

O argumento antropológico na disputa da terra indígena Xukuru do Ororubá: uma reflexão sobre a (des)consideração do saber antropológico no julgamento envolvendo direitos indígenas ameaçados pela pretensão política do marco temporal¹

The anthropological argument in the dispute of the Xukuru do Ororubá indigenous land: a reflection on the (dis)consideration of anthropological knowledge in the trial involving indigenous rights threatened by the political pretension of the time frame

MÔNICA MARIA GUSMÃO COSTA
Doutora em Antropologia (PPGA/UFPE).
Professora e advogada de direitos humanos.
monica.gusmao.edu@gmail.com

RESUMO

Com as retomadas dos julgamentos do marco temporal das terras indígenas, pelo Supremo Tribunal Federal e da ação de reintegração de posse da aldeia Caípe, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região – localizada no município de Pesqueira-PE e legalmente pertencente ao povo Xukuru do Ororubá – a autora se viu impelida a dar prosseguimento à sua pesquisa sobre julgamentos envolvendo direitos indígenas, tendo como objeto de reflexão a recepção (ou não) dos argumentos antropológicos pelo judiciário, os quais corroboram para a garantia desses direitos. Destarte, o presente ensaio tem como objetivo refletir sobre a ressonância da argumentação antropológica na aplicação do direito, tendo como pano de fundo o julgamento que decidirá sobre a reintegração de posse da aldeia Caípe, por latifundiário, problematizando o campo de poder discursivo entre o direito e a antropologia, ponderando sobre os princípios da ética que regem, de forma distinta, os dois campos de conhecimento e de atuação profissional.

Palavras-chave: Argumento antropológico. Direitos indígenas. Processos judiciais. Tecnicismo jurídico.

ABSTRACT

With the resumption of the judgements on the time frame of indigenous lands by the Federal Supreme Court and the repossession of the Caípe village by the Federal Regional Court of the 5th Region - located in the municipality of Pesqueira-PE and legally belonging to the Xukuru do Ororubá people - the author was impelled to continue her research into judgements involving indigenous rights, with the object of reflection being the reception (or not) of anthropological arguments by the judiciary, which corroborate the guarantee of these rights. The aim of this essay is to reflect on the resonance of anthropological argumentation in the application of the law, against the backdrop of the trial that will decide on the repossession of the village of Caípe by a landowner, problematising the field of discursive power between the law and

¹ Recebido em 20 de agosto de 2023. Aprovado em 16 de setembro de 2023.

anthropology, considering the principles of ethics that govern the two fields of knowledge and professional practice in different ways.

Keywords: Anthropological argument. Indigenous rights. Court cases. Legal technicism.

INTRODUÇÃO

À título de esclarecimento ao leitor, é imprescindível mencionar que o presente ensaio, apesar de se tratar de uma publicação inédita, acerca de novas reflexões da autora sobre o julgamento que discute a pretendida reintegração de posse, por família de latifundiários pernambucanos, envolvendo a aldeia Caípe, consiste, também, em um desdobramento de inquietações já traduzidas em pesquisas anteriores, publicações, ideias compartilhadas entre a autora e Vânia Fialho² – uma parceria antiga. Portanto, apesar da única autoria, este texto é também produto de antigas discussões e pesquisas realizadas em parceria com a antropóloga Vânia Fialho. Destarte, o presente ensaio se debruça sobre a coleta e o início da sistematização dos primeiros dados etnográficos obtidos pela autora, por ocasião das sessões do julgamento mencionado, tendo como campo de pesquisa o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5). O texto reflete um pouco do pensamento antropológico e sua relação dialógica com o direito.

A antropologia, desde a construção de suas escolas teóricas e formação de paradigmas, contou com estudos de pensadores advindos do mundo jurídico, como Sir Henry Maine e Lewis Henry Morgan (ERIKSEN; NIELSEN, 2007). Estudos pioneiros para a formação da antropologia, que remontam a meados do século XIX, demonstram interfaces da antropologia com o direito, através de abordagens em questões como: herança, regras de casamento, relações de parentesco, transmissão de bens, prestação e trocas de serviços, noções de honra, obrigação e dívida, mecanismos de punição, entre tantas outras. Um exemplo é a obra clássica de Marcel Mauss (2003) *Ensaio sobre a dádiva*, a qual se tornou um cânone para a teoria antropológica ao abordar o tema “troca e reciprocidade”. Analisando as categorias de troca e reciprocidade nas sociedades tidas como “primitivas”, entendendo-as como *prestações totais*, Mauss atribuiu aspectos do “pré-direito” romano, bem como evidências “rudimentares” da economia ocidental nessas práticas de troca vinculantes, contribuindo com diversos estudos dialógicos entre o direito e antropologia, até os tempos atuais. Outro teórico clássico na formação da antropologia enquanto disciplina é o funcionalista Bronislaw Malinowski (2008), que, inaugurando o método antropológico até hoje utilizado, voltou o olhar sobre o que denominou “direito primitivo”,

² Doutora em Antropologia, professora da UPE e do PPGA/UFPE.

defendendo que, na sociedade “primitiva”, tanto o direito criminal como o direito civil faziam-se presentes, através de categorias nativas, as quais desempenhavam *funções* de exercer a harmonia social. Tais exemplos são apresentados neste ensaio apenas para direcionar o olhar do leitor para o fato de que a antropologia, desde sua formação, apresenta teorias analíticas úteis para a compreensão do direito, inclusive na contemporaneidade.

Inúmeros antropólogos dedicaram seus estudos ao campo da antropologia do direito, nacional e internacionalmente, no decorrer da história da antropologia – dos primórdios à atualidade. Levando em consideração o contexto do nordeste brasileiro, podemos citar uma coletânea de antropologia jurídica, publicada pela Editora da UFPE, no ano de 2020, intitulada *Antropologia e Direito: aproximações necessárias*, organizada pela autora, por Vânia Fialho e por Peter Schröder³. A coletânea foi resultado dos vários encontros, reuniões e aulas com estudantes da antropologia e do direito, realizadas no Programa de Pós-graduação em Antropologia (PPGA) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) – sob a coordenação de Vânia Fialho – e, também, pelo então Laboratório de Estudos Avançados em Cultura Contemporânea (LEC), através da linha de pesquisa “Antropologia e Direito”, à época coordenada pela autora.

Vários encontros entre as duas áreas, antropologia e direito, resultou em diversas dissertações de mestrado e teses de doutorado no PPGA/UFPE, sob a orientação de Vânia Fialho, sendo que esse campo de diálogos ultrapassou as fronteiras temporais e espaciais, antes circunscritas ao PPGA (além das apresentações em congressos), produzindo frutos que, atualmente, decorrem da abertura de um fecundo canal, discursivo e prático, entre as duas disciplinas, representado no direito pela professora Flavianne Nóbrega, que coordena a *Clínica Jurídica de Direitos Humanos*, do Programa de Extensão *Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, da UFPE.⁴ Além disso, a discussão também é prestigiada pelo Laboratório de Estudos sobre Ação Coletiva e Cultura (LACC), vinculado à Universidade de Pernambuco (UPE), ao qual passei a fazer parte, recentemente.

À vista disso, a autora vem se debruçando sobre julgamentos atuais, tendo como objeto de reflexão a recepção (ou não) dos argumentos antropológicos pelo judiciário, os quais corroboram para a garantia dos direitos dos povos indígenas, sobretudo em relação à

³ Professor do Programa de Pós-Graduação em Antropologia, da Universidade Federal de Pernambuco (PPGA/UFPE)

⁴ “A Clínica de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da UFPE é um projeto de extensão dedicado à proteção de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade e estejam passando por violação de direitos, tendo como principal abordagem um método inovador na prática jurídica, a Escuta Ativa de Paulo Freire.” Fonte: <https://www.youtube.com/watch?v=qNaGDRqgXZ4>. Acesso em: 03 dez. 2023.

regularização (e efetivação) fundiária. Como foi dito, trata-se da continuidade de uma discussão há muito iniciada, com várias publicações, como a intitulada *Diálogo entre a Antropologia e o Direito através da análise de processos judiciais envolvendo povos indígenas no Brasil* e que foi apresentada no *IX Congresso da Rede Latinoamericana de Antropologia Jurídica* (COSTA; FIALHO, 2015). Repisando, a ideia surgiu a partir das inquietações percebidas pelas autoras nas seguintes oportunidades: durante as discussões num curso sobre laudos antropológicos; quando, a partir de questões práticas, foram colocadas as dificuldades de aproximação dos dois campos; na alegação de suspeição do nome de uma antropóloga para atuar como perita numa ação judicial, envolvendo o processo de regularização do território dos indígenas Xukuru, sob a argumentação de que a mesma mantinha uma relação “quase umbilical” com o grupo indígena, “comprovado” pela dedicatória que fez aos Xukuru, quando da publicação de sua dissertação de mestrado; e, por último, nas discussões que vinham sendo desenvolvidas na disciplina de Antropologia Jurídica no PPGA/UFPE, cujas turmas, compostas por advogados e antropólogos, traziam à tona em cada encontro as tentativas de aproximação e as tensões no diálogo entre a antropologia e o direito. Como foi indicado, tudo resultou num terreno fértil para o diálogo entre as duas disciplinas, considerando as peculiaridades e paradigmas culturais (línguas, vestimentas, valorações, etc) de cada uma delas: por um lado, afastando-as, mas por outro lado unindo-as, quando o objetivo de justiça social clamava por defesa.

Recentemente, com a retomada do julgamento do marco temporal das terras indígenas, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e com a também retomada, pelo TRF-5, do julgamento da ação movida contra terra indígena do povo Xukuru, cujo objeto é a reintegração de posse da aldeia Caípe, localizada no município de Pesqueira-PE, a autora se viu impelida a dar prosseguimento ao trabalhos sobre o tema, a fim de poder contribuir, de alguma forma, com uma análise científica sobre uma questão caríssima para a antropologia e para a efetivação dos direitos sociais, notadamente, a proteção dos povos originários. Destarte, o presente ensaio tem como objetivo refletir sobre a ressonância da argumentação antropológica na aplicação do direito, tendo como pano de fundo o julgamento que decidirá sobre a reintegração da aldeia Caípe, por latifundiário pernambucano⁵, problematizando o campo de poder discursivo entre o direito e a antropologia, ponderando sobre os princípios da ética que regem, de forma distinta, os dois campos de conhecimento e de atuação profissional.

⁵ Trata-se de processo judicial do ano 1992 (ação de reintegração de posse nº 0002697-28.1992.4.05.8300 e Ação rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000), o qual discute o direito de posse da aldeia Caípe, que se encontra encravada na Terra Indígena Xukuru do Ororubá (em Pesqueira – PE). Atualmente, o julgamento se encontra sob a jurisdição do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5).

É importante esclarecer que a pesquisa se encontra em fase de elaboração, até porque, até a data em que este texto foi escrito, o julgamento final ainda não ocorreu. Por outro lado, existe uma quantidade significativa de dados etnográficos colhidos com a metodologia aplicada (entrevistas, utilização de imagens e vídeos, observação participante e discreta, análise de documentos), e até o presente momento não foi possível proceder com a sistematização de todos os dados obtidos – as ferramentas metodológicas começaram a ser utilizadas pela autora no julgamento de reintegração de posse da aldeia Caípe, a partir do mês de agosto deste ano.

Como foi mencionado, este ensaio se debruçará sobre o julgamento pelo TRF5, da ação de reintegração de posse da aldeia Caípe, que se encontra profundamente ligado ao momento político de investidas contra os direitos indígenas, através da tese do marco temporal de reconhecimento de terra de povos indígenas para a partir da Constituição de 1988. Tese que, em setembro deste ano, foi derrubada pelo STF, mas ainda continua a ser ambicionada por muitos parlamentares que têm interesses nas terras indígenas, direta ou indiretamente.

2 INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL: AS INVESTIDAS CONSTANTES ÀS TERRAS DO POVO XUKURU

A Associação Brasileira de Antropologia (ABA), através da sua Comissão de Assuntos Indígenas, apresentou manifestação pública a respeito do julgamento no TRF-5, cuja ação de reintegração de posse, iniciada em 1992, ambiciona tomar posse, novamente, da aldeia Caípe, que se encontra inserida na Terra Indígena Xukuru do Ororubá, em Pesqueira – PE.

Ocorre que a Terra Indígena Xukuru do Ororubá já se encontra demarcada e homologada, bem como devidamente registrada como propriedade da União, com usufruto exclusivo do povo indígena Xukuru. Ressaltamos que a violação dos direitos indígenas, que perpassado o julgamento considerado para o presente ensaio, objetivando a reintegração de posse da aldeia Caípe em favor de uma família latifundiária do Estado de Pernambuco, além de ser inconstitucional, é também inconveniente: a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro a garantir o direito à posse pacífica da TI Xukuru do Ororubá, por ocasião do julgamento entre o povo indígena Xukuru e seus membros *versus* a República Federativa do Brasil.

A queixa foi formulada através de uma petição apresentada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, pelo Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em 2002, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O Relatório de Admissibilidade (nº

98/09) foi aprovado no ano de 2009 e em 2015 a CIDH pronunciou o Relatório de Mérito (nº 44/15), entendendo pela responsabilização do Estado brasileiro por violar o direito à propriedade, à integridade pessoal, aos direitos de garantias e proteção judiciais para com o Povo Indígena Xucuru e seus membros: as constantes violações de direitos que vem sofrendo o povo Xukuru estão além do direito à posse de suas terras, mas incluem assassinatos, violências e constantes ameaças.

O caso de número 12.728, como ficou registrado pela CIDH a situação do povo Xukuru do Ororubá, após a inércia do Estado brasileiro em cumprir com as recomendações da Comissão, foi encaminhado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).⁶ A Corte IDH pronunciou-se da seguinte forma:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condenou o Brasil por violação aos direitos dos índios Xucuru à propriedade coletiva e à garantia e proteção judicial. O tribunal internacional concluiu que o Brasil não atuou em “prazo razoável” para demarcar o território Xucuru, em Pernambuco, afastando da terra as 2.300 famílias que formam a etnia, atualmente distribuídas em 24 comunidades. O governo brasileiro demorou 16 anos, entre 1989 e 2005, para reconhecer a titularidade e demarcar as terras dos índios, além de ter atrasado para retirar invasores do território. A condenação do Brasil havia sido antecipada pelo Ministério Público Federal, que vem acompanhando o caso. (MPF, Procuradoria-Geral da República. **Corte Interamericana de Direitos Humanos condena Brasil por violação de direitos de índios no caso Xucuru.** (CIDH, 2018). (...) DECIDE, Por unanimidade, 1. Julgar improcedentes as exceções preliminares interpostas pelo Estado, relativas à inadmissibilidade do caso na Corte, em virtude da publicação do Relatório de Mérito pela Comissão; à incompetência *ratione materiae*, a respeito da suposta violação da Convenção 169 da OIT; e à falta de esgotamento prévio dos recursos internos, nos termos dos parágrafos 24, 25, 35, 36, 44, 45, 46, 47 e 48 da presente Sentença. 2. Declarar parcialmente procedentes as exceções preliminares interpostas pelo Estado, relativas à incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Estado, nos termos dos parágrafos 31 e 32 da presente Sentença. DECLARA: Por unanimidade, que: 3. O Estado é responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 130 a 149 da presente Sentença. Por unanimidade, que: 4. O Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade coletiva, previsto nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos

⁶ Conforme Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/pueblo_xucuru_miembros_br/alefcom.pdf. Acesso em 04 dez. 2023. É importante explicar que a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)** ou **Pacto de San José da Costa Rica** é um Tratado internacional, cujos países membros fazem parte da **OEA – Organização dos Estados Americanos**. A CADH é composta por dois órgãos: a **Comissão Interamericana de Direitos Humanos** – que, entre outras funções, analisa violações a direitos humanos, faz recomendações e pode encaminhar o caso para ser julgado pela **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, o segundo órgão da CADH. A Corte exerce não somente a função consultiva, como, também, a função contenciosa, de julgar casos de violações nos Estados signatários dos seus protocolos. O Brasil é signatário e está sujeito à CADH.

Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 150 a 162 da presente Sentença. Por unanimidade, que: 5. O Estado não é responsável pela violação do dever de adotar disposições de direito interno, previsto no artigo 2o da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 21 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 163 a 166 da presente Sentença. Por unanimidade, que: 6. O Estado não é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 171 a 181 da presente Sentença. E DISPÕE: Por unanimidade, que: 7. Esta Sentença constitui, por si mesma, uma forma de reparação. 8. O Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença. 9. O Estado deve concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença. 10. O Estado deve proceder às publicações indicadas no parágrafo 199 da Sentença, nos termos nela dispostos. 11. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212 e 216 da presente Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da presente Sentença. 12. O Estado deve, no prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento. 13. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez tenha o Estado dado cabal cumprimento ao nela disposto.⁷

Por conseguinte, assim como a tese do marco temporal foi considerada inconstitucional pelo STF, as investidas contra as terras indígenas do povo Xucuru do Ororubá também agridem a Constituição Federal de 1988, além de ofender o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que sentenciou o Estado brasileiro à garantia de proteção das terras do povo Xucuru.

3 OS ENCONTROS DE MUNDOS NO TRF-5

A questão das violações de direitos ao povo Xucuru, apesar de aparentemente solucionada no mundo jurídico, continua refletindo contrária a “segurança jurídica”⁸ e os

⁷ A Sentença completa está disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em 04 dez. 2023.

⁸ Categoria jurídica que parece esvaziada de significado para o presente ensaio, diante dos fatos apresentados.

direitos constitucionais e convencionais, relativos ao caso, continuam sofrendo investidas de violações. No dia 09 de agosto deste ano, o TRF-5 retomou o caso de reintegração de posse da aldeia Caípe, cujo marco temporal remete à Constituição de 1934.⁹ Nessa ocasião de retomada de julgamento, a tese sobre o marco temporal ainda não havia sido julgada pelo STF. A mobilização foi intensa em frente e dentro das instalações do TRF-5.

Figura 1 – Resistência pacífica do Povo Xukuru do Ororubá aguardando a audiência de julgamento:



Fonte: Foto de Mônica Gusmão (2023)

⁹ TRF-5 retoma caso Xukuru tendo marco temporal mais radical do que o julgado pelo STF
<https://jornalggn.com.br/justica/trf-5-retoma-caso-xukuru-tendo-marco-temporal-mais-radical-do-que-o-julgado-pelo-stf/> . Acesso em 04 dez. 2023.

Figura 2 – O Toré no TRF-5:



Fonte: Foto de Mônica Gusmão (2023)

Aos 06 de setembro do corrente ano, foi marcada nova sessão de audiência, pelas 14 horas. Às 13 horas deste dia, como ocorreu na sessão de audiência anterior, o povo Xukuru já se encontrava nas dependências externas do TRF-5 entoando o Toré. Os povos Pankararu e Entresserra Pankararu estavam presentes em solidariedade – afinal a causa atinge a todos os povos originários. Neste dia, um dos desembargadores pediu vista – desejava aguardar a finalização do julgamento do marco temporal pelo STF, o qual ocorreu no dia 21 do mesmo mês e que derrubou, por 9 votos a 2, a tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas.

Remarcada sessão no TRF-5 sobre a posse da aldeia Caípe, para o dia 11 de outubro deste ano, o caso foi julgado, mas não encerrado. Neste dia, a sessão demorou muito – havia outra sessão anterior de um julgamento sob sigilo que atrasou sobremaneira a tão aguardada audiência pelo povo Xukuru e aliados indígenas e não-indígenas. Ao iniciar a sessão de julgamento, os Xukuru acompanharam com atenção e emoção a audiência:

Figura 3 – O povo Xukuru na sala de julgamento do TRF-5:



Fonte: Foto de Mônica Gusmão (2023)

Já escurecia quando o último voto foi proferido, contando em 3 votos pela improcedência da ação rescisória movida pela FUNAI, que derruba a pretensão da reintegração de posse pelo latifundiário, e 4 votos pela sua procedência, em favor da proteção da aldeia Caípe como pertencente ao povo Xukuru do Ororubá. A emoção contaminou a sala de audiência, onde a maioria dos espectadores torcia pela proteção da aldeia Caípe e dos direitos indígenas em geral. Havia terminado a contenda nesse dia? Não. Por se tratar de uma ação rescisória e não ter contado com um julgamento unânime, novo julgamento será realizado, desta vez com o pleno do TRF-5, composto por 24 desembargadores e desembargadoras federais: a próxima sessão está marcada para o dia 13 de dezembro deste ano.

Tendo em vista que, neste momento, o julgamento para decidir sobre a aldeia Caípe ainda não foi iniciado pelo Plenário do TRF-5 e que os dados coletados na pesquisa ainda não foram sistematizados, a autora propõe um aprofundamento analítico posterior, no sentido de detectar possibilidades de diálogo inteligível (entraves e/ou facilitadores) entre direito e antropologia, numa perspectiva habermasiana, buscando o aspecto pragmático da antropologia jurídica: um ir e vir entre a antropologia e o direito, à luz de uma possível ação comunicativa. Vale salientar que os resultados obtidos até agora apontaram para o caminho de que o aprofundamento da discussão sobre o diálogo entre a antropologia e o direito requer ir além da análise do conteúdo das sentenças judiciais. Mesmo assim, é no discurso e no parecer final dos magistrados que, concretamente, temos indicativos da tensão ou da possibilidade de um “um ir e vir hermenêutico”. Consideramos que após esse primeiro passo, devemos também analisar a

composição dos fóruns de decisão judicial como inseridos em complexos campos de poder que muito também podem dizer dessa relação.

4 O DIREITO, A JUSTIÇA E A ANTROPOLOGIA

Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça*! Vamos à Faculdade de Direito aprender *direito*, não *justiça*. *Justiça* é com a religião, a filosofia, a história (GRAU, 2013, p. 21)¹⁰

A citação acima exprime a orientação positivista de muitos juristas brasileiros, especificamente a de Eros Grau (2013). De fato, esse entendimento corrobora com um direito hermético e pretensão autossuficiente, fechado ao diálogo com outro saber. Entretanto questionamos: é possível a imparcialidade do julgador, ao ponto de o tornar um rígido aplicador da lei, com contornos bem determinados? A história de vida do magistrado interfere no julgamento? O "notório saber jurídico" capacita o julgador para todas as demandas judiciais, a ponto de não necessitar de qualquer formação complementar, ou seja, existe um processo de formação do magistrado até que grau ou momento da sua carreira e o que determina a não necessidade de o magistrado ser impulsionado a buscar entendimento fora do saber jurídico? São questionamentos possíveis de serem formulados por antropólogos, quando têm que se debruçar sobre demandas judiciais, as quais põe por terra e desautorizam o saber antropológico, ao sobrepor o saber jurídico, desconsiderando a expertise do profissional da antropologia quando este produz um laudo antropológico, por exemplo.

A interdisciplinaridade é uma palavra-chave no entendimento de relações sociais que envolvem conflitos em direitos indígenas. Regina Lúcia Teixeira Mendes (2012) exercita o diálogo entre direito e antropologia, ao analisar a relação entre *o princípio jurídico do livre convencimento motivado* e a *iniciativa probatória dos juízes* nas tomadas de decisão, apresentando "os dilemas da decisão judicial". Como oficiala da Justiça Federal, a autora realizou a pesquisa através de uma série de entrevistas com juízes. Mendes (2012) enfrentou desafios em razão do seu aspecto vinculador com a instituição na qual trabalha. A questão da hierarquia, por exemplo, muito mencionada na sua obra, sobressai em vários aspectos. Destacando aqui três deles, o primeiro aspecto é quando a própria autora transparece certo desconforto ao formular questões aos juízes entrevistados, tratando-se de seus superiores

¹⁰ Citação de Eros Roberto Grau, professor de direito e ex Ministro do Supremo Tribunal Federal (2004-2010), na obra *Por que tenho medo dos juízes*.

hierárquicos; o segundo aspecto chama atenção o fato de que todos os juízes entrevistados pela autora foram antes apresentados “por pessoas conhecidas”, sendo que 21 concederam entrevistas e só um negou dar entrevista, segundo afirmou a autora. Outro aspecto interessante é que, como defende a autora, também o senso comum aponta para uma hierarquia entre juiz, promotor e advogado, embora a lei garanta uma suposta relação não hierarquizada.¹¹

Além dos aspectos acima ressaltados, Mendes (2012), ao teorizar duas categorias por ela consideradas complementares – que são *o livre convencimento motivado* e *a iniciativa probatória do juiz* – proporciona uma importante contribuição para o presente texto porque vai de encontro ao que prega Grau (2013): uma severa positividade do direito, afastando-o da justiça, afinal “*Justiça é com a religião, a filosofia, a história*” (GRAU, 2013, p. 21), não com o direito.

Outro ponto no trabalho de Mendes que também contribui para o presente tema são questões que a autora aborda sobre *Imparcialidade, Neutralidade e Subjetividade*. Tratam-se de características idiossincráticas dos juízes, as quais os mantêm impossibilitados de serem totalmente isentos e imparciais, pressupostos desejados pelo judiciário. A autora reflete, ainda, sobre a emoção do juiz, a qual é apresentada como forma de perigo no contato com a parte envolvida no processo – por vezes entendida como necessária para o convencimento do juiz, por outras vezes entendida como perigosa para a imparcialidade. Neste trabalho, entendemos que a sensibilidade, a criatividade, enfim, os aspectos emocionais do juiz são pontos de partida para a compreensão das realidades sociais atualizadas pela sociedade não hegemônica. Defendemos que dificilmente pode-se deixar de fora do contexto dos julgamentos a emoção do juiz, esta não se contrapondo, cartesianamente, à razão, mas dando suporte a própria racionalidade, afinal, não há uma ação totalmente neutra.

Para ilustrar as reflexões acima colocadas, trazemos parte da entrevista com um(a) julgador(a) do TRF-5, o(a) qual preferiu não ser identificado(a):

Numa perspectiva mais moderna, essa abordagem de outros costumes, de outras culturas, de outros valores, de valores de sociedade que não é hegemônica, tem sido realmente cobrado, tem sido valorizado, muitos cursos de formação e também inclusive na seleção de novos juízes. Não era, isso não acontecia antes. As matérias antes eram muito mais técnicas, essa parte da vivência, da cultura não era tão... não era cobrada pelo menos diretamente, pelo menos como um [curso] como eu faço com vocês, como uma matéria do concurso, não é? E aí é no curso, no próprio curso. O curso de Direito, não há também uma eficácia nisso. E aí depende muito mais de cada magistrado do interesse em buscar esses cursos, que hoje existem. Hoje existe. A Escola de

¹¹ A Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, dispendo sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), regula no Art. 6º, afirmando que “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”.

Formação e Aperfeiçoamento do Magistrado tem linhas de estudo nessa área, mas claro, tudo depende muito do interesse individual. No próprio curso tem direitos humanos, agora não vou saber explicar exatamente qual é a linha, mas está relacionada a história, tradições de outros povos. Aí tem os indígenas, até porque o Concurso de Justiça Federal é um concurso nacional. Então você vai ter que trabalhar, por exemplo, no Norte, tem quilombola, tem o soldado da borracha, tem o ribeirinho, etc. (...). Enfim, mas isso não existia antes, (...), essa visão mais moderna, é de 2012 para cá. (Entrevista a um(a) magistrado(a), concedida a Mônica Gusmão, no TRF5, em outubro de 2023).

Como foi dito inicialmente, as entrevistas não foram todas transcritas e sistematizadas, contudo podemos formar uma primeira consideração a partir da fala acima transcrita: apesar da tradição positivista do direito brasileiro, às demandas atuais, com “[...] abordagem de outros costumes, de outras culturas, de outros valores, de valores de sociedade que não é hegemônica” parece que está provocando uma abertura e, talvez, mudança do judiciário, no sentido de compreensão da necessidade de se voltar para outros saberes, não abarcados na formação jurídica de tradição tecnicista. Também podemos identificar um reconhecimento da subjetividade do julgador na hora de decidir ou não pela formação complementar, fora do tecnicismo jurídico: “E aí depende muito mais de cada magistrado do interesse em buscar esses cursos, que hoje existem”. Talvez a sensibilidade ou a emoção de cada julgador, que dá suporte a racionalidade, entenda (ou não) pela aceitação de que o saber jurídico não é auto suficiente: “A Escola de Formação e Aperfeiçoamento do Magistrado tem linhas de estudo nessa área, mas claro, tudo depende muito do interesse individual”. Indo além da subjetividade ou emoção do juiz, o que podemos indagar é: o que faz uns julgadores se voltarem para a aceitação da incompletude do saber jurídico e outros não? Qual (ou quais) elemento aciona a sensibilidade/emoção do juiz? Possivelmente um estudo etnográfico sobre o judiciário, que privilegie a captação da moralidade individual do julgador (história de vida, gênero, posição política, etc), além da moralidade institucional, poderia aproximar os campos da antropologia e do direito. Poderia fazer os juristas entenderem que os resultados de uma etnografia séria produz saberes científicos, passando a melhor considerar os argumentos antropológicos. Talvez devesse ser construído um canal aberto e dialógico entre as duas disciplinas.

Por outro lado, a respeito da possibilidade dialógica com o direito, vários indígenas foram entrevistados nas dependências do TRF-5, notadamente sobre como eles percebem os profissionais do direito na atuação, quando as ações tratam de direitos indígenas, quando os julgadores estão decidindo sobre suas vidas. Expressando que poderiam ser identificados, várias lideranças indígenas concederam entrevistas. Aqui apresentamos parte da entrevista com o Cacique Marcos Xukuru:

Primeiro eu creio que é preciso que as universidades, é preciso que aqueles que hoje estudam sobre o direito no nosso país tivesse uma amplitude maior, um aprofundamento maior a nível de como esse país ele foi formado, como esse país ele é composto, porque somos um país que existe uma pluralidade tamanha e que infelizmente as academias, as universidades, enfim, não conseguiram mensurar, compreender no processo de formação dos nossos quadros nesse país, que possa compreender e ter a dimensão de que esse país ele é pluriétnico e pluricultural, então na hora de fazer um julgamento, tratando de povos indígenas, se for tratar dos quilombolas, se for tratar dos ribeirinhos, se for tratar daqueles, do homem do campo que estão reivindicando o espaço, não é, a terra lá que tá sendo pelo MST, que tá sendo ocupada, pelos, aqueles que hoje não tem terra ou seja, é preciso que haja um olhar, né, diferenciado para cada situação, para cada caso nesse país. (...) Há que se perguntar se é falta de conhecimento ou simplesmente é um preconceito. Preconceito institucional, dos direitos (...) Pelo que eu pude presenciar, inclusive algumas colocações que foram feitas, eu acompanhei o julgamento, muitas vezes aquilo que o antropólogo, no próprio processo de identificação, de delimitação dos territórios, enfim, que passa pelo processo antropológico, pelo estudo antropológico, muitas vezes isso é desconsiderado, ou seja, o profissional termina sendo desconsiderado, o trabalho que ele fez, o levantamento que ele fez, a documentação levantada, todas as provas documentais para o reconhecimento né, de uma demarcação ou de um reconhecimento étnico de um povo, então, é preciso que o judiciário, ele efetivamente ele tenha esse olhar né, em entender que aquele trabalho exercido pelo antropólogo ele possa servir de prova plena nesse aspecto de uma ação como essa, então eu acho que é preciso ter esse reconhecimento. (CACIQUE MARCOS).

A fala do Cacique Marcos corrobora com a linha de pensamento deste texto e com o espírito da Constituição Federal/88. O diálogo entre direito e antropologia se dá, não apenas pela aproximação entre as duas disciplinas na consolidação da ciência antropológica, com a discussão sobre a diversidade dos sistemas jurídicos, mas por essa aproximação ter se estreitado no Brasil, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, a qual, já no seu Preâmbulo, reconhece a sociedade brasileira como plural, adotando o Princípio da Autodeterminação dos Povos, entre outros. Por outro lado, o Conselho Nacional de Educação e a Câmara de Educação Superior, por sua vez, através da Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, instituíram as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, onde damos destaque ao artigo 5º:

Art. 5º. O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I – Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência

Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.
(RESOLUÇÃO CNE/CES N° 9, 2004) [grifos nossos].

Dessa forma, a introdução da disciplina antropologia jurídica tornou-se obrigatória na grade curricular dos cursos de graduação em direito, porém, não raras vezes, é ensinada pelos próprios juristas sem a devida formação em antropologia, ou através de ensino à distância ou por antropólogos que não conseguem estabelecer um diálogo com o estudante de direito, acendendo calorosas discussões, por um lado antagônicas, mas por outro lado conectadas, na medida em que se convergem para a defesa dos direitos fundamentais, notadamente os direitos indígenas: estudantes e professores tanto do direito como da antropologia parecem ser fortes aliados na defesa desses direitos.

Tais discussões levaram a perspectivas diferentes para entender a relação entre os dois campos. Mesmo assumindo-se a inadequação de transferência do sentido do conteúdo de uma área para outra, a discussão permaneceu tensa pela separação entre aspectos lógicos e práticos, entre enfoque forense e etnográfico, acarretando mais ambivalência e hesitação do que acomodação e síntese (REGO, 2007) e como Geertz afirma, “ao invés de termos uma penetração da sensibilidade jurídica na antropologia, ou da sensibilidade etnográfica no direito, o que vemos é um conjunto limitado de debates estáticos” (GEERTZ, 1998:251). Geertz propõe, diante do impasse, a adoção de uma abordagem mais desagregante, propondo “um ir e vir hermenêutico entre os dois campos, olhando primeiramente em uma direção, depois na outra, a fim de formular as questões morais, políticas e intelectuais que são importantes para ambos” (GEERTZ, 1998:253).

No Brasil, essas tensões estão sendo possíveis de se acompanhar com a valorização de laudos periciais antropológicos como instrumentos de conhecimentos circunstanciados sobre os novos direitos, principalmente, no que se refere às populações tradicionais (LEITE, 2004: 70). Tal valorização vem também promovendo uma confusão de campos e autoridades de saber.

Tendo como base a discussão dessas *tensões* e *distensões*, entre essas áreas de conhecimento, Rego (2007), em sua dissertação sobre o trabalho do antropólogo no Ministério Público, destaca que antropólogos e advogados “fazem coisas diferentes” estando a virtude de sua relação no que cada um pode oferecer ao outro. Ressaltando a necessidade de resguardar a distintividade dos campos, esse mesmo autor aponta que o “ir e vir hermenêutico” geertziano desponta extremamente relevante, dando viabilidade, inclusive política, para essa articulação.

Sem dúvida, há de se destacar a importância do campo do poder em que, geralmente, os argumentos jurídicos e antropológicos se encontram. Nesse aspecto, Bourdieu traz importante contribuição ao definir que o

campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Relacionar a competência e a legitimidade dos argumentos dos dois campos de conhecimento com a definição da ordem social, coloca a proposta da nossa discussão num âmbito muito mais profundo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas considerações e reflexões podem ser apresentadas neste ensaio: 1) os processos falam, assim como as “instituições pensam” (MARY DOUGLAS, 1998) – “o que não está no processo não está no mundo”. Precisamos aprender a “ler” o que dizem os processos, o que eles inserem no mundo e o que eles desconsideram a existência; 2) a história de vida, a subjetividade do magistrado interfere no julgamento: podem relativizar uma norma ou usar recursos tecnicistas – o que prepondera: a convicção fundamentada ou a fundamentação convicta? 3) talvez as barreiras entre os saberes perpassam, principalmente, por diferentes visões de mundo, de *ethos*, de moralidades, entre antropólogas(os) e magistrada(os) – existe possibilidade de diálogo? 4) Será que a familiaridade com a língua do “nativo”, ou seja, do campo jurídico, a vestimenta, uma possível demonstração de conhecimento *a priori*, são fatores que facilitam o acesso às entrevistas com magistrados? Em todas as pesquisas que realizei com magistradas e magistrados, em outros campos e tribunais, o acesso foi muito mais difícil do que com outros atores sociais. No presente caso, ao acionar uma fala introdutória de apresentação da pesquisa, demonstrando certa compreensão do mundo do direito (possivelmente pela minha formação híbrida), pude obter facilmente as entrevistas com os magistrada(o)s; 5) Como pode o mesmo caso de julgamento formar tantas possibilidades de convicções e fundamentações distintas, como ocorreu no julgamento da aldeia Caípe? Percebemos, no caso em tela, que o argumento antropológico foi desconsiderado para afastar a defesa dos direitos dos povos indígenas e o tecnicismo jurídico foi ativado para “justificar” decisões antidemocráticas.

Seguimos acreditando que o diálogo entre os dois campos de saberes pode ser de grande valia para auxiliar nos julgamentos de grupos sociais estudados pela antropologia, a partir de laudos antropológicos, por exemplo. Também podem contribuir na formação dos magistrados

(operadores de direito, estudantes), compreendendo que o direito tem que lidar com transformações socioculturais cada vez mais rápidas, em virtude dos efeitos da globalização, do avanço tecnológico e da informação, aproximando as diversidades na universalidade jurídica. Nesse sentido, as pesquisas antropológicas são ricas de possibilidades e abrangência – pode ser realizada com povos indígenas, quilombolas, ribeirinhos, etc, como também em metrópoles, em sociedades de larga escala – e o saber antropológico pode auxiliar o direito a compreender a realidade social sobre a qual o julgador irá se debruçar, entendendo suas moralidades, visões de mundo, etc.

Outro fator importante a ser considerado é que etnografias realizadas em ambientes jurídicos podem contribuir para o autoconhecimento do direito, se a antropologia do direito puder adentrar nas práticas contemporâneas do judiciário, enquanto campo de pesquisa.

O saber antropológico e a disposição para inserir argumentações científicas como peça processual são dados importantes que merecem ser, também, considerados. Os casos analisados na parte inicial da pesquisa permitem afirmar que, apesar dos avanços nas discussões sobre a flexibilização do saber jurídico, na crítica ao monismo e as várias facetas que indicam a possibilidade de um pluralismo jurídico, predomina, de forma bastante acentuada, o viés legalista-tecnicista nas decisões judiciais e a permanência do monopólio jurídico nas definições do que é direito. Como bem salientou Bourdieu, vemos que o lugar dos argumentos antropológicos só vem “a fazer com que o sistema das normas jurídicas pareça aos que o impõe e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra” (BOURDIEU, 1989: 212). Os tempos são difíceis!

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil: DIFEL, 1989. pp. 209-254.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. Justiça, Solidariedade e Reciprocidade: Habermas e a Antropologia. In: CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto; CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **Ensaio Antropológicos sobre Moral e Ética**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996. pp. 143–157.

COSTA, Mônica Maria Gusmão. **Direitos Humanos e Antropologia**: reflexões interculturais na teoria e na prática. In *Revista Interdisciplinar em Cultura e Sociedade (RICS)*, São Luís, v. 8, n. 2, p. 103-122, jul./dez. 2022.

_____. Prisão e julgamentos de adolescentes em Pernambuco: uma ferida aberta nos direitos humanos. In JANUÁRIO, Soraya Barreto; SANTIAGO, Maria Betânia do Nascimento; SIQUEIRA, Elton Bruno Soares de (orgs.). **Direitos Humanos na América Latina: desafios contemporâneos**. São Paulo: Cortez Editora, pp 379-391, 2020.

_____. Impasses e desafios de uma “antropo vogada” no ambiente acadêmico e jurídico. In COSTA, Mônica Maria Gusmão; FIALHO, Vânia; SCHRÖDER, Peter (orgs.). **Antropologia e Direito: aproximações necessárias**. Recife: Editora UFPE, pp.258-274, 2020.

_____; FIALHO, Vânia. Diálogo entre a Antropologia e o Direito: a ressonância da argumentação antropológica. In: XXVI REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 2008, Porto Seguro, BA. **Anais Desigualdade na diversidade**, Porto Seguro. v. 1. p. 1-12, 2008.

_____; FIALHO, Vânia. Diálogo entre a Antropologia e o Direito através da análise de processos judiciais envolvendo povos indígenas no Brasil. In: IX CONGRESSO DA REDE LATINOAMERICANA DE ANTROPOLOGIA JURÍDICA, 2015, Pirenópolis, GO. **Anais Sociedades plurais e Estados Nacionais: limites e desafios para a efetividade de direitos**, Pirenópolis, v. 1. p. 285, 2015.

DOUGLAS, Mary. **Como as Instituições Pensam**. São Paulo: Edusp, 1998.

ERIKSEN, Thomas Hylland; NIELSEN, Finn Sivert. **História da Antropologia**. Petrópolis: Vozes, 2007.

FASSIN, Didier (ed.). **A Companion to Moral Anthropology**. Singapore: Wiley Blackwell, 2016.

FELMAN, Shoshana. **O inconsciente Jurídico: Julgamentos e traumas no século XX**. São Paulo: Edipro, 2014.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC, pp. 66-67, 2008.

_____. **O saber local**. Petrópolis: Vozes, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2007.

LEITE, Ilka B. **Questões éticas da pesquisa antropológica na interlocução com o campo jurídico**. In: VICTORA, C.; OLIVEN, G. R.; MACIEL, M. E.; ORO, A. P. *Antropologia e ética: o debate atual no Brasil*. Niterói/RJ: EdUFF, 2004. 65-72.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 2008.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Do Princípio do Livre Convencimento Motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades de trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: _____. **Indigenismo e territorialização**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998. pp. 269-196.

REGO, André Gondim. **O trabalho do antropólogo no Ministério Público Federal**. Dissertação de mestrado. PPGAS/UNB, 2007.