



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 26, n.º 93 (abril-junio), 2021, pp. 141-169
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA
ISSN 1316-5216 / ISSN-e: 2477-9555

50 tons de cinza: direito à identidade cultural, transições interculturais e cultura jurídica brasileira

50 shades of grey: the right to cultural identity, intercultural transitions and the brazilian legal culture

Patricia PERRONE CAMPOS MELLO

<https://orcid.org/0000-0003-2929-5642>

pcamposmello@uol.com.br

Centro Universitário de Brasília-Uniceub, Brasil

Juan Jorge FAUNDES PEÑAFIEL

<https://orcid.org/0000-0002-1812-279X>

juanjorgef@gmail.com

Universidad Autónoma de Chile, Chile

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.4629511>

RESUMO

Este estudo tem o propósito de investigar se o direito à identidade cultural é reconhecido pelo direito constitucional brasileiro, e a relação – de tensão e conformação – que estabelece com a cultura jurídica do país. A Constituição brasileira de 1988 é o grande marco normativo para tal exame. Antes dela, prevaleceu um conceito colonial, eurocêntrico e hegemônico de cultura, que subalternizava negros e índios e suas manifestações culturais. A nova Constituição expressa um compromisso com a igualdade, o multiculturalismo e a inclusão. Pergunta-se: qual é o resultado do encontro das novas normas e paradigmas com as antigas hierarquias sociais e suas estruturas?

Palavras-chave: identidade cultural, cultura jurídica transições.

ABSTRACT

This study aims to investigate whether the right to cultural identity is recognized by the Brazilian constitutionalism, and the relationship – of tension and conformation – that it establishes with the country's legal culture. The 1988 Brazilian Constitution is the major normative framework for such enquire. Before its enactment, a colonial, Eurocentric and hegemonic concept of culture prevailed, devaluing black and indigenous people and their cultural manifestations. However, the new constitutional text expresses a commitment to equality, multiculturalism and inclusion. Our question is: what is the result of the clash between the new norms and paradigms and the old social Brazilian hierarchies and their structures?

Keywords: cultural identity, legal culture, transition.

Recibido: 10-11-2020 • Aceptado: 25-01-2021



INTRODUÇÃO

“50 Tons de Cinza” é o título de um filme estrangeiro polêmico e muito comentado no Brasil, com o qual o presente trabalho – paradoxalmente – não tem qualquer relação. Entretanto, a expressão “50 Tons de Cinza” foi apropriada pela linguagem popular brasileira para aludir a cenários complexos, repletos de nuances e, portanto, difíceis de definir. Nesse sentido, é utilizada para caracterizar situações que não podem ser reconhecidas como perfeitamente presentes ou ausentes, configuradas ou não configuradas, mas que, ao contrário, apresentam muitos matizes e gradações.

Esse é o caso do direito à identidade cultural no Brasil. A sociedade brasileira reúne uma multiplicidade de identidades e culturas, que às vezes se acomodam, às vezes dialogam, muitas vezes estabelecem relações de dominação, resistência e conflito. No âmbito normativo não se pode afirmar que o direito à identidade cultural está plenamente consolidado. Todavia, tampouco se pode afirmar que não dispõe de normatividade. Trata-se de um direito em construção – tanto quanto a seu alcance, quanto à sua concretização –, sujeito a fluxos, refluxos, avanços e recuos. Esses avanços e recuos compõem justamente os muitos “tons de cinza”. Eles expressam, por um lado, a força normativa da Constituição brasileira de 1988; e, por outro lado, os múltiplos fatores históricos, sociais, políticos e culturais, que ora resistem, ora impulsionam a sua concretização. Nesse sentido, o presente trabalho se propõe a examinar: (i) a normatividade do direito à identidade cultural no campo jurídico brasileiro; e (ii) em que medida esse direito e a cultura jurídica brasileira se conformam, alteram e redefinem reciprocamente.

Com esse propósito, a primeira seção delimita os conceitos de cultura e de cultura jurídica. A segunda seção define o significado e o alcance do direito à identidade cultural, tal como é concebido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A terceira seção explica a metodologia utilizada pelo trabalho para a compreensão da normatividade do direito à identidade cultural no contexto da cultura jurídica brasileira¹. A última seção passa à aplicação da metodologia. Examinam-se: (i) o texto da Constituição de 1988 e o contexto em que foi produzido; (ii) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal² sobre a matéria e as forças sociais, políticas e culturais que a influenciam. E busca-se, complementarmente, uma aproximação à (iii) compreensão dos operadores do Direito sobre o tema, por meio de entrevistas.

Conclui-se no sentido de que o direito à identidade cultural não está perfeitamente consolidado na cultura jurídica brasileira e que se sujeita a avanços e recuos. Nesse embate, direito e cultura se modificam e conformam mutuamente.

1. CULTURA E CULTURA JURÍDICA

Como previsto acima, antes de enfrentar as questões propostas por este artigo, é importante esclarecer alguns conceitos-chave com que se trabalhará, entre eles o conceito de cultura e de cultura jurídica. Por cultura aludimos à forma de ver, sentir, compreender, interagir e conferir significados a coisas, eventos, pessoas e valores de uma determinada comunidade e de seus membros. Nas palavras de Salas, a cultura constitui “uma trama de sentidos e significados transmitidos por símbolos, mitos, ditos, relatos, práticas e reconstruções que expressam uma compreensão e reconstrução do sentido da totalidade da existência dos sujeitos em si” (Salas: 2003, pp. 54-55)³. Ao mesmo tempo, em que é dotada de núcleos de sentido, laços e congruências, que permitem a sua afirmação como uma “unidade”, não é uma “unidade fechada”, mas

¹ No que respeita à metodologia aplicada ao presente trabalho, ela sistematiza parte da pesquisa correspondente ao Proyecto Fondecyt Regular “Justicia e interculturalidad en la Macroregión sur de Chile. Un estudio de las transformaciones del campo jurídico y de la cultura jurídica chilena ante la emergencia del derecho a la identidad cultural” (N° 1170505), Chile, 2017-2020. v. Faundes e Le bonniec (2020a; 2020b).

² O Supremo Tribunal Federal é o tribunal de maior hierarquia para a decisão de matéria constitucional no Brasil.

³ Livre tradução da obra em espanhol.

permeável e descentralizada⁴. Também não é um fenômeno estanque. É dinâmica e caracteriza-se por processos de interação e de mudanças permanentes. Assim, ainda que se possa lograr compreender elementos essenciais de uma cultura, não é possível apreendê-los em sua totalidade. A cultura é um fenômeno em constante movimento.

A cultura jurídica é uma dimensão da cultura de uma sociedade ou de parte dela. Compartilha as mesmas características da cultura mais ampla que integra: sua complexidade, a permanente problematização de seu próprio conceito, a dificuldade de apreensão precisa de significados e seu potencial de renovação permanente. A cultura jurídica é, ainda, “porosa” porque se articula e se comunica com os demais componentes da cultura mais ampla em que está imersa. Do mesmo modo, o Direito interage com a cultura e é, portanto, produto de processos históricos, sociais e políticos⁵.

Nessa linha, de acordo com Friedman, o sistema jurídico deve ser examinado com base em três componentes. O elemento **substantivo**, composto pelas normas jurídicas em vigor e pela forma como são implementadas na vida real. O elemento **cultural**, configurado pelo conjunto de valores e de atitudes vinculados ao Direito. Por fim, o elemento **estrutural**, que corresponde às instituições jurídicas, à sua forma de organização e aos procedimentos desenhados para o funcionamento do sistema jurídico, tais como a estrutura dos tribunais e a divisão de poderes, entre outros. Como ficará claro ao longo deste trabalho, o elemento cultural interfere sobre a forma como o Direito é compreendido e efetivado. As instituições, de igual modo, podem favorecer ou limitar a implementação de direitos.

No que se refere ao componente cultural, que é um dos nossos objetos centrais, Friedman propõe as categorias de “cultura jurídica externa” e de “cultura jurídica interna”. A **cultura jurídica externa** se refere ao “conjunto de ideias, valores, opiniões, expectativas e crenças compartilhados por uma comunidade a respeito do sistema jurídico e dos seus diversos componentes” (Friedman: 1975, p. 223). Ela se compõe dos entendimentos e das atitudes que prevalecem em determinada sociedade acerca do Direito (Squella: 1988, p. 31).

A **cultura jurídica interna**, a seu turno, corresponde à compreensão internalizada pelos “operadores do direito” ou “atores jurídicos” sobre o sistema em que operam. Busca avaliar as ideias, métodos e narrativas compartilhadas pelos membros da sociedade que realizam atividades relacionadas ao próprio sistema jurídico, em razão de suas profissões. Ela abrange o direito positivo, as práticas relacionadas a ele, a compreensão do Direito e as formas de relação direta e preponderante com as instituições jurídicas. Engloba, ainda, os valores de tais operadores, suas crenças, preconceções, orientações, modos de sentir e de pensar, formas de se expressar e de argumentar, práticas e hábitos de trabalho⁶. A cultura jurídica interna corresponde, portanto, à forma de atuar dos advogados, dos juizes, dos demais servidores da justiça, dos docentes e de todos os demais que tenham uma educação jurídica formal em Direito (Fuenzalida: 2000, p. 473).

López de Medina observa que a cultura jurídica interna se compõe por três dimensões: (i) uma “**teoria da linguagem**”, que permite diferenciar entre o texto de um dispositivo e a norma em si, tendo por foco o texto; (ii) uma “**teoria da interpretação**”, que trata dos processos hermenêuticos por meio dos quais se atribui significado normativo a um texto, e que depende, em alguma medida, de valorações e decisões do intérprete em concreto; (iii) uma “**teoria do Direito**”, que compreende o Direito também como produto da atividade doutrinária e jurisprudencial. Esse enfoque deixa claro que o Direito é muito mais que o mero “texto normativo” (legislado), compreendendo o conjunto de normas que os intérpretes extraem do enunciado normativo, bem como a forma como os implementam (López Medina: 2015, p. 234).

Portanto, conhecer o Direito e a cultura jurídica interna pressupõe um exame não apenas do texto da

⁴ Para uma revisão crítica do conceito de cultura, do modelo de determinação estrutural, funcional aos processos de colonização e dominação, v. Faundes (2020c), Claros e Viaña (2009) e Fernet-Betancourt (2011).

⁵ Sobre a relação entre cultura e Direito, em perspectiva intercultural, de “Justiça em contexto”, v. Faundes (2017) y (Salas, Faundes: 2018)

⁶ Sintetizamos as definições de: López Medina (2015, p. 233), Tarello (1988, p. 24), Squella (1988, p. 537), Paillacura (2019).

norma, mas, igualmente, do contexto em que foi produzido, das compreensões compartilhadas pelos intérpretes sobre a forma de atribuir-lhe significado e, ainda, do que efetivamente fazem os tribunais, quando aplicam a norma a casos concretos. Essas considerações pautarão a metodologia que proporemos mais adiante para a investigação de como a cultura jurídica brasileira reconhece e aplica o direito à identidade cultural. Na sequência, passa-se a uma breve explicação do significado e do alcance desse direito.

2. DIREITO À IDENTIDADE CULTURAL

O direito à identidade cultural tem por base um conjunto de normas de Direito Internacional dos direitos humanos relacionadas à tutela de minorias culturais⁷. Corresponde ao direito das comunidades tradicionais e de seus membros a viverem de acordo com a sua cultura e a serem reconhecidos como diferentes nas relações com outros grupos. Abrange o direito a conservar a sua própria cultura, espiritualidade e referentes cosmogônicos, seu patrimônio cultural tangível ou intangível, sua memória histórica e sua identidade presente. Assegura, portanto, a tais comunidades o respeito a seus conhecimentos, línguas, crenças, artes, moral, religião, formas de justiça e de organização (Faundes: 2019a, pp. 56-59).

Nessa medida, o direito à identidade cultural desempenha uma dupla função: de direito-matriz e de filtro hermenêutico. Como **direito-matriz**, estabelece o direito de um grupo à própria cultura, como mencionado acima, e o correspondente dever de tutela por parte do Estado; e atribui alcance e conformação diferenciados a outros direitos dos seus titulares (Faundes, Ramirez: 2020). A título ilustrativo, ainda que todos os cidadãos detenham direito à propriedade e à liberdade, o direito dos povos indígenas à terra ou o direito dos afrodescendentes à liberdade de religião (como se verá mais adiante) se especificam à luz da ideia de identidade cultural. Esses direitos são informados por tal conteúdo identitário.

O direito à identidade cultural opera, ainda, como um **filtro hermenêutico** (Faundes, 2019b, p. 517; Mello, Faundes: 2020)⁸. Nessa segunda acepção, determina que cada direito atribuído a grupos culturais minoritários e a seus membros, assim como o comportamento desses grupos e membros, devem ser examinados e compreendidos à luz de sua visão de mundo e dos significados que a sua comunidade dá a tais comportamentos; e não apenas à luz dos significados, das representações e da cosmovisão da cultura dominante, em que de modo geral se insere o julgador. O intérprete, ao decidir sobre casos que envolvem minorias culturais, precisa deslocar-se de seu centro cognitivo e das suas próprias representações e buscar a compreensão do “outro” a partir da cultura deste último.

Nesse sentido, a Corte IDH tem sustentado, em suas decisões, que o direito à identidade cultural é um direito fundamental de natureza coletiva de povos indígenas e de comunidades tribais⁹, que implica, a título ilustrativo, uma releitura hermenêutica: (i) do direito à terra, não como mero objeto do direito de propriedade (tal como o compreendemos à luz do Direito Civil), mas como elemento essencial à preservação de sua cultura e, portanto, de sua vida e subsistência¹⁰; (ii) do direito à proteção ao meio ambiente, dados os efeitos intangíveis que os danos ambientais podem gerar sobre seu modo de viver (Carmona: 2013, p. 83; Faundes:

⁷ O termo minoria não é utilizado, neste trabalho, em uma perspectiva numérica demográfica, mas tendo em vista a vulnerabilidade e de um grupo, portanto como expressão correspondente a “grupo vulnerável”. Consideramos grupos vulneráveis ou minoritários, aqueles: (i) que destoam do padrão hegemônico dominante e, em razão disso são estigmatizados; (ii) excluídos de processos de decisão política, em desvantagem diante da maioria ou de setores hegemônicos ou, ainda, sub-representados nas instâncias majoritárias; (iii) cujos membros gozam de um status inferior aos demais, em termos de poder e de direitos, sendo historicamente alvo de discriminação (Mello: 2020b, pp. 20-21; Mello, Accioly: 2020; Faundes, Le Bonniec: 2020a, p. 138; Mariño: 2001, pp. 21-23).

⁸ O conceito de “filtro hermenêutico” é geralmente utilizado, no Brasil, para aludir ao processo hermenêutico por meio do qual se promove a releitura do ordenamento infraconstitucional à luz dos princípios expressos na Constituição (e dos valores que eles pressupõem), conferindo-lhes novos significados (Souza Neto e Sarmento: 2014). Aqui, contudo, o que se afirma é que o direito à identidade cultural conforma e potencializa outros direitos de mesma hierarquia, que são reinterpretados à luz de seu significado.

⁹ Corte IDH, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 junio 2012, p. 66, párr. 213

¹⁰ Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yaky Axa Vs. Paraguay, 6 de febrero de 2006. Fondo, reparaciones y costas, párr. 51;

2020b, pp. 369-373)¹¹; (iii) do direito à participação na vida política, sem renunciar às suas próprias formas de organização tradicional¹². Mais recentemente, a Corte afirmou, ainda, que integra o direito “a participar da vida cultural” previsto em diversos instrumentos internacionais, interpretação que lhe confere feição mais abrangente (Faundes, Carmona, Silva: 2020)¹³.

A perspectiva de compreender comportamentos e de atribuir significados a normas constitucionais a partir de uma cultura diversa, que tem suporte na jurisprudência da Corte IDH, contém um potencial de transformar os desenhos constitucionais latino-americanos e de mitigar posições hegemônicas, dado o impacto que pode gerar sobre a cultura jurídica e sobre a cultura constitucional (Figueiredo: 2019, pp. 733-734, 751). O que se pretende, com este trabalho, é justamente verificar se o direito à identidade cultural, tal como explicitado acima, integra a cultura jurídica brasileira e em que medida é capaz de transformá-la.

3. ENFOQUES METODOLÓGICOS PARA O ESTUDO DA CULTURA JURÍDICA

Utilizaremos para o exame proposto três enfoques distintos. Em primeiro lugar, com base em Friedman, optamos por nos concentrar sobre a “cultura jurídica interna” brasileira e, portanto, sobre como os operadores do Direito compreendem o fenômeno. Reconhecemos, contudo, que a cultura jurídica interna está em permanente interação com o campo jurídico em geral e, portanto, com fatores históricos, sociais e políticos que interferem sobre o processo decisório dos magistrados. Nessa perspectiva, assumimos que os juízes não decidem apenas com base na aplicação silogística de enunciados normativos, mas que sofrem a influência de fatores extrajurídicos em seu processo decisório (Mello: 2015, pp. 1-379; Mello: 2018b, pp. 689-718.).

Reconhecemos, igualmente, com base em Nelken, que a cultura jurídica demanda um exame das interconexões entre Direito, sociedade e cultura, que geram uma espécie de “direito vivo”, que já não corresponde ao texto ou ao sentido que lhe dava o contexto à época em que foi produzido, mas sim a os diferentes significados que o mesmo texto adquire, ao longo de sua vigência, quando interage com novas demandas, necessidades e contextos sociais. Nessa medida, procuramos acessar “as complexidades da cultura jurídica vivida com sua mistura de elementos superpostos e potencialmente competitivos” (Nelken: 2017, pp. 339-343; Faundes, Le bonniec, 2020a).

Somamos a tais reflexões o enfoque socioantropológico que se vale do marco analítico do campo social de Bourdieu. Questionamos as relações objetivas e posições estruturais dos atores que integram o campo jurídico e verificamos como tais atores mobilizam estratégias e recursos que servem a fins diversos da mera promoção da justiça. Nesse sentido, buscamos compreender a cultura jurídica como um pressuposto central do sistema de crenças ou das regras do jogo, a *illusio*¹⁴, como um pressuposto de relações de poder e do contexto histórico, na qual se movem os próprios agentes jurídicos, que vão condicionando suas formas de ser e pensar, seu *habitus*¹⁵, e revelando o campo jurídico (Bourdieu: 1991). Com essa perspectiva, procuramos superar a dicotomia entre o enfoque internalista e o enfoque externalista, de modo a abordar a

¹¹ Corte IDH, “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), 5 febrero de 2020.

¹² Corte IDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 junio de 2005.

¹³ Corte IDH, “Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”, 5 de febrero de 2020, pp. 85-86.

¹⁴ Com o conceito de *illusio*, Bourdieu procura superar a concepção de “interesse” da Teoria da Ação Racional. Afirma que o ator social participa e alcança uma posição do “jogo social” e que se trata, por isso, de um ator dentro do “campo social”, que expressa razões históricas que superam a ideia de “interesse material” (Bourdieu: 1997, pp. 141-143; Bourdieu, Wacquant: 1995, pp. 65-6).

¹⁵ Por *habitus* Bourdieu entende o conjunto de esquemas generativos a partir dos quais os sujeitos percebem o mundo e atuam nele. Esses esquemas generativos são socialmente estruturados ao longo da história de cada sujeito e supõem a interiorização da estrutura social, do campo concreto das relações sociais em que o agente social se conformou como tal. Ao mesmo tempo esses esquemas são estruturantes: são estruturas a partir das quais se produzem os pensamentos, as percepções e as ações do agente (Bourdieu: 1972, p. 178).

interrelação entre o campo social e o campo jurídico (Faundes, Le Bonniec: 2020a)¹⁶.

A partir desses três enfoques e com base neles, optamos por desenvolver nosso estudo em três etapas. (1) Começamos pelo exame do texto da Constituição de 1988 e do contexto em que foi produzido, de modo a verificar se a redação contempla o direito à identidade cultural e quais eram as aspirações quando foi previsto. (2) Em seguida, analisamos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria, a fim de aferir como o texto está sendo implementado em sua aplicação concreta. Procuramos, ainda, compreender os contextos em que foram proferidos. (3) Por fim, examinamos entrevistas com atores-chave para a efetivação das normas constitucionais, buscando identificar como compreendem a cultura jurídica em que estão imersos e em que medida ela acolhe o direito à identidade cultural.

4. O DIREITO À IDENTIDADE CULTURAL NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

4.1. Constituição de 1988: texto e contexto

4.1.1. O texto

A Constituição brasileira de 1988 contém uma série de artigos que são relevantes, do ponto de vista do direito positivo, para avaliar se o ordenamento jurídico brasileiro acolhe ou não o direito à identidade cultural. Em primeiro lugar, a Carta traz uma seção sobre a Cultura, na qual estabelece que o Estado “garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais” (art. 215, *caput*, CF), bem como que “protegerá as manifestações das **culturas populares, indígenas e afro-brasileiras**, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, §1º, CF). Determina, igualmente, que integram o patrimônio cultural brasileiro “as formas de expressão” e “os **modos de criar, fazer e viver**” dos portadores de referência à “**identidade**, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216, CF).

No que respeita especificamente aos povos indígenas, a Constituição de 1988 reconhece o direito de tais povos à sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231, *caput*). Define como terras tradicionalmente ocupadas aquelas necessárias às suas atividades produtivas, bem como as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e **cultural**” (art. 231, §1º). No que respeita a remanescentes das comunidades dos quilombos¹⁷ (afrodescendentes), a Constituição de 1988 assegurou, igualmente, seu direito de propriedade sobre as terras que ocupam (art. 68, ADCT¹⁸).

São relevantes, ainda, do ponto de vista hermenêutico – como se verificará ao longo do presente trabalho – os dispositivos constitucionais que declaram que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, CF); as disposições que rejeitam a discriminação com base na raça e na cor (arts. 3º, IV; 5º, XLI e XLI, CF); a previsão de que normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF); a explicitação de que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros direitos previstos em tratados de que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º), que se incorporam ao direito brasileiro¹⁹. A partir de tais textos normativos, pode-se concluir que o direito constitucional positivo brasileiro oferece bases normativas muito claras para o reconhecimento imediato do direito fundamental à identidade cultural e que atribui à

¹⁶ Diversos enfoques das ciências sociais tratam da dimensão social do Direito, seja em termos de “atividade social” (Dewey: 2011), de um “sistema autopoietico” (Luhmann: 2002) ou de uma “cadeia de produção ou tradução” (Latour: 2002).

¹⁷ Os quilombos eram compostos por escravos fugidos que passavam a integrar e viver em uma comunidade própria. As comunidades remanescentes dos quilombos, também conhecidas como comunidades quilombolas, são aquelas compostas por descendentes de tais escravos que mantiveram um modo de vida tradicional.

¹⁸ Constituição do Brasil de 1988: “Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

¹⁹ Sobre a relevância das cláusulas de abertura do direito constitucional ao direito internacional dos direitos humanos, como forma de concretização de tais direitos e para a implementação de um constitucionalismo transformador, v. Morales Antoniazzi (2016, pp. 53-75). Para a perspectiva brasileira, v. Mello (2020a). Para proposta análoga que chamamos “constitucionalismo em rede”, v. Mello, Faundes (2020). Embora relevante, o tema extrapola o objeto deste trabalho.

cultura um conteúdo identitário não homogeneizante e plural.

Entretanto, não foi sempre assim.

4.1.2. O contexto

De fato, a Constituição de 1988 é a primeira Constituição brasileira que atribui à cultura tal significado. As demais Constituições que a antecederam oscilaram entre conferir pouca atenção à cultura, reduzi-la à proteção de obras, documentos e monumentos ou, ainda, tratá-la como manifestação dos saberes hegemônicos e dominantes na sociedade. Constituições brasileiras passadas já previram, expressamente, caber ao poder público “incentivar a educação eugênica”, com viés de saneamento racial²⁰; asseguraram cargos a quem possuísse “distinção em algum dos ramos da produção ou da cultura nacional”, como se houvesse uma cultura única nacional²¹; determinaram, quanto aos indígenas, sua “incorporação à comunidade nacional”²². A palavra cultura aludiu, por muito tempo, a uma cultura específica de raiz europeia. O adjetivo “culto”, que significa, em português, “aquele que tem cultura”, que é “instruído” ou “civilizado”, era utilizado, então, para os homens letrados e formados com base nas ideias “do mundo civilizado” do colonizador²³.

O saber europeu era compreendido como o centro de um pensamento homogêneo e global. O que havia para além dele era subalterno e inferior. No que respeita especificamente ao indígena e à sua cultura, eram compreendidos como “seres transitórios” e sua cosmovisão como um “saber transitório”, a serem progressivamente incorporados à sociedade e ao saber hegemônico mais avançado²⁴. Dessa perspectiva resultou o extermínio de milhões de indígenas e também a escravização de negros africanos, destinados inicialmente ao trabalho forçado nos latifúndios exportadores de cana-de-açúcar²⁵.

Tal percepção dual de um mundo europeu civilizado em oposição a um mundo primitivo e incivilizado foi responsável por dois fenômenos que marcaram profundamente a cultura jurídica e a intelectualidade brasileiras: o bacharelismo e o beletrismo. O bacharelismo expressava o culto aos “bacharéis” formados de acordo com o saber universitário europeu, provenientes, em maior ou menor grau, de famílias ligadas por laços de parentesco (Faoro: 2012, pp. 29-32; Venâncio Filho: 2011, pp. 2-3). O beletrismo estava presente na valorização do conhecimento das “belas letras” e das ideias estrangeiras, que geralmente tais bacharéis professavam. Tais saberes eram cultivados como elementos de adorno, que elevavam o status social dos seus detentores e lhes abriam caminho para os altos cargos da administração pública (Holanda: 2012, pp. 153-168).

Do ponto de vista econômico, a produção brasileira parte, como já mencionado, do grande latifúndio exportador dependente da metrópole, com alta demanda de capital, mão de obra escrava e, portanto, baixa possibilidade de mobilidade social. Esse ponto de partida é um dos causadores da considerável concentração de renda e desigualdade que ainda marcam o país (Carvalho: 2016, pp. 50-66). Ele foi responsável, ainda,

²⁰ Constituição do Brasil de 1934: “Art 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] b) estimular a educação eugênica”. A educação eugênica tinha o propósito de inculcar, desde a infância, valores e responsabilidades dos indivíduos com relação à família, à pátria e à raça, numa perspectiva profundamente atravessada por preconceitos raciais. Atribuía-se, por exemplo, à miscigenação do brasileiro a degeneração dos costumes e a expansão de enfermidades como o alcoolismo, a tuberculose e a sífilis (Bonfim: 2019, pp. 1-16).

²¹ Constituição do Brasil de 1937, art. 52.

²² Constituição do Brasil de 1934: “Art 5º - Compete privativamente à União: XIX - legislar sobre: m) incorporação dos silvícolas à comunidade nacional”; Constituição do Brasil de 1967: “Art. 8º. Compete à União: XVII - legislar sobre: (...) incorporação dos silvícolas à comunidade nacional”. V., sobre políticas “indigenistas” anteriores a 1988: Cunha (1992; 2012).

²³ Para um levantamento da evolução do significado de cultura nas Constituições brasileiras, v. Mello e Accioly (2020).

²⁴ Trata-se de perspectivas associadas ao colonialismo e ao eurocentrismo. O eurocentrismo corresponde justamente a uma abordagem do conhecimento que começou na Europa Ocidental antes de meados do século XVII e que se torna mundialmente hegemônica. Ela tem por principais elementos: (i) o dualismo não europeu-europeu e primitivo-civilizado; (ii) a associação entre diferenças culturais e raça; (iii) a distorção da percepção temporal da diferença, de modo a afirmar que tudo que é não-europeu é passado e que evolução cultural significa alcançar o estágio de civilização europeu. Todas essas ideias são produto da colonialidade do poder (Quijano: 2005, pp. 126-127).

²⁵ Estima-se que no início da colonização portuguesa, em 1500, havia, no Brasil, 4 milhões de indígenas; e que tal população foi reduzida a aproximadamente 800.000, por ocasião da declaração de independência do país, em 1822. Calcula-se, ainda, que, até 1822, foram introduzidos no Brasil cerca de 3 milhões de escravos africanos (Carvalho: 2016, pp. 21-25).

pela construção de uma elite rural e oligárquica, que se apropriou das estruturas de poder, com o apoio dos bacharéis, e conduziu o Estado com base em uma lógica conhecida como “patrimonialismo”: marcada pela utilização do cargo público para interesses privados, pela ocupação do poder público por parentes e amigos, para fins próprios, e, portanto, pela rejeição à igualdade, à impessoalidade e à inclusão no trato da coisa pública (Faoro: 2012, pp. 60-67, 819-838; Holanda: 1995, pp. 139-152).

Os bacharéis e homens letrados – ocupantes dos altos cargos da administração – prestaram-se à construção das normas que legitimavam e asseguravam tal aparelhamento do Estado (Faoro: 2012, p. 64; Venâncio Filho: 2011, p. 275). Nessa medida, tanto as instituições quanto o Direito favoreciam a afirmação e a manutenção da desigualdade, que se fazia presente nas estruturas de poder, nas políticas educacionais, econômicas e culturais, favorecendo europeus e descendentes de europeus e discriminando os demais. Essa desigualdade estrutural não é responsável apenas pela distribuição de bens e direitos. Ela é responsável também pela construção de um “imaginário” e pela consolidação de “práticas sociais cotidianas” que naturalizaram a desigualdade e que, nessa medida, contribuíram para perpetuá-la (Almeida: 2018, p. 50.). É, ainda, responsável pela compreensão que o próprio intérprete do Direito desenvolve a respeito da ideia de igualdade e do papel do Direito de assegurá-la ou não²⁶, já que, como já mencionado, cultura e cultura jurídica são permeáveis. Nessas condições, indígenas e negros passaram séculos em situação de subalteridade, e todas as estruturas estatais contribuíam para que assim permanecessem²⁷.

A promessa de transformação de tal estado de coisas chega com o fim da ditadura militar e com a transição para a democracia, operada pela Constituição de 1988. É a partir dessa Constituição que se pode falar efetivamente na construção da cidadania no Brasil. Justamente por isso ela é conhecida como a Constituição Cidadã (Carvalho: 2016, p. 13). A nova Carta, dadas as circunstâncias históricas, foi produzida em um ambiente de extrema mobilização popular, marcado pelo desejo de ruptura com o passado e de fundação de uma nova ordem: democrática, inclusiva e plural (Barroso: 2009, pp. 373-415; Souza Neto, Sarmiento: 2013, pp. 155-183).

O processo de elaboração da Constituição contou com considerável mobilização popular (uma experiência que os brasileiros ainda não tinham vivenciado), com a participação e pressão de movimentos sociais e com a apresentação de 122 emendas populares, subscritas por 12.277.423 assinaturas (Lopes: 2008, p. 55). Entre tais movimentos sociais estiveram fortemente presentes o Movimento Indígena (Lopes: 2011, pp. 83-108)²⁸ e o Movimento Negro (Santos: 2015, pp. 132-179), postulando o reconhecimento de seus membros, bem como proteção e reparação pela profunda discriminação sofrida até ali (Lacerda, *et al*: 2018, pp. 30-50, pp. 50-67). Ambos os movimentos apresentaram contribuições, propostas de emendas, participaram de audiências públicas e foram contemplados de forma relevante no texto final.

No que respeita ao Movimento Indígena, podem-se citar como conquistas: (i) o reconhecimento do direito dos povos indígenas à terra e a obrigação do Estado de demarcá-las; (ii) a vinculação da exploração de recursos hídricos e minerais em terra indígena à oitiva das comunidades afetadas e à autorização do Congresso Nacional; (iii) o reconhecimento das organizações indígenas e de seus membros como parte legítima para ingressar em juízo na defesa de seus interesses; (iv) o direito a uma educação diferenciada

²⁶ Como observa Adilson José Moreira: “o lugar social do intérprete e as relações de poder que o definem determinam em grande parte a forma como ele compreende as funções do Direito” (Moreira: 2017a, p. 393).

²⁷ Quanto aos povos indígenas, sua história está marcada pela dificuldade de efetivar, na prática, seu direito à terra (condição essencial para sua própria sobrevivência como coletividade) e pela permanente discriminação, que culminou, durante o período da ditadura militar, na adoção de uma política de violência extrema, por meio da qual foram expulsos de suas terras, a fim de viabilizar projetos desenvolvimentistas, e tiveram sacrificadas, aproximadamente, 8.530 vidas (contra 434 vidas de cidadãos civis). Já no que se refere aos negros, o Brasil foi um dos últimos países do mundo – e o último das Américas – a abolir a escravidão, fazendo-o apenas em 1888 e, ainda assim, sem assegurar aos recém-libertos educação e trabalho. V. Comissão Nacional da Verdade (2014, pp. 205, 962, 963); Fernandes (2015, pp. 145-151), Hinks, McKivigan (2007, pp. 35-50), Klein (1986, pp. 256-257), Carvalho (2016, pp. 57-58).

²⁸ Para relatos sobre discursos contra o reconhecimento dos direitos dos indígenas, ao fundamento de que colocavam em risco a soberania nacional, v. Cunha (2018, p. 439) e Fernandes (2015, pp. 142-175).

para cada povo indígena, com um processo próprio de aprendizagem; (v) o reconhecimento da diversidade cultural existente no Brasil²⁹.

Já quanto ao Movimento Negro, este computa como vitórias a previsão no texto constitucional sobre: (i) a proibição de discriminação em razão da raça, (ii) a criminalização do delito de racismo como delito penal inafiançável e imprescritível e (iii) a garantia do direito à terra às comunidades remanescentes de quilombos³⁰. Segundo Santos, a Constituinte é, efetivamente, o momento em que “o negro torna-se sujeito político” no Brasil (Santos: 2015, p. 179); e no qual seus pleitos passam a integrar, em alguma medida, a “agenda governamental brasileira” (Santos: 2015, pp. 23, 132-179).

Em seu conjunto, o resultado do processo constituinte foi uma Constituição compromissória e dirigente³¹, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito, assegurou um elenco amplíssimo de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e ambientais, e comprometeu-se com a promoção da igualdade e da inclusão, bem como com a impessoalidade na administração pública (Barroso: 2009, pp. 373-415; Souza Neto, Sarmiento: 2013, pp. 155-183). Esse foi o espírito que marcou a elaboração da nova Constituição. Esses eram os objetivos perseguidos por seu texto. A Carta buscou, ainda, restabelecer o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Previu uma série de garantias à magistratura, de forma a assegurar sua independência. Ampliou as competências do Supremo Tribunal Federal, corte de mais alta hierarquia em matéria constitucional, e aumentou o rol de legitimados que poderiam acessá-lo (Mello: 2018a, pp. 96-98).

A nova Constituição encontraria, contudo, ao lado de tais forças progressistas e inclusivas, instituições, imaginários e práticas sociais e jurídicas conformados à luz da antiga ordem, eurocêntrica e excludente; se depararia com um Estado patrimonialista, ocupado por interesses de uma elite que esteve por muito tempo no poder; uma administração pública acomodada a esse contexto; um Judiciário imerso nesse “imaginário”. Resta ver, portanto, o resultado do embate entre o texto progressista e igualitário e os fatores reais de poder. É o que se passa a examinar, com base na jurisprudência construída pelo Supremo Tribunal Federal sobre povos indígenas e afrodescendentes.

4.2. Julgados do Supremo Tribunal Federal: a Constituição em movimento

Quatro casos permitem construir um panorama sobre como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aplicando o direito à identidade cultural, tal como previsto na Constituição de 1988. São eles: (i) Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que debateu o direitos dos povos indígenas à terra; (ii) Caso Quilombolas, que examinou o direito de comunidades afrodescendentes remanescentes de quilombos à terra; (iii) Caso Religiões de Matriz Africana, que discutiu a liberdade de culto dos afrodescendentes no que respeita ao sacrifício de animais; e (iv) Caso Proteção dos Povos Indígenas em face da COVID-19, que trata do direito à saúde dos povos indígenas em meio à pandemia. O primeiro deles foi julgado no ano de 2009. O último ainda está em curso e teve decisões cautelares proferidas no ano de 2020. Trata-se, todos eles, de ações consideradas paradigmáticas pelos operadores jurídicos brasileiros. O conjunto desses julgados permite uma visão dinâmica sobre o avanço do STF no tratamento dado ao direito à identidade cultural.

4.2.1. Os julgados

(i) **Caso Raposa Serra do Sol**³². No Caso Raposa Serra do Sol, um Senador da República postulou, por meio de ação popular, que se anulasse a demarcação da Terra Indígena de mesmo nome. O autor

²⁹ Constituição de 1988, arts. 231 e 232.

³⁰ Constituição de 1988, arts. 3º, IV; 4º, VIII; 5º, XLII e XLI e ADCT, art. 68.

³¹ Afirma-se que a constituição é compromissória porque não se vincula a uma única ideologia ou grupo de poder, mas, ao contrário, chega inclusive a acolher pretensões potencialmente conflitantes. Quanto ao caráter dirigente, ele se expressa na proteção, pela Carta, não apenas de garantias de liberdade, mas igualmente de direitos prestacionais (econômicos, culturais e sociais) que dirigem a atuação do Estado para o futuro (Souza Neto, Sarmiento: 2013, pp. 171, 195-197).

³² Supremo Tribunal Federal. Pet. 3388, rel. Ministro Ayres Britto, j. 19.03.2009.

invocou, entre outros fundamentos: (i) o argumento de que os povos indígenas em questão não estavam na posse da área quando da entrada em vigor da Constituição 1988, o que era exigido pelo art. 231 da CF; bem como que (ii) as dimensões da área demarcada eram excessivas e extrapolavam em muito aquela que ocupavam. Tratava-se do primeiro caso em que o STF apreciaria a demarcação de terras indígenas na vigência da Constituição de 1988, e naturalmente chegaram ao Tribunal todo tipo de ponderações. Entre elas: (i) chamava-se atenção para o fato de que a área ocupava um enorme espaço no Estado, comprometendo seu desenvolvimento econômico; (ii) observava-se que a reserva impedia a construção de estradas e de linhas de transmissão de energia essenciais à sua conexão ao resto do país; e (iii) alertava-se que a área estava localizada em terreno com relevante riqueza mineral e de biodiversidade, cobiçadas por outros povos estrangeiros.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela validade da demarcação. O voto do Ministro incumbido de relatar o caso, assinalou, inicialmente, que a proteção conferida pela Constituição às terras indígenas se relacionava com a necessidade de preservar a “**identidade étnica**” e “**cultural**” de uma minoria historicamente tratada em condição de desvantagem. Esclareceu, quanto ao argumento de que a comunidade indígena não se encontrava na posse da área quando da vigência da Constituição, que esse aspecto não afastava o seu direito à terra, desde que demonstrado – como ocorria no caso – que a comunidade havia sido desapossada pelo uso da força e impedida de retornar, a despeito de buscá-lo e de permanecer espiritualmente conectada à terra.

Por fim, no que se refere à abrangência da área a ser objeto de demarcação, defendeu que ela não devia alcançar apenas o local de moradia dos indígenas, mas todos os espaços “imprescindíveis ao seu bem estar” e à sua “reprodução física e cultural”, à **luz da sua cultura e do significado de tais sítios para a comunidade indígena**. A decisão reconheceu, portanto, em razoável medida, o direito à identidade cultural dos povos indígenas, buscando interpretá-los à luz de sua própria cultura.

Entretanto, a maioria decidiu, ainda, acolher as ressalvas propostas pelo voto do Ministro que liderou a divergência. Entre tais ressalvas estavam o reconhecimento de que o usufruto perpétuo das áreas em favor dos indígenas: (i) não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional, não impedindo a instalação de bases e postos militares; (ii) não impede a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas ou o resguardo de riquezas de cunho estratégico; (iii) e que tais ações, dada sua relevância, poderiam ocorrer sem consulta às comunidades indígenas ou à Fundação Nacional do Índio - FUNAI, a despeito da exigência de consulta contida na Convenção nº 169 da OIT, ratificada e internalizada pelo Brasil. A não aplicação da consulta em tais hipóteses significava não permitir aos indígenas a possibilidade de expressão do seu ponto de vista sobre os impactos que determinadas atividades teriam sobre as suas próprias vidas, território e cultura.

Portanto, a decisão final manteve a demarcação da terra indígena, mas incorporou ressalvas relevantes. Reconheceu o direito à identidade cultural no que respeita à definição do direito à terra e à sua abrangência, mas o limitou quando em conflito com outros interesses, tais como a alegada preservação da soberania, a realização de obras de infraestrutura e a exploração de minerais. Restringiu, ainda, o direito de participação indígena no processo decisório sobre tais casos, ao estabelecer que a consulta não lhes seria aplicável, rejeitando, neste ponto, a aplicação do art. 5º, § 2º, da Constituição e desconsiderando a Convenção nº 169 da OIT.

(ii) Caso Quilombolas³³. O debate sobre o direito à identidade cultural das comunidades quilombolas – compostas por descendentes de antigos escravos fugidos que mantiveram um modo de vida tradicional – foi travado pelo Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, em uma ação direta de inconstitucionalidade proposta por um partido político de oposição ao governo (Partido da Frente Liberal – PFL). A ação voltava-se contra o Decreto nº 4.887/2003, do Presidente da República, que havia estabelecido o procedimento para

³³ Supremo Tribunal Federal. ADI 3239, rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, j. 08.02.2018

demarcação das terras ocupadas por tais comunidades. O decreto dava cumprimento ao art. 68 do ADCT, que assegurava aos remanescentes das comunidades dos quilombos a propriedade das áreas por eles ocupadas e determinava ao Estado que lhes emitisse os títulos respectivos³⁴.

O partido requerente postulava o reconhecimento da inconstitucionalidade do decreto, entre outros fundamentos, por entender que: (i) previa que o critério para o reconhecimento como comunidade quilombola era o da autoatribuição, o que, segundo seu entendimento, abria caminho a todo tipo de fraudes; (ii) conferia ao direito à terra um alcance que abrangia não apenas as áreas de antigos quilombos, mas igualmente as necessárias à sua “reprodução física, social, econômica e cultural, conforme indicação da própria comunidade”, previsão que se aplicaria exclusivamente aos povos indígenas, segundo a letra da Constituição; (iii) determinava a titularidade coletiva do direito de propriedade da terra, quando a Constituição de 1988 nada dispunha nesse sentido.

O Ministro relator do caso entendeu que a norma impugnada era efetivamente inconstitucional no que respeita: (i) ao critério de autoatribuição, (ii) à amplitude das terras protegidas e (iii) à outorga de título coletivo às comunidades. Sustentou que tais elementos não estavam previstos expressa ou implicitamente no texto da Constituição de 1988. Observou, ainda, que o decreto questionado tinha um grave potencial de desestabilização social e de aumento da violência no campo, na medida em que gerava expectativas, ilegítimas, a seu ver, com relação à posse e propriedade de áreas que pertenciam a terceiros. O julgamento do caso foi suspenso em 2012, por um pedido de vista da ministra que votaria em seguida.

A votação do caso só foi retomada em 2015, quando o relator original sequer integrava mais o Tribunal. E o julgamento só se concluiu em 2018. Nessa ocasião, a maioria divergiu do relator e reconheceu a constitucionalidade do decreto. afirmou que o critério da autoatribuição era legítimo, na medida em que a Convenção nº 169 da OIT, incorporada ao ordenamento interno brasileiro, havia consagrado a “consciência da própria identidade” como elemento central para determinar a proteção aos grupos tradicionais³⁵. Observou que a autoatribuição não constituía o único critério levado em conta para identificação das comunidades quilombolas, dada a necessidade de comprovação histórica e antropológica do elemento objetivo da ocupação tradicional e da ligação da comunidade com um antigo quilombo.

Confirmou a constitucionalidade da inclusão na propriedade dos quilombolas dos espaços necessários à sua “reprodução física, social, econômica e cultural”. Reconheceu, igualmente, a validade da previsão de que os próprios interessados indicassem a extensão da área. Esclareceu que tais disposições prestigiavam a identidade cultural de tais comunidades, nos termos da Convenção nº 169 da OIT, e que a decisão final sobre o alcance da área “indicada” dependia de comprovação histórica e antropológica, como já mencionado.

Por fim, quanto à outorga de título coletivo, em lugar de títulos individuais, o STF observou que a providência estava em linha com o aspecto coletivo do reconhecimento dos quilombolas como comunidade tradicional, devendo tal título ser compreendido, analogamente ao que se afirmou quanto aos povos indígenas, no Caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388), como um instituto heterodoxo de direito constitucional (formatado pelo significado imaterial da terra para os povos tradicionais), e não como um instituto ortodoxo de Direito Civil (formulado à luz da compreensão do “homem branco”). Essa segunda decisão, cujo julgamento se concluiu 9 anos depois do Caso Raposa Serra do Sol, reconheceu de forma mais ampla o direito à identidade cultural e aplicou, sem resistência, a Convenção nº 169 da OIT.

Nota-se, contudo, no voto do relator original (proferido apenas 3 anos após o Caso Raposa Serra do Sol) a resistência em aceitar a concepção da propriedade quilombola com um viés cultural e identitário, bem como a preocupação com os interesses de proprietários rurais que eventualmente pudessem ser atingidos pelo

³⁴ Constituição do Brasil de 1988, ADCT: “Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

³⁵ OIT. Convenção nº 169, Art. 1º, item 2: “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”.

reconhecimento do direito das comunidades a tais terras. Vale observar, ainda, que talvez o tempo levado para julgar a causa tenha favorecido um entendimento mais progressista.

(iii) **Caso Religiões de Matriz Africana**³⁶. O terceiro caso a ser examinado corresponde a um recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, perante o Supremo Tribunal Federal, em que se pedia a declaração da (in)constitucionalidade de uma lei que autorizava o sacrifício de animais em rituais religiosos de religiões de matriz africana. Tal como posto pelas partes, o caso envolvia (entre outros debates) o conflito entre: (i) o direito à proteção dos animais contra o tratamento cruel (art. 225, § 1º, VII, da CF³⁷) e (ii) o direito à liberdade de religião e de culto de grupos minoritários afrodescendentes (art. 5º, VI, CF). A decisão poderia causar grave impacto sobre as religiões de matriz africana, dado que elas têm no sacrifício animal elemento essencial de seus rituais e da sua identidade como grupo³⁸.

O contexto vivenciado pelo Brasil no que respeita às religiões de matriz africana merece ser explicitado para que se compreenda o alcance da questão. Tais religiões são fortemente minoritárias³⁹. O candomblé e a umbanda, que são as mais representativas delas, perfazem o percentual de 0,3% de adeptos da população brasileira apenas. Trata-se de religiões associadas a comunidades afrodescendentes, fortemente estigmatizadas e alvo de grave violência. A título ilustrativo, há registros de expulsão de centros religiosos e de seus praticantes das comunidades em que se encontravam instalados, de incêndios criminosos e depredação de centros, de apedrejamento e todo tipo de violência física contra fiéis, além de discriminação e difamação de seus líderes religiosos e praticantes⁴⁰. A postura do Estado brasileiro, com relação a tais atos de violência, é de “leniência”, segundo palavras do Ministério Público Federal⁴¹.

Ao apreciar o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que ele tratava não apenas do direito à liberdade de religião, mas igualmente do direito de tal grupo minoritário à cultura. Em virtude disso, buscou compreender a prática religiosa e cultural que envolvia o sacrifício animal. Segundo se esclareceu, o animal é sacrificado, nos cultos das religiões de matriz africana, para ser consumido pelos praticantes. A sua utilização no ritual tem o propósito de energizá-lo. Há todo um cuidado em sua preparação, que inclui não sujeitá-lo a sofrimento, porque é considerado sagrado, e seu sofrimento poderia atrair energias negativas. Não raro, inclusive, os praticantes da religião optam por criar tais animais para assegurar-se de seus bons tratos porque qualquer prática que os agrida pode “macular a sua energia vital”.

O Tribunal observou, ainda, que as práticas religiosas que estavam sendo impugnadas constituíam “patrimônio cultural imaterial”, na forma da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco (artigo 2.2.c); que correspondiam aos “modos de ser, fazer e viver de diversas comunidades religiosas e se confundem com a própria **expressão da sua identidade**” (art. 215, § 1º, da CF); e que a cultura afro-brasileira deveria ser objeto de proteção mais intensa pelo Tribunal do que aquela habitualmente dispensada, por ser alvo de grave estigmatização e de racismo estrutural⁴².

³⁶ Supremo Tribunal Federal. RE 494.601, red. p/ acórdão Ministro Edson Fachin, j. 28.03.2019.

³⁷ Constituição do Brasil de 1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

³⁸ Constituição do Brasil de 1988: “Art. 5º. [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

³⁹ Em 2010, 588.797 pessoas declararam se identificar com as religiões umbanda e candomblé, de um total de mais de 190 milhões (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: 2020a).

⁴⁰ Ministério Público Federal: 2018, pp. 23-49.

⁴¹ Ministério Público Federal: 2018, pp. 23-49.

⁴² A expressão racismo estrutural alude à incorporação do racismo à estrutura do Estado, ao funcionamento das instituições sociais de modo geral e à sua naturalização. Expressa-se, por exemplo, na ausência ou em um contingente muito baixo de negros em posições estatais, profissionais e sociais relevantes. É responsável pela perpetuação do racismo porque, mesmo que se punam atos racistas, o próprio funcionamento das estruturas sociais o reitera e reproduz (Almeida: 2019).

Esse último caso, julgado em 2019, expressa um amplo reconhecimento da identidade cultural das comunidades afrodescendentes praticantes de religiões de matriz africana. Chama a atenção, contudo, que o recurso extraordinário que combatia o ritual religioso tenha sido interposto pelo Ministério Público estadual, instituição à qual a Constituição Federal conferiu o poder de ação para proteção do patrimônio público e social (art. 129, III, CF) e para a defesa dos direitos e interesses de grupos minoritários, como as populações indígenas (arts. 129, V, e 232, CF). No caso, a instituição atuava contra um direito fundamental de uma minoria religiosa.

O cenário do julgamento também merece comentário. No dia em que os 11 juízes que compõem o Supremo Tribunal Federal se reuniram para decidir a causa, na sala do pleno do Tribunal, o recinto, geralmente povoado por advogados brancos, vestidos de ternos escuros e sóbrios, foi ocupado por dezenas de Mães de Santo negras, líderes religiosas das religiões de matriz africana. As Mães de Santo foram ao Tribunal com suas vestes tradicionais brancas, seus turbantes e colares e mudaram a paisagem e o cenário. Tinha-se de fato a sensação de que se tratava de “outro lugar”. O momento mais impactante do julgamento foi proporcionado pela sustentação oral do advogado negro que ocupou a tribuna para defender a liberdade de culto dos afrodescendentes; e que fez ver aos 11 ministros brancos que compunham o Tribunal, em julgamento televisionado e ao vivo, que a mera existência desse debate perante o STF constituía uma manifestação de racismo estrutural. Veja-se um pequeno trecho da sua sustentação:

[...]. Me permitam destacar três ou quatro aspectos que, a meu juízo, estão envolvidos nessa matéria. E eu começo dizendo que prestei atenção nas sustentações. Não só nas narrativas que foram feitas nesse microfone, como também nos sapatos dos narradores. E, por acaso, os sapatos dos narradores são todos sapatos de couro. Há aqui um fenômeno que talvez a psicologia chamasse ‘esquizofrenia’, em que você admite, em que você faz um discurso acalorado, entusiasmado, em favor dos animais, calçando sapatos de couro. Possivelmente alguém terá dito, e é possível que alguém terá acreditado, que bife dá em árvore. Alguém vai na árvore, colhe o bife e come. E eu começo com essa ironia para tentar aqui ilustrar o fato de que nós estamos tratando aqui de uma hipocrisia e estamos tratando aqui do que esta Corte já chamou de ‘**racismo religioso**’. O Brasil tem o maior rebanho bovino do planeta. Nem a Índia, que não consome carne animal por preceito religioso, tem o rebanho bovino que o Brasil tem. A Índia tem o segundo maior rebanho bovino do planeta. Nós temos o maior rebanho bovino do planeta. Segundo o Ministério da Agricultura, a cada segundo, a indústria do *agrobusiness* abate 180 frangos, um porco e um boi. Portanto, nesse período que estou importunando Vossas Excelências com a minha sustentação, dá uma ideia da carnificina que terá ocorrido nesses poucos minutos que estou ocupando essa tribuna com muita honra. Portanto, é impressionante que há estatísticas no Brasil que comprovam que nas periferias das cidades jovens negros são chacinados como animais, mas não há comoção na sociedade brasileira. Não vejo instituição jurídica ingressar com medida judicial pra evitar a chacina de jovens negros, mortos como cães na periferia, mas a galinha da macumba... Parece que a vida da galinha da macumba vale mais do que a vida de milhares de jovens negros. E é assim que coisa de preto é tratada no Brasil. A vida de preto não tem relevância nenhuma. A vida de preto não causa comoção social. A vida de preto não move instituições jurídicas. Mas a galinha da religião de preto... Ah! Mas essa vida tem que ser radicalmente protegida!⁴³.

Em breves linhas, o advogado observou que havia incômodo com o sacrifício de animais praticado nos rituais religiosos das comunidades afrodescendentes. Entretanto, o mesmo incômodo não era provocado pelo uso disseminado de sapatos e bolsas de couro animal ou pelo fato de que o Brasil tinha o maior rebanho

⁴³ Supremo Tribunal Federal. RE 494.601, red. p/ acórdão Ministro Edson Fachin, j. 28.03.2019, sustentação do Dr. Hédio Silva Júnior. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XZQegsilDgY>. Acesso em: 14 set. 2020.

bovino do planeta destinado ao consumo humano. Nenhuma comoção era gerada tampouco pelos homicídios em massa promovidos contra jovens negros nas periferias das cidades brasileiras. No entanto, a vida da galinha usada nos rituais religiosos dos negros, essa sim despertava preocupação da sociedade brasileira, a ponto de se levar o debate ao Supremo Tribunal Federal. O que estava em jogo no caso, portanto, não era a proteção à vida ou à dignidade dos animais. Era sim o ataque à religião dos negros, expressão de sua identidade cultural.

(iv) Caso Proteção dos Povos Indígenas em face da COVID-19⁴⁴. O quarto e último caso que merece destaque neste trabalho tem por objeto a proteção à saúde dos povos indígenas em face da pandemia de COVID-19. A matéria é objeto de uma ação direta, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, pela Articulação Nacional dos Povos Indígenas – APIB e por 6 partidos políticos de oposição ao governo. A ação narra essencialmente que os povos indígenas têm grande vulnerabilidade a doenças infectocontagiosas, dado que seu sistema imunológico não está adaptado às enfermidades da sociedade dominante, bem como porque têm um modo de vida essencialmente comunitário, em que o compartilhamento de objetos e habitações favorece o contágio. Entretanto, segundo afirmado, o governo federal estaria se omitindo gravemente na adoção de medidas que pudessem aumentar a sua proteção e assegurar-lhes assistência de saúde adequada durante a pandemia.

Com base em tais argumentos, os autores pediram, entre outras providências: (i) a instalação de barreiras sanitárias para a proteção de terras habitadas por povos indígenas isolados e de recente contato, de modo a evitar o ingresso de terceiros em tais áreas⁴⁵; (ii) a extensão do serviço de saúde indígena aos povos indígenas que habitam terras cuja demarcação ainda não foi homologada, dado que a União não estaria prestando o serviço em tais áreas; (iii) a formulação de um Plano Geral de Combate à COVID-19 para Povos Indígenas, com a participação dos povos indígenas e seus representantes, uma vez que o plano já elaborado pela União seria genérico, insuficiente e não consideraria necessidades específicas de cada área ou comunidade; (iv) a retirada de invasores, que se instalaram ilegalmente nas terras para a prática de ilícitos como desmatamento e mineração ilegal, dado que entravam em contato com as comunidades e podiam infectá-las.

O reconhecimento da legitimidade da APIB para a propositura da ação sujeitava-se a alguns problemas. Em primeiro lugar, a jurisprudência do STF reconhecia legitimidade ativa, em tais casos, às entidades de classe de âmbito nacional, mas considerava como entidades de classe (“grêmios”)⁴⁶ aquelas representativas de categorias profissionais ou econômicas. Associações destinadas à defesa de direitos fundamentais, como a APIB, não se incluíam em tal categoria porque não representavam os interesses de pessoas que detinham a mesma profissão ou que desenvolviam a mesma atividade econômica. Além disso, a APIB não estava constituída juridicamente. Era uma entidade representativa e existente “de fato”, mas não tinha atos formais constitutivos produzidos à luz do direito vigente. Possivelmente por essa razão, a entidade adotou a estratégia de ajuizar a ação com partidos políticos. Os partidos têm legitimidade para tais ações e, portanto, se a atuação da associação fosse rejeitada, a ação poderia prosseguir com os demais.

Assim, a primeira discussão que se colocava ao Tribunal era se a APIB poderia figurar entre os requerentes. Ao apreciar a questão, o relator do caso observou que a jurisprudência sobre o alcance de “entidades de classe de âmbito nacional” restringia o exercício de uma das funções essenciais de uma

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. ADPF 709, rel. Min. Luís Roberto Barroso. Ação ajuizada em 2020 e ainda em curso.

⁴⁵ Como esclarecido na ação: “Povos indígenas em isolamento voluntário (ou povos indígenas não contactados) são aqueles que, por escolha própria, não desejam ter contato constante com a sociedade envolvente. Povos indígenas de recente contato (ou povos indígenas de contato inicial) são aqueles que têm relações embrionárias e incipientes com a sociedade envolvente e que, por conseguinte, dispõem de baixa compreensão de seu idioma, códigos e costumes” (Decisão monocrática que deferiu parcialmente a liminar, rel. Min. Luís Roberto Barroso, 08.07.2020). V. Portaria Conjunta nº 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da FUNAI.

⁴⁶ A palavra “classe” em português não está necessariamente relacionada à ideia de “classe social”. A expressão “entidade de classe” pode ser compreendida como uma “agregação”, que reúne pessoas com interesses comuns, sem que necessariamente pertençam à mesma classe social.

suprema corte com competência constitucional: a tutela de direitos fundamentais. Isso porque impedia que grupos minoritários que tivessem seus direitos vulnerados acessassem o STF diretamente, por meio de entidades representativas. Tais grupos ficavam dependendo de terem suas demandas acolhidas por partidos políticos ou por outros legitimados para levá-las ao Tribunal⁴⁷. Essa jurisprudência estava, portanto, em desacordo com a missão institucional do STF e devia ser superada. Com base nesses fundamentos, o Tribunal estendeu o conceito de entidade de classe de âmbito nacional às entidades protetoras de direitos fundamentais de grupos vulneráveis ou minoritários. Com isso, ampliou substancialmente as possibilidades de discussão imediata de violações a tais direitos⁴⁸.

No que se refere à legitimidade da APIB, o Tribunal observou, ainda, que não era relevante a sua constituição formal como associação, nos termos do Direito Civil. Assinalou que o que importava para o reconhecimento de sua legitimidade era a demonstração da sua efetiva representatividade. Esclareceu que a Constituição de 1988 assegurou o respeito à organização social, às crenças e às tradições dos povos indígenas (art. 231, CF), e que tal respeito **implicava reconhecer as suas próprias formas de constituir a sua representação**. Por essas razões, a APIB podia ser considerada entidade de classe voltada à proteção de tais povos.

A decisão expressa, em síntese, a disposição do Tribunal para ampliar a sua atuação em tais matérias, bem como para conferir voz, perante a instituição, a grupos que, em sua maioria, têm baixa representação no espaço político; e que, portanto, têm no Judiciário uma via essencial, se não a única, para proteger seus direitos. Quando esses grupos falam por si mesmos, aportam perspectivas e visões de mundo desconhecidas dos grupos dominantes e do próprio Judiciário. Nessa medida, a atuação direta de tais grupos, sem intermediários, tem um importante potencial de sensibilização do Tribunal para suas realidades e dificuldades.

Com relação aos povos indígenas isolados e de recente contato, o Tribunal assinalou que o isolamento integra o direito de tais povos à autodeterminação e à preservação da própria cultura, cabendo ao Estado assegurá-lo. Nesse ponto, aludiu, novamente à Convenção nº 169 da OIT para demonstrar que o tratado respalda tal entendimento⁴⁹. Observou também que, em uma situação de pandemia, esse direito é reforçado pela circunstância de que o isolamento é a medida mais protetiva para a garantia dos seus direitos à saúde e à vida. Com base em tais fundamentos, determinou a instalação de barreiras sanitárias.

Quanto aos povos indígenas situados em terras ainda não homologadas⁵⁰, o Tribunal observou que a condição de indígena é identitária e se baseia no autorreconhecimento e na consciência de tal identidade, nos termos da Convenção nº 169 da OIT⁵¹. Tal condição não depende da demarcação ou homologação de suas terras. Portanto, se uma comunidade se reconhece como indígena, a União⁵² não pode recusar-lhe o atendimento especializado de saúde que é devido a tal grupo. Assim, determinou a extensão do serviço especial de saúde indígena aos povos autodeclarados como tal e situados em terras não homologadas.

⁴⁷ É importante esclarecer que o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro é um sistema híbrido, que permite que uma mesma matéria seja discutida por meio do controle difuso e por meio do controle concentrado da constitucionalidade. No controle difuso, a discussão sobre matéria constitucional nasce em primeiro grau de jurisdição e pode chegar ao Supremo Tribunal Federal, mediante recurso. Para esse controle a APIB tem legitimidade, mas leva-se muitos anos para acessar o Tribunal por essa via. O controle concentrado da constitucionalidade, ao contrário, é deflagrado por meio de ações propostas diretamente perante o STF, permitindo, portanto, uma apreciação rápida de eventuais violações. Para esse último tipo de controle, que tem se mostrado o mais efetivo, a legitimidade da APIB não era reconhecida.

⁴⁸ Supremo Tribunal Federal. ADPF 709, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.08.2020.

⁴⁹ Convenção nº 169 da OIT, artigos 2º, 1; 4º, 1 e 2; 5º e 7º.

⁵⁰ Terras indígenas não homologadas são terras que ainda estão em processo de demarcação e reconhecimento. Trata-se de terras que ainda não estão plenamente identificadas como indígenas, quer em virtude pendências burocráticas, quer em razão de contestações de terceiros. O art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu prazo de 5 anos, a partir da promulgação da Constituição de 1988, para que a União concluísse todas as demarcações de terras. Entretanto, passados mais de 30 anos, as demarcações ainda não se concluíram. O ADCT é uma seção final da própria Constituição de 1988, que estabelece normas de transição, quando certas previsões da Constituição demandam um processo incremental para sua implementação.

⁵¹ Convenção nº 169 da OIT, artigo 1º, 2.

⁵² A expressão "União" se refere ao Estado federativo brasileiro em seu conjunto, compreendendo todos os seus estados e municípios.

Determinou, igualmente, a elaboração do Plano Geral de Combate à Covid-19 para Povos Indígenas com a participação dos seus representantes. Reconheceu que não é possível elaborar um plano adequado sem considerar as situações concretas, a geografia, os saberes e as tradições de tais povos; e que eles têm direito, nos termos da Convenção nº 169 da OIT, a participar do planejamento e administração dos serviços de saúde que lhes são destinados⁵³. O Tribunal rejeitou, contudo, a retirada de invasores durante a pandemia, dado o risco de contágio e de conflito armado, que poderia agravar uma situação já crítica⁵⁴.

Também essa decisão, portanto, reconhece o direito à identidade cultural dos povos indígenas como fundamento para: (i) afirmar a legitimidade ativa de entidade não constituída à luz do Código Civil para propor ação direta em nome dos indígenas, (ii) assegurar o direito dos povos isolados e de recente contato ao isolamento, (iii) garantir atendimento especial de saúde a povos indígenas que habitam terras ainda não homologadas, bem como (iv) reconhecer o direito de tais povos a participar da elaboração do plano de combate à pandemia.

Por outro lado, a omissão da União em atender a pleitos essenciais à preservação da saúde de tais povos, sua resistência em reconhecê-los como indígenas com base no critério da autodeclaração e da consciência identitária, a mora na demarcação das suas terras, a recusa a permitir-lhes participar da elaboração de plano em que estava em jogo a própria sobrevivência de suas comunidades, todos direitos previstos na Constituição ou em tratado internalizado pelo país, expressam a resistência estrutural do Estado brasileiro a efetivar, em concreto, os direitos previstos na Constituição.

Passa-se a um breve esclarecimento sobre o contexto em que os julgados acima foram proferidos.

4.2.2. O contexto

Uma das grandes guinadas pela qual passou o constitucionalismo brasileiro, em 1988, foi o efetivo reconhecimento de normatividade à Constituição. Até 1988, as Constituições, no Brasil, tinham o valor de mera proclamação retórica (Barroso: 2009, pp. 373-415; Souza Neto e Sarmento: 2013, pp. 155-183). Não havia uma compreensão de que seu cumprimento poderia ser amplamente exigido judicialmente. Entretanto, no final da década de 80, ganha adesão entre os constitucionalistas mais progressistas a tese que ficou conhecida como “doutrina da efetividade”. A doutrina da efetividade pregava justamente que norma constitucional é norma, e que cabe ao Judiciário efetivá-la em caso de descumprimento. Na década de 90, passa-se a reconhecer normatividade também aos princípios constitucionais. Por fim, consolida-se a ideia de que o Judiciário tem o poder de reinterpretar – e, portanto, de reconstruir o Direito infraconstitucional – à luz da Constituição e dos valores que ela pressupõe (Barroso: 2009, pp. 306-350, e 2001, p. 24; Souza Neto, Sarmento: 2013, pp. 391-464; Mello: 2020a, pp. 9-11). Nesse contexto, o STF passa a um protagonismo crescente, em especial no que respeita à implementação de direitos fundamentais⁵⁵.

Os casos narrados foram decididos nesse último período, em que já se verifica um considerável ativismo no Tribunal. Eles demonstram que o Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988 se tornou um espaço de luta entre posições favoráveis e desfavoráveis à manutenção de certas hierarquias sociais⁵⁶. Essa “luta” expressa justamente a distância entre o Direito como “norma positivada” e o Direito como “experiência vivida”⁵⁷. O conjunto de tais casos parece apontar para uma tendência progressiva à concretização do direito à identidade cultural em âmbito judicial. Ainda assim, a cultura não igualitária estruturalmente presente na sociedade brasileira está inequivocamente expressa neles. E se é certo que em âmbito judicial se tem logrado efetivar tal direito, ainda que com alguns limites, não é menos certo que a judicialização tem sido uma

⁵³ Convenção nº 169 da OIT, artigo 25, 1.

⁵⁴ Havia notícias da presença de 20.000 garimpeiros ilegais em apenas uma das áreas para a qual se postulava a medida. O STF sinalizou, contudo, que a União deveria providenciar um plano para retirada dos invasores e que a questão seria revisitada, uma vez implementadas as medidas emergenciais.

⁵⁵ Para um exame mais detido das várias fases pelas quais passou o comportamento judicial do STF, v. Mello (2018a, pp. 102-109).

⁵⁶ O reconhecimento desse papel aos tribunais tem por base o trabalho de Moreira (2014, p. 832).

⁵⁷ Em sentido semelhante, v. Siqueira (2010, pp. 93-104).

condição imprescindível a tal efetivação. Esse aspecto por si só evidencia a resistência institucional à normatividade do direito. Veja-se.

No primeiro julgado examinado, Caso Raposa Serra do Sol, o reconhecimento do direito dos povos indígenas à terra é limitado, com base em argumentos de segurança nacional, de interesses relacionados ao desenvolvimento nacional e à expansão de atividades econômicas estratégicas. Nega-se o direito à consulta em um conjunto amplo de situações que envolvem o uso das suas próprias terras⁵⁸. Além disso, casos posteriores, em divergência com o que se afirmou no Caso Raposa Serra do Sol, afirmaram, quanto às comunidades indígenas expulsas de suas áreas antes da promulgação da Constituição de 1988, que seu direito a retomá-las se condicionava a: (i) haverem proposto ação possessória na ocasião ou (ii) terem entrado e permanecido em conflito com os novos ocupantes. Caso contrário, não fariam jus à terra porque o vínculo espiritual com ela estaria supostamente rompido. Trata-se de decisões que desconsideram que: ações possessórias não integram o universo existencial de povos indígenas; que a exigência de conflito concreto contra posseiros armados colocaria sua vida em risco; que há tribos de tradição pacífica, que não respondem de modo conflitivo; e que uma das formas de os indígenas se manterem conectados com a terra é estabelecer uma relação de trabalho com os novos possuidores, sem que isso signifique renúncia à terra, mas sim persistência em permanecer nela⁵⁹.

O Caso Quilombolas expressa semelhante resistência para a concretização do direito à terra das comunidades remanescentes de quilombos. A posição defendida pelos autores da ação e pelo relator rejeitava o reconhecimento da perspectiva cultural das comunidades tradicionais e opunha a seus direitos os interesses de proprietários rurais que poderiam ser atingidos pelas demarcações de áreas. Vale esclarecer, quanto ao ponto, que sucessivas leis aprovadas pelo Estado brasileiro (em governos de todos os espectros ideológicos) promoveram, desde sempre, a regularização de propriedades rurais que foram originalmente resultado de atos ilícitos de invasão de terras públicas e de desmatamento ilegal⁶⁰. A mesma “disposição regularizadora” não esteve presente, contudo, na expedita demarcação de terras tradicionais, essas sim reconhecidas e tuteladas pela Constituição. O direito real tem seus destinatários preferenciais: os mesmos desde o Brasil Colônia.

O Caso Religiões de Matriz Africana expõe o estigma sofrido por grupos religiosos de matriz africana e flagra uma instituição voltada à defesa de grupos vulneráveis atuando contra as práticas religiosas que constituem elemento essencial da identidade cultural desses grupos. Ele mostra como as estruturas estatais podem reproduzir e reforçar um imaginário racista e desigual, que – vale assinalar – não se limita ao direito à liberdade de religião. Há, no que respeita aos pretos e pardos, que representam a maioria numérica da população brasileira⁶¹, um racismo estrutural persistente, que se expressa, mesmo após a Constituição de 1988, em índices inferiores aos da população branca em quase todas as searas da vida, entre as quais:

⁵⁸ Vale observar, contudo, que tais ressalvas não vinculam a decisão de casos futuros. V. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388 ED, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 23.10.2013.

⁵⁹ A título ilustrativo: Supremo Tribunal Federal. AgR em ARE 803.462, rel. Min. Teori Zavascki, j. 09.12.2014; e RMS 29.087, red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 16.09.2014. V., sobre o tema: Mello e Faundes (2020, pp. 317-339).

⁶⁰ Esse é o objeto da Lei 11.952/2009, do governo de Luís Inácio Lula da Silva; da Lei 13.465/2017, do Governo Michel Temer, e da Medida Provisória 910, de 11 de dezembro de 2019, editada pelo Presidente Jair Bolsonaro. V. sobre o tema: Barroso e Mello (2020, pp. 331, 346, 376). Vale observar, contudo, que a última norma perdeu sua validade antes de ser aprovada pelo Congresso Nacional, tendo-se proposto um novo projeto de lei no Congresso, sobre o mesmo tema, em seu lugar.

⁶¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: 2020a, valendo ressaltar que os censos demográficos são decenais.

alfabetização⁶², homicídio⁶³, feminicídio⁶⁴, encarceramento⁶⁵, presença nas instâncias políticas⁶⁶, acesso ao trabalho⁶⁷ e a melhores condições materiais⁶⁸.

No que se refere ao Caso Proteção dos Povos Indígenas em face da COVID-19, a ação retrata um sistema estatal de tutela dos direitos dos indígenas bastante precarizado, desprovido de estruturas, pessoal, orçamento ou recursos materiais adequados a fazer face às suas demandas, quer no que respeita à demarcação e proteção de seus territórios, quer no que se refere à sua segurança alimentar ou à proteção da sua saúde e da sua vida. Essa situação é produto de escolhas históricas do Estado brasileiro que não podem ser atribuídas apenas ao governo atual. Pelas muitas razões já apresentadas, a implementação dos direitos desses povos nunca foi uma prioridade. E sem uma institucionalidade adequada para efetivá-los constituem uma mera abstração. Não bastasse isso, o atual Presidente da República tem se manifestado publicamente contra a demarcação de terras indígenas e em favor da adoção de políticas culturais integracionistas, resgatando uma abordagem pré-Constituição de 1988, que parecia sepultada⁶⁹.

Esses são os contextos, avanços e recuos que ora influenciam ora são influenciados pela concretização de direitos culturais e identitários no Brasil.

4.3. Percepção dos atores jurídicos: entrevistas⁷⁰

Uma vez expostos o direito constitucional positivo, a jurisprudência e os contextos em que a concretização do direito à identidade cultural no Brasil tem ocorrido, resta conhecer as concepções dos atores jurídicos brasileiros sobre: (i) o que é cultura jurídica e (ii) como tal cultura acolhe o direito à identidade cultural e interage com ele. Com esse objetivo, procurou-se entrevistar, por meio de questionários anonimizados, um conjunto de operadores que atuam em posições distintas no acompanhamento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal⁷¹. Essas entrevistas são uma amostra voltada a complementar ou a corroborar aspectos da cultura jurídica brasileira já abordados acima. Elas não excluem a possível existência de outras visões sobre o tema, mas permitem confirmar que as visões já narradas estão efetivamente presentes. Passa-se, na seqüência, à reprodução de alguns trechos das entrevistas e a uma breve análise sobre elas.

⁶² Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: 2018.

⁶³ Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: 2019, p. 49.

⁶⁴ Fórum Brasileiro de Segurança Pública: 2019.

⁶⁵ Departamento Penitenciário Nacional: 2020, p. 32.

⁶⁶ A título ilustrativo, 24,36% dos deputados eleitos para a Câmara dos Deputados nas eleições de 2018 são negros. No Senado, menos de 4% dos senadores são negros. V. Câmara dos Deputados: 2018; Senado Federal: 2018.

⁶⁷ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: 2020b.

⁶⁸ Por outro lado, a resiliência do Movimento Negro e a onda de indignação e de protestos deflagrada, recentemente, pelo Caso Floyd (relacionado ao homicídio de um negro pela polícia norte-americana), em âmbito internacional, colocaram a questão racial em evidência também no Brasil. Ela possibilitou a emergência e o conhecimento pela sociedade em geral de toda uma intelectualidade negra, que era, antes, invisível, e que reivindicava uma nova hermenêutica jurídica, bem como a inclusão dos negros nas instituições e a ruptura com antigas hierarquias sociais. A título ilustrativo, no momento em que esse texto é escrito, fervilham Webinares de professores negros, publicações de coletâneas sobre feminismo negro, um dos periódicos jurídicos mais importantes do país abriu uma seção destinada ao debate de questões relacionadas a raça e Direito e o Conselho Nacional de Justiça criou um grupo de trabalho sobre igualdade racial no Poder Judiciário. Por fim, uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral assegurou, recentemente, financiamento público proporcional para candidaturas negras nas eleições, abrindo caminho para o aumento da sua representação nas instâncias políticas. Há, portanto, um movimento social importante, em curso, que favorece a afirmação identitária desse grupo. V. Jota (2020); Conselho Nacional de Justiça (2020); Tribunal Superior Eleitoral. Consulta 0600306-47.2019.6.00.0000, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 25.08.2020.

⁶⁹ A decisão monocrática por meio da qual a cautelar foi deferida nos autos da ADPF 709 compila uma série de manifestações atribuídas pela imprensa ao Presidente da República: "Não entro nessa balela de defender terra pra índio"; "[reservas indígenas] sufocam o agronegócio" (Campo Grande News, 22.04.2015); "Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar fuzil e armas a todos os fazendeiros" (No Congresso, 21.01.2016); "Se eu assumir [a Presidência do Brasil] não terá mais um centímetro quadrado para terra indígena" (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018); "Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia" (Revista Exame, 13.02.2020). V. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709, rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão de 08.07.2020.

⁷⁰ Entrevistas realizadas na Cidade de Brasília, entre março e maio de 2019, pelo coautor deste trabalho, Juan Jorge Faundes Penáfiel, como parte integrante do Proyecto Fondecyt Regular "Justicia e interculturalidad en la Macrorregion sur de Chile. Un estudio de las transformaciones del campo jurídico y de la cultura jurídica chilena ante la emergencia del derecho a la identidad cultural" (N° 1170505), Chile, 2017-2020.

⁷¹ Foram ouvidos dois ministros do Supremo Tribunal Federal, dois advogados-assessores que trabalham com ministros do STF e um dos principais periodistas especializados na cobertura dos julgamentos do Tribunal.

4.3.1. Sobre o que os atores jurídicos entendem por cultura jurídica

Quanto ao significado de cultura jurídica, um ministro do Supremo Tribunal Federal respondeu:

[...] a cultura jurídica é definida de forma diversa a partir dos papéis e espaços que os operadores [do Direito] ocupam. Pode ser definida com base em um significado mais geral da linguagem ou de forma especial no que respeita à linguagem jurídica, a partir do lugar de onde o observador vê [...]; não creio que haja um conceito deontológico de cultura jurídica que se autoexplique [...]. [Por isso] não é possível ter uma única percepção de todos os atores, pois dependendo de quais atores jurídicos estejamos falando, **o lugar de fala também demarca a racionalidade na qual se coloca o ator jurídico**⁷².

Na mesma linha, o segundo ministro do mesmo Tribunal afirma:

[o operador jurídico] não prescinde de uma cosmovisão sobre essa narrativa constitucional; em outras palavras [...] não há texto sem contexto [...]. Então, um texto constitucional comprometido com os direitos fundamentais [...] que deseja o reconhecimento jurídico da pluralidade dos modos de ser e estar – é um texto que cumpre também **um papel de emancipação**, proativo, em que as possibilidades evidentemente são abertas, sobretudo em um Estado democrático de Direito⁷³.

Nesses trechos, os ministros reconhecem, portanto, que a posição social de um ator jurídico e sua cosmovisão interferem sobre a sua compreensão do Direito. O conceito de “lugar de fala” – mencionado no primeiro trecho – alude justamente à necessidade de escutar a perspectiva de grupos minoritários sobre suas vivências para conhecer suas experiências de vida e, assim, estar apto a decidir a seu respeito (Ribeiro: 2019). O segundo trecho observa, ainda, que a cosmovisão do juiz e suas escolhas hermenêuticas podem (ou não) conferir à sua atuação um papel emancipador⁷⁴.

De forma convergente com as visões acima, um assessor de ministro afirmou que cultura jurídica é “como as coisas acontecem verdadeiramente”⁷⁵, bem como que “as preferências ideológicas, políticas ou subjetivas dos magistrados – e dos tribunais sobretudo – são muito mais poderosas” e interferem substancialmente sobre o significado atribuído à Constituição. Segundo a perspectiva desse ator, haveria duas culturas jurídicas. A primeira seria a cultura jurídica sob uma perspectiva mais formal, relacionada ao saber e ao imaginário dos profissionais do direito. A segunda seria o direito na prática: como as coisas verdadeiramente acontecem na vida real⁷⁶. Outros atores jurídicos desprezaram cultura jurídica como a “compreensão que temos das nossas tradições jurídicas e da nossa formação, dos objetivos da nossa legislação, da nossa formação em Direito, da nossa Constituição”⁷⁷; bem como “o conjunto de manifestações que consideramos Direito”⁷⁸, “como interpretamos, qual é a força dos precedentes no nosso ordenamento jurídico, até onde pode chegar o juiz”⁷⁹.

Sobre as mudanças textuais e dogmáticas pelas quais passou a cultura jurídica no Brasil, os ministros entrevistados assinalam que:

[...] quando se pensou o Código Civil brasileiro o conceito de cultura jurídica foi agasalhado pela noção de cultura jurídica europeia [...]. [Por outro lado] o que se previu na Constituição de 1988 foi

⁷² Ministro 1 do Supremo Tribunal Federal.

⁷³ Ministro 1 do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁴ Em sentido semelhante, reconhecendo aos juizes um papel transformador (Bogdandy: 2017, pp. 13-66; Mello: 2020a, 2019, pp. 253-285).

⁷⁵ Assessor 1 de ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁶ Assessor 1 de ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁷ Jornalista especializado na cobertura do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁸ Assessor 1 de ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁹ Assessor 1 de ministro do Supremo Tribunal Federal.

um retrato mais fiel de uma compreensão aberta, plural e principiológica de cultura jurídica, inserindo-se na Constituição essa da realidade brasileira que não é linear, monofásica nem excludente⁸⁰.

Nas últimas décadas do século XX, houve um fenômeno que foi uma certa transição da Constituição para o centro do sistema jurídico. [...]. Um direito que era predominantemente legislado, de base privatista e com um papel limitado para juizes e tribunais, se transforma em um direito constitucionalizado, em que a interpretação se flexibiliza, se libera das categorias do formalismo jurídico e vive um momento de evidência do poder judicial⁸¹.

Os ministros reconhecem, portanto, que a Constituição de 1988 foi responsável por uma mudança normativa e dogmática que favoreceu o pluralismo, uma maior abertura hermenêutica e um maior protagonismo do Judiciário.

4.3.2. Sobre se o direito à identidade cultural foi acolhido pela cultura jurídica brasileira

Sobre o acolhimento do direito à identidade cultural pela cultura jurídica brasileira, os ministros afirmam que:

"Nós temos uma identidade europeia (sobretudo portuguesa), uma identidade africana (que hoje representa cerca de metade da população) e temos influência indígena (que eram as populações nativas aqui da América Latina).

[...]. Agora, até hoje nós enfrentamos as sequelas das questões sociais geradas pela escravidão e pela liberação dos escravos no final do século XIX. [Ela] produziu uma discriminação, uma segregação histórica das populações negras no Brasil, que vem sendo enfrentada unicamente nos últimos anos, nas últimas décadas.

Quanto às populações indígenas, foram dizimadas no Brasil, como no resto da América Latina. Existem, ainda, residualmente, talvez 500.000 índios, em uma população de mais de 200 milhões de habitantes. Nos últimos anos, se desenvolveu uma percepção (ao menos nos círculos mais progressistas) de que há uma dívida histórica com as populações indígenas⁸².

[...] No Brasil contemporâneo, a cultura jurídica acaba sendo ressignificada com diferentes modos de ser e estar. Daí a importância que tem, no Brasil, assim como em outros povos da América, a questão indígena, a questão quilombola e um conjunto de jeitos de ser e estar que são distintos daquela importação europeia que, de algum modo, propiciou a colonização tanto territorial como cultural⁸³.

No que se refere às interações entre o direito à identidade cultural e a cultura jurídica brasileira, um dos ministros entrevistados esclarece que:

[...] nesses últimos 30 anos, os atores jurídicos no Brasil – de forma geral – e o discurso jurídico respectivo, abriu um espaço muito grande para a compreensão da diversidade cultural que forma a pluralidade dos povos dentro da nação e, portanto, de uma nação inclusiva daquilo que se pode denominar como povos do bosque, assim por dizer. Uma dimensão que traz, para a atuação e o discurso jurídicos, o reconhecimento de que cada um pode ser o que é sem que o outro deixe de ser o que é. Esse respeito pela diversidade[...].

⁸⁰ Ministro 1 do Supremo Tribunal Federal.

⁸¹ Ministro 2 do Supremo Tribunal Federal.

⁸² Ministro 2 do Supremo Tribunal Federal.

⁸³ Ministro 2 do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, nós saímos, nesses 30 anos [de vigência da Constituição de 1988] de uma invisibilidade a uma visibilidade identitária que está reconhecida na Constituição brasileira, especialmente como reconhecimento das espacialidades territoriais dos indígenas de modo geral. O desafio que existe hoje é, em realidade, manter essa conquista identitária e, se possível, dar alguns passos mais para as diversas respostas que os povos têm dentro de um mesmo território, sobre problemas e questões que integram a sua forma de ser e estar.

[A Constituição de 1988] não é um ponto de chegada, é apenas uma estação desse caminho, que, além de colocar como desafio a contenção do retrocesso, precisa olhar para frente para que haja – além da identidade – o reconhecimento de autodeterminação [dos povos indígenas], que é um passo que ainda não foi dado no Brasil e que requer o discurso dos agentes e dos atores jurídicos⁸⁴.

Nota-se, portanto, que os ministros reconhecem a existência de um direito à identidade cultural na cultura jurídica brasileira e que avaliam que esse direito e cultura jurídica se resignificam mutuamente, abrindo caminho para novas compreensões, a partir de novas formas de viver e de entender o mundo. Sem prejuízo da relevância de tais reconhecimentos, um assessor assinala, quanto à deficiência da formação dos advogados na matéria:

[...] muito pouca gente conhece a questão indígena. Eu, por exemplo, me graduei em Direito, fiz mestrado e doutorado em Direito. Não li – nem na graduação, nem no mestrado, nem no doutorado – um único texto sobre o direito aplicado aos indígenas [...] nem sabia que existia a categoria quilombola [...]; nós comemoramos o Dia do Índio: na escola colocávamos cocar, pintávamos o rosto e cantávamos canções [...] esse é todo o contato que muitos brasileiros têm com o índio⁸⁵.

Os trechos acima permitem confirmar três pontos essenciais. A Constituição de 1988 representa a passagem progressiva de uma cultura jurídica formalista para uma cultura centrada na Constituição, em valores, princípios constitucionais e direitos fundamentais. Ela é responsável por uma progressiva abertura, no âmbito normativo, ao multiculturalismo e, nesse sentido, reconhece o direito à identidade cultural dos povos indígenas e de outros grupos. Os avanços na concretização desses direitos não são lineares. Esbarram em hierarquias sociais e dependem da visão de mundo do magistrado. Além disso, elementos essenciais, como a formação dos advogados, ainda não incorporaram essa perspectiva plural. Nessa medida, algumas práticas subsistentes dificultam tais avanços.

CONCLUSÃO

O direito constitucional e a cultura jurídica brasileira passaram por profundas transformações nos últimos 30 anos. Durante os anos autoritários que antecederam a Constituição de 1988, o direito constitucional valeu muito pouco e as Constituições tinham uma força quase retórica. A cultura jurídica brasileira baseou-se, em sua origem, na formação de bacharéis e de uma elite letrada conforme as universidades, institutos e ideias de Portugal. A tais bacharéis reservaram-se os altos cargos da administração pública e a função de construir as instituições que legitimavam o exercício do poder. Tratava-se de uma cultura formalista, que valorizava o “falar difícil”, o conhecimento de doutrinas estrangeiras e que atribuía ao juiz o papel de aplicar a lei ao caso concreto.

Do ponto de vista social, a colonização portuguesa implicou a afirmação da superioridade racial e cultural do europeu sobre os povos indígenas e os negros. Esses grupos eram compreendidos como primitivos e incivilizados. Tal imaginário de grupos de pessoas superiores e inferiores permitiu que os indígenas fossem

⁸⁴ Ministro 1 do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁵ Assessor 1 de ministro do Supremo Tribunal Federal.

exterminados e que os negros fossem submetidos às condições mais hostis de vida e trabalho. Favoreceu, ainda, o estabelecimento de uma cultura jurídica desigualitária e excludente. Nesse contexto, a única identidade que tinha valor era a europeia. Do ponto de vista econômico, o poder se concentrou originalmente sobre grandes latifúndios exportadores de matéria-prima. Os senhores rurais dominaram a política e as estruturas estatais, ocupando-as com seus bacharéis, com parentes e amigos e apropriando-se do Estado como se fosse uma instituição voltada à promoção de seus interesses privados.

A Constituição brasileira de 1988 é o grande marco normativo que abre caminho para a mudança de tal estado de coisas. Elaborada com ampla participação popular, em um momento de euforia cívica pela superação de décadas de ditadura, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 foi tomada por grupos de todos os matizes, inclusive pelo Movimento Indígena e pelo Movimento Negro, que participaram fortemente da sua elaboração. Disso resultou uma constituição compromissória e dirigente, que assegurou aos povos indígenas e afro-americanos o direito à identidade cultural (à preservação de seus modos de ser fazer e viver), vedou qualquer forma de discriminação racial e criminalizou o racismo, entre outras muitas conquistas. A Constituição afirmou, ainda, o direito de todos à igualdade e à inclusão. Determinou que o Poder Público deveria pautar a sua conduta pelo princípio da impessoalidade e pelo interesse público. Restabeleceu o equilíbrio entre os Poderes e reforçou as garantias à independência do Poder Judiciário.

A partir de finais da década de 80 e sobretudo na década de 90, também a dogmática jurídica passa por uma profunda alteração. Afirmam-se a doutrina da efetividade das normas constitucionais (e, portanto, a possibilidade de exigir o cumprimento de tais normas em juízo). Passa-se a reconhecer normatividade aos princípios e promove-se um processo de releitura de todo o direito infraconstitucional à luz de tais princípios e dos valores que eles pressupõem. A Constituição passa ao centro do ordenamento jurídico e o grande protagonista da sua implementação é o Poder Judiciário, ao qual se reconhece o papel não apenas de aplicar, mas igualmente de construir o direito, à luz da Carta. Esse é o contexto em que se dá, progressivamente, a implementação do direito à identidade cultural.

Obviamente, a nova Constituição e seus valores multiculturais e progressistas encontraram um imaginário, instituições e operadores jurídicos conformados à luz da antiga ordem. A desigualdade, os privilégios e o racismo foram consolidados ao longo de séculos. Estavam naturalizados. Sequer eram percebidos assim. Não surpreende, portanto, que a normatividade do direito à identidade cultural tenha encontrado resistência na realidade concreta e nos fatores reais de poder. Reconhecer direitos a indígenas significa frustrar o avanço sobre suas terras e recursos. Afirmar os direitos dos negros significa ter de dividir com eles espaços de poder. Em ambos os casos, o reconhecimento de tais grupos implica, ainda, a superação de um racismo estrutural profundamente enraizado na cultura brasileira. De fato, os casos examinados demonstram que a judicialização de tais direitos tem sido imprescindível para a sua consolidação; se há judicialização é porque há, da parte dos titulares do direito, pressão para que sejam implementados; mas há, da parte de outros grupos, resistência a cumpri-los.

Nessa medida, o Supremo Tribunal Federal transformou-se em um espaço conflitivo, em que distintos grupos disputam a transformação ou a permanência de estruturas sociais, culturais, políticas e econômicas. Nessa missão, poderia se retrair e preservar o antigo estado de coisas ou avançar e produzir transformação. Empoderado pela Constituição e pela nova dogmática, parece ter optado, até aqui, pelo segundo caminho, e tem progressivamente concretizado o direito à identidade cultural, bem como os demais direitos de grupos minoritários, ainda que com oscilações. Portanto, se é certo que a cultura brasileira resistiu e resiste à normatividade de tal direito; não é menos certo que sua implementação tem avançado e que, ao avançar, modifica a própria cultura sobre a qual incide. Esse processo não é linear. É conflitivo, sujeita-se a avanços e recuos. Expressa, em sua trajetória, nuances, sutilezas, violências e resiliências que compõem os “50 tons de cinza” a que alude o título deste trabalho. Os avanços já obtidos, contudo, nos fazem crer ou ao menos aspirar a que esse caminho nos conduza efetivamente a um país construído para todos – a uma nação pluriétnica e verdadeiramente multicultural.

BIBLIOGRAFÍA

ALMEIDA, S. (2018). O que é racismo estrutural? Letramento, Belo Horizonte.

BARROSO, L. R. (2001). "Doze anos da Constituição brasileira de 1988", en: BARROSO, L. R., Temas de Direito Constitucional, Renovar, Rio de Janeiro.

BARROSO, L. R. (2009). Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed., Saraiva, São Paulo.

BARROSO, L. R., MELLO, P. P. C. (2020). "Como salvar a Amazônia: Por que a floresta de pé vale mais do que derrubada", Revista de Direito da Cidade, v. 12, n.º2, pp. 331-376.

BOGDANDY, A. (2017): "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina", en: BOGDANDU, A. von, MORALES ANTONIAZZI, M., FERRER MAC-GREGOR, E. (coord), *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Textos Básicos para su Comprensión, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Querétaro, Heidelberg, pp. 13-66.

BONFIM, P. R. (2019). "Educação eugênica: as recomendações de Renato Kehl a educadores, pais e escolares", History of Education in Latin America – HistELA, v. 2, pp. 1-16.

BORDIEU, P. (1972) "Esquisse d' une theorie de la pratique ». Droz Genève, Paris.

BOURDIEU, P. (1991). "Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective", en: CHAZEL, F.; COMMAILLE, J. (eds.), Normes juridiques et régulation sociale, LGDJ, Collection Droit et société, Paris, pp. 95-99.

BOURDIEU, P, WACQUANT, L. (1995). "Respuestas, por una antropología reflexiva". Grijalbo, México D. F.

BOURDIEU, P. (1997). "Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción2. Anagrama, Barcelona.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (2018). "Número de deputados negros cresce quase 5%". Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/545913-numero-de-deputados-negros-cresce-quase-5/>. Acesso em: 06 set. 2020.

CARMONA, C. (2013). "La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile: hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas", en: MIRANDA, R., CARMONA, C. Tesis (maestría) sobre Pueblos Indígenas, Vol. III, Colección Tesis de Maestría U. Nacional San Martín de Buenos Aires. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, pp. 15-139.

CARVALHO, J. M. (2016). Cidadania no Brasil: o longo caminho. 21. ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro.

CLAROS, L., VIAÑA, J. (2009): "La interculturalidad como lucha contrahegemónica. Fundamentos no relativistas para una crítica de la de la cultura", en: Interculturalidad crítica y descolonización Fundamentos para el debate, Convenio Andrés Bello, La Paz, pp. 117-118.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (2014). Relatório: textos temáticos, Brasília.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2020). "Em seminário, CNJ lança grupo de trabalho sobre questões raciais". Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/em-seminario-cnj-lanca-grupo-de-trabalho-sobre-questoes-raciais/>

raciais/. Acesso em 06 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2012). Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 junio de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2006). Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* Vs. Paraguay, 6 febrero de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2005). Caso *Yatama* vs. Nicaragua, 23 junio de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2020). Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina, 5 febrero de 2020.

CUNHA, M. C. (2018). “Índios na Constituição”, Dossiê 30 Anos da Constituição Brasileira, *Novos Estudos*, CEBRAP, pp. 429-443.

CUNHA, M. C. (2012). *Índios do Brasil: direitos e cidadania*. Claro enigma, São Paulo.

CUNHA, M. C. (1992). *Legislação indigenista no século XIX. Uma compilação (1808-1889)*. Comissão Pró-Índio/Edusp.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DPN (2020). *Levantamento Nacional de informações penitenciárias 2019*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

DEWEY, J. (2011). *La formation des valeurs*, La Découverte, Paris.

FAORO, R. (2012). *Os donos do poder*. 5. ed. Globo, São Paulo.

FAUNDES, J. J. (2017). “Honnheth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas”. *Revista Perfiles Latinoamericanos*, n°49, junio, 2017. pp. 303-323

FAUNDES, J. J. (2019a). “Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico”, *Revista Izquierdas*, n° 45, pp. 51-78.

FAUNDES, J. J. (2019b). “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n°2, pp. 303-323.

FAUNDES, J. J. (2020a). “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, Año 26, n° 1, pp. 77 – 100.

FAUNDES, J. J. (2020b). “Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas”, en: BOZZO, S., REMESEIRO, R., ESIS, I. (Editores), *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. RIL, Santiago: Universidad Autónoma de Chile pp. 369-373.

FAUNDES, J. J. (2020c). "Horizontes constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de Chile y Bolivia". Appris, Curitiba.

FAUNDES, J.J., CARMONA, C., SILVA, P.P. (2020). "La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermeneutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia "Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)"" , Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 11, N° 2

FAUNDES, J.J., LE BONNIEC, F. (2020a). "Cultura jurídica chilena y derecho a la identidad cultural: un acercamiento metodológico interdisciplinario", Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, n° 11.1, pp. 137 -193.

FAUNDES, J.J., LE BONNIEC, F. (2020b). "Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile". *Brazilian Journal of International Law*. vol. 17. n°1, 2020, pp. 144-179.

FAUNDES, J.J., RAMÍREZ S. "El Derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos", en: FAUNDES J.J. RAMÍREZ, S. (Editores), Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina. RIL, Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2019.

FERNANDES, P. (2015). "Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios na Constituição brasileira de 1988", Revista InSURgência, v. 1, n°2, pp. 145-151.

FIGUEIREDO, M. (2019). "Constitucionalismo Latino- Americano e Cultura Constitucional", en: VON BOGDANDY, A., PIOVESAN, F., MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.). Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional, JusPODIVM, Salvador, pp. 725-752.

FORNET-BETANCOURT, R. (2011). "La Filosofía Intercultural y la dinámica del reconocimiento". Ediciones Universidad Católica de Temuco, Temuco.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA (2019). Atlas da Violência. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública: Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - PBSP (2019). Anuário brasileiro de segurança pública 2019, FBSP, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2020.

FRIEDMAN, L. (1975). "The Legal System. A social science perspective". Russell Sage Foundation, New York.

FUENZALIDA, E. (2000). "Cultura jurídica externa e interna en el Chile finisecular: ¿Convergencia o divergencia?", en: Anuario de filosofía jurídica y social. Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, n°20, pp. 473-483.

HINKS, P.; MCKIVIGAN, J. (2007). "Encyclopedia of Antislavery and Abolition". Greenwood Press, Londres, pp. 35-50.

HOLANDA, S. B. (2012). "Raízes do Brasil". 26. ed. Companhia das Letras, São Paulo.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE (2020a). Censo 2010. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>>. Acesso em 16 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE (2020b). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua – PNAD, 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/02/pnad-continua-4t2019.pdf>. Acesso em: 06 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE (2018). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Educação. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

JOTA. Opinião & Análise. Série Voz. Disponível em: <https://www.jota.info/tudo-sobre/serie-voz>. Acesso em 06 set. 2020.

KLEIN, H. (1986). "African Slavery in Latin America and the Caribbean". Oxford University Press, New York, pp. 256-257.

LACERDA, A. B.; SOUZA, A. C.; FIGUEIREDO, C. C., Pereira, N.M., Rocha, T.M (2018). "A voz do cidadão na Constituinte". Edições Câmara dos Deputados, Brasília.

LATOUR, B. (2002). "La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État". La Découverte, Paris.

LOPES, D.B. (2011). "O movimento indigenista na Assembleia Nacional Constituinte (1984-1988)". Dissertação de mestrado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Impresso.

LOPES, J. A. V. (2008). "A Carta da Democracia: o processo constituinte da ordem pública de 1988". Topbooks, Rio de Janeiro.

LÓPEZ MEDINA, R. C. (2015). "Cultura jurídica, Eunomía", Revista Cultura de la Legalidad, n° 7, pp. 229-235.

LUHMANN, N. (2002). "El derecho de la sociedad". Universidad Iberoamericana, México.

MARIÑO, F. (2001). "Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo", en: MARINO, F., FERNÁNDEZ, C. (Coords.), La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, pp. 19-26.

MELLO, P. P. C. (2015). "Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal". Forense, Rio de Janeiro.

MELLO, P. P. C. (2018a). "Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrrição, expansão e ambivalência", en: BARROSO, L. R., MELLO, P. P. C., República que ainda não foi: Trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito da UERJ. Forum, Belo Horizonte, pp. 95-122.

MELLO, P. P. C. (2018b). "A vida como ela é: comportamento estratégico nas cortes", Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, n° 2, pp. 689-718.

MELLO, P. P. C. (2019). "Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?", Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 2 p.253-285. MELLO, P. P. C. (2020a). "El papel del juez transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, avance y resiliencia". MPIL Research Paper Seires, n. 2020-05. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3548830>.

MELLO, P. P. C. (2020b): "Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+", Revista da AGU, v. 19, n° 01, pp.17-44.

MELLO, P. P. C., FAUNDES, J. J. (2020). "Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra", em: ROSSITO, F. D.; SILVA, L. A. L.; TÁRREGA, M. C. et. al. Quilombolas e outros povos tradicionais. CEPEDIS, Curitiba, pp. 317-339.

MELLO, P. P. C., ACCIOLY, C. L. (2020) "El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil", em: FAUNDES, J.J., RAMÍREZ S. (Editores), Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina". RIL, Universidad Autónoma de Chile, Santiago.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (2018), Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadãos no Combate à Intolerância Religiosa. Nota Técnica: Livre Exercício dos Cultos e Liturgias das Religiões de Matriz Africana. PGR-00418604/2018, pp. 23-49.

MORALES ANTONIAZZI, M. (2016). "O Estado Aberto: Objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos", em: BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; PIOVESAN, F. (org.). *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: Marco conceptual, Juruá, Curitiba, v. 1, pp. 53-75.

MOREIRA, A. (2017a). "Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural", Revista Direito & Práxis, v. 8, n° 2, pp. 830-868.

MOREIRA, A. (2017b). "Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica", Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 18, n. 7, pp. 393-421.

NELKEN, D. (1997). "Comparing legal cultures". Darmonuth Publishing Company, Vermont.

NELKEN, D. (2017): "Defining and using the Concept of jurídica Culture", em: ADAMS, M., HUSA, J., ODERKERK, M. (eds.), Comparative Law Methodology) Volume II, EE Elgar, Massachusets, pp. 332-355.

PAILLACURA, D. (2019). La cultura jurídica chilena frente al derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un análisis del campo jurídico de la Araucanía. Tesis (Ciencias Jurídicas) - Universidad Católica de Temuco. Impreso.

QUIJANO, A. (2005). "Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina", em: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: Perspecivas latino-americanas, CLACSO, Buenos Aires, pp. 117-142.

RIBEIRO, D. (2019). "Lugar de Fala". Pólen, São Paulo.

- SANTOS, N. N. (2015). *A Voz e a Palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos*. Dissertação de conclusão de mestrado. Fundação Getúlio Vargas. Impresso.
- SALAS, R. (2003). "Ética Intercultural. (Re) Lecturas del Pensamiento latinoamericano". Ediciones UCSH, Santiago.
- SALAS, R. FAUNDES, J.J. (2018) "Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile)", en: LEDESMA, M. (coord.), *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. CEC –Tribunal Constitucional del Perú–, Lima, pp. 693-737.
- SENADO FEDERAL (2018). Notícias. "Representatividade dos negros na política precisa aumentar, defendem debatedores", 05.04.2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/05/representatividade-dos-negros-na-politica-precisa-aumentar-defendem-debatedores>. Acesso em: 06 set. 2020.
- SIQUEIRA, G. S. (2010). "Movimentos sociais e cultura jurídica brasileira", *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 5, n. 8, pp. 93-104.
- SOUZA NETO, C. P., SARMENTO, D. (2013). "Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho". 2. ed. Fórum, Belo Horizonte.
- SQUELLA, A. (1988). "La cultura jurídica chilena". Corporación de promoción universitaria, Santiago de Chile.
- SQUELLA, A. (2001). "Filosofía del Derecho". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2009). Pet. 3388, rel. Ministro Ayres Britto, j. 19.03.2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2009). Pet. 3388 ED, rel. Ministro Luís Roberto Barroso, j. 23.10.2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2014). R MS 29.087, red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 16.09.2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2014). AgR em ARE 803.462, rel. Min. Teori Zavascki, j. 09.12.2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2018). ADI 3239, rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, j. 08.02.2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2019). RE 494.601, red. p/ acórdão Ministro Edson Fachin, j. 28.03.2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2020). ADPF 709, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.08.2020.
- TARELLO, G. (1988). "Cultura giuridica e politica del diritto", Il Mulino, Bologna.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (2020). Consulta 0600306-47.2019.6.00.0000, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 25.08.2020.
- VENÂNCIO FILHO, J. (2011). "Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil". Perspectiva, São Paulo.
- VIEIRA, O. V. (2002). "Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política". Malheiros, São Paulo.

BIODATA

Patricia PERRONE CAMPOS MELLO: Brasileña. Doctora y Maestra en Derecho Público por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil. Profesora Permanente del Doctorado, Maestría y Pregrado en Derecho del Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Profesora Invitada del Maestrado de la Faculdade de Direito de la Universidade de São Paulo (USP) – Ribeirão Preto. *Visiting Scholar* del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law of Heidelberg, Alemania. Profesora Invitada del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Coordinadora del Grupo de Investigaciones “Cortes Constitucionais e Democracia” del Programa de Doutorado e Mestrado del Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Procuradora del Estado de Rio de Janeiro. Abogada Asesora de juez del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Autora de artículos, libros y editora de libros colectivos, sobre constitucionalismo, comportamiento judicial del Supremo Tribunal Federal y sobre grupos minoritarios y vulnerables.

Juan Jorge FAUNDES PEÑAFIEL: Chileno. Doctor en Procesos Sociales y Políticos en América Latina, por la Universidad de Artes y Ciencias Sociales (ARCIS), Chile; abogado de la Universidad Austral de Chile. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, integra el Grupo de Investigación en Derecho y el Doctorado en Derecho de la misma Facultad. *Visiting Scholar* del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law of Heidelberg, Alemania. Profesor visitante, entre otros, del Maestrado e Doctorado em Direito de la Faculdade de Direito del Centro Universitario de Brasília -UniCEUB-, Brasília, del Doctorado en Estudios Políticos de la Universidad de los Andes, Mérida, y de la Facultad de Historia de la Universidad de Sevilla. Autor de artículos, libros colectivos y editor de libros, en materia de derechos de los pueblos indígenas e interculturalidad. Recientemente publicó el libro “*Horizontes constituyentes*. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina”. Appris, Curitiba, 2020.

¡EVITE FRAUDES!

Este es un verificador de tablas de contenidos. Previene a la revista y a los(as) autores(as) ante fraudes. Al hacer clic sobre el sello TOC checker se abrirá en su navegador un archivo preservado con la tabla de contenidos de la edición: AÑO 26, N.º 93, 2021. TOC checker, para garantizar la fiabilidad de su registro, no permite a los editores realizar cambio a las tablas de contenidos luego de ser depositadas. Compruebe que su trabajo esté presente en el registro.

User: uto93

Pass: ut26pr93

Clic logo

