
DIREITOS DOS ÍNDIOS: UM OLHAR DA ANÁLISE ECONÔMICO-COMPORTAMENTAL DO DIREITO**Leila Maria Da Juda Bijos¹****Carlos Humberto Prola Júnior²****Benjamin Miranda Tabak³****Resumo**

As teorias antropológicas mais adequadas às realidades empíricas observadas em estudos etnográficos realizados em vários países e em diversas regiões do planeta – e que permeiam o novo paradigma estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que consagra um estado pluriétnico e o direito à diferenciação social –, demonstram o desenvolvimento de conceitos antropológicos, que apresentam ideias de aculturação, que o isolamento seria imprescindível à preservação da identidade étnica e de supremacia entre sociedades humanas. Embora essas ideias têm se refletido em nosso ordenamento jurídico na Jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, que têm decidido quem é ou não “índio legítimo” a partir de estereótipos que habitam o senso comum da nossa sociedade. Essas decisões mostram-se permeadas por preconceitos, frutos de vieses e heurísticas, objeto de estudo pela Análise Econômico-Comportamental do Direito – AED Comportamental. São resultado da operação inconsciente da heurística da representatividade, em especial, decorrência do viés da ilusão de validade, que leva a graves erros, pois a (suposta) similaridade, representatividade não é influenciada por diversos fatores que certamente afetariam esses julgamentos. Essas constatações denotam a necessidade de os juízes reconhecerem que também eles podem ter preconceitos inconscientes e vieses cognitivos, que podem influenciar seus julgamentos e decisões, devendo socorrer-se de laudos antropológicos, visando chegar a uma decisão refletida e apartada – na maior medida em que possível – desses vieses e heurísticas, nos julgamentos envolvendo os direitos dos índios. Nesse sentido, a metodologia utilizada para a análise em apreço é classificada como explicativa, método hipotético-dedutivo, constando de pesquisa bibliográfica, por meio de documentação, com fundamento no liberalismo político de John Rawls, além do liberalismo multicultural e o papel da Convenção 169 da OIT, na implementação desse liberalismo em relação aos povos indígenas.

Palavras-chave: antropologia, multiculturalismo, direitos dos índios, análise econômico-comportamental do direito.

¹ Pos-Doutora pela Saint Mary's University, Halifax, Nova Scotia, Canada. E-mail: leilabijos@gmail.com

² Professor Adjunto do Mestrado em Direito Econômico Internacional da Universidade Católica de Brasília. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Laboratório de Política Internacional”, e da Linha de Pesquisa em Direitos Humanos. Membro da Cátedra da UNESCO de Juventude, Educação e Sociedade. E-mail: prola@mpf.mp.br

³ Pesquisador Visitante da Universidade de Hyderabad, Índia; do Programa de Doutorado em Economia Internacional da Universidade de Tsukuba, e da University of Califórnia, San Diego (UCSD). E-mail: benjaminm.tabak@gmail.com

INTRODUÇÃO

Apesar dos questionamentos há muito existentes, tem imperado no Direito a ideia de que juízes, ao proferirem decisões, são seres puramente racionais. Contudo, já em 1930 especulava-se que as decisões judiciais podem ser influenciadas por questões tão prosaicas como o que juízes comeram no café da manhã (PARKS, 2015, p. 681-682).

Embora a maioria das pessoas efetivamente desejasse estar livre de preconceitos, atitudes e estereótipos, que as fazem julgar os indivíduos segundo categorias sociais, como raça e sexo, as evidências científicas sugerem que todos nós – não importa quanto tentemos ser justos e imparciais, ou quão profundamente acreditemos em nossa própria objetividade – temos associações mentais implícitas que irão, em dadas circunstâncias, alterar nosso comportamento. Esse fenômeno manifesta-se em todos os lugares, não havendo – obviamente – qualquer evidência de que as salas de audiência e os tribunais judiciários seriam uma exceção (KANG *et al.*, 2012, p. 1186).

Nas últimas décadas, cientistas sociais demonstraram que as pessoas apresentam uma cognição limitada, usando frequentemente atalhos – denominadas heurísticas – para resolver problemas. Embora úteis para solucionar problemas que de outra forma se revelariam demasiado difíceis, caso abordados diretamente, podem, por vezes, resultar em vieses cognitivos equivocados. Esses atalhos, por exemplo, podem levar a estereótipos raciais, tais como acerca da inferioridade física e mental dos negros e mestiços no Brasil (RODRIGUES, 1957), em que o autor fundamenta magistralmente a formação do pensamento social brasileiro sob bases escravagistas e marginalizantes, enfatizando disparidades em condenações, segundo a raça do acusado (PARKS, 2015, p. 682-683).

Essas análises e reconstituições discutem aspectos fundamentais da história brasileira têm ensejado alterações na abordagem da Análise Econômica do Direito – AED, até então centrada nas premissas da economia neoclássica, assumindo que as pessoas sempre fazem escolhas de maneira racional, visando ao benefício próprio. Segundo essa concepção clássica da AED, ao tomarem decisões, as pessoas levam em consideração exclusivamente seus custos e benefícios privados, tendo como objetivo maximizar seus benefícios, incorrendo no menor custo possível (PROLA JR, TABAK e AGUIAR, 2015, p. 81-82). Pesquisas empíricas, contudo, lançam dúvidas em relação a essas premissas, mostrando que as pessoas apresentam racionalidade, interesse próprio e força de vontade limitada (JOLLS, SUSTEIN e THALER, 1998, p. 1471).

A denominada Análise Econômico-Comportamental do Direito busca, portanto, um aprimoramento da abordagem clássica, a partir de uma concepção mais acurada de escolha, que reflita um melhor entendimento do comportamento humano e de suas vicissitudes (JOLLS, SUSTEIN e THALER, 1998, p. 1473).

No Brasil, a interpretação dos direitos dos índios parece estar permeada não apenas por incompreensões, mas também por preconceitos e estereótipos, que podem se refletir nas decisões judiciais sobre essa matéria.

Como resultado da história de genocídio, pacificação forçada, escravagismo e expulsão sucessiva dos povos indígenas – e em que pese há muito já refutadas por teorias antropológicas mais adequadas à realidade empírica observada em diferentes culturas e variadas regiões do planeta –, ideias de aculturação, isolamento e supremacia de “raças” e sociedades permeiam o senso comum em nosso país, não estando o Judiciário imune a esses influxos.

O presente trabalho visa analisar julgados de nossos tribunais acerca dos direitos dos índios que se apresentam em contradição com as teorias antropológicas atualmente entendidas como mais adequadas, buscando identificar nessas decisões, vieses e heurísticas estudadas pela Análise Econômico-Comportamental do Direito.

Inicialmente, o estudo discorre sobre evidências apontadas pela antropologia que, a partir de estudos etnográficos realizados em diversos continentes e países, refutam ideias de aculturação e de supremacia de sociedades, bem como apresentam contornos mais adequados acerca da identidade de um grupo étnico. Essas teorias antropológicas permeiam o novo paradigma estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que consagra um estado pluriétnico e o direito à diferenciação social.

A seguir o trabalho apresenta decisões que contrariam essas evidências e o novo paradigma constitucional, e podem estar associadas a vieses e heurísticas, em especial a da representatividade, objeto da AED Comportamental.

ANTROPOLOGIA, IDENTIDADE ÉTNICA E O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Equívocos da antropologia na década de 70, apontados por Veiga (2000, p. 6-7), levaram a considerações de que os índios inseridos nas regiões ditas mais desenvolvidas do país – Sul e Sudeste – teriam perdido sua forma própria de viver e dados como “aculturados”, termo que ainda pesa sobre os povos indígenas como um estigma, não obstante o novo paradigma com que os antropólogos brasileiros vêm trabalhando desde a década de 90.

Em quadro no qual apresenta a “Situação dos grupos indígenas brasileiros em 1957, quanto ao grau de integração na sociedade nacional”, Darcy Ribeiro (1985, p. 213-214) classifica Diversos desses povos como índios “integrados”.

Esses povos têm sido tachados de índios “aculturados”, que apresentariam traços que os desqualificariam como tais e os colocariam em oposição aos índios “puros” do passado, idealizados e apresentados como antepassados míticos (OLIVEIRA, 1998, p. 52). Nessa visão, usar calça jeans, portar carteira de motorista, possuir uma antena parabólica em sua residência, ou até mesmo utilizar telefone celular seria indicativo da perda de sua “indianidade” e a demonstração patente de sua “aculturação”.

A noção de “aculturação” envolvida neste trabalho é a de perda cultural (e identitária, portanto), ideia que, no Brasil, permeia e alimenta o “senso comum”, de que um grupo, em contato com outro, tenderia progressivamente a se “aculturar”, a adquirir sempre mais elementos culturais por ele não produzidos. É a visão leiga de separar o joio do trigo: quem é “realmente” indígena, o que se dá com apoio no art. 4º do Estatuto do Índio (SILVA, 2015)⁴, que adota, de forma condensada, a classificação desenvolvida por Darcy Ribeiro (1985, p. 386-388)⁵.

O laudo antropológico, nessa visão, seria o instrumento para a definição do grau de integração, a medida da conservação “de sua vida nativa”, relacionada a um passado pré-colombiano, em que grupos (supostamente) isolados iriam progressivamente entrando em contato com grupos da sociedade europeia (SILVA, 2015).

Essa visão de isolamento e “pureza” cultural contrasta com uma perspectiva de interação e interconexões, mais adequadas à realidade empírica observada em estudos etnográficos e que, como se verá adiante, melhor se coaduna ao novo paradigma estabelecido pela Constituição de 1988.

Embora muitas das constatações e teorias apresentadas neste trabalho não representem novidades no âmbito da antropologia, sendo amplamente aceitas já há algum tempo naquela ciência, tratam-se de temas que ainda causam surpresa e conflitam com muitas certezas que perfazem o senso comum dos denominados “operadores do Direito”.

Dessa forma, cabe inicialmente destacar descobertas arqueológicas relativas à fosséis do Australopithecíneos, que indicam que o surgimento da capacidade cultural não foi uma ocorrência abrupta – da espécie do congelamento da água –, mas um desenvolvimento lento e contínuo, em que o padrão cultural, o corpo e o cérebro criaram um sistema de realimentação positiva, em que cada um modelava o progresso do outro. A cultura, portanto, não foi acrescentada a um animal acabado, mas sim um ingrediente essencial na produção desse mesmo animal (GEERTZ, 2014, p. 34-35).

Esses fatos denotam que, como nosso sistema nervoso central cresceu em interação com a cultura, “ele é incapaz de dirigir nosso comportamento ou de organizar nossa experiência sem a orientação fornecida por sistemas de símbolos significantes”. Ou seja, se é certo que sem os homens não haveria cultura, também o é que

⁴ 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.

⁵ Classificação com quatro categorias referentes “aos graus de contato com a sociedade nacional, a saber: isolados, contato intermitente, contato permanente e integrados”, que representariam “etapas sucessivas e necessárias da integração das populações indígenas na sociedade nacional”.

sem cultura não haveria homens. Não existe natureza humana independente de cultura, pois, sem ela, os homens “seriam monstruosidades incontroláveis, com muito poucos instintos úteis, menos sentimentos reconhecíveis e nenhum intelecto: verdadeiros casos psiquiátricos”. Em conclusão: os homens são artefatos culturais (GEERTZ, 2014, p. 35-37).

Portanto, resta evidente, primeiro, a impropriedade de conceitos do tipo “índio aculturado”, por estar a cultura ligada de forma indissociável à condição humana. Além disso, “no que concerne a sua (nata) capacidade de apreender, manter, transmitir e transformar a cultura” verifica-se que “os diferentes grupos de *Homo sapiens* devem ser vistos como igualmente competentes” (GEERTZ, 2014, p. 51), o que afasta qualquer tentativa de afirmação de superioridade por parte de um grupo étnico humano.

Em um ensaio de 1952, intitulado “Raça e História”⁶, o antropólogo francês Claude Lévi-Strauss apresenta uma forte crítica à visão evolucionista das sociedades, que considera os diferentes estados em que se encontram as sociedades humanas como estágios ou etapas de um desenvolvimento único, que, partindo do mesmo ponto, deve convergir para o mesmo fim. Assim, primitivos bandos de coletores-caçadores passariam ao estágio das culturas agrícolas do neolítico, a seguir, ao dos impérios da antiguidade, chegando então ao ápice dessa evolução: a civilização europeia – ou, ainda, do bando, passando pela tribo, a chefatura, e chegando ao estado (SILVA, 2015).

Lévi-Strauss (1952), contudo, esclarece que a humanidade não se desenvolve sob o regime de uma uniforme monotonia, mas através de modos extraordinariamente diversificados de sociedades e de civilizações. Segundo afirma, estamos na presença de sociedades justapostas no espaço, umas ao lado das outras, umas próximas, outras mais afastadas, mas todas contemporâneas.

Em suas obras “Totemismo Hoje” e “O Pensamento Selvagem”, Lévi-Strauss (1975; 2012) demonstra, analisando estudos etnográficos de todos os continentes e de diversos países – inclusive do Brasil –, que o denominado pensamento selvagem não é o pensamento dos selvagens nem o de uma humanidade primitiva e arcaica, mas o pensamento em estado selvagem, diferente do pensamento cultivado ou domesticado com vistas a obter um rendimento, do homem dito civilizado (LÉVI-STRAUSS, 2012, p. 257). Trata-se de modos diferentes de pensamento científico, que não constituem estágios desiguais do desenvolvimento do espírito humano, mas dois níveis estratégicos em que a natureza se deixa abordar: um aproximadamente ajustado ao da percepção e ao da imaginação, e outro deslocado; um muito próximo da intuição sensível, outro mais distanciado (LÉVI-STRAUSS, 2012, p. 31).

Na mesma linha, Oliveira Filho (1994) afirma que, em que pese as concepções mais antigas do

⁶ Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Ra%C3%A7a-e-Hist%C3%B3ria-L%C3%A9vi-Strauss.pdf>>. Acesso em: 30 ago 2016.

evolucionismo e do funcionalismo pensarem as unidades sociais em que vivem os povos indígenas de um modo naturalizado, nada se passa conforme essas expectativas, pois as formas culturais não revelam a mesma homogeneidade e regularidade que a transmissão genética. As unidades sociais não são tão claramente recortadas, descontínuas e permanentes como os gêneros e espécies naturais, mudando com uma velocidade e uma radicalidade sem precedentes no âmbito do processo de evolução natural.

Lévi-Strauss (2012) também esclarece que a noção de diversidade das culturas humanas não deve ser concebida de uma maneira estática e que as sociedades nunca se encontram isoladas. Mesmo as culturas americanas, separadas do contato com o resto do mundo por um período de dez a vinte e cinco mil anos, constituíam uma multidão de sociedades que mantinham entre si contatos muito estreitos. Conclui, então, que a diversidade é menos função do isolamento dos grupos que das relações que os unem – desejo de oposição, de se distinguirem, de serem elas próprias.

Afirma aquele autor que a atitude de expulsar o selvagem para fora da humanidade, de repudiar pura e simplesmente as formas culturais, morais, religiosas, sociais e estéticas mais afastadas daquelas com que nos identificamos, é justamente a atitude mais marcante e a mais distintiva destes mesmos *selvagens* – aqueles que escolhemos considerar como tais. É o que denomina *paradoxo do relativismo cultural*: “é na própria medida em que pretendemos estabelecer uma discriminação entre as culturas e os costumes, que nos identificamos mais completamente com aqueles que tentamos negar”.

Para reputar determinadas sociedades humanas como “etapas” do desenvolvimento de outras, seria preciso admitir que – considerando que todas têm atrás delas um passado (desconhecido) de mesma ordem de grandeza –, enquanto nestas se passava qualquer coisa, com aquelas nada acontecia, desconsiderando que por dezenas ou centenas de milênios também nelas existiram homens que amaram, odiaram, sofreram, inventaram, combateram, o que leva à conclusão de que “não existem povos crianças, todos são adultos, mesmo aqueles que não tiveram diário de infância e de adolescência” (LÉVI-STRAUSS, 1952).

Oliveira Filho (1998, p. 68) afirma que os povos indígenas estão atualmente tão distantes das culturas neolíticas pré-colombianas quanto a sociedade brasileira atual está da sociedade portuguesa do século XV. Além disso, relatos etnográficos evidenciam que as sociedades indígenas são complexas, com culturas heterogêneas e diversificadas, não sendo possível descrever fatos relativos a uma cultura a partir de uma temporalidade única e homogeneizadora.

Segundo demonstra a antropologia, portanto, os chamados “povos primitivos” dispõem de culturas completas e funcionais, que em nada ficam atrás das chamadas “culturas dos civilizados”. Segundo essa teoria da relatividade cultural, as sociedades e as culturas não podem ser comparadas entre si – mais ou menos elevadas ou significativas –, devendo ser reconhecidas como realidades culturalmente diferentes, que não representam um

estágio inicial de evolução, mas, sim, possuidoras de formas próprias de organização (KAYSER, 2010, p. 210-211).

Lévi-Strauss (1952) apresenta, ainda, uma crítica à ideia de Progresso, como algo linear, afirmando que ele não é necessário nem contínuo, ocorre aos saltos, acompanhado por mudanças de direção, e é sempre o máximo num sentido pré-determinado pelo gosto de cada um. Esclarece que as culturas aparecem sempre coligadas a outras e é isso que lhes permite edificar séries cumulativas. A história cumulativa não é propriedade de determinada raça ou cultura, mas sim exprime certa modalidade de existência das culturas, uma maneira de estar em conjunto.

Por fim, afirma que, para progredir, é necessário que os homens colaborem, e é justamente no decurso dessa colaboração que eles veem gradualmente identificarem-se os contributos cuja diversidade inicial era o que tornava a sua colaboração fecunda e necessária, o que implica a “necessidade de preservar a diversidade das culturas num mundo ameaçado pela monotonia e pela uniformidade”.

Esse ensaio de Lévi-Strauss, juntamente com os estudos antropológicos que o embasaram e aqueles que a ele se seguiram, ao tempo em que desconstrói as ideias evolucionistas, traz a lume o relativismo cultural.

A noção de aculturação em antropologia aponta para um processo de gradação, de passagem entre estágios que definiriam uma identidade como indígena ou não. Nas Américas, o ponto de partida desse processo foi o momento pré-Colombo, a partir do qual os grupos (supostamente) isolados iriam progressivamente entrando em contato com outros grupos homogêneos, provenientes do continente europeu, produzindo-se a alteração das conformações sociais e das identidades nativas (SILVA, 2015).

Conforme Silva (2015), “nada é mais equivocado do que propor que um grupo possa sofrer uma *assimilação* pelo simples fato de estar em contato com outro”. Primeiro, porque a suposição de um ponto zero de tempo em que haveria um total isolamento é, em termos empíricos e por tudo o que foi afirmado no início desta seção, extremamente frágil, afinal, o isolamento é uma condição extremamente rara – para não dizer impossível –, pois o contato interétnico não implica apenas aquele entre grupos nativos e grupos dominadores em processos coloniais, mas também entre os próprios grupos nativos, em todo o globo terrestre.

Veiga (2000, p. 7) explica que o conceito de “aculturação” está relacionado ao ramo culturalista da antropologia, surgido na década de 30 nos Estados Unidos da América do Norte, que definia grupo étnico como agrupamento humano que partilhava da mesma cultura e língua, entendendo a cultura como o conjunto de traços – costumes, crenças, artes, técnicas – apresentados por um povo. A “aculturação” seria justamente a mudança nesses traços culturais apresentados pelo grupo, alterados ou substituídos por aqueles da sociedade envolvente.

O paradigma culturalista, ao tempo que representou um avanço, deslocando a discussão sobre a definição de povo do conceito de raça para o de cultura, passou a entender esta como algo estático, imutável, e não como algo dinâmico, em constante processo de mudança, resultando, no Brasil, no entendimento de que o

contato com a sociedade nacional seria catastrófico para os índios, que estariam condenados a perder sua identidade cultural e ser assimilados pela sociedade envolvente (VEIGA, 2000, p. 7).

Contudo, em texto publicado no fim da década de 60, Barth (1976) desconstrói o pressuposto do isolamento geográfico e sociocultural como elemento constituidor das identidades, enfatizando, ao contrário, a necessidade de interação para que especificidades e distinções pudessem vir a fazer sentido e ser construídas e remarcadas, o que torna fundamental a construção e a manutenção de fronteiras, também geográficas, mas especialmente sociais. Estabelecendo a distinção entre cultura e organização social, afirma que os grupos podem variar seus conteúdos ao longo do tempo, não obstante ele continue existindo como grupo com suas especificidades (SILVA, 2015).

O estudo de Barth (2000, p. 26) contrapõe-se à visão simplista de que os isolamentos social e geográfico seriam os fatores para a manutenção da diversidade cultural. O questionamento parte de duas constatações empíricas: a primeira, o fato de as fronteiras étnicas permanecerem apesar do fluxo de pessoas que as atravessam, ou seja, as distinções entre categorias étnicas não dependem da ausência de mobilidade, contato e informação, mas, ao contrário, implicam efetivamente processos de exclusão e de incorporação; em segundo lugar, a existência de relações sociais estáveis, persistentes e frequentemente vitais, que atravessam as fronteiras e muitas vezes estão baseadas na existência de status étnicos dicotomizados, ou seja, as distinções étnicas não dependem da ausência de interação e aceitação sociais, mas, ao contrário, constituem frequentemente a base sobre a qual esses sistemas sociais são construídos.

Enfatiza aquele autor que grupos étnicos são categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores envolvidos, sendo equivocado o ponto de vista que considera grupos étnicos como unidades portadoras de cultura, pois isso leva a identificar e distinguir os grupos étnicos pelas características morfológicas das culturas de que são portadores, fazendo com que a classificação como membro do grupo dependa da presença de traços culturais particulares e as diferenças entre grupos tornem-se diferenças entre inventários de traços culturais, concentrando a atenção sobre a análise das culturas, em detrimento da organização étnica. A relação dinâmica entre grupos será então descrita por estudos de aculturação, abrindo espaço ainda para uma “etnohistória” de aquisições e mudanças culturais, que tenta explicar a causa de empréstimos de certos itens, mas que apresenta dificuldades em estabelecer qual a unidade cuja continuidade no tempo é efetivamente representada nesses estudos, por serem incluídas culturas existentes no passado que, no presente, seriam evidentemente excluídas devido a diferenças entre suas formas – seus inventários de traços culturais (BARTH, 2000, p. 27 e 29-30).

Os grupos étnicos são considerados como uma forma de organização social, utilizada por pessoas e grupos para qualificarem a si mesmos, distinguindo-se de outros (auto-atribuição e atribuição por outros). Assim,

quando os atores, tendo como finalidade a interação, usam identidades étnicas para se categorizar e categorizar os outros, e passam a formar grupos étnicos. As características culturais levadas em conta nessa categorização não correspondem ao somatório das diferenças “objetivas” entre as unidades étnicas, mas tão-somente àquelas que os próprios atores consideram significativas. Esse conteúdo cultural das dicotomias étnicas apresenta duas naturezas: sinais diacríticos (vestimenta, língua, estilo de vida etc.) e orientações valorativas básicas (padrões de moralidade e excelência pelos quais as performances são julgadas) (BARTH, 2000, p. 31-32). Isso reforça o caráter político da etnicidade, pois, ao nomear algum elemento cultural como sinal diacrítico em relação aos demais, o grupo étnico o faz para afirmar-se enquanto tal, potencializando também a relação entre os conceitos de cultura e identidade, que passam a refletir-se mutuamente (VEIGA, 2000, p. 9).

Segundo Sahlins (1997, p. 7), da mesma forma que as pessoas organizam seus projetos e dão sentido aos objetos a partir das compreensões pré-existentes na ordem cultural, os homens criativamente repensam seus esquemas convencionais, pois as circunstâncias contingentes da ação não se conformam necessariamente aos significados que lhes são atribuídos por grupos específicos. Ou seja, ao mesmo tempo em que a cultura é historicamente reproduzida na ação, ela também é alterada historicamente na ação. Para ele, a ordem cultural é um objeto histórico, reproduzindo-se na mudança, em resposta às condições mutáveis de sua existência, desfazendo-se as dicotomias cultura e história, passado e presente, estático e dinâmico (SAHLINS, 1997, p. 8-13).

Nesse enfoque, podem mudar as características culturais que assinalam a fronteira, as características culturais dos membros e até mesmo a forma de organização do grupo, permanecendo a contínua dicotomização entre membro e não-membro, que possibilita especificar a natureza da continuidade e investigar a forma e o conteúdo cultural em mudança. Além disso, apenas os fatores socialmente relevantes tornam-se importantes para diagnosticar o pertencimento ou não ao grupo (BARTH, 2000, p. 32), tornando-se eventualmente irrelevante o fato de o indivíduo usar celular, vestir calça jeans ou até mesmo falar ou não sua língua materna.

O foco central da investigação passa a ser a fronteira étnica que define o grupo, não o conteúdo por ela delimitado, fronteira essa fundamentalmente social, embora possa ter contrapartida territorial (geográfica). A fronteira étnica canaliza a vida social: de um lado, nas relações intergrupos, implica um compartilhamento de critérios de avaliação e de julgamento, havendo um potencial para diversificação e expansão das relações sociais; de outro, nas relações intergrupos, a dicotomização implica o reconhecimento de limitações quanto às formas de compreensão compartilhadas, diferenças nos critérios para julgamento de valor e performance e restrição das interações aos setores em que há compreensão comum e interesses mútuos (BARTH, 2000, p. 33-34).

Viveiros de Castro (2016) apresenta uma crítica instigante a essa “etnologia do contato interétnico” – ou teoria do contato –, segundo ele, voltada somente para o estudo das interações com a sociedade nacional. Afirma que a grande diferença existente entre aquela teoria e a “teoria clássica”, à qual se alinha, é que a primeira adota uma

perspectiva centrada no polo colonial, que toma os índios como parte do Brasil – uma sociologia do Brasil indígena –, enquanto a segunda parte de uma perspectiva centrada no polo nativo, voltada para a construção de uma antropologia dos índios situados no Brasil – uma verdadeira sociologia indígena. Para ele, o problema dessa etnologia “contatualista” reside em ela estar voltada para as sociedades indígenas a partir do Estado nacional e afirma que a crítica de que a teoria clássica privilegiaria as dimensões internas dos coletivos indígenas não procede, porque, primeiro, associar as dimensões externas dos povos indígenas à sociedade nacional seria uma presunção etnocêntrica; segundo, uma vez estabelecida a perspectiva centrada no polo indígena, tudo lhe é interno, inclusive a sociedade envolvente. Ou seja, “a antropologia indígena toma o ‘exterior’ e o ‘interior’ como dimensões simultaneamente constituídas por um processo *indígena* de constituição que não tem nem ‘dentro’ nem ‘fora’” (VIVEIROS DE CASTRO, 2016, pp. 120-121).

Ambas as perspectivas, contudo, não parecem divergir quanto à conclusão de que, mesmo quando assimilam objetos culturais alienígenas, anteriores ou posteriores ao contato, os povos indígenas não perdem a sua identidade étnica. Assim, por exemplo, apesar das intensas trocas culturais, “os [índios] Kaingang continuam essencialmente Kaingang” (VEIGA, 2000, p. 10).

Conforme mencionam Mura e Silva (2011), Barth, em trabalho mais recente, chama a atenção para as diferenças entre cultura e organização social utilizando a metáfora da correnteza, em que o fenômeno cultural é visto como um fluxo, que tende a se difundir livremente entre todos os indivíduos com que entra em contato. A organização social, ao contrário, produz diferenças, impondo barreiras e fronteiras, canalizando o fluxo cultural e permitindo que modelos culturais contrastantes sejam gerados. A rigor, segundo ele, cada indivíduo é portador de uma cultura singular, sendo os modelos mais abrangentes sínteses baseadas em compromissos intersubjetivos.

Nesse aspecto, Geertz (2014, p. 25) esclarece que, na perspectiva iluminista, haveria “uma natureza humana tão regularmente organizada, tão perfeitamente invariante e tão maravilhosamente simples como o universo de Newton”. Instiga, contudo, que essa imagem, de uma natureza humana constante, independente de tempo, lugar e circunstância, pode ser uma ilusão, pois o homem pode estar envolvido onde ele está, quem ele é e no que ele acredita, aspectos que lhe são inseparáveis. Afirma, então, que é firme a convicção da antropologia moderna de que não existem de fato homens não modificados pelos costumes de lugares particulares, nunca existiram nem o poderiam, pela própria natureza de seu ser (GEERTZ, 2014, p. 26), conforme acima descrito.

A antropologia vem tentando encontrar seu caminho para um conceito mais viável sobre o homem, no qual a cultura e a variabilidade cultural possam ser mais levadas em conta, e não concebidas como caprichos ou preconceito, mas que, ao mesmo tempo, não transforme a “unidade básica da humanidade”, princípio dominante nessa área do conhecimento, numa expressão vazia. Considerar que a diversidade de costumes no tempo e no espaço não é simplesmente uma questão de indumentária ou aparência é também reconhecer que a humanidade

é tão variada em sua essência como em sua expressão, buscando evitar os extremos, de um lado, do relativismo cultural; de outro, do evolucionismo (GEERTZ, 2014, p. 27).

Esse enfoque antropológico permeia o novo paradigma estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que representou uma ruptura com as ideias de aculturação dos índios, a obstar que o Estado lance mão de políticas públicas que desrespeitem suas formas específicas de viver. Esse direito à diferenciação social está consubstanciado pelas normas dos artigos 210, 215, 216 e 231 da Constituição Federal⁷, que se inserem em um “direito da igualdade das diferenças”, em que o diferente também é possuidor de direitos, ideia que pode ser resumida na expressão “iguais, mas diferentes” (GOMES DA SILVA, 2015, p. 47-54).

A Constituição, dessa forma, não assegura um simples direito à cultura, mas sim um direito à diferenciação social, que engloba o território, a organização social e a cultura. Hoje se apregoa a não aculturação como política de concretização dos direitos fundamentais, pela qual direitos existenciais e culturais são preservados, e não mais violados (GOMES DA SILVA, 2015, p. 47-54).

Santos (2006, p. 462) infere que não pode haver reconhecimento sem distribuição, ou seja, o multiculturalismo pressupõe que o princípio da igualdade seja perseguido paralelamente com o princípio do reconhecimento da diferença: “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”.

Em sentindo semelhante, afirma a Subprocuradora-Geral da República Deborah Duprah (2015):

A Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à invisibilidade.

Concluindo, então, a mesma autora (DUPRAT, 2015):

Corolário do mesmo preceito constitucional é o banimento definitivo das categorias, positivadas no ordenamento jurídico pretérito no trato da questão indígena, de aculturados ou civilizados, seja porque a noção de cultura como totalidade, como perfeita coerência de crenças unívocas e homogeneamente partilhadas, é ultrapassada, seja porque, nas relações interétnicas, as situações de contato não significam o abandono dos códigos e valores que orientam cada grupo, verificando-se antes a possibilidade de articulação em alguns setores ou domínios específicos de atividades, mantidas as proscricções de interações tendentes a proteger partes de sua cultura da confrontação e da modificação.

Assim, a atuação do Estado em relação a esses grupos, de modo a garantir seu direito à identidade, pressupõe a compreensão de suas formas de ver e conhecer o mundo.

A ordem constitucional inaugurada em 1988, portanto, “é pluriétnica e multicultural, acolhendo a diversidade como valor a ser preservado” (VITORELLI, 2015, p. 35), quadro esse reforçado pela edição e

⁷ A primeira, a respeito da educação indígena, as duas subsequentes tratam dos direitos culturais e a última dos direitos gerais dos índios (SILVA, Paulo Thadeu, 2015, p. 47).

internalização no país da Convenção nº 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho⁸.

Ao contrário da anterior Convenção 107⁹, que explicitamente adotava o princípio integracionista (artigo 2º), o novo documento da OIT rompe com o paradigma da aculturação, desde o seu preâmbulo¹⁰, estabelecendo em seu artigo 2º, 2, “b”, a obrigação de os governos dos estados signatários desenvolverem ações que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas e tribais, *respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições*.

Segundo Gomes da Silva (2015, p. 143-144), a Convenção representa uma viragem na abordagem dos direitos dos índios, fruto da crise do indigenismo, embalada pelo discurso de etnodesenvolvimento do ambientalismo e da intensa mobilização do movimento indígena internacional. Representa uma transição – ao menos parcial¹¹ – de um regime em que os índios eram objeto de políticas de integração, para uma abordagem em que eles surgem como sujeitos de direitos, com alteração da *cooperação* dos índios exigidas no primeiro documento, para a *participação* exigida na convenção atual.

A Convenção ainda dispõe que “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção” (art. 1º, 2). Positiva, assim, como direito, o autorreconhecimento da pessoa como índia, o que talvez nem fosse necessário, pois insito à sua condição humana, antecedente à titularidade de qualquer direito (GOMES DA SILVA, 2015, p. 144-145).

O Estado, então, deverá respeitar o fato de que *os grupos étnicos são categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores envolvidos*, o que obsta que o legislador, o administrador, o juiz e qualquer outro ator estranho ao grupo diga o que este é de fato (DUPRAT, 2015).

Contudo, embora refutadas pela antropologia e não acolhidas pela Constituição de 1988, essas ideias de aculturação – que associa um suposto isolamento à “pureza cultural” dos povos indígenas – e de (imaginada) supremacia de algumas sociedades humanas em face de outras, têm se refletido em nosso ordenamento jurídico e também na Jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, que têm decidido quem é ou não “índio legítimo” a partir de vieses cognitivos e estereótipos que habitam o senso comum da nossa sociedade.

⁸ Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 27 de junho de 1989. Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais. Internalizada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

⁹ Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho, de 05 de junho de 1957. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes

¹⁰ “Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; (...)”.

¹¹ Segundo o autor, haveria resquícios da presença de um certo paternalismo.

HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS EM DECISÕES JUDICIAIS SOBRE OS DIREITOS DOS ÍNDIOS

Apesar de todo o acima exposto, o paradigma da aculturação tem se refletido em nosso ordenamento jurídico. Como exemplo, influenciou diretamente no regramento da responsabilidade dos índios nos estatutos penais.

Vitorelli (2015, p. 340-341) registra que a Consolidação das Leis Penais de 1932 continha dispositivo que equiparava aos menores os índios “nômades, os arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco anos de estabelecimento em povoação indígena”. Destaca ainda que, apesar de o Código Penal de 1940, de forma intencional, nada dispor sobre a responsabilidade do índio, o que foi mantido pela reforma de 1982, sua Exposição de Motivos denota a pretensão de excluir os índios de imposição de penas através do atual art. 26, que assim dispõe:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A doutrina penalista tradicional tem afirmado, então, que “Silvícolas inadaptados: são inimputáveis; Índio aculturado: é imputável; Índio em fase de integração: só por isso não é inimputável, exigindo-se laudo pericial a respeito da imputabilidade” (JESUS, 1999, p. 108-109).

Contudo, mesmo autores que – ao menos nos parece – se possa denominar mais progressistas apresentam interpretação semelhante, no sentido da aplicação desse dispositivo aos índios (ao menos aos “não integrados”, “inadaptados”), enquadrando-os na categoria de *pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado*¹².

Esse entendimento também permeia a Jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, conforme denotam os seguintes julgados:

EMENTA: 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. (HC 85198, Relator(a): Min. EROS

¹² Nesse sentido, GRECO (2005, p. 446) afirma: Sob o título do desenvolvimento mental incompleto ou retardado se agrupam, ainda nas lições de Hungria, “não só os deficitários congênicos do desenvolvimento psíquico ou oligofrênicos (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os silvícolas inadaptados”.

GRAU, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 09-12-2005 PP-00016 EMENT VOL-02217-02 PP-00368 RTJ VOL-00203-03 PP-01088 RJP v. 2, n. 8, 2006, p. 162 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 334-339)

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO.

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA.

DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO.

ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três co-réus, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador.

II. *Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização.*

III. *Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da imputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico.*

IV. Precedentes do STJ e do STF.

V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.

VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido in caso. Precedentes.

VII. Ordem denegada. (HC 30.113/MA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 305)

Evidente, portanto, que o paradigma da aculturação ainda se apresenta preponderante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência em matéria criminal, embora refutado pela Antropologia e incompatível com o novo paradigma estabelecido pela Constituição de 1988, conforme acima descrito.

Dessa forma, a impropriedade dessas decisões judiciais, que pretendem aferir a imputabilidade de índios autores de condutas tipificadas como crime a partir de uma escala de gradação de aculturação, nos parece bastante clara.

Primeiro, porque, salvo em casos em que o índio seja efetivamente portador de alguma doença mental ou apresente desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a imputação ou não a ele da prática de um crime não consiste em um problema de imputabilidade, mas – como ocorre com qualquer pessoa humana – de uma avaliação quanto à configuração ou não dos elementos do delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Esse é também o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 647):

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que compartilha de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a

imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – biologista e racista – já produziu frequentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, em seu gabinete de elucubração, uma “mentalidade primitiva”, que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas.

Portanto, a indevida classificação como “índio de verdade”, de um lado, e “aculturado” ou “integrado”, de outro, não denota qualquer relação com a existência ou não de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo absolutamente inadequada para avaliar a imputabilidade ou não da pessoa humana indígena autora de uma conduta formalmente típica.

Ademais, diante de todo exposto na seção anterior, incabível tentar estabelecer uma medida de “indianidade” – mais ou menos “aculturado”, “integrado” – a partir da mera observação de alguns traços culturais, como uso de celular, domínio da língua, grau de escolaridade, habilitação para conduzir veículo, entre outros empregados pelos Tribunais.

Conforme já demonstrado, *os grupos étnicos são categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores envolvidos*, impedindo que o legislador, o administrador, o juiz e qualquer outro ator estranho ao grupo diga quem é ou não índio.

Por último, diante da enorme diversidade dos povos indígenas que habitam o território nacional, com variados níveis de interação e trocas culturais, entre si e com a sociedade envolvente, resta clara a falácia de que um (único) estereótipo – de um imaginário “índio de verdade” – possa ser representativo dessa realidade multifacetada dos povos indígenas em nosso país e capaz de estabelecer quem é ou não indígena, o que somente pode se dar a partir do autorreconhecimento e do reconhecimento pelo grupo.

Além da avaliação da imputabilidade dos índios, o denominado “grau de aculturação” também tem sido empregado pelos Tribunais para aferir a aplicabilidade ou não do disposto no art. 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio, que prevê o regime de semiliberdade para o cumprimento das penas de reclusão ou detenção para o índio condenado pela prática de infração penal¹³, previsão que visa possibilitar a preservação dos laços comunitários do índio com seu povo durante o cumprimento da sanção criminal que lhe tenha sido imposta.

Assim, em que pese decisão do Supremo Tribunal Federal acima referida corretamente afirmar que o regime de semiliberdade trata-se de “direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena” – que deverá ser estabelecida na perspectiva do auto reconhecimento, segundo estabelecem a Constituição Federal e a

¹³ 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

Convenção 169 da OIT – a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça parece firme quanto a tal dispositivo não ser aplicado ao “índio integrado à sociedade”. Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONSELHO DE SENTENÇA. ENTREGA DE CÓPIA DA PRONÚNCIA AOS JURADOS. ARTIGO 478, INCISO I, DO CPP. ARGUMENTO DE AUTORIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

ART. 56 DA LEI N. 6.001/1973. INAPLICABILIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ESPECIAL DE SEMILIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. ÍNDIO INTEGRADO À SOCIEDADE.

(...)

3. "Este Tribunal Superior possui entendimento firmado de que o art.

56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/76 (Estatuto do Índio), a embasar a pretensão de atenuação da reprimenda, somente se destina à proteção do silvícola não integrado à comunhão nacional; ou seja, esse dispositivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira" (AgRg no REsp n. 1.361.948/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013).

4. No presente caso, a Corte de origem concluiu que, *"pelas provas coligidas nos autos, verifica-se que o apelante, embora de origem indígena, encontra-se plenamente integrado á sociedade, já que possui documentação civil, carteira profissional, possui título de eleitor (fls. 142 e 173) o que o torna cidadão nacional, fala a língua portuguesa, possui veículo automotor, inclusive dirigindo, na forma dos depoimentos testemunhais, bem como participa de jogos de futebol na comunidade"* (e-STJ fls. 331), o que afasta a atenuação da reprimenda prevista no artigo 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/1976 (Estatuto do Índio).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1373007/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016)

Na mesma linha dessa jurisprudência da Corte Superior, em recente decisão, índios Kaingang do Oeste de Santa Catarina, condenados por homicídio pela morte de um produtor rural, ocorrida em uma situação de conflito pela demarcação de sua terra tradicional naquela região, tiveram negado o direito ao cumprimento da pena de reclusão em regime de semiliberdade por tratar-se de índios “aculturados” – ou seja, não-índios¹⁴.

Contudo, a análise do acórdão da Corte Regional que julgou improcedente o apelo dos acusados nesse ponto, mostra claramente a contradição daquele julgado, pois, apesar de reconhecer um dos acusados como “cacique da Tribo”, inclusive utilizando tal qualidade para imputar-lhe “condições de definir os rumos da empreitada criminoso”, nega-lhe a condição de índio.

Em outra passagem, embora o acórdão reconheça que o laudo antropológico juntado aos autos afirma que o fato de os índios utilizarem-se de instrumentos produzidos por eles próprios, assim como instrumentos produzidos pela evolução do homem, “não depõe contra a cultura indígena nem os afasta de sua identidade

regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

¹⁴ Ação Penal nº 2004.72.02.000942-2, que tramitou na Subseção Judiciária de Chapecó/SC.

étnica”, confirmando que “os Kaingang são índios”, conclui que os índios não teriam direito ao cumprimento da pena no regime de semiliberdade, por tratar-se de índios “aculturados” (portanto, não-índios), em virtude de o laudo afirmar tratar-se de grupo indígena inserido na sociedade envolvente, com a qual mantém inter-relações.

Decisões como a acima descritas – chanceladas pelas mais altas Cortes do país, mas flagrantemente contrárias às teorias antropológicas e ao paradigma estabelecido pela Constituição de 1988 – mostram-se permeadas por estereótipos, frutos de vieses e heurísticas que têm sido objeto de estudo pela Análise Econômico-Comportamental do Direito – AED Comportamental.

No âmbito da economia e da Análise Econômica do Direito – empregada, por exemplo, para realizar previsões acerca de alterações legislativas – é amplamente aceito o modelo do agente racional, que teria sempre uma perspectiva racional ao considerar as possíveis consequências de seus atos e que agiria visando apenas seu próprio interesse. Essas hipóteses, contudo, têm cada vez mais sido objeto de duras críticas, tendo seus opositores afirmado que elas são irrealistas e deveriam incorporar muitas observações realizadas no campo da psicologia. Os vários pontos de vista em que baseadas essas críticas formam a base da AED Comportamental (DOOMEN, 2011).

A tarefa da AED Comportamental, de forma bastante simplificada, é então explorar as implicações do comportamento humano real (não hipotético) para o Direito, considerando as diferenças existentes entre as pessoas reais e o denominado *homo economicus* – perfeitamente racional, que sempre busca maximizar suas utilidades, segundo preferências estáveis e acumulando quantidades ótimas de informações – da teoria clássica. A AED Comportamental considera que as pessoas apresentam racionalidade, força de vontade e interesse próprio limitados, que configuram formas significativas pelas quais a maioria das pessoas se afastam do modelo econômico padrão (JOLLS, SUSTEIN e THALER, 1998, p. 1476).

Por racionalidade limitada, entende-se o evidente fato de que as pessoas não apresentam habilidades cognitivas infinitas, apresentando capacidade computacional limitada e falhas graves de memória. Para lidar com suas limitações cognitivas, as pessoas buscam minimizar o somatório dos custos de suas decisões e dos custos dos erros dessas decisões, criando listas para compensar suas limitações de memórias e usando atalhos e estimativas para lidar com o poder limitado do cérebro (JOLLS, SUSTEIN e THALER, 1998, p. 1477). Nesse processo, as pessoas empregam heurísticas simplificadoras para resolver problemas complexos. Contudo, a confiança nessas heurísticas provoca vieses previsíveis, resultando em erros sistemáticos nas estimativas (KAHNEMAN, 2011).

Em que pese as heurísticas sejam úteis na média – o que explica por que elas são adotadas –, levam a erros em circunstâncias particulares. Isso significa que alguém, ao empregar essas estimativas, poderá estar, de certa forma, comportando-se racionalmente, no sentido de economizar tempo de processamento. Contudo, estará fazendo previsões diferentes daquelas que emergem do modelo padrão da escolha racional (JOLLS, SUSTEIN e

THALER, 1998, p. 1477-1478).

Segundo Kahneman (2011), tudo se passa como se a mente humana operasse a partir de dois sistemas: o Sistema 1, o pensamento intuitivo, que atua de forma automática e rápida, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário; e o Sistema 2, o pensamento vagaroso, deliberado, que aloca atenção às atividades mentais laboriosas, incluindo cálculos complexos, e com o qual nos identificamos. Segundo aquele autor:

(...) os Sistemas 1 e 2 estão ambos ativos sempre que estamos despertos. O Sistema 1 funciona automaticamente e o Sistema 2 está normalmente em um confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua capacidade está envolvida. O Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Se endossadas pelo Sistema 2, impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem — normalmente.

Assim, a maior parte do que pensamos e fazemos origina-se do denominado Sistema 1. Contudo, o Sistema 2, que normalmente tem a última palavra, assume o controle quando as coisas ficam difíceis. Essa divisão de trabalho é altamente eficiente, minimizando esforço e otimizando desempenho, pois o Sistema 1 geralmente faz estimativas precisas e suas reações são rápidas e normalmente apropriadas (KAHNEMAN, 2011).

Porém, mesmo quando o uso de atalhos mentais é racional, isso pode produzir erros previsíveis (JOLLS, SUSTEIN e THALER, 1998, p. 1477), pois o Sistema 1 tem vieses, erros sistemáticos que ele tende a cometer em circunstâncias específicas, pois responde a perguntas mais fáceis do que as que são feitas, exibindo pouco entendimento de lógica e estatística. Além disso, opera automaticamente e não pode ser desligado a seu bel-prazer, tornando difícil prevenir os erros desse pensamento intuitivo, pois o Sistema 2 talvez não ofereça pista alguma sobre eles (KAHNEMAN, 2011).

Embora o Sistema 2 articule julgamentos e faça escolhas, com frequência endossa ou racionaliza ideias e sentimentos gerados pelo Sistema 1, que não se deixa coibir por limites de capacidade e é pródigo em cálculos, gerando respostas para questões relacionadas, quando estas vêm mais facilmente à cabeça em substituição à que era exigida. Essa resposta heurística não é necessariamente mais simples do que a da pergunta original, apenas é mais acessível, calculada com maior rapidez e facilidade; não é aleatória e muitas vezes está aproximadamente correta, mas às vezes é completamente errada (KAHNEMAN, 2011).

Uma das funções do Sistema 1 também é determinar se esforço extra é exigido do Sistema 2, o que gera tensão cognitiva e torna a pessoa mais vigilante e desconfiada, menos confortável, cometendo menos erros – em que pese tornar-se menos intuitiva e criativa que o normal. Em situação de conforto cognitivo, a pessoa gosta mais do que vê, acredita no que ouve, confia nas intuições e sente que a situação atual é confortavelmente familiar. Portanto, tudo que torne mais fácil a máquina associativa funcionar com suavidade também vai predispor crenças

(KAHNEMAN, 2011).

Dessa forma, uma das principais funções do sistema 1 é avaliar a normalidade, mantendo e atualizando um modelo de seu mundo pessoal, que representa o que há de normal nele (KAHNEMAN, 2011):

O modelo é construído por associações que ligam ideias de circunstâncias, eventos, ações e resultados que concorrem com alguma regularidade, seja ao mesmo tempo, seja dentro de um intervalo relativamente curto. Conforme essas ligações são formadas e fortalecidas, o padrão de ideias associadas vem representar a estrutura de eventos em sua vida, e determina tanto sua interpretação do presente como suas expectativas do futuro.

Por outro lado, o Sistema 1 é insensível à qualidade e à quantidade das informações que origina as impressões e intuições, importando-se apenas com a coerência da história que ele consegue criar, o que decorre da consistência da informação, não de sua completude. É a ideia de “o que você vê é tudo o que há”, que gera coerência e conforto cognitivo e nos leva a aceitar uma afirmação como verdadeira (KAHNEMAN, 2011).

Esses procedimentos simples empregados para encontrar respostas adequadas para perguntas difíceis, ainda que geralmente imperfeitas, são chamadas heurísticas. Uma delas é denominada heurística da representatividade, em que as probabilidades são avaliadas segundo o grau em que um indivíduo é representativo de um grupo. Por exemplo, a probabilidade de que uma pessoa seja um bibliotecário conforme essa heurística é avaliada segundo o grau em que ele é representativo de, ou similar a, o estereótipo de um bibliotecário (TVERSKY e KAHNEMAN, 1974, p. 1124).

A heurística da representatividade leva as pessoas a tomarem decisões negligenciando as probabilidades *a priori* de resultados e o tamanho das amostras, bem como a partir de concepções errôneas de possibilidades de processos aleatórios, tornando-as insensíveis à previsibilidade. Segundo esse último viés – insensibilidade à previsibilidade –, as pessoas preveem unicamente em termos do caráter propício da descrição, o que faz com que suas previsões sejam insensíveis à confiabilidade da evidência e à acurácia esperada da previsão (TVERSKY e KAHNEMAN, 1974).

Outro viés decorrente dessa heurística é a ilusão de validade. Quando as pessoas fazem previsões selecionando o resultado (por exemplo, uma ocupação) mais representativo do *input* (por exemplo, a descrição de uma pessoa), a confiança que depositam em sua previsão depende primordialmente do grau de representatividade (ou seja, da qualidade da equiparação entre o resultado selecionado e o *input*), com pouco ou nenhum interesse pelos fatores que limitam a precisão preditiva. Assim, “as pessoas manifestam grande confiança na previsão de que uma pessoa é uma bibliotecária quando veem uma descrição de sua personalidade que combine com o estereótipo de bibliotecários”, mesmo que essa descrição seja escassa e não confiável, persistindo a ilusão mesmo quando quem julga tem consciência dos fatores que limitam a precisão de suas previsões (TVERSKY e KAHNEMAN, 1974, p. 1126).

As decisões de Tribunais acima referidas, que avaliam se uma pessoa trata-se ou não de “verdadeiro”

índio a partir da presença de alguns traços culturais, inadequados ao estereótipo que permeia o senso comum, parece ser resultado da heurística da representatividade, em especial, decorrência do viés da ilusão de validade, que leva a graves erros, pois a (suposta) similaridade, representatividade não é influenciada por diversos fatores que certamente afetariam esses julgamentos.

Embora tenham se tornado menos proeminentes e públicos os casos explícitos de sexismo, racismo e outras formas de preconceito, permanecem importantes as questões relativas ao preconceito implícito, consistente em atitudes e estereótipos que afetam nosso entendimento, comportamento e capacidade de decisão, sem que nos demos conta disso (KANG *et al.*, 2012, p. 1126). É o que ocorre – ao menos nos parece – com as decisões judiciais de casos envolvendo os direitos dos índios, de que os julgados acima transcritos são apenas um exemplo.

Certamente o novo paradigma constitucional, que consagra um estado pluriétnico e o direito à diferenciação social, e as várias teorias antropológicas acima referidas não são desconhecidos, ao menos em grande medida, especialmente por parte dos magistrados que compõem as mais altas cortes de justiça do país.

Contudo, as decisões parecem ainda estar muito baseadas em estereótipos e incompreensões acerca dos cânones culturais desses povos, denotando vieses que impedem uma correta implementação das normas constitucionais e de tratados de que o país é signatário.

Essas constatações denotam a necessidade de os juízes reconhecerem que (provavelmente) também eles podem ter preconceitos inconscientes e vieses cognitivos, que podem influenciar seus julgamentos e decisões, devendo trabalhar preventivamente para alcançar imparcialidade em um nível subconsciente, ou, até mesmo, declarar-se suspeitos em determinadas circunstâncias (PARKS, 2015, p. 697).

Em muitos desses casos, uma decisão refletida, apartada – na maior medida em que possível – de vieses e heurísticas, somente poderá ocorrer socorrendo-se o julgador de laudos antropológicos, estudos realizados visando chegar a interpretações e a uma compreensão do objeto analisado, produzindo explicações sobre fatos que envolvem a diversidade cultural dos índios em nosso país (SILVA, 2015).

Fundamental, contudo, o perfeito entendimento acerca das premissas da metodologia antropológica, que envolve a vivência prolongada com o grupo estudado, a empatia por outros valores e modos de vida e a necessária identificação para apreender “de dentro” as categorias culturais alheias (POZ NETO, 1994, p. 53).

Ha que se ter em mente, portanto, que os laudos antropológicos são estudos absolutamente distintos, por exemplo, daqueles elaborados em um exame balístico ou de DNA, reconhecidos como meios de trazer elementos de verdade de modo incontestado. Esse reconhecimento dos laudos mais usuais no âmbito do Judiciário cabe destacar, não está na própria “natureza” ou “essência” desses outros trabalhos periciais. Trata-se, antes, de um reconhecimento social, fruto de um processo de caráter histórico, social e político (SILVA, 2015), permeado

também por heurísticas e vieses, que podem acabar por transferir para a análise do laudo pericial antropológico todas as impropriedades e vieses cognitivos equivocados identificados nas decisões judiciais baseadas exclusivamente em estereótipos e na presença de traços culturais.

Dessa forma, e conforme conclui Silva (2015), é perfeitamente possível produzir o convencimento racional do juiz, a partir de uma boa perícia antropológica, desde que haja interesse dos profissionais do Direito em atuar de boa fé e – acrescentamos – sejam afastados os preconceitos, vieses e heurísticas que comprometem o perfeito entendimento e capacidade de decisão do julgador nos casos que envolvem direitos dos índios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias antropológicas mais adequadas às realidades empíricas observadas em estudos etnográficos realizados em vários países e em diversas regiões do planeta – inclusive no Brasil – demonstram a impropriedade das ideias de aculturação, de que o isolamento seria imprescindível à preservação da identidade étnica e de supremacia entre sociedades humanas.

Essas teorias antropológicas permeiam o novo paradigma estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que consagra um estado pluriétnico e o direito à diferenciação social.

Contudo, as ideias de aculturação, de primitivismo dos povos tradicionais e de superioridade de umas sociedades em relação a outras têm se refletido em nosso ordenamento jurídico, influenciando diretamente, por exemplo, o regramento da responsabilidade dos índios nos estatutos penais.

Esse entendimento também permeia a Jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, que têm decidido quem é ou não “índio legítimo” a partir de estereótipos ainda presentes no senso comum da sociedade envolvente, em que pese ser evidente a impossibilidade de tentar estabelecer uma medida de “indianidade” a partir da mera observação de alguns traços culturais, como uso de celular, domínio da língua, grau de escolaridade, ou habilitação para conduzir veículo.

Essas decisões, portanto, mostram-se traspassadas por estereótipos, frutos de vieses e heurísticas que têm sido objeto de estudo pela Análise Econômico-Comportamental do Direito – AED Comportamental. São resultado da operação inconsciente da heurística da representatividade, em especial, decorrência do viés da ilusão de validade, que leva a graves erros, pois a (suposta) similaridade, representatividade não é influenciada por diversos fatores que decerto afetariam esses julgamentos.

Essas constatações denotam a necessidade de os juízes reconhecerem que (provavelmente) também eles podem ter preconceitos inconscientes e vieses cognitivos, que podem influenciar seus julgamentos e decisões, devendo trabalhar preventivamente para alcançar imparcialidade em um nível subconsciente, ou, até mesmo, declarar-se suspeitos em determinadas circunstâncias.

Em muitos dos casos envolvendo direitos dos índios, uma decisão refletida, apartada – na maior medida em que possível – de vieses e heurísticas, somente poderá ocorrer socorrendo-se o julgador de laudos antropológicos, estudos realizados visando chegar a interpretações e a uma compreensão do objeto analisado, produzindo explicações sobre fatos que envolvem a diversidade cultural dos povos indígenas.

RIGHTS OF INDIANS: A LOOK FROM THE ECONOMIC-BEHAVIORAL ANALYSIS OF LAW

Abstract

The most appropriate anthropological theories to the empirical realities observed in ethnographic studies conducted in several countries and in various regions of the planet - and that permeate the new paradigm established by the Brazilian Constitution of 1988 devotes a multiethnic state and the right to social differentiation – it shows the inappropriateness of acculturation ideas, emphasizing that isolation would be essential to the preservation of ethnic identity and supremacy of human societies. Although its inappropriateness is evident, these ideas have been reflected in our legal system and also in the European Court, including the Superior Courts, who have decide who is or is not "legitimate Indian" from stereotypes inhabiting the common sense of our society. These decisions show it is permeated by prejudices, biases and heuristics fruits studied by Economic and Behavioral Analysis of Law - AED Behavioral. Are the result of unconscious operation of the representativeness heuristic, in particular due to the bias of the illusion of validity, which leads to serious errors, because the (supposed) similarity representation is not influenced by several factors that would certainly affect those judgments? These findings point out to the need for judges to recognize that they also may have unconscious biases and cognitive biases that can influence their judgments and decisions and should have recourse to anthropological reports, aiming to reach a considered and detached decision - to the greatest extent that possible - these biases and heuristics in trials involving the rights of Indians. In this sense, the methodology used for this analysis is classified as explanatory, hypothetical-deductive method, consisting of bibliographical research, through documentation, based on John Rawls political liberalism, multicultural liberalism and the role of Convention 169 of the ILO, in the implementation of this liberalism in relation to indigenous peoples.

Keywords: Anthropology; multiculturalism; indigenous rights; economic and behavioral analysis of law.

REFERÊNCIAS

BARTH, Fredrik. **Los grupos étnicos y sus fronteras**: la organización social de las diferencias culturales. México: Fondo de Cultura Económica, 1976.

BARTH, Fredrik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000.

DOOMEN, Jasper. Rationality in Law and Economics. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 230-243, Jul-Dez, 2011.

DUPRAT, Deborah. **O estado pluriétnico**. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf>. Acesso em: 27 nov 2016.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. **Os direitos dos índios**: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas. São Paulo: Café com Lei, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KANG, J.; *et al*. Implicit Bias in the Courtroom. **UCLA Law Review**, 59(5), 2012, p. 1124-1187.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; y THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, 50(5), p. 1471-1550, 1998.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Totemismo hoje**. Petrópolis: Vozes, 1975.

_____. **O pensamento selvagem**. 12 ed. Campinas: Papyrus, 2012.

_____. **Raça e história**. 1952. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Ra%C3%A7a-e-Hist%C3%B3ria-L%C3%A9vi-Strauss.pdf>>. Acesso em: 30 ago 2016.

MURA, Fábio; SILVA, Alexandra Barbosa da. Organização doméstica, tradição de conhecimento e jogos identitários: algumas reflexões sobre os povos ditos tradicionais. **Revista Raízes**, Campina Grande, v. 33, n. 1, p. 96-117, jan-jun 2011.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. **Revista Mana**, Rio de Janeiro, v. 4(1), p. 47-77, 1998.

_____. Os instrumentos de bordo: Expectativas e possibilidades do trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

PARKS, Gregory S. Judicial Recusal: Cognitive Biases and Racial Stereotyping. **New York University Journal of Legislation and Public Policy**, 18.3, p. 681-698, 2015.

PROLA JR, Carlos Humberto; AGUIAR, Julio Cesar de; TABAK, Benjamin Miranda. Gestão pública temerária com hipótese de improbidade administrativa: possibilidade e efeitos na prevenção e no combate à corrupção. *In.*: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar. **O Ministério Público e os desafios do Século XXI**: uma abordagem juseconômica. Curitiba: Editora CRV, 2015. p. 79-112.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Círculo do Livro, 1985.

RODRIGUES, Raimundo Nina. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

SAHLINS, Marshall. *Ilhas de história*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4)

SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do Direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. *In.*: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). **Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões**. João Pessoa: Mídia Gráfica e Editora, 2015, pp. 41-72.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, New Series, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, Sep. 27, 1974.

VEIGA, Juracilda. **Cosmologia e práticas rituais Kaingang**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do índio**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Etnologia brasileira**. Disponível em: <
http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=331&Itemid=325>.
Disponível em: 27 maio 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Trabalho enviado em 07 de janeiro de 2017.

Aceito em 29 de junho de 2017.