguido pela maioria de seus pares, e as efetivas consequências práticas após a decisão. Apesar de ter afirmado categoricamente o firme propósito do texto constitucional de favorecer os indígenas, a decisão que a Corte tomou no caso e em casos que lhe são posteriores não reflete essa compreensão.

Pelo contrário, percebe-se a persistência da visão tuteladora dos indígenas, não obstante o tempo transcorrido desde a promulgação da CR/88 e de toda a mobilização dos indígenas, que demonstra sua autonomia e seu desejo de participação. Os indígenas seguem sendo categorizados conforme graus de aculturação. Agora não mais em isolados, em vias de integração e integrados, tal como fazia o artigo 4º do EI. A partir das decisões analisadas, foi possível desvelar a persistência da classificação, mas em novos contornos, estabelecidos pelos próprios Ministros do STF. Assim, os indígenas podem ser considerados silvícolas, quando verdadeiramente habitantes das florestas e mais distantes do contato com os não-índios ou, então, simplesmente índios ou indígenas, quando vivam em maior proximidade e compreensão da sociedade envolvente. Nessa nova categorização, não surpreende que alguns sejam, inclusive, considerados tão pasteurizados como qualquer um de nós, os não-índios, simplesmente pelo fato de eventualmente usarem terno e gravata ou ocuparem espaços de poder na sociedade envolvente. O que se verifica é a grande dificuldade em lidar com a alteridade, especialmente quando estão em jogo interesses tão antagônicos.

Para além do objeto da presente tese, verificou-se que o paradoxo segue até mesmo em relação ao exercício das funções do Poder Judiciário pelo STF, quando em disputa a questão indígena. Mais especificamente, a questão indígena direcionada à ocupação de terras. Em grande parte dos casos analisados, principalmente a partir da decisão da Raposa Serra do Sol, a Corte adentrou na competência legiferante do Legislativo e também na competência do Executivo para identificar e demarcar as terras indígenas. Esses são pontos que demandam aprofundamento em novas investigações, para que se analise a postura do STF em relação aos demais poderes da União, quando envolvida a questão indígena.

Os casos chegam bastante “higienizados” ao STF, aparentemente tão distantes da vida cotidiana das pessoas que vivem suas consequências. Todavia, ainda assim, em muitos deles é indisfarçável toda a miséria, toda a mazela da falta de Justiça produzida e sentida pelas pessoas neles envolvidas – especialmente os indígenas, mas não somente eles. Depois de ter

lido tantos casos, remanesce o sentimento de impotência e de que ainda não se conseguiu efetivamente vivenciar o Estado brasileiro como plural, apto a possibilitar o convívio de diferentes em igualdade de cidadania para todos ou, pelo menos, para o maior número possível de pessoas, especialmente aquelas identificadas como minorias. O STF, como guardião das promessas da Constituição, tem ficado aquém de seu nobre e difícil mister na concretização de direitos constitucionais dessa minoria, que são os indígenas.

Ao analisar muitos dos casos apreciados pelo STF, nos quais os direitos indígenas são apresentados como se estivessem em confronto com os interesses de proteção da nação brasileira, impossível não lembrar que os constructos da identidade étnica e da identidade nacional têm um propósito: “no caso da identidade nacional, a coesão de um país por meio da narração de sua cultura e de sua história, e no caso da identidade étnica, a narração a partir da margem da história e da cultura daqueles que precisamente são excluídos da narrativa da primeira.”⁴³²

Em vários momentos dos votos dos Ministros, tanto no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, quanto em grande parte dos demais analisados, fica evidente a inabilidade dos Ministros do STF em lidar com as diferenças presentes em razão da própria diversidade humana, também existente entre os indígenas. A ideia que parece permear o entendimento dos Ministros é a de que as sociedades indígenas não apresentam contradições internas⁴³³ nem que haja diferenças significativas entre os diferentes grupos indígenas. Apesar de alguns Ministros tecerem considerações acerca dessa variedade, tais considerações limitam-se a constatações retóricas, sem grandes repercussões na forma como apreciaram os casos analisados.

A identidade étnica não é um dado objetivamente delimitado – os termos nos quais ela é evidenciada costumam ser aqueles da Antropologia, que também não segue uma lógica matemática, como bem consideraram expressamente alguns dos Ministros do STF durante o julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Aspectos como a dinâmica da identidade étnica, seu caráter relacional e a própria dinâmica de ocupação do território não se amoldam nos limites desejados pelos Ministros em sua atividade judicial. Os Ministros demandam dados objetivos a auxiliar na fixação de marcos para identificar a identidade étnica e, mais que ela, extrair desses dados consequências

⁴³² ÉLAN *apud* OLIVEIRA, 2006, p. 95.

⁴³³ Na mesma direção aponta Vânia Fialho, ao tratar dos agentes estatais responsáveis pela implementação da política indigenista junto a diferentes sociedades indígenas do Nordeste. FIALHO, Vânia. Associativismo, desenvolvimento e mobilização indígena em Pernambuco. In: ATHIAS, Renato (Org.). **Povos indígenas de Pernambuco: identidade, diversidade e conflito**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2007, p. 23.

jurídicas – reconhecimento de direitos. Todavia, a identidade não é assunto que se possa delimitar em elementos objetivos. O que se depreende dos casos analisados é que as identidades étnicas suscitam batalhas, tal como descrito por Bauman, citado no início desta tese. A batalha diz respeito não tanto à identidade em si, mas, principalmente, ao delinear das consequências jurídicas de seu reconhecimento.

As disputas envolvendo direitos territoriais, que são a maioria e que mais demonstram o elo entre a identidade étnica e o lugar habitado pelos indígenas, evidenciam a inabilidade do STF em respeitar a alteridade. Há uma dificuldade crescente em conferir os direitos territoriais assegurados na CR/88 aos indígenas, como os casos posteriores à Raposa Serra do Sol são demonstração.

O recurso ao marco temporal e à teoria do fato indígena podem parecer respostas adequadas à necessidade dos Ministros em estabelecer critérios objetivos para análise e decisão dos múltiplos e difíceis casos concretos que lhes chegam. Essa suposta objetividade almejada objetiva não ter que tomar em consideração argumentos e aspectos que consideram subjetivos. Todavia, a interpretação dada pelos Ministros do STF ao disposto na CR/88 quanto aos direitos dos indígenas limitados por tais marcos não encontra nenhum amparo no texto constitucional. A objetividade não representa tábua de salvação apta a poupá-los de adentrarem em considerações acerca da alteridade indígena.

Em acréscimo, a necessidade em resguardar a segurança jurídica, que tem sido apresentada por alguns Ministros como um contraponto aos direitos territoriais indígenas previstos no art. 231 da CR/88, também não se sustenta. O recurso a esses contornos supostamente objetivos não colocará fim aos conflitos atualmente existentes. Pelo contrário, tendem a agravá-los. A “pá de cal” nos conflitos e nas disputas judiciais envolvendo demarcação de terras indígenas, tão desejada e manifestada por vários Ministros nos casos apreciados, não virá da imposição de valores objetivos não-indígenas sobre os indígenas. Da forma como estabelecida, a busca do fim dos conflitos não implica em reconhecimento e respeito à alteridade, mas sim, numa forma atualizada de subjugar os indígenas e, conseqüentemente, manter os conflitos.

O Estado, através de seus agentes, tem se mostrado incompetente em sua atividade de demarcar as terras indígenas em tempo razoável e em assegurar, assim, os direitos constitucionais dos indígenas e também em legislar sobre o tema. Acaba que ao Judiciário é destinada a resolução dos inúmeros conflitos e, sem a devida base legal objetiva, adota caminhos de legislador positivo, do qual a decisão da Pet. n. 3388 é o exemplo extremo.

O tratamento infantilizado e tutor aos indígenas se perpetua, na medida em que persiste a incompreensão sobre sua identidade étnica própria, confundida com a ideia de falta de autonomia e necessidade de proteção em termos aculturativos, já superados. Permanece uma compreensão equivocada sobre a identidade étnica dos indígenas, que implica em pertença e autoafirmação, em viver conforme suas próprias circunstâncias e escolhas grupais. Em seu lugar, sobrepõe-se à ideia de primitivismo ou ausência de desenvolvimento, a demandar a permanência do tratamento tutor. Isso, aliado a interesses de ordem econômica, escamoteados nos discursos de desenvolvimento e da segurança nacional, principalmente quando a área discutida está em faixa de fronteira. Nesses casos, sob o argumento de assegurar um melhor tratamento e necessidade de maior integração dos indígenas à nação, há a desconsideração de sua identidade étnica e de sua autonomia.

Em certa medida, o tratamento infantilizador e tutelar aos indígenas parece seguir sendo a tônica de sua relação com o Estado brasileiro e seus agentes. Exemplar disso é o fato de que a FUNAI, órgão responsável por conduzir a política indigenista e por estabelecer as relações mais próximas do Estado com os indígenas, nunca foi presidida por um indígena, sendo que alguns deles atendem aos critérios meritocráticos necessários a tal *múnus público*, que costumam vigorar na sociedade envolvente e entre os não-índios. Há vários indígenas com formação acadêmica e experiência suficientes a assumirem essa função.⁴³⁴

A partir dos casos analisados é possível inferir que o STF, através de seus Ministros, permanece utilizando-se de critérios culturalistas, inclusive daqueles em perspectiva assimilacionista, há muito problematizados por Barth e seus seguidores, como procuramos demonstrar. Apesar da compreensão da identidade étnica indígena ter avançado muito a partir de estudos antropológicos conduzidos especialmente a partir da década de 1970, parece que não foram suficientes a influenciar a cúpula do Poder Judiciário brasileiro em seu poder de nomear os indígenas.

Ao considerarmos o disposto na CR/88 e na Convenção 169 da OIT, é possível inferir que até mesmo o legislador se apropriou da compreensão da identidade étnica no sentido da adscrição. Assim, a autoafirmação da identidade étnica deveria ser suficiente para

⁴³⁴ Todavia, ao invés disso, matéria veiculada no jornal Folha de São Paulo em 09/05/2017, dá notícia de que o novo Presidente da FUNAI, que acaba de tomar posse, é militar integrante das forças armadas. Foi nomeado de forma interina “o general do Exército Franklimberg Ribeiro de Freitas, que até janeiro era assessor de relações institucionais do CMA (Comando Militar da Amazônia), em Manaus (AM).” O jornal referiu ainda que havia 25 anos que o órgão não era presidido por um militar. VALENTE, Rubens. General indicado pelo PSC é nomeado para presidir a Funai. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 9 maio 2017. Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1882392-general-e-nomeado-para-presidir-a-funai.shtml>. Acesso em: 09 maio 2017.

assegurar direitos a essa minoria. Todavia, não é o que se vislumbra nas práticas decisórias analisadas.

Ao final, parece esclarecido por que os integrantes dos povos indígenas de Oiapoque, que foram estudantes naquela primeira turma do curso de Licenciatura Intercultural Indígena, referidos na apresentação desta tese, tinham dúvidas quanto à tutela e sua relação com o Estado. É justamente a postura contraditória e paradoxal do Estado, através de seus vários agentes, que têm interface com aqueles indígenas, que gera tais dúvidas. A forma como historicamente a identidade étnica indígena foi reconhecida para depois ser negada quando se espera que haja o consequente reconhecimento e respeito a direitos próprios, decorrentes da diferença supostamente reconhecida inicialmente, gera perplexidade e dúvida.

Há tempos em que o reconhecimento parece maior, como quando da promulgação da CR/88, e tempos nos quais parece diminuir e até desaparecer, como depois da decisão da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A própria decisão, no caso, é contraditória, na medida em que reconhece o direito à terra aos indígenas, que a ocupam tradicionalmente, mas limita suas formas de uso para além do disposto na própria CR/88. Assim também são contraditórias as percepções acerca do caso: seria uma vitória ao reconhecimento dos direitos indígenas consagrados na CR/88 ou estaria a escamotear uma limitação a esses direitos em tempos futuros, posteriores ao rumoroso caso?

Só o tempo dirá, ou melhor, o tempo por vir auxiliará a compreender as dimensões do real reconhecimento aos indígenas e seus direitos. Como disse Ost, “a vida do direito está longe de representar um longo rio tranquilo que muitos imaginam talvez do exterior: nele se agitam as forças vivas da consciência social e se enfrentam os mais variados tipos de práticas e de interesses”.⁴³⁵ Essas forças vivas que se agitam no Direito, sempre que envolvem os indígenas e a afirmação de seu reconhecimento, renovam-se a cada demanda encaminhada ao STF.

Apesar de a diversidade das culturas ser um fenômeno natural, que resulta das relações diretas ou indiretas travadas entre as diferentes sociedades, sempre se tem enorme dificuldade em reconhecer a naturalidade dessa diversidade. Pelo contrário, sempre se viu na diferença cultural uma monstruosidade ou um escândalo. As reações mais corriqueiras sempre foram de repúdio ou negação. O diferente é o selvagem, o bárbaro. “É na própria medida em

⁴³⁵ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004, p. 19.

que pretendemos estabelecer uma discriminação entre as culturas e os costumes, que nos identificamos mais completamente com aqueles que tentamos negar.”⁴³⁶

Tratar de identidades implica em reconhecer a complexidade da própria temática e o fato de que não há uma identidade única para cada pessoa. Sendo mutável, a identidade não pode mais ser tida como “fixa, essencial ou permanente [...] ela é formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam.”⁴³⁷ Seria legítimo, então, esperar ou mesmo exigir que as identidades indígenas permaneçam imóveis?

Uma cultura nacional nunca foi um simples ponto de lealdade, união e identificação simbólica. Ela é também uma estrutura de poder cultural.⁴³⁸ A identidade nacional brasileira está fundada também sobre a base da identidade indígena, mas representa ponto de conflito e de disputa de poder. O “povo brasileiro” foi constituído a partir de conquistas e violência.

As identidades nacionais não subordinam todas as outras formas de diferença e não estão livres do jogo de poder, de divisões e contradições internas, de lealdades e de diferenças sobrepostas. Destarte, “a ideia da nação como uma identidade cultural unificada” não encontra correspondência na realidade.⁴³⁹

É preciso ter em conta que há diferentes possibilidades de ser pessoa e de ser humano. A humanidade sempre avançou ao se permitir conhecer, reconhecer e respeitar essas diferentes formas de ser. Os povos indígenas são a demonstração cabal de que não é possível limitar o humano num catálogo fixo e nomeado, pronto e acabado. Há um valor inerente nessas diferentes formas de ser humano, que possibilitam os contatos e o avanço, que demonstram convergência, apesar das diferenças. Nesse sentido, construir um país plural e múltiplo implica em construir pontes, ao invés de barreiras. Implica em reconhecer e respeitar essas diferenças. A descoberta da alteridade é a descoberta de uma relação, não de uma barreira: o que pode confundir as perspectivas, mas alargar os horizontes.⁴⁴⁰

⁴³⁶ LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 22.

⁴³⁷ HALL, 2014, p. 11.

⁴³⁸ HALL, 2014, p. 35.

⁴³⁹ HALL, 2014, p. 38.

⁴⁴⁰ LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 101-102.

8 REFERÊNCIAS

a) Livros e periódicos

AGOSTINHO, Pedro. Emancipação do Índio: análise crítica da minuta de decreto que regulamenta os artigos 9º, 10º, 11, 27 e 29 da Lei n. 6.001, de 19/12/1973 e dá outras providências. **Ciência e Cultura**, vol. 32, n. 2, p. 173-182, fev. 1980.

AMORIM, Elaine. A perícia antropológica no processo criminal: estudo de caso. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**: reflexões sobre a origem e a expansão do nacionalismo. Tradução de Catarina Mira. Lisboa: Edições 70, 2005.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Poesia Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2003.

ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses Indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos Indígenas do Brasil: 2001-2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

ATHIAS, Renato. **A noção de identidade étnica na antropologia brasileira**: de Roquette Pinto à Roberto Cardoso de Oliveira. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2007.

AUSTIN, John Langshaw. **Who to do things with words**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 1975.

BAINES, Stephen Grant. Identidades e protagonismo político indígena no Brasil após a Constituição Federal de 1988. In: PIMENTA, José; SMILJANIC, Maria Inês (Orgs.). **Etnologia indígena e indigenismo**. Brasília: Positiva, 2012.

BALDI, César Augusto; RIBEIRO, Lilian M. de Castro. A proposta de revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o princípio da vedação do retrocesso social. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia, v. 25, n. 2, p. 241-252, abr./jun. 2015.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977.

BARTH, Fredrik. Entrevista. In: BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Tradução de John Cunha Comerford. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000.

BARTH, Fredrik. **Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference**. Long Grove: Waveland, 1969.

BARTH, Fredrik. Etnicidade e o conceito de cultura. Tradução de Paulo Gabriel Hilu da Rocha Pinto. **Antropolítica**, Niterói, n. 19, p. 15-30, 2005.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-

FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade**. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Tradução de John Cunha Comerford. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000.

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

BHABHA, Homi. O entrelugar das culturas. In: BHABHA, Homi. **O bazar global e o clube dos cavalheiros ingleses**: Textos seletos. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Rocco, 2011.

CALEFFI, Paula. O que é ser índio hoje? A questão indígena na América Latina/Brasil no início do século XXI. **Diálogos Latinoamericanos**, n. 7, p. 20-42, 2003.

CAPIBERIBE, Artionka. **Batismo de fogo**: os Palikur e o cristianismo. São Paulo: Annablume; Fapesp; Nuti, 2007.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos Indígenas do Brasil**: 2001-2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Painel. In: OAB/RJ DEBATE. **O índio e o direito**. Rio de Janeiro: OAB/RJ, 1981.

COLOMBO, Cristóvão. **Diários da descoberta da América**: as quatro viagens e o testamento. Série Visão do Paraíso. Volume I. 4. Ed. Porto Alegre: L&PM, 1987.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índio e comunidades indígenas. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos; WERNER, Dennis; BLOEMER, Neusa Sens; NACKE, Anelise. (Orgs.). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, p. 31-37.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Etnicidade: da cultura residual mas irreduzível. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

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

CUNHA, Manuela Carneiro da. Parecer sobre os critérios de identidade étnica. In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

FARAGE, Nádia; SANTILLI, Paulo. TI Raposa Serra do Sol: fundamentos históricos. In:

MIRAS, Julia Trujillo *et al.* (Org.). **Makunaíma grita!** Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue Editorial, 2009.

FERREIRA, Juca; MAMBERTI, Sérgio. Terra, território e diversidade cultural. In: MIRAS, Julia Trujillo *et al.* (Org.). **Makunaíma grita!** Terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue Editorial, 2009.

FIALHO, Vânia. Associativismo, desenvolvimento e mobilização indígena em Pernambuco. In: ATHIAS, Renato (Org.). **Povos indígenas de Pernambuco: identidade, diversidade e conflito.** Recife: Editora Universitária da UFPE, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 13. Ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

GAMBINI, Roberto. **O espelho índio: os jesuítas e a destruição da alma indígena.** Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1988.

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

GRAHAM, Laura R. Citando Mario Juruna: imaginário linguístico e a transformação da voz indígena na imprensa brasileira. **Revista Mana**, Rio de Janeiro, vol. 17, n. 2, p. 271-312, ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132011000200002 Acesso em: 10 nov. 2016.

GUSTIN, 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. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: Lamparina, 2014.

HALL, Stuart. **Da diáspora: identidades e mediações culturais.** Organização de Liv Sovik. Tradução de Adelaine La Guardia Resende et al. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais.** Petrópolis: Vozes, 2000.

HONNETH, Axel. **A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo.** Tradução de Emil A. Sobottka e Joana Cavedon Ripoll. Civitas, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 345-368, set.-dez. 2009b.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** 2ª Ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009a.

HONNETH, Axel. *Visibilité et invisibilité. Sur l'épistémologie de la "reconnaissance".*

Revue du MAUSS, n. 23, 2004, p. 141.

HONNETH, Axel; ANDERSON, Joel. Autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça. Tradução de Nathalie Bressiani. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, v. 17, jan.-jun. 2011, p. 81-112. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/64839>. Acesso em: 01 maio 2017.

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

LACERDA, Rosane. **Os Povos Indígenas e a Constituinte – 1987/1988**. Brasília: CIMI, 2008.

LAPIERRE, Jean William. Prefácio. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade**. Seguindo de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

LARAIA, Roque de Barros; DA MATTA, Roberto. **Índios e Castanheiros: a empresa extrativa e os índios no médio Tocantins**. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

LASK, Tomke. Apresentação. In: BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Tradução de John Cunha Comerford. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. Tradução de Inácia Canelas. Lisboa: Presença, 1986.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. Sobre indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: considerações sobre a constituição do discurso e da prática da *Proteção Fraternal* no Brasil. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. (Org.). **Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 1987.

LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. **Anuário Antropológico 2013**, Brasília, v. 39, n. 1, p. 9-37, 2014.

LÓPEZ-GARCÉS, Claudia Leonor. A questão indígena na Colômbia: movimentos indígenas, políticas indigenistas e conflito armado. In: **I Reunião de Estudos: Ascensão de Movimentos indigenistas na América do Sul e possíveis reflexos para o Brasil**. Brasília: Gabinete de Segurança Institucional; Secretaria de Acompanhamento e Estudos Institucionais, 2004, p. 05-37.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu nacional, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

MAYBURY-LEWIS, David. Identidade étnica em estados pluriculturais. In: SCOTT, Parry; ZARUR, George. (Orgs.). **Identidade, fragmentação e diversidade na América Latina**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2003.

NORONHA, Ibsen José Casas. **Aspectos do Direito no Brasil quinhentista**: consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2008.

OLIVEIRA, João Pacheco de. A problemática dos “índios misturados” e os limites dos estudos americanistas: um encontro entre antropologia e história. In: SCOTT, Parry; ZARUR, George (Org.). **Identidade, fragmentação e diversidade na América Latina**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2003b.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Cidadania, racismo e pluralismo: a presença das sociedades indígenas na organização dos estados nacionais. **Revista do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**, n. 24, p. 27-33, 1996. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/RevIPHAN/8659> Acesso em: 02 fev. 2017.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades de trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: OLIVEIRA, João Pacheco de. (Org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998b.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Parecer: Os Caxixós do Capão do Zezinho: uma comunidade indígena distante das imagens da primitividade e do índio genérico. In: SANTOS, Ana Flávia Moreira; OLIVEIRA, João Pacheco de. **Reconhecimento étnico em exame**: dois estudos sobre os Caxixó. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED, 2003a.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Perícia antropológica. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza (Coord.). **Antropologia e direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / LACED / Nova Letra, 2012.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. **Mana**, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 1, abr. 1998a. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131998000100003. Acesso em: 30 mar. 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de (Org.). **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A sociologia do Brasil indígena**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; São Paulo: Editora da USP, 1972.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Caminhos da identidade**: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Paralelo 15, 2006.

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.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Problemas e hipóteses relativos à fricção interétnica. In: OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A sociologia do Brasil indígena**: ensaios. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1972.

OLIVEN, Ruben George. Tradição e modernidade na identidade brasileira. In: SCOTT, Parry; ZARUR, George. (Orgs.). **Identidade, fragmentação e diversidade na América Latina**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2003.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004.

PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Grupos étnicos e etnicidade. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza (Coord.). **Antropologia e direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / LACED / Nova Letra, 2012.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade**. Seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

RAMOS, Alcida Rita. **O antropólogo**: ator político, figura jurídica. Série Antropologia n. 92. Brasília: UNB, 1990.

RAMOS, Alcida Rita. O índio hiper-real. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 10, p. 5-14, 1995. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_28/rbcs28_01.htm. Acesso em: 10 fev. 2017,

RIBEIRO, Darcy. Antropologia da civilização: entrevista concedida a Luís Donisete B. Grupioni e Denise Fajardo Grupioni. **Boletim da ABA**, n. 27, 1997. Disponível em: http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_22_RBA/html/ABA/boletins/b27/08.htm. Acesso em 24 abr. 2017.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. Petrópolis: Vozes, 1982.

RICARDO, Beto; RICARDO, Fani (Org.). **Povos indígenas do Brasil 1987/1990**. São Paulo: ISA, 1991.

RICARDO, Carlos Alberto; RONCARI, Luiz (Ed.). **Povos Indígenas do Brasil/1981**: aconteceu especial. Tempo e Presença Editora, 1982.

ROSA, Marlise. Nós e os outros: concepções de pessoa no debate sobre infanticídio indígena no Congresso Nacional. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 163-193, jan. - jun. 2014. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/view/46403>. Acesso em: 13 out. 2015.

SANTOS, Ana Flávia Moreira; OLIVEIRA, João Pacheco de. **Reconhecimento étnico em exame**: dois estudos sobre os Caxixó. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED, 2003.

SANTOS, Anderson Marcos dos. Ação Popular Petição n. 3388: demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. In: GEDIEL, José Antônio Peres *et al.* (Org.). **Direitos em conflito**: movimentos sociais, resistência e casos judicializados: estudos de casos. Volume 1. Curitiba: Kairós Edições, 2015.

SANTOS, Sílvio Coelho dos; WERNER, Dennis; BLOEMER, Neusa Sens; NACKE, Anelise. (Orgs.). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

SCHADEN, Egon. **Aculturação indígena**: ensaio sobre fatores e tendências da mudança cultural de tribos índias em contato com o mundo dos brancos. São Paulo: Pioneira; Editora da USP, 1969.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVA, Isabelle Braz Peixoto da. **Vilas de índios no Ceará Grande**: dinâmicas locais sob o Diretório Pombalino. Campinas: Pontes Editores, 2005.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena. In: GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; SANTOS, Anderson Marcos dos; SILVA, Eduardo Faria. (Orgs.). **Direitos em conflito**: movimentos sociais, resistência e casos judicializados. Artigos e ensaios. Volume I. Curitiba: Kairós, 2015.

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

SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva**: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

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.

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

TASSINARI, Antonella Maria Imperatriz. **No bom da festa**. São Paulo: EDUSP, 2003.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Tradução de Luís Lóia. Lisboa: Edições 70, 2009.

TERENA, Marcos. O movimento indígena como voz de resistência. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Orgs.). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América: a questão do outro**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Orgs.). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.

VILLAR, Diego. Uma abordagem crítica do conceito de “etnicidade” na obra de Fredrik Barth. **Mana**, vol. 10, p. 165-192, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132004000100006. Acesso em: 30 mar. 2017.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

WAGNER, Daize Fernanda. A pena privativa de liberdade entre os povos indígenas do Oiapoque: modelo próprio de execução penal? In: **Encontro Nacional do CONPEDI, XXIII**, 2014a, Florianópolis, p. 91-111. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=199>. Acesso em: 30 jan. 2017.

WAGNER, Daize Fernanda. Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade. In: **Encontro Nacional do CONPEDI, XXIII**, 2014b, Florianópolis, p. 247-263. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=196>. Acesso em: 26 abr. 2017.

WAGNER, Daize Fernanda. Identidades étnicas e Poder Judiciário: pontos de reflexão. In: **Encontro Internacional do CONPEDI, V**, 2016b, Montevideu, p. 80-99. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/360qtmi1>. Acesso em: 24 abr. 2017.

WAGNER, Daize Fernanda. Identidades indígenas e o STF: dois votos, um dissenso e algum avanço. In: **Encontro Nacional do CONPEDI, XXV**, 2016a, Brasília, p. 100-120. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/i80k5078>. Acesso em: 10 mar. 2017.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. Ed. Tradução de Regis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 6, vol. 1, jan.-jun. 2010, p. 143-158. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/julgamento-terra-indigena-raposa-serra-sol-todo-dia-era-dia-de-indio>. Acesso em 22 mar. 2017.

b) Legislação

BOLÍVIA. **Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia**. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>. Acesso em 01 set. 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 out. 2015.

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/16001.htm. Acesso em: 09 dez. 2013.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 09 maio 2017.

BRASIL. **Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 09 dez. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.057, de 23 de outubro de 1991**. Institui o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09NOV1991.pdf#page=84>. Acesso em: 09 dez. 2013.

COLOMBIA. **Constituição Política da Colômbia**. Disponível em: <http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>. Acesso em 01 set. 2016.

c) Decisões judiciais

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. Decisão n. 1422/2012. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=241307> . Acesso em: 05 set. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 84.308-5/MA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 dez. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84308&classe=RHC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> . Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 14.746/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 10 mar. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Terra+Ind%EDgena+Guyraroka&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Ordinária n. 323. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 14 out. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=323&classe=ACO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária n. 312. Relator: Ministro Eros Grau. Redator do acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília, 02 maio 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=312&classe=ACO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 27 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 27.939. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 10 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27939&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 13 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.100/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 ago. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31100&classe=MS-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 31.240/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 ago. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31240&classe=MS-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 14.473. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 fev. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=14473&classe=Rcl>

-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 803.830. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 27 mar. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=803830&classe=A-I-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 28.406. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 19 dez. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=28406&classe=MS-S-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 13 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 31.245. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 19 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=31245&classe=MS-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 13 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 803.462/MS. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 09 dez. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=803462&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 633.499/PR. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 22 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28633499%2ENUME%2E+OU+633499%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jwmechb>. Acesso em: 15 maio. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios na Petição n. 3.388. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 65.912/MG. Relator: Ministro Celio Borja. Brasília, 06 maio 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%29%2865912%2ENUME%2E+OU+65912%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kyasxzz>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 71.835-3/MS. Relator: Ministro Francisco Resek. Brasília, 04 abr. 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%29%2871835%2ENUME%2E+OU+71835%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/me466jo>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 75.404-0/DF. Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, 27 jun. 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=75404&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 79.530-7/PA. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 16 dez. 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=79530&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 81.827-7/MT. Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, 28 maio 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%29%2881827%2E+OU+81827%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mpppy9>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.198-3/MA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 17 nov. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885198%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z7froqm> Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.652. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 nov. 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=23652&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 13 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 25.483. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 04 jun. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=25483&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante n. 49. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 24 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=49&classe=PSV&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 13.769. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 23 maio 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=13769&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 02 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 15.051. Relator: Ministro Ricardo

Lewandowski. Brasília, 13 dez. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=15051&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 15.668. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 08 maio 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=15668&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2.833. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 14 abr. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2833&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 04 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 8.070. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 29 abr. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=8070&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 179.485-2/AM. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 6 dez. 1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28179485%2E%2E+OU+179485%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lqk3rak>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 183.188. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 10 dez. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=183188&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 07 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 192.473-0/RR. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 29 ago. 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28192473%2E%2E+OU+192473%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lphhddl>. Acesso em: 07 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 206.608-7/RR. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 11 maio 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28206608%2E%2E+OU+206608%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kv2znq7>. Acesso em: 15 maio. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 219.983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 dez. 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=219983&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 263.010. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 15 jun. 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28263010%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mzymn8y>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 270.379-6/MS. Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, 17 abr. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28270379%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jvjg64w>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 282.169. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 13 mar. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28282169%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lmhbtcd>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349.703/RS. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03 dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=349703&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 419.528. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 ago. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=419528&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.828. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27828&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29087&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.542. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 30 set. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=29542&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Apelação criminal n. 0090.10.000302-0. Relator: Desembargador Mauro Campello. Boa Vista, 15 dez. 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/destaques/docs_destaque/acr-0090-10-000302-0/acr-0090-10-000302-0. Acesso em 23 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. *Habeas Corpus* n. 4.876 e n. 4.880. Relator: Ministro Adhemar Raymundo. Brasília, 27 nov. 1980. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 83, p. 248-301, mar. 1982.

d) Artigos de jornais e revistas

BRAGON, Ranier; MATTOSO, Camila. Ministro da Justiça critica índios e diz que ‘terra não enche barriga’. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 mar. 2017. Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1865209-ministro-da-justica-critica-indios-e-diz-que-terra-nao-enche-barriga.shtml>. Acesso em: 10 mar. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Advocacia e ilegalidade anti-índio. **Jornal do Brasil**. Disponível em: <http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2012/07/27/advocacia-e-ilegalidade-anti-indio/>. Acesso em: 31 mar. 2017.

Juruna, único deputado federal índio, more aos 58 anos no DF. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 jul. 2002. Personalidade. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1807200226.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

MAISONNAVE, Fabiano. Debate sobre definição de índios cresce após ataque no Maranhão. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 06 maio 2017. Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1881640-debate-sobre-definicao-de-indios-cresce-apos-ataque-no-maranhao.shtml>. Acesso em: 15 maio 2017.

Morre o ex-deputado federal e líder Xavante Mário Juruna. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 jul. 2002. Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u34751.shtml>. Acesso em 21 abr. 2017.

SUESS, Paulo. Ser índio – uma pena, um privilégio ou um direito? A política indigenista oficial tenta definir o índio “integrado”. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 abr. 1981.

VALENTE, Rubens. General indicado pelo PSC é nomeado para presidir a Funai. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 9 maio 2017. Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1882392-general-e-nomeado-para-presidir-a-funai.shtml>. Acesso em: 09 maio 2017.

e) Teses e dissertações

LAGES, Anabelle Santos. **O Supremo Tribunal Federal e a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: sujeitos, ambiguidades e poderes na principal corte jurídica do país. 2014. 227f. Tese (Doutorado em Sociologia) Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio**: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 243f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

f) Documentos consultados

BRASIL, Fundação Nacional do Índio. **Portaria do Presidente n. 520**. 04 maio 1988. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/51216/Proc_6CCR_1988_179.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 02 mar. 2017.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. **Atas da Subcomissão do Negro, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. Brasília, 05 maio 1987. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em: 29 dez. 2016.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**: textos temáticos. Brasília: CNV, 2014. Volume II. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em 15 maio 2017.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. **O Serviço de Proteção aos Índios (SPI)**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi?limitstart=0#> Acesso em: 6 fev. 2017.

GUIDE. *Archive of the Fourth Russell Tribunal on the rights of the Indians of the Americas*. Disponível em: <http://www.brill.com/archive-fourth-russell-tribunal> Acesso em: 09 fev. 2017.

MENDES, Gilmar. Ministro Gilmar Mendes diz que decisão sobre Raposa norteará as demais terras indígenas. **Entrevista**. 10 dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101261&sigServico=noticiaEntrevista&caixaBusca=N>. Acesso em: 24 mar. 2017.

PEREIRA, Levi Marques. **Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Guarani-Kaiowá Guyraroká**. Três Lagoas. 13 mar. 2012. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yCVkb-wfqmUJ:https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/rel.ver.final.1.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 09 maio 2017.

QUADROS, Cláudio Vinícius Nunes. **Petição Inicial**. Petição n. 3388/RR. Brasília, 20 abr. 2005. [s.n.t.]

RELATÓRIO FIGUEIREDO. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/relatorio-figueiredo>. Acesso em: 28 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre o marco temporal**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos>. Acesso em: 05 maio 2017.

g) Filmes e programas de televisão

AVAETÉ - Semente da Vingança. (filme). Direção: Zelito Viana. 1985. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tHhV3B3Phf0>. Acesso em: 09 maio de 2017.

JURUNA, Mário. **Entrevista concedida ao programa Globo Repórter**. 1984. Disponível em: <http://globotv.globo.com/rede-globo/memoria-globo/v/globo-reporter-juruna-1984/2797711/>. Acesso em: 09 fev. 2017.

SEGREDOS DA TRIBO. (filme). Direção: José Padilha. 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PHohldl9qYM>.