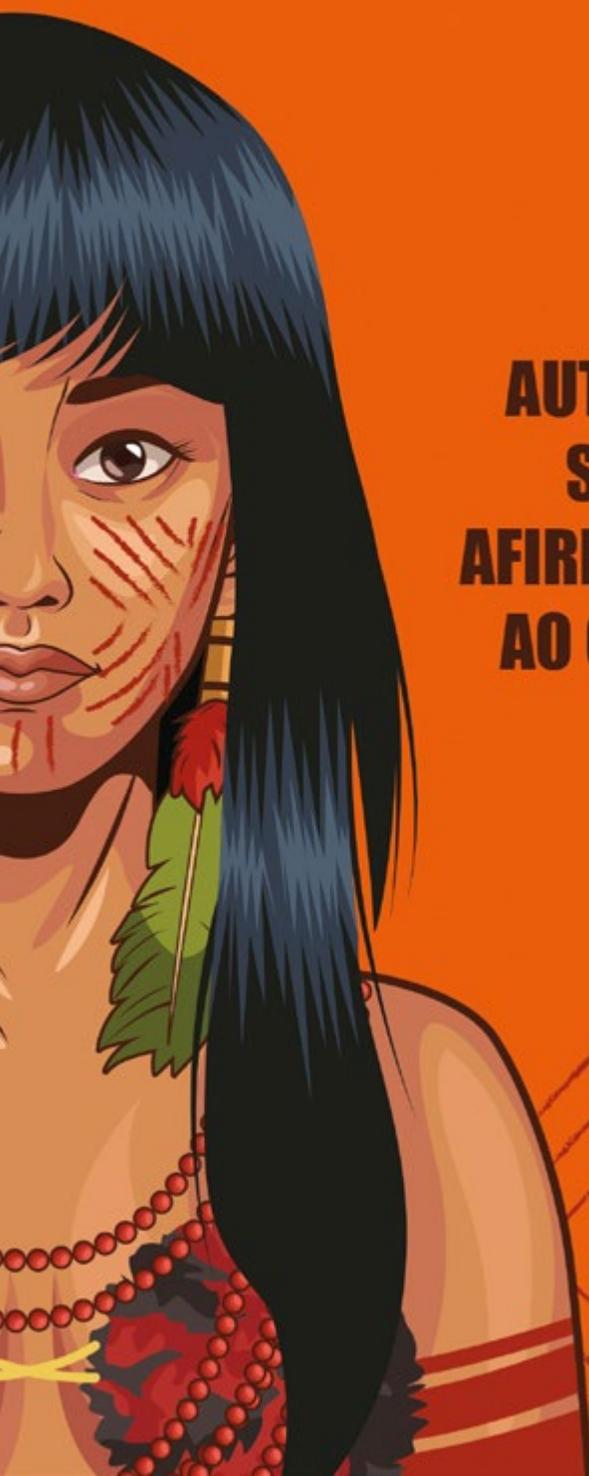


Ricardo Tavares de Albuquerque



**AUTONOMIA PRIVADA,
SUJEITO COLETIVO E
AFIRMAÇÃO DO DIREITO
AO CORPO DOS POVOS
INDÍGENAS**

UFMG
UNIVERSIDADE FEDERAL
DE MINAS GERAIS



EXPERT
EDITORA DIGITAL

AUTONOMIA PRIVADA, SUJEITO COLETIVO E AFIRMAÇÃO DO DIREITO AO CORPO DOS POVOS INDÍGENAS

O livre desenvolvimento da personalidade de um sujeito coletivo, em um contexto de relação de complementaridade com a sociedade, é o ponto de partida ao se tratar do direito dos povos indígenas de afirmar suas personalidades. Não se pode continuar a leitura de suas pessoas e atributos personalíssimos com base na construção da pessoa ocidental, oriunda de indivíduos genéricos em perpétua tensão entre o público e o privado.

ISBN 978-65-6006-131-6



9 786560 061316 >

 **EXPERT**
EDITORA DIGITAL



**AUTONOMIA PRIVADA,
SUJEITO COLETIVO E
AFIRMAÇÃO DO DIREITO
AO CORPO DOS POVOS
INDÍGENAS**

Editora: Expert Editora

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Capa: Beatriz Saori

Diagramação: Editora Expert

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CBL - Câmara Brasileira do Livro, São Paulo, Brasil.

Albuquerque, Ricardo Tavares de
Autonomia privada, sujeito coletivo e afirmação do direito ao corpo dos povos indigenas [manuscrito] / Ricardo Tavares de Albuquerque. – 2024
Belo Horizonte: Editora Expert.

260 p.

Bibliografia:

1. Direito – Teses. 2. Personalidade (Direito) – Teses. 3. Autodeterminação nacional. 4. Indígenas – Teses.

Corpo humano – Aspectos sociais – Teses.

Multiculturalismo – Teses.

I. Pereira, Fabio Queiroz. II. Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito. III. Título.

ISBN: 978-65-6006-131-6

CDU: 347.121.1

Catalogação na publicação: Junio Martins Lourenço – CRB/6-3167

Pedidos dessa obra:



experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UnICEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo, Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Uinhorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Agradecimentos

A minha esposa, Fabíola, e meus filhos
Vinícius e Júlia, sem o amor de vocês
não sou nada e não faço nada.
Ao meu pai (*in memoriam*) e minha mãe por terem
incurtido em mim que o conhecimento liberta.
A minha irmã por sempre estar ao
meu lado, mesmo distante.
Ao professor Fabio, agradeço profundamente a
compreensão e orientação ao longo destes anos.
Aos Tukano, em especial aos amigos
da comunidade São Domingos pela
amizade e confiança em meu trabalho
como advogado e pesquisador.

“Cria-se, desse modo, um vazio moral em que os índios se veem atraídos, simultaneamente, para valores opostos: os da velha tradição ainda capazes de comovê-los, mas já inviáveis; e os novos, surgidos nas situações de contato que importam na negação de si mesmos como índios.”
(Darcy Ribeiro sobre a ruptura do núcleo de valores tribais, em os Índios e a Civilização).



Ricardo Tavares de Albuquerque

Professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Amazonas. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas e Doutor em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Curso de Direito e Coordenador da Especialização em Direito Civil e Empresarial da UEA. Advogado.

RESUMO

Os povos indígenas sofrem historicamente com o apagamento de suas identidades e extinção de suas culturas. Vive-se, atualmente, após a Constituição Federal de 1988, um momento de superação do regime tutelar e integracionista, sendo esta luta fruto do movimento indígena desde a década de 1970. A luta dos indígenas é pelo reconhecimento de seus modos de viver diversos, por sua autonomia e suas terras. Os direitos reivindicados pelos povos indígenas, condizentes com sua identidade e cultura distintas da sociedade nacional, não encontram amparo em razão das estruturas coloniais ainda enraizadas, as quais são a base de um movimento contrário à concretização de direitos que respeitem suas especificidades culturais. Tal movimento, neste trabalho denominado de autoproteção da sociedade, instrumentaliza o direito com bases discriminatórias e racistas em desfavor da autonomia que os indígenas têm de conceber o mundo e realizar seus projetos de vida conforme seus contextos culturais diversos. O amparo a um Estado plural ainda se encontra de forma tímida na Constituição Federal, porém, com base em normas como a tutela aos diversos modos de criar, fazer e viver (artigo 216, II), assim como o capítulo dedicado aos indígenas (Capítulo VIII, artigos 231 e 232), permitem a compreensão de que os indígenas possuem autonomia para buscar os seus modos de bem viver em uma realidade de pluralismo cultural. Contudo, a autonomia reivindicada pelos povos indígenas não é a autonomia clássica do liberalismo. A autonomia liberal, resumida na frase “laissez faire/laissez-passez”, direcionava-se apenas a questões econômicas e não existenciais, a exemplo da dignidade. O multiculturalismo, por sua vez, mascarou a indiferença do liberalismo, tendo por base um regime multicultural de tolerância apenas quando minorias, como os povos indígenas, não ultrapassassem certos valores morais das sociedades ocidentais, em especial os valores cristãos. O multiculturalismo não alterou a situação dos povos indígenas, os quais não se enquadram nas categorias clássicas do direito, como por exemplo, a do genérico sujeito de direito apto a trocas comerciais.

Casos paradigmáticos como o da família Tukano que reivindicou um pajé no tratamento de saúde de um acidente ofídico ou dos Yanomami que buscam o retorno do sangue de seus mortos para destruir o corpo e todas as suas substâncias em seus ritos fúnebres, mostram o que antropólogos vem defendendo: o corpo nas sociedades indígenas é fonte da cultura e figura central em seus processos sociais. O corpo assume não apenas um atributo da personalidade, um bem personalíssimo, mas também um atributo da integridade cultural da coletividade. O sujeito coletivo não é alguém que não se divide com a sociedade, pelo contrário, trata-se de um sujeito cujo atributo corporal é bem indiviso com sua sociedade, da qual não se pode separar. As consequências jurídicas de um sujeito de direito coletivo conduzem à reflexão de que as categorias e institutos clássicos do direito civil, a exemplo do sujeito de direito, sua autonomia, livre desenvolvimento da personalidade e responsabilidade civil, devem ser repensados e reinterpretados sob os valores plurais da Constituição Federal.

Palavras-chave: autonomia; livre desenvolvimento da personalidade; sujeito coletivo; direito ao corpo; danos existenciais.

ABSTRACT

Indigenous peoples have historically suffered from the erasure of their identities and the extinction of their cultures. Nowadays, after the Federal Constitution of 1988, we live in a moment of overcoming the tutelary and integrationist regime, this struggle being the fruit of the indigenous movement since the 1970s. This struggle is for the recognition of their diverse ways of living, autonomy and their lands. The rights claimed by indigenous peoples, consistent with their identity and culture distinct from national society, are not supported by the colonial structures that are still rooted, since they are the basis of a movement against the realization of rights that respect their cultural specificities. Such a movement, in this work called self-protection of society, instrumentalizes the law with discriminatory and racist bases in disfavor of the autonomy that indigenous peoples have to conceive the world and to carry out their life projects according to their different cultural contexts. Support for a plural State is still timid in the Federal Constitution, however, in terms of norms such as the protection of different ways of creating, doing and living (article 216, II), as well as the chapter dedicated to indigenous people (Chapter VIII, articles 231 and 232), allow the understanding that indigenous people have autonomy to seek their ways of well living in a reality of cultural pluralism. However, the autonomy claimed by indigenous peoples is not the classic autonomy of liberalism. Liberal autonomy, summarized in the phrase “laissez faire/laissez-passez”, was directed only at economic and not existential issues, such as dignity. Multiculturalism, in turn, only masked the indifference of liberalism, based on a multicultural regime of tolerance only when minorities, such as indigenous peoples, did not go beyond certain moral values of Western societies, especially christian values. The result of multiculturalism has not changed the situation of indigenous peoples, who do not fit into the classic categories of law, such as, for example, that of the generic subject of law capable of commercial exchanges. Paradigm cases such as the Tukano family who claimed a shaman for the health treatment

of an ophidian accident or the Yanomami who seek the return of the blood of their dead to destroy the body and all of its substances in their funeral rites, show what anthropologists have been defending the body in indigenous societies is a source of culture and a central figure in their social processes. The body assumes not only an attribute of personality, a very personal asset, but also an attribute of the cultural integrity of the community. The collective subject is not someone who is not divided with society, on the contrary, it is a subject whose bodily attribute is quite undivided with his society, from which he cannot be separated. The legal consequences of a collective subject of law lead to the reflection that the classic categories and institutes of civil law, such as the subject of law, its autonomy, free development of personality and civil responsibility, must be rethought and reinterpreted under plural values of the Federal Constitution.

Keywords: autonomy; free development of personality; collective subject; right to the body; existential damage.

SUMÁRIO

Introdução17

**1. AS BASES JURÍDICAS PARA UMA AUTONOMIA PRIVADA DOS
POVOS INDÍGENAS 23**

1.1. A Autonomia dos Povos Indígenas: da Incapacidade e Integração Cultural À Indiferença do Estado Multicultural.....32

1.2. A Autonomia e Diversidade Cultural: A Falha do Modelo Liberal e a Tensão Entre As Esferas Privadas e Públicas.....43

1.3. A Autonomia Existencial Como Modelo Para a Diversidade de Modos de Viver.....54

1.3.1. Autonomia Existencial e Decolonialismo..... 62

1.4. Autonomia, Moral e Autoproteção da Sociedade76

1.4.1. O Caso do Relatório "Wolfenden" e a Regulação Estatal de Condutas Privadas: O Diferente Regulado e Proibido de Ser e Agir 83

1.4.2. A Liberdade Moral Como Conteúdo da Autonomia Existencial dos Povos Indígenas.....93

**2. O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE
E A AFIRMAÇÃO DO DIREITO AO CORPO DOS POVOS INDÍGENAS
COMO SINGULARIZAÇÃO DE UM SUJEITO COLETIVO 105**

2.1. Do Sujeito Abstrato ao Sujeito Singular Por Meio dos Direitos da Personalidade: Do Indígena Genérico ao Indígena Com Significações

Sociais.....	118
2.1.1. A Oposição Contra Todos e os Deveres Decorrentes do Respeito à Afirmação do Direito ao Corpo dos Indígenas.....	131
2.1.2. A Questão dos Limites na Disposição dos Direitos da Personalidade: Dignidade e Interculturalidade.....	144
2.2. Um Caso Paradigmático: Os Tukano, Picada de Cobra e o Direito ao Corpo no Tratamento de Saúde.....	160
2.2.1. O Direito ao Corpo e a Ilegalidade da Negativa de Tratamento Por Motivos Culturais Indígenas.....	172

3. REPENSANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL NA VIOLAÇÃO DO DIREITO AO CORPO DOS POVOS INDÍGENAS: O CASO DO SANGUE DOS YANOMAMI E REPARAÇÃO DOS SUJEITOS COLETIVOS 187

3.1. O Princípio da Reparação Integral e o Sujeito Coletivo	197
3.2. Nexo de Causalidade e Lesão à Coletividade Pela Violação ou Negativa de Afirmação do Corpo dos Indígenas	207
3.3. O Dano ao Corpo Culturalmente Tutelado Como Um Dano Existencial.....	219

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 233

5. REFERÊNCIAS..... 239

INTRODUÇÃO

No ano de 2009, no Estado do Amazonas, uma família da etnia Tukano que se encontrava em um hospital público de Manaus, em razão de acidente ofídico com uma criança, impediu, naquele momento, a possibilidade de amputação da perna da criança e reivindicou que um especialista de saúde da sua etnia, um *kumu*, também participasse do tratamento de saúde, associando-se a medicina dos brancos e com os conhecimentos da medicina indígena.

O caso gerou diversos debates sociais e jurídicos diante de o hospital ter negado a participação do *kumu*, mesmo com o Ministério Público Federal recomendando a associação entre os dois modelos de saúde em diálogo intercultural. Além do Inquérito Civil perante o MPF, o caso também foi levado à Justiça Federal, tendo conseguido a indígena uma indenização em primeira instância pelo dano sofrido em decorrência da falta de um serviço de saúde que compreendesse as especificidades de sua cultura indígena.¹

Em um primeiro momento, o caso pode transparecer que se trata de uma questão de serviços de saúde que não estejam preparados para acomodar a cultura indígena, como determina a legislação do Subsistema de Saúde Indígena do SUS (artigo 19-F, lei 8.080/90). Ou ainda, uma simples questão de discriminação dos modos de viver dos povos indígenas que leva à concretização de um dano moral.

Contudo, há uma profundidade maior no caso a ser investigada, a qual se expande para questões de autonomia e de autogoverno do corpo dentro dos modelos culturais dos indígenas. O caso também envolve os mecanismos sociais de negativa de direitos dos povos indígenas, os quais não deixam de existir mesmo com normas protetivas e valores constitucionais de amparo à diversidade cultural e um capítulo dedicado aos povos indígenas na Constituição Federal.

A afirmação do direito ao corpo no caso indica um sujeito que não se adéqua ao conceito individualista de separação indivíduo/

1 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.^a Região. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. Processo n. 12928-69.2010.4.01.3200. 3.^a Vara Federal.

sociedade, dada a ênfase que o caso carrega entre corpo e cultura. Da mesma forma, a reivindicação de autonomia também não parece ser apartada da sociedade, pois a relação entre sujeito e coletividade indicam complementaridade e não exclusão.

A pesquisa antropológica vem ao longo dos anos explorando o corpo nas sociedades indígenas brasileiras, tendo por resultado que a corporalidade ocupa um lugar central no desenvolvimento da cultura e processos sociais. Tais pesquisas, interdisciplinarmente consideradas, não podem deixar de ser abordadas no estudo jurídica que envolve o direito ao corpo dos povos indígenas. A relevância cultural do corpo nas sociedades indígenas é um fato a ser interiorizado pelo direito e deve produzir seus devidos efeitos jurídicos.

Desse modo, o primeiro problema que se apresenta é verificar se o atual modelo liberal de autonomia é capaz de tutelar o autogoverno dos indígenas em relação aos seus atributos existenciais como o direito à afirmação de seus corpos. Enfrentar este problema se faz indispensável em razão de o modelo liberal ter sido desenvolvido para amparar liberdades no sentido econômico, patrimonial. Ainda que a autonomia seja um direito fundamental, a autoproteção da sociedade busca negar comportamentos que possam abalar o código moral ocidental de ser e agir.

Em um Estado formado por grupos sociais que expressam um pluralismo cultural, a autonomia de grupos com cultura e identidades distintas da nacional deve refletir o contexto de uma sociedade plural culturalmente, diversa em padrões morais de bem viver e com as devidas consequências jurídicas para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos indígenas.

Também se verifica como um problema a ser pesquisado, a disposição dos direitos da personalidade de um sujeito que se complementa com a sociedade, se é possível que os direitos da personalidade comportem a singularização de um sujeito coletivo pela afirmação de seu corpo indiviso com a sociedade.

Os direitos da personalidade se desenvolveram na literatura jurídica com base na singularidade de um indivíduo que exclui a

sociedade do autogoverno de seus atributos existenciais (corpo e mente). De modo contrário, da relação de complementaridade entre sujeito e coletividade nas sociedades indígenas, o autogoverno dos atributos corporais e incorpóreos indicam um sujeito coletivo.

O livre desenvolvimento da personalidade, então, surge como um direito a se investigar no caso de sujeitos coletivos, pois permite-se que dele seja perseguida a liberdade moral de construir o “ser” dos povos indígenas. Por meio desta liberdade pode-se propor o diálogo intercultural em conflitos, pelo qual se permita a inteligibilidade do que é existência digna para os indígenas e não apenas soluções baseadas no tensionamento entre indígenas e sociedade envolvente.

Tendo em vista que o caso estudado abrange também a lesão a direitos, surge o problema da responsabilidade civil, especificamente sobre a possibilidade jurídica de se reconhecer juridicamente o nexos causal entre a violação do direito ao corpo dos indígenas e a lesão a bens culturais. Da produção de um novo modelo de autonomia, baseada nos diversos modos de viver, não só novos padrões de conduta serão projetados, mas também suas consequências em caso de ilícitos contra a autonomia em uma dimensão existencial.

Em uma sociedade na qual o corpo é central para as construções sociais, a hipótese se demonstra adequada em decorrência do princípio da reparação integral ser a base do sistema de responsabilidade civil. Assim, dada a citada centralidade nas sociedades indígenas, retirar a mácula ou indenizar não pode se limitar ao indivíduo quando a lesão afeta diretamente a coletividade, já que o íntegro não é só a pessoa, mas também envolve os bens coletivos.

O presente estudo da autonomia privada de um sujeito coletivo se faz imprescindível, pois, mesmo com toda a legislação protetiva, não se respeita a construção do modo de ser dos indígenas, inferiorizando sua cultura e considerando-os incapazes de se autodeterminar ou de se autogovernar com base em padrões morais da sociedade envolvente.

Atualmente, a sociedade brasileira, em especial nos Estados amazônicos, é fortemente marcada pelas diferenças étnicas, tendo, cada uma delas, a sua visão de mundo e suas crenças, o que justifica o

estudo dos direitos da personalidade e da liberdade de desenvolver a personalidade como instrumentos de construção do ser dos indígenas, a permitir uma pluralidade de modos de agir, todos igualmente protegidos em suas diferenças.

Como pode ser verificado, este estudo se justifica não por mera subsunção dos fatos a dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais, mas em razão de uma análise da conjuntura social e histórica dos indígenas perante o ordenamento jurídico. A negativa de direitos aos indígenas é uma situação permanente, e, ainda que a Constituição Federal tenha inaugurado um capítulo próprio aos mesmos e iniciado um período de emancipação, a discriminação é estrutural e não um caso isolado.

A premissa de um estado de discriminação estrutural e histórico revela que o tratamento jurídico dispensado aos indígenas é, por regra, de pessoas incapazes de tomar as rédeas de sua autonomia. Superar tal estado de falta de autonomia e autogoverno dos atributos pessoais e culturais é um desafio da ciência jurídica para garantir a proteção da pluralidade cultural, a avaliar a insujeição dos indígenas a tratamento “homogeneizante” com a sociedade que os envolve, e, assim, abrir espaço para que suas condutas sejam autodeterminadas e não impostas.

Por objetivo geral, a pesquisa pretende analisar a tutela jurídica da afirmação do direito ao corpo dos indígenas de acordo com suas culturas, as bases da autonomia privada e livre desenvolvimento da personalidade de sujeitos coletivos.

Em relação aos procedimentos metodológicos, esta pesquisa fará uso do tipo jurídico-interpretativo, pois pretende decompor o problema apresentado em seus diversos aspectos, sob uma visão interdisciplinar, como a disposição do corpo, os conflitos e diálogos interculturais, assim como os valores morais em uma sociedade plural.

A vertente metodológica será a jurídico-sociológica, pois o Direito será analisado como um fenômeno da sociedade e partirá para a análise da necessidade de efetividade dos direitos indígenas em uma sociedade formada por diferentes grupos sociais como a brasileira,

a considerar também o histórico de extermínio cultural dos povos indígenas.

Enfim, a pesquisa se dividirá em três capítulos. O primeiro será dedicado ao estudo da autonomia, suas bases para os povos indígenas, o desenvolvimento de uma autonomia existencial e o caminho dos indígenas da tutela à emancipação. Far-se-á uma crítica ao Estado multicultural, o qual, defendido como uma solução social e jurídica para abordar conflitos culturais, não conseguiu superar o modelo liberal de autonomia. Será proposto que o modelo de autonomia existencial tenha por base o decolonialismo e que os indígenas tenham liberdade moral como uma forma de insujeição da autoproteção da sociedade de seus modos de ser e viver.

O segundo capítulo abordará os direitos da personalidade, especificamente como o autogoverno dos atributos corporais e incorpóreos permite a construção de um sujeito coletivo, nos moldes da cultura indígena.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade proposto como a liberdade fundamental da autonomia existencial, será tratado como a base da afirmação do direito ao corpo de um sujeito coletivo. Serão também analisados os deveres oriundos do controle e da disposição dos direitos da personalidade dos povos indígenas, ou seja, o conteúdo dos deveres gerais que são opostos contra todos. Neste ponto da pesquisa, a análise abrangerá a questão dos limites na disposição dos direitos da personalidade, a incluir os deveres relacionados ao diálogo intercultural e a dignidade como fator limitante do autogoverno de atributos pessoais. Ao fim do capítulo será apresentado o caso da família Tukano como paradigma de afirmação do direito ao corpo de um sujeito coletivo, especificamente no tratamento de saúde conforme as especificidades culturais indígenas e, por consequência, a negativa do hospital como ilícita.

No terceiro capítulo se apresentará também um caso paradigmático, o do sangue dos Yanomami, por meio do qual se analisarão as consequências da lesão ao corpo de um sujeito coletivo e seus efeitos danosos na coletividade. Nele serão tratadas as questões

relativas à reparação integral decorrente da indivisão entre corpo e cultura nas sociedades indígenas. O requisito do nexo de causalidade será estudado a partir de tal indivisão de bens, de modo que se verifique ou não na teoria adotada legalmente, a hipótese levantada de a violação do corpo com significados sociais resultar também em um dano à coletividade. Por fim, será defendido que o dano sofrido em tais casos seja de ordem existencial, no qual indígenas e suas coletividades se veem impedidos de realizar seus modos distintos de viver.

1. AS BASES JURÍDICAS PARA UMA AUTONOMIA PRIVADA DOS POVOS INDÍGENAS

A vida privada pode ser conceituada como um espaço de exclusão da sociedade, e, por consequência, o espaço no qual as pessoas exercerão sua autonomia. Por sua vez, a autonomia pode ser conceituada como um poder de reivindicar se conduzir (agir) e existir (ser) de acordo com suas normas morais. Como explica Francisco dos Santos Amaral Neto:

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. [...] Se quisermos tornar mais específico o tema, podemos dizer que, subjetivamente, autonomia privada é o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros.²

Apesar de contemporaneamente o conceito de autonomia ter se expandido para amparar não só relações jurídicas contratuais, historicamente, o conceito de autonomia serviu para dar as bases individuais do liberalismo econômico, ou como se denominava, a autonomia da vontade.

Contudo, as sucessões de modelos estatais ao longo do século XX deram outra noção à autonomia, quando esta passa a se denominar autonomia privada ao invés da vontade, a poder, assim, superar-se um modelo individualista para um modelo no qual as relações privadas possam ser limitadas pelo interesse público. Conforme Luiz Otávio Rodrigues Júnior:

² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional, **Revista de informação legislativa**, v. 26, n. 102, p. 213, abr./jun. 1989. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em 15 de junho de 2022.

A autonomia da vontade não sobreviveria incólume ao século XX. A primeira guerra mundial (1914-1918), a Revolução Russa de 1917 e o desenvolvimento do capitalismo financeiro colocaram em situação de fragilidade o outrora pujante “Estado Liberal”. O interesse social era finalmente convocado a sair do vestibulo e a entrar triunfante na já combalida e arruinada mansão onde se hospedara faustosamente por três séculos o interesse individual.³

No século passado, passou-se a tratar a autonomia privada não só como um modelo econômico, mas, principalmente, como um modelo de autogoverno, ou seja, a autonomia não é apenas um modelo de autorregulação de relações jurídicas patrimoniais, mas também de autogoverno da existência. Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira:

Na concepção mais tradicional que perdurou por muito tempo, a liberdade foi direcionada à ampla possibilidade de participar de relações jurídicas patrimoniais sem interferência do Estado, configurando-se uma tutela negativa. Nessa perspectiva, o direito à liberdade sempre esteve presente na história constitucional brasileira, de forma acentuadamente neutra. Foi apenas com a Constituição de 1988, que tutelou a pessoa humana em sua totalidade e singularidade, por meio de um catálogo amplo e aberto de direitos fundamentais, que a liberdade, que ora denominamos autonomia privada, recebeu tutela positiva, principalmente quando se trata de situações jurídicas existenciais, para que as decisões individuais sejam protegidas,

³ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2006. P. 26.

devendo o Estado garantir a autonomia pessoal, sob o viés da igualdade material.⁴

Portanto, contemporaneamente, a autonomia é interpretada tanto como um poder jurídico para estabelecer relações jurídicas patrimoniais quanto existenciais, porém, mesmo com os avanços legais advindos com a Constituição Federal de 1988 ou com o Código Civil de 2002, sem excluir o papel da literatura jurídica na reformulação do conceito de autonomia para abranger o autogoverno existencial, a herança das raízes liberais da autonomia ainda persiste.

Em Immanuel Kant, filósofo do liberalismo clássico, tem-se o conceito de que autonomia é seguir suas normas morais, uma vez que “moralidade é, pois, a relação das acções com a autonomia da vontade”,⁵ conceito este que, até hoje, permeia o âmbito jurídico, sendo, por exemplo, a base da liberdade jurídica enquanto direito fundamental previsto no artigo 5.º, II da Constituição Federal.

Ou seja, a autonomia é a ausência de normas externas obrigando alguém a um comportamento, quando, então, poderá seguir suas leis morais. O seu conteúdo negativo, abstenções estatais, sempre foi o seu principal fundamento. Entretanto, a ausência de normas estatais, retratada pela frase *laissez-faire/laissez passer* foi apenas uma fórmula utilizada no contexto político-econômico do liberalismo do século 18, a qual ainda é utilizada neste sentido e fundamenta a ideia contemporânea de autonomia:⁶

4 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial, **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 82, abr./jun. de 2018. [on line]. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>>. Acesso em 15 de julho de 2022.

5 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. P. 84.

6 PRASCH, Robert E.; WARIN, Thierry. Dupont de Nemours and the origin of the maxim ‘laissez faire, laissez passer’, **Int. J. Economics and Business Research**, Vol. 17, No. 4, 2019, p. 449. [on-line]. Disponível em <<https://warin.ca/cv/resources/IJEBR170405.pdf>>1. Acesso em 15 de junho de 2022.

[...] ‘laissez-faire, laissez-passer’ como máxima da economia política, usada no sentido que a empregamos hoje, pode ser atribuída aos fisiocratas em geral, e especificamente a um dos primeiros e mais prolíficos promotores do novo campo de economia política, Dupont de Nemours. (Tradução livre).⁷

O direito privado ao longo do século 20, por exemplo, tinha como princípio geral a autonomia ao mesmo tempo em que proibia o divórcio, não permitia outra família que não a formada pelo casamento, entre outras proibições de cunho existencial e não patrimonial. Pode-se, assim, afirmar que não havia em seu conteúdo uma neutralidade moral, mas sim um código específico de suas raízes europeias e cristãs. Kant afirmava que:

Pessoa é aquele sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação. A personalidade moral, portanto, é tão somente a liberdade de um ser racional submetido a leis morais (a psicológica não passando, porém, da capacidade de tornar-se a si mesmo consciente da identidade de sua existência nos seus diferentes estados), donde se segue que uma pessoa não está submetida a nenhuma outra lei além daquelas que se dá a si mesma (seja sozinha ou, ao menos, juntamente com outras).⁸

A partir dos conceitos de Kant, percebe-se uma abstrata pessoa e uma abstrata moralidade, o que foi adotado no Direito. Contudo, em verdade, os ordenamentos jurídicos, por mais neutros que se pretendiam, discriminavam pessoas que não se adequavam ao padrão

7 No original: “[...] ‘laissez-faire, laissez-passer’ as a maxim of political economy, used in the sense that we deploy it today, can be ascribed to the physiocrats in general, and specifically to one of the first and most prolific promoters of the new field of political economy, Dupont de Nemours.”

8 KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003. P. 66.

de moralidade eurocêntrico, assim como não permitiam que fossem reivindicadas liberdades fora de tal padrão.

No Brasil especificamente, minorias como os povos indígenas não podiam reivindicar formas diversas de viver, garantindo-se na sociedade colonizada que o projeto de vida amparado juridicamente fosse o do colonizador, ao mesmo tempo em que se buscava apagar a cultura dos povos originários.

Todo o processo de apagamento da identidade e cultura dos povos indígenas começa pelo desrespeito às suas vidas privadas, desde suas terras aos seus processos sociais, a findar pelo cerceamento da autodeterminação individual e coletiva. Todavia, a vida privada deveria ser um espaço de exclusão da sociedade e exercício da autonomia, mas, como se defenderá ao longo deste trabalho, a sociedade e o direito como seu instrumento de controle social nunca se desinteressaram pela vida privada de seus indivíduos, especialmente em matéria existencial.

O desinteresse pregado pelas sociedades liberais ocidentais sempre foi o econômico, sendo o Estado mínimo uma justificativa apenas para não intervir em relações contratuais. A intervenção mínima, pregada nas sociedades ocidentais, não se ocupou com questões existenciais, a exemplo do autogoverno do corpo no Código Penal, o qual tipifica o constrangimento ilegal como crime, porém, exclui da tipificação quando o médico age, mesmo contra a vontade do paciente, para supostamente salvar sua vida:

Código Penal

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

[...]

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

Em relação aos povos indígenas, suas vidas privadas sempre foram devassadas. Suas terras tradicionalmente ocupadas, espaço privado de reprodução física e cultural, estão sujeitas a diversas intervenções legalmente amparadas, como por exemplo, obras públicas e atividades das Forças Armadas, sempre sob a justificativa de um suposto interesse público. Observe-se trecho do voto do Ministro César Peluso no Supremo Tribunal Federal na ação que questionava a demarcação da Raposa Serra do Sol:

Em outras palavras, assim como o reconheceu o eminente Ministro Menezes Direito, reconheço que a demarcação dessas terras não implica, não pode implicar e, mais que isso, não tolera nenhuma restrição às atividades das Forças Armadas e consistentes - só para exemplificar - em entrar no território, dele sair, nele permanecer, construir unidades, estradas, aeroportos, obras de infraestrutura, fiscalizar, intervir, assentar-se, reprimir, integrar, aculturar e apoiar todo o processo de aculturação e de subsistência das populações indígenas.⁹

A vulnerabilidade da vida privada dos indígenas começa em suas terras, suas casas, sendo que, enquanto a população não indígena se encontra sob os limites constitucionais de proteção da casa (artigo

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388 Roraima. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto e outros. Requerido: União e outros. Relator Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 30/04/2009. Data de publicação: 07/05/2009. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em 25 de janeiro de 2023. P. 540.

5.º, inciso XI da Constituição Federal¹⁰), os indígenas têm as suas sob constante intervenção ou nem mesmo demarcadas.

Ocorre que é na vida privada onde se exerce a autonomia, e neste ponto, Kant define autonomia pelo seu fim e não pelo meio (leis morais), sendo autonomia o “fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”¹¹. Não há dúvidas que os indígenas, enquanto indivíduos e sociedade distinta, têm direito à vida privada para nele exercerem sua autonomia privada em busca de vidas dignas de acordo com suas culturas.

Porém, como podem ser sujeitos de direito autônomos para se autogovernar, individual ou coletivamente, se sequer o local por excelência de suas vidas privadas, onde se reproduzem cultural e fisicamente, é respeitado? Com base nos conceitos de autonomia de Kant, apesar de terem sido primordialmente usados para a autorregulação patrimonial, é possível pensar nos fundamentos necessários para o amparo jurídico de um autogoverno pelos povos indígenas de suas existências.

Em primeiro lugar, é necessário reconhecer que há deveres fundamentais positivos do Estado brasileiro em proteger a vida privada dos indígenas, já que, nos moldes do artigo 231 da Constituição Federal, cabe à União demarcar suas terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, como sua cultura, língua e crenças.

Diante de vulneráveis, ainda que se trate de questões privadas, cabe ao Estado não apenas deveres de abstenção, mas, dada a vulnerabilidade dos povos indígenas contra a sociedade não indígena, deveres positivos são imprescindíveis, do contrário, o histórico de extermínio físico e cultural se repetirá. Como explicam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem sobre a autonomia do mais fraco:

10 Artigo 5º [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

11 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. P. 79.

Auto-nomos, a lei que a pessoa mesma se dá: autodeterminação com base na vontade ‘liberta’ de pressões e esclarecida do vulnerável. Sem dúvida a primeira característica a destacar deste ‘novo’ direito privado é a concentração na autonomia do outro, na liberdade do ‘alter’, do mais fraco [...]¹²

É neste sentido que não se pode tratar a autonomia dos povos indígenas fora de ações estatais positivas, não só como superação do paradigma abstencionista liberal, mas porque não se garante a autonomia de vulneráveis sem medidas administrativas e legislativas, ou até por tutela judicial, que possam garantir correções das vulnerabilidades em concreto.

Em segundo lugar, para se tratar de uma autonomia existencial, ou seja, uma autonomia que permita o autogoverno dos atributos existenciais, seja a afirmação do direito ao corpo em uma cultura distinta ou a expressão cultural como um atributo incorpóreo da pessoa e sociedade indígena, os parâmetros jurídicos devem se dissociar do histórico colonial.

É importante neste ponto ressaltar que o termo autodeterminação, apesar de oriundo do direito internacional em oposição ao colonialismo, vem sendo usado no direito interno em relação a grupos dominados. Caroline Barbosa Contente Nogueira, ao tratar sobre a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, conclui que:

Tanto o respeito ao direito consuetudinário, ao livre desenvolvimento das prioridades de cada povo e da sua ligação à terra, faz dessa norma internacional peculiar. Interpretando seus pontos tanto Burguete (2010), quanto Gómez (1998) afirmam que houve o reconhecimento à autodeterminação, não como ameaça à soberania nacional, como foi explicado, mas como reconhecimento do direito de um

12 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paul: revista dos Tribunais, 2012. P. 196.

desenvolvimento livre, recuperando os séculos em que o colonialismo tomou para si este direito.¹³

Logo, o termo autodeterminação terá internamente o significado de um direito ao desenvolvimento livre, e, especificamente no direito privado, ao livre desenvolvimento da personalidade, em oposição a um multiculturalismo que não se dissociou do liberalismo, nem do colonialismo, uma vez que não se seguiu ao movimento multicultural uma verdadeira autonomia de povos com culturas distintas em face de sociedades nacionais majoritárias. Ou seja, mesmo com o reconhecimento das diversas culturas na formação da sociedade brasileira e o amparo aos diversos modos de viver pela Constituição Federal, não se instaurou um Estado multicultural e não foi encerrado o capítulo da lógica integracionista dos povos indígenas.

Superar a moral eurocêntrica colonial traz a reflexão de que a liberdade fundamental de uma autonomia existencial é a liberdade moral de desenvolver a personalidade, uma forma de insujeição moral aos padrões hegemônicos e uma terceira base para se refletir sobre autonomia dos povos indígenas, sem a qual volta-se ao ciclo de embranquecimento do indígena e apagamento de sua cultura.

Fernando Dantas e Joaquim Shiraishi explicam que:

Ao abstrair as situações de fato, o direito tem um papel importante como instrumento moldador das estruturas sociais e econômicas, no sentido de minimizar as possíveis tensões e os conflitos daí oriundos. Ao reduzir as complexidades das situações, simplificando as operações, o direito ignorou a diversidade e as diferenças ontológicas dos indivíduos. [...] No caso do “sujeito de direito”, é possível afirmar que se trata de um indivíduo completamente deslocado da sua própria existência,

13 NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. 2016. 228 f. Tese (doutorado em direito econômico e socioambiental). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2016. P. 110.

pois o direito está preocupado em transformar o diferente em igual, isto é, em transformar a diversidade em “sujeito de direito” para que esse possa operar as trocas mercantis.¹⁴

A reflexão sobre a autonomia privada dos povos indígenas não pode desconsiderar a complexidade de um direito reivindicado por uma minoria historicamente discriminada e em constante estado de tensão com a sociedade nacional. A concordar com o acima descrito, não se pode ter como base de uma autonomia existencial, sinônimo de autogoverno e autodeterminação, a sua simplificação como uma questão de igualdade.

Pelo contrário, o igual é a base da política integracionista – adotar a cultura majoritária para ser sujeito de direito e, por isso, outras bases jurídicas deverão ser buscadas para uma autonomia que ampare a diversidade, como as aqui defendidas e que serão pormenorizadamente analisadas neste capítulo.

1.1. A AUTONOMIA DOS POVOS INDÍGENAS: DA INCAPACIDADE E INTEGRAÇÃO CULTURAL À INDIFERENÇA DO ESTADO MULTICULTURAL

Autonomia e capacidade jurídica não se confundem, contudo, a capacidade jurídica, tanto de direito quanto de fato, afeta diretamente o exercício da autonomia, seja porque sem capacidade de direito não se tem a possibilidade de ser sujeito de direito, ou porque, mesmo sendo capaz de direitos, sem capacidade de fato o sujeito se torna incapaz de exercer seus direitos civis pessoalmente, sem tutela.

14 SHIRAIISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Antonio Fernando de Carvalho. A “comoditização” do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regularização jurídica. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009. P. 181.

É senso comum na sociedade brasileira que a cultura distinta dos indígenas os presume como incapazes até prova em contrário, ou seja, não participar da sociedade envolvente ou da cultura dominante do Estado nacional é motivo para presumir a imaturidade em matéria de autonomia – autodeterminar-se sem necessidade de assistência ou representação.

A literatura jurídica, muitas vezes, ainda padece desta visão de que a não comunhão com o Estado nacional é motivo até para desconsiderar a pessoa do indígena. Como exemplo, segundo Luiz Walter Coelho Filho:¹⁵ “Os índios isolados que habitam na Floresta Amazônica são exemplos de indivíduos. A relação dos índios com a ordem jurídica estabelecida não existe e como tal não é possível defini-los como pessoa”.

Em verdade, não há um indígena sequer que não seja sujeito de direito, por mais isolado que seja em relação à sociedade nacional. Como escrevem Álvaro Villaça Azevedo e Gustavo Rene Nicolau:¹⁶ “o art. 1º do Código Civil indica que todo ser humano é apto a assumir direitos e contrair deveres na ordem jurídica, não há ser humano que não possua tal aptidão, conhecida também como *personalidade*”.

Contudo, como pensar a autonomia necessária para a disposição dos atributos da personalidade fora do contexto cultural? Não se pensam os atributos corpóreos e incorpóreos fora das forças culturais de determinado tempo e espaço. As expressões da subjetividade em relação ao corpo mantêm em seu cerne os modos de ser e de viver.

Os indígenas transitam com os seus corpos entre duas culturas, e, eventualmente, algum choque ocorrerá. Porém, além do conflito em si, sempre carregado de preconceitos contra os indígenas, a solução parte da cultura da sociedade envolvente que o discriminou em primeiro lugar.

15 COELHO FILHO, Luiz Walter. **Sujeitos de Direito: teoria geral**. Campo Grande: contemplar, 2015. P. 46.

16 AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código Civil comentado: volume I**. São Paulo: Atlas, 2007. P. 18.

Os corpos dos indígenas sempre foram objeto de discriminação, não somente em questões cosméticas, mas principalmente em relação ao uso e controle do corpo dentro de sua cultura, seus rituais e suas cosmovisões e, mesmo diante da emancipação dos povos indígenas em sede constitucional, os povos originários ainda se encontram em situação de objeto da sociedade nacional e não de sujeitos autônomos, capazes de estabelecer seus projetos de vida, tanto individualmente quanto coletivamente.

Historicamente, o Código Civil de 1916, além de os designar como silvícolas, considerava os indígenas como incapazes, submetia-os ao regime tutelar em lei especial, bem como condicionava o fim da incapacidade à adaptação do indígena à civilização nacional:

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

[...]

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará á medida que se forem adaptando á civilização do paiz.

O Estatuto do Índio, lei 6.001/73, não mudaria a lógica integracionista, na qual a autonomia dos povos indígenas seria condicional à comunhão nacional:

Art 4º Os índios são considerados:

[...]

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

Art. 5º Aplicam-se aos índios ou silvícolas as normas dos artigos 145 e 146, da Constituição Federal, relativas à nacionalidade e à cidadania.

Parágrafo único. O exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente.

[...]

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

A capacidade de exercer, por si só, os direitos civis e políticos não deixa de ser um aspecto de liberdade constante do poder de se autorregular. Já em seu Esboço de Código Civil, no século 19, Augusto Teixeira de Freitas, ao tratar sobre não incluir a prodigalidade em seu projeto, expunha que:

Na lista dos incapazes não se achará os pródigos: 1.º, porque na prodigalidade não vejo alteração das faculdades intelectuais; 2.º, porque a liberdade individual é um bem tão precioso, que não deve ser restringida senão nos casos de evidente necessidade [...]¹⁷

Observe-se que, como defendido, o tema incapacidade está diretamente ligado à liberdade individual, tanto que, ao regular alguém como incapaz, o direito acaba por cercear sua liberdade e o deixa dependente de alguém para exercer os autos da vida civil. Claro que a incapacidade se faz necessária excepcionalmente para a proteção da pessoa, como um instituto voltado a proteger os interesses de vulneráveis, a exemplo dos menores e pessoas com deficiência.

Porém, a incapacidade dos povos indígenas não foi por necessidade ou para sua proteção, mas por subjugação dos povos originários, pois, sem correr o risco de anacronismo, o direito privado no século XX, ao lançar mão do instituto da incapacidade do indígena

¹⁷ FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço de Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, 1983. P. 31.

enquanto não integrado à comunhão nacional, não só cerceia a liberdade da qual teria direito o indígena em sua autonomia, mas também se equipara ao Diretório Pombalino como um dos:

[...] chamados manuais civilizatórios que passaram a adestrar o comportamento humano nas sociedades modernas europeias e também nos seus domínios coloniais. Como tal, instituiu um conjunto de ações de um programa mínimo, a ser executado com “prudência”, “suavidade” e “brandura”, para fazer dos índios brasileiros seres civilizados.¹⁸

No caso dos indígenas, ainda de acordo com o atual Estatuto do Índio, é o Estado quem lhe tutelaria o exercício de seus direitos, cabendo a *tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas*.¹⁹

Ou seja, o condicionamento do exercício dos direitos civis pelos indígenas à comunhão nacional não deixa de ser um instrumento herdado do colonialismo para o controle da autonomia dos povos indígenas, “relegados à categoria subalterna de sujeitos cuja vontade, desprezada, devia ser substituída pela dos pais, tutores e curadores – pessoas em melhores condições de escolher.”²⁰

Se autonomia é autorregulação, seja em relações jurídicas obrigacionais (como contratos) ou existenciais (como disposição dos atributos personalíssimos), não há autonomia para os indígenas enquanto forem presumidamente incapazes em decorrência de sua

18 SOUZA, Pedro Daniel dos Santos; LOBO, Tânia. Da aplicação do Diretório Pombalino ao Estado do Brasil: povos indígenas e políticas linguísticas no século XVIII. **A Cor das Letras**, v.7, n.1, 2015, p. 47, Feira de Santana. [on-line]. Disponível em <<http://periodicos.uefs.br/index.php/acordasletras/article/view/1445/pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

19 Lei 6.001/73, art. 7.º, §2.º.

20 MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e Direitos da Personalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro: o caso do direito à privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 8, abril-junho de 2016, p. 52, Rio de Janeiro. [on-line]. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/64>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

cultura. A incapacidade, pois, não deixa de ser um moderno manual civilizatório, como um dia foi o Diretório Pombalino, ao impor a integração forçada dos indígenas à cultura da sociedade envolvente e dominante.

Historicamente conservador nos avanços sociais e no amparo às diferenças, o conservadorismo do direito civil brasileiro é uma herança desde sua primeira codificação civil, a qual não se prestou a levar em consideração as aspirações da maior parte da população brasileira, pois, de acordo com Orlando Gomes:

[...] sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial.²¹

Por sua vez, na produção do atual Código Civil, coordenado por Miguel Reale, desde a sua gênese, buscou-se preservar ao máximo a estrutura e redação do Código Civil de 1916. Nas palavras de Reale, “observe que a nova Lei Civil preservou numerosas contribuições valiosas da codificação anterior, só substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da nossa época [...]”.²²

Apesar de não mais usar o termo silvícola e também não mais considerar os indígenas como relativamente incapazes e sujeitos ao regime tutelar de acordo com a sua adaptação (artigos 5.º, IV e parágrafo único do Código Civil de 1916), o atual Código Civil trouxe uma inconstitucional redação em seu artigo 4.º, parágrafo único,²³ ao

21 GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 22.

22 REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 21.

23 Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

diferenciar a capacidade de fato dos indígenas de outra pessoa não indígena, a remeter sua capacidade ao disposto em legislação especial – o Estatuto do Índio, o qual, como tratado, ainda conserva a lógica integracionista.

Inconstitucional porque, apesar de o Código ter sido apresentado ao Congresso Nacional em 1975, recebe sanção presidencial em 2002 e entra em vigor em 2003, quando, por norma constitucional (art. 3.º, IV) busca-se *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Ou seja, ainda no século 21 o direito privado e sua legislação mantêm as estruturas racistas contra os povos indígenas ao discriminarem sua capacidade de fato de plenamente exercer os atos da vida civil com base em sua cultura. Ao remeter a capacidade dos indígenas ao Estatuto do Índio (o qual ainda se encontra em vigor), o direito privado, por meio de sua principal codificação, não busca alterar sua tradição de assimilação e negação de identidade aos indígenas:

O fato é que a tradição civilista brasileira fazia confusão acerca da diferença cultural, entre índios e não-índios, e a capacidade para o exercício dos atos da vida civil, como se não pertencer à cultura dominante fosse sinônimo de incapacidade para conduzir a própria vida e o seu patrimônio. Concluía-se, até bem pouco tempo atrás, que enquanto o indígena não estivesse integrado à civilização, em abandono de suas tradições para viver como um perfeito cidadão brasileiro, ele não possuiria o discernimento apropriado para gerenciar, por si só, a própria vida ou seus pertences, necessitando, pois, ser representado, o que acabava reclamando a necessária intervenção de um órgão estatal que lhe assistisse nos atos da vida civil.²⁴

24 FEIJÓ, Jualianne Holder Câmara da Silva. A capacidade civil indígena. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 8, n. 28, julho-setembro de 2014, p. 210. [on-line].

Conclui-se, pois, que a capacidade dos indígenas não era, para a comissão responsável e para o Congresso Nacional, um valor ético-jurídico à época da produção e tramitação do projeto de Código Civil e, desse modo, o tratamento jurídico da capacidade e seus reflexos na autonomia dos indígenas ocorrerá no âmbito constitucional, mesmo que historicamente seja um instituto típico do direito privado.

Porém, as normas citadas, tanto do Código Civil quanto do Estatuto do Índio, nos pontos aqui tratados, não podem ser consideradas constitucionais ou recepcionadas (respectivamente) pela Constituição Federal. A cultura distinta não pode ser um critério de incapacidade porque, além de ser um critério racista e discriminatório (art. 3.º, IV, Constituição Federal), fundamentado no apagamento da identidade dos povos indígenas, a Constituição Federal ampara expressamente todos os modos de criar, fazer e viver como patrimônio cultural referente à identidade dos grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, II, CF).

Contudo, ainda que a Constituição Federal tenha inaugurado um marco contra a integração:

No caso dos povos indígenas, permanece o evolucionismo positivista pela transitividade da condição, como um caminho para ‘virar branco’, superado em termos legais pela Constituição Federal, mas ainda em prática nas políticas públicas racistas [...]²⁵

Cabe, então, a pergunta: como se mantêm as políticas públicas racistas mesmo diante das normas constitucionais? A resposta estaria

Disponível em <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/203/775>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

25 MILANEZ, Felipe; SÁ, Lucia; KRENAK, Ailton; CRUZ, Felipe Sotto Maior; RAMOS, Elisa Urbano; JESUS, Genilson dos Santos de (Taquary Pataxó). Existência e diferença: o racismo contra os povos indígenas. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 03, 2019, p. 2167, Rio de Janeiro. [on-line]. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/3SxDNnSRRkLbfh3qVFtmBDx/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

no movimento contrário ao da autonomia dos povos indígenas – a autoproteção da sociedade.

Os motivos não deixam de ser a discriminação e a desconsideração histórica da pessoa dos indígenas, a influenciar a sociedade, seja por agentes públicos ou privados, em tentar se autoprotger contra pessoas e valores “indesejáveis” e moralmente “reprováveis”, nos quais, historicamente, se enquadram os povos indígenas.

A capacidade pela integração cultural forçada, embora superada constitucionalmente, ainda produz reflexos sociais, tendo em vista que a sociedade se escuda no mito da democracia racial brasileira, um meio pelo qual a sociedade envolvente se defende do racismo estrutural *pela pergunta falaciosa: “quem vai discriminar se somos todos mestiços?” De acordo com esse mito, a mestiçagem “biológica” passa pela “miscigenação”, enquanto a mestiçagem “cultural” pelo sincretismo e a “integração”.*²⁶

Negou-se no passado aos indígenas a capacidade de exercer autonomamente seus direitos enquanto não integrados culturalmente e, no futuro, usa-se a mestiçagem cultural e racial como “prova” de uma suposta igualdade.

Mesmo que a Constituição Federal busque “preservar a diversidade cultural do País, reconhecendo que o Brasil é uma nação multicultural e pluriétnica”,²⁷ tal reconhecimento não deixa de ser apenas uma etapa formal, a qual não necessariamente rompe com as estruturas coloniais. Como argumenta Fernando Dantas:

O reconhecimento constitucional das diferenças sócio-culturais indígenas representa um marco

26 MILANEZ, Felipe; SÁ, Lucia; KRENAK, Ailton; CRUZ, Felipe Sotto Maior; RAMOS, Elisa Urbano; JESUS, Genilson dos Santos de (Taquary Pataxó). Existência e diferença: o racismo contra os povos indígenas. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 03, 2019, p. 2167, Rio de Janeiro. [on-line]. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/3SxDNnSRRkLbfh3qVFtmBDx/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

27 FEIJÓ, Jualianne Holder Câmara da Silva. A capacidade civil indígena. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 8, n. 28, julho-setembro de 2014, p. 215. [on-line]. Disponível em <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/203/775>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

descolonial na histórica trajetória de negação e invisibilidade dos povos indígenas brasileiros. Entretanto, reconhecer, somente no plano formal, a natureza plural e multicultural que conforma a sociedade brasileira não é tudo.²⁸

Então, superada a fase da incapacidade e adentrado um novo Estado, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, no qual estariam os povos indígenas emancipados com reconhecimento dos seus modos de vida, por que os povos indígenas ainda estão lutando por afirmar sua autonomia segundo suas especificidades culturais?

Se juridicamente não há dúvidas de que os indígenas são autônomos, que possuem o direito de se autodeterminar de acordo com suas expressões culturais, tanto em âmbito individual quanto coletivo, por que o modelo de autonomia os falha?

Em primeiro lugar porque tal modelo não parte de sua insujeição perante sociedade envolvente, posto que ainda há uma percepção de que suas vidas privadas são submetidas ao crivo do interesse público da sociedade não indígena.

Sem que a autonomia dos indígenas em suas vidas privadas e comunitárias parta da insujeição, de que não seja submetida a juízos morais discriminatórios e que, não havendo justificativa razoável para se proibir suas condutas, prevaleçam suas decisões morais internas, os indígenas sempre deverão prestar justificativas que agradem a sociedade envolvente para não terem cerceada sua autonomia.

O Estado multicultural não impede a autoproteção indevida da sociedade, nem que a sociedade instrumentalize o direito como autoproteção contra os povos indígenas. O multiculturalismo não rompe com o modelo de autonomia liberal, pelo contrário, se adequa bem ao modelo liberal de tolerância entre o público e privado e

28 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. **Revista Educação Pública**, v. 23, n. 53/1, p. 362, maio/ago. 2014. [on line]. Disponível em: <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/1621>>. Acesso em 23 de maio de 2022.

adiciona a indiferença ao invés do direito à diferença. De acordo com Zigmunt Bauman:

Quando a tolerância mútua se junta à indiferença, as culturas comunitárias podem viver juntas, mas raramente conversam entre si, e se o fazem costumam usar o cano das armas como telefone. Num mundo de “multiculturalismo”, as culturas podem coexistir mas é difícil que se beneficiem de uma vida compartilhada.²⁹

Há muitos casos contemporâneos envolvendo a violação da autonomia dos povos indígenas, decorrentes da violação do direito à disposição do próprio corpo conforme sua cultura, a exemplo do desrespeito à garantia de tratamento médico conforme as especificidades culturais indígenas ocorrida com uma família Tukano e a repatriação de sangue do povo Yanomami, os quais serão tratados nesta pesquisa como paradigmas para a autonomia e afirmação do direito ao corpo dos indígenas.

Tais violações da autonomia dos indígenas não se originam da falta de norma, nem o reconhecimento constitucional as impede, dado que o ordenamento jurídico se encontra condizente com o amparo da autonomia individual e coletiva nas sociedades indígenas. Porém, mesmo diante de normas protetivas, a autoproteção da sociedade que os domina impede que seus direitos étnicos sejam exercidos, seja em forma de ações ou omissões administrativas, legislativas, decisões judiciais ou até mesmo em ações privadas.

Ou seja, o movimento contrário da sociedade envolvente em relação à autonomia dos indígenas, aqui denominado de autoproteção, não permite que suas necessidades de autonomia sejam atendidas de acordo com suas culturas. Como expõe Miracy Gustin, a autonomia

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. P. 101-102.

não é apenas uma necessidade humana dos povos indígenas, mas uma necessidade conforme sua cultura:

[...] entende-se que a autonomia é uma necessidade humana que se desenvolve de forma dialógica. Especialmente, a autonomia crítica desenvolve-se – e nessa acepção é que é própria do humano – tão somente quando a pessoa é capaz de *justificar* suas opções e as formas escolhidas para orientar sua vida perante o *outro* e frente aos valores e regras de seu grupo ou de sua cultura.³⁰

Logo, não rompendo o multiculturalismo com o modelo liberal de autonomia privada e seu pressuposto *laissez-faire/laissez passer*, nem atendendo tal modelo às necessidades dos indígenas, é necessário analisar suas falhas, posto que a autonomia que se busca afirmar no contexto de uma sociedade plural culturalmente parte necessariamente da diversidade de padrões morais de bem viver, com as devidas consequências jurídicas para as liberdades decorrentes da autonomia, como por exemplo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos indígenas.

1.2. A AUTONOMIA E DIVERSIDADE CULTURAL: A FALHA DO MODELO LIBERAL E A TENSÃO ENTRE AS ESFERAS PRIVADAS E PÚBLICAS

O modelo liberal de autonomia privada se resume a espaços de tolerância, a deveres jurídicos de abstenção entre indivíduos autônomos e sociedade ou entre a autonomia das sociedades indígenas e a sociedade dominante. A vida privada dos indígenas, o âmbito onde exercem sua autonomia, tomada individual ou coletivamente, é

30 GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaios e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. P. 20-21.

apenas uma questão de tolerância, um dever geral de abstenção de, em tese, não adentrar sua esfera privada.

Usa-se o termo em tese, pois, apesar de a vida privada ser um âmbito no qual a sociedade não adentra e, portanto, onde se exerce a autonomia, tal afirmação não corresponde ou ignora que a sociedade busca a autoproteção contra condutas que reprova moralmente, em especial de culturas distintas como as indígenas.

Sequer em seu principal espaço privado, suas terras tradicionalmente ocupadas, os indígenas conseguem excluir a sociedade de seu espaço de autonomia física e cultural, posto que a autodeterminação dos índios sobre o governo dos seus territórios é pautada *na ideia de integralidade e unidade do Estado e, também, por razões de Estado, com característica defensiva*, ideia esta que está *implícita na própria Constituição da República, quando reserva para si a titularidade das terras indígenas [...]*.³¹

A autoproteção é um instrumento da sociedade ocidental para invalidar seu próprio princípio de autonomia do indivíduo e a questão se põe controversa quando se está diante, no regime constitucional de 1988, de um regime de liberdades. O agir livre pressupõe não apenas uma abstenção estatal genérica, mas, como ser livre é agir conforme seus valores morais, a perseguir uma vida digna, pressupõe-se que a não intervenção estatal é para não impor padrões de conduta homogeneizantes ao indivíduo por meio do direito, ainda que majoritários na sociedade, especialmente em um Estado diverso culturalmente:

Se concordamos que o reconhecimento da diversidade cultural é o direito e ponto de partida apropriado para qualquer discussão sensata dos valores humanos compartilhados, devemos também concordar que o “estado constitucional” é o único referencial para tal

31 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. **Revista Educação Pública**, v. 23, n. 53/1, p. 347, maio/ago. 2014. [on line]. Disponível em: <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/1621>>. Acesso em 23 de maio de 2022.

debate. Para deixar mais claro o que está contido na noção, eu preferiria falar de “república”, ou, seguindo Cornelius Castoriadis, de “sociedade autônoma”. Uma sociedade autônoma é inconcebível sem a autonomia de seus membros; uma república é inconcebível sem os direitos assegurados ao indivíduo. Essa consideração não resolve necessariamente o problema dos direitos conflitantes da comunidade e do indivíduo, mas torna evidente que sem a prática democrática de indivíduos livres para manifestar-se o problema não pode ser enfrentado, e muito menos resolvido. A proteção do indivíduo contra a demanda de conformidade da comunidade pode não ser uma tarefa “naturalmente” superior à da tentativa de sobrevivência da comunidade como entidade separada. Mas a proteção do cidadão individual da república das pressões tanto não comunitárias quanto comunitárias é uma condição preliminar à realização de qualquer das duas tarefas.³²

Não teria lógica de existir o inciso II, do artigo 5.º da Constituição Federal, se a lei dá liberdade ao não regular a matéria, para em seguida impor, pela coercibilidade do direito, a moralidade da sociedade, entendida aqui como normas heterônomas, não jurídicas, oriundas de, a citar Bauman, uma “demanda de conformidade com a sociedade”. Na verdade, a presença da sociedade na vida privada nunca foi totalmente excluída, nem a sociedade historicamente se desinteressou pela vida privada de seus membros, mesmo não havendo normas jurídicas que obriguem alguém a fazer ou deixar de fazer algo.

A despeito de normas esparsas sobre questões culturais, o modelo de autonomia ainda é um modelo liberal, no qual “deixar fazer/deixar passar” seria, em tese, adequado por permitir condutas livres e aceitas pela sociedade em decorrência da tolerância. Contudo, para tolerar não é necessário compreender o outro, apenas um “laissez-faire”. O

32 BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. P. 125.

exemplo de Kant sobre menosprezar o outro serve de exemplo para mostrar como o *laissez-faire* é um modelo de autonomia baseado na indiferença e que não afasta a intolerância:

Todo homem tem uma legítima pretensão ao respeito de seus semelhantes e, reciprocamente, ele também está obrigado a este respeito em relação a todos os outros. [...] Desprezar (contemnere) os outros, isto é, recusar-lhes o respeito que se deve ao homem em geral, é em todos os casos contrário ao dever, pois eles são homens. Menosprezá-los (despicatui habere) interiormente por comparação com outros é, de fato, inevitável, mas a manifestação exterior do menosprezo é uma ofensa.³³

Tolerar uma conduta alheia é apenas um agir como mero dever enquanto compreender é agir por dever. Esse sempre foi um dos pontos de diferenciação da ação conforme o direito e conforme a moral. Para o direito não importaria a razão da ação, apenas o resultado externo, enquanto para a moral importaria o porquê da ação virtuosa.

Apesar do reconhecimento na Constituição Federal dos grupos formadores da sociedade nacional, entre eles os povos indígenas, de proteção da diversidade cultural e até um capítulo próprio para os povos indígenas, não há normas que dão base para se afirmar um Estado pluriétnico com a devida autonomia dele decorrente para os grupos culturalmente distintos.

Como explica Júlio José Araújo Júnior:

Pode-se dizer, assim, que o texto constitucional atende, na sua literalidade, ao anseio liberal multicultural de assegurar proteções externas aos direitos do grupo, o que faz, por exemplo, em relação às suas terras, seus modos de vida e à educação. Incorporam-se

33 KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003. P. 306.

assim certos direitos especiais a esses povos, que são reconhecidos expressamente e servem de diretriz à interpretação da legislação infraconstitucional. Não houve, porém, a internalização de cosmovisões indígenas – como constou de Constituições posteriores de outros países, que desenvolveram um diálogo mais profícuo com esses povos.³⁴

Contudo, não se pode negar que tais normas permitem dar passos decoloniais, principalmente na interpretação do direito privado, carregado do modelo liberal, mas que, por si só, não levam a uma decolonização das estruturas racistas contra os indígenas.

A manutenção de uma base liberal para a autonomia conduz a uma indiferença entre as sociedades, como visto em Bauman, na qual as sociedades tradicionais, ao reivindicar o direito à diferença, encontram apenas a indiferença que beneficia a sociedade envolvente com a aparência de igualdade estampada nas normas.

Desse modo, o multiculturalismo liberal não rompe necessariamente com a tolerância externa e intolerância interna da sociedade e seus indivíduos, próprio do modelo liberal de autonomia, o qual apenas desloca a intolerância dos espaços públicos para o privado.

Tal modelo somente favorece a sociedade envolvente ao dar a impressão ou mera aparência de uma sociedade tolerante e, embora adicionado um insuficiente multiculturalismo, como na proteção dos diversos modos de criar, fazer e viver, sem práticas decoloniais de enfrentamento das estruturas racistas, a exemplo do mito da democracia racial, a diversidade cultural não passa de um “artifício linguístico” de disfarce das desigualdades e discriminação, como explica Bauman:

34 ARÁUJO JÚNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. `P. 201.

Na realidade, contudo, o multiculturalismo age como uma força socialmente conservadora. Seu empreendimento é a transformação da desigualdade social, fenômeno cuja aprovação geral é altamente improvável, sob o disfarce da “diversidade cultural”, ou seja, um fenômeno merecedor do respeito universal e do cultivo cuidadoso. Com esse artifício linguístico, a feiura moral da pobreza se transforma magicamente, como que pelo toque de uma varinha de condão, no apelo estético da diversidade cultural. O fato de toda luta por reconhecimento estar destinada ao fracasso se não for apoiada pela prática da redistribuição se perde de vista nesse percurso, assim como os clamores por respeito às diferenças culturais trazem pouco conforto a muitas comunidades desprovidas do poder de independência em virtude de sua desvantagem, fadadas a ter suas “próprias” escolhas feitas por outras forças, mais substanciais.³⁵

A falha do modelo de autonomia liberal baseado no “laissez-faire/laissez passer” pode ser resumida como um desinteresse interessado pela vida privada, um modelo que reduz a autonomia dos indivíduos a apenas uma questão de limites entre as esferas privadas e públicas e, ainda que inserido em um contexto de diversidade cultural, não promove o diálogo com outras comunidades morais.

A sociedade envolvente nunca se desinteressou pela vida privada dos povos indígenas ou, quando se diz desinteressada, o faz na conveniência de seus padrões morais de autoproteção, ou seja, são autônomos enquanto não ultrapassarem certos limites impostos por ela, e, assim, falha o liberalismo em reconhecer a falta de compreensão da conexão entre autonomia e sociedade, pois, de acordo Jurgen Habermas:³⁶

35 BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Ed. Kindle, Rio de Janeiro: Zahar, 2011. P. 39-40.

36 HABERMAS, Jurgen. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State. In: TAYLOR, Charles [et al]. **Multiculturalism**. Ed. Kindle. Nova Jérсия: Princeton

O liberalismo falha em reconhecer que a autonomia privada e pública são equiprimordiais. Não se trata de uma autonomia pública complementando e permanecendo externa à autonomia privada, mas de uma conexão interna, isto é, conceitualmente necessária entre elas. Pois, em última análise, os sujeitos de direito privados nem podem atingir o gozo de liberdades individuais iguais, a menos que eles mesmos, exercendo em conjunto sua autonomia como cidadãos, cheguem a um entendimento claro sobre quais interesses e critérios são justificados e em que aspectos as coisas iguais serão tratadas iguais e coisas desiguais de forma desigual em qualquer caso particular.” (Tradução livre).³⁷

Reduzir a autonomia a um tensionamento entre indivíduos ou comunidades específicas e a sociedade em geral é uma situação insustentável aos povos indígenas, pois, enquanto *desprovidas do poder de independência* perante a sociedade envolvente, não terão como superar a tensão entre sua autonomia e autoproteção da sociedade para que seus “critérios e interesses” socioculturais produzam os devidos efeitos jurídicos.

Por mais que o multiculturalismo seja um valor jurídico constitucional (ainda que incipiente como visto), o modelo de tensão entre as esferas pública e privada não conduzirá ao amparo da autonomia na diversidade cultural, posto que, de um lado os indígenas desprovidos de “poder de independência”, do outro a sociedade envolvente tem o poder de instrumentalizar a produção e

University 1994. P. 112-113.

37 No original: “Liberalism fails to recognize that private and public autonomy are equiprimordial. It is not a matter of public autonomy supplementing and remaining external to private autonomy, but rather of an internal, that is, conceptually necessary connection between them. For in the final analysis, private legal persons cannot even attain the enjoyment of equal individual liberties unless they themselves, by jointly exercising their autonomy as citizens, arrive at a clear understanding about what interests and criteria are justified and in what respects equal things will be treated equally and unequal things unequally in any particular case”.

interpretação do direito para submeter os indígenas a uma condição de “objeto de controle” e não de sujeitos autônomos. A autonomia, enquanto poder jurídico, não é simplesmente uma autorregulação em questões negociais, mas, principalmente, uma autodeterminação da existência, de modo a perseguir uma necessidade humana de ser “insujeito”.

A concordar com Habermas que deve haver uma complementaridade entre as esferas pública e privada de autonomia para o gozo de igualdade e liberdades individuais, bem como que a esfera pública não permanece alheia à esfera privada, não há complementaridade apenas na compreensão dos interesses e critérios que justificam o respeito e igualdade, como por exemplo, os critérios socioculturais dos indígenas que justificam o direito à diferença.

Não há como a sociedade envolvente alegar ignorância. Há compreensão sobre a necessidade de autonomia dos povos indígenas, porém, mesmo com tal compreensão, não há diálogo intercultural com outras sociedades culturalmente distintas, como por exemplo, o dever de abstenção, oponível contra todos e particularmente contra a sociedade não indígena.

Pelo contrário, os modos de viver de uma cultura tida por primitiva, pagã e inferior,³⁸ como a dos indígenas, ainda são objetos de juízos morais discriminatórios da sociedade envolvente, a qual faz uso destes juízos morais para contornar o dever jurídico de respeitar seus modos de ser e viver.

Ou seja, da aversão à cultura indígena partem juízos que vão influenciar a atividade legislativa e administrativa estatal, *indiferentemente* da compreensão cultural por meio do diálogo intercultural ou de haver proteção da diversidade cultural na norma constitucional. Como deixa claro Bauman, o multiculturalismo não deixa de ser uma força conservadora, e, como tal, permite-se o direito à indiferença.

38 ARÁUJO JÚNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. P. 3.

Nunca será *equiprimordial* a esfera privada de autonomia dos indígenas sem a devida coercibilidade dos deveres jurídicos que dela decorrem contra todos, especialmente contra o Estado. Por outro lado, não se pode deixar de considerar que há também a necessidade de que a produção de tais efeitos jurídicos se operem de acordo com suas necessidades e interesses, e não, por exemplo, de acordo com o conceito de pessoa e autonomia ocidentais, pois, do contrário, não se escapa das forças conservadoras de autoproteção da sociedade.

A pessoa para os povos indígenas não vem do arquétipo cristão. Não se pretende generalizar que há um bloco monolítico conceitual entre as sociedades indígenas no Brasil, mas apenas afirmar que há, entre os povos originários, o compartilhamento da noção de que a pessoa e seu corpo se individualizam por meio de processos sociais – o corpo é central para a pessoa e sociedade, pois é indispensável considerar as:

[...] características de construção da pessoa nas sociedades tradicionais, ou seja, a relação de complementariedade que resulta no indivíduo enquanto construção da cultura. [...] é preciso ressaltar que esse indivíduo não pode ser equiparado à noção representada pelo individualismo (igualdade e liberdade) das sociedades modernas; é um indivíduo diferenciado, pois a individualidade, neste caso, reforça a coletividade.³⁹

Assim, tolerar e se abster de interferir indevidamente na autonomia dos povos indígenas parte do respeito ao seu conceito de pessoa e dignidade. Não há como interpretar juridicamente a autonomia dos povos indígenas sem que seus indivíduos tenham autonomia para perseguir seus fins particulares, conforme sua compreensão de uma vida boa (dignidade) em seu contexto cultural.

39 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no Direito Brasileiro. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 3, n. 5, p. 137, 2005.

O principal impeditivo para tanto é a autoproteção da sociedade envolvente que apenas os tolera, mas não coexiste com os povos indígenas, os quais, por sua vez, têm suas existências definidas por quem lhes submete a uma condição de objeto de proteção jurídica e não de sujeitos de direito.

É dizer, não há *laissez-faire* sem o respeito à diferença e não indiferença; da mesma forma, não há *laissez passer* sem que a tolerância seja um dever jurídico de respeito e não mera abstenção indiferente. Também não há autonomia como fundamento da dignidade em um sujeito abstrato, sem que sua identidade e cultura permeiam os seus fins.

A sociedade envolvente se pergunta para que serve o conceito de pessoa,⁴⁰ ganhando relevância no direito o porquê devido ao conceito está atrelado ao de dignidade, assim como em razão da contemporânea necessidade de tutela integral da pessoa. Se um dia tal conceito serviu à sociedade como apenas um sujeito de trocas, hoje, porém, o conceito de pessoa sempre se vincula a um sujeito merecedor de dignidade:

[...] para entender por que temos o conceito de pessoa e se ela pode fazer o trabalho que se propõe a fazer, devemos entender quando, onde e por que ela surgiu. Que função ele serviu originalmente? Por que sobreviveu por tanto tempo? Os problemas que motivaram inicialmente sua invenção persistiram ou ela foi utilizada para diferentes propósitos em diferentes contextos? (Tradução livre).⁴¹

Tal propósito não é diferente em relação aos povos indígenas, pois funda-se como uma necessidade dos indígenas devido ao fato

40 LOLORDO, Antonia. The concept of a person from antiquity to the twenty-first century. In: LOLORDO, Antonia (ed.) **Persons – a History**. Nova Iorque: Oxford, 2019.

41 No original: “[...] to understand why we have the concept of a person and whether it can do the work it is meant to do, we must understand when, where, and why it came into existence. What function did it originally serve? Why has it survived for so long? Did the problems that initially motivated its invention persist, or was it used for different purposes in different contexts.”

de que a proteção de suas pessoas e autonomia encontram-se, atual ou historicamente, em “um sentido negativo, ou seja, como *falta* ou *ausência de*”.⁴²

Porém, não se supera facilmente o tratamento histórico da condição de não pessoa ou de pessoa inferior. Os avanços legais – especialmente constitucionais – são um passo na direção de um dia se poder tutelar integralmente a pessoa dos povos indígenas na sua concepção histórica e cultural.

Até que ponto as normas moldarão a sociedade é difícil de afirmar, ou melhor, até que ponto a sociedade aceita que um conceito que lhe é tão caro, como a dignidade da pessoa humana, seja usado contra ela na demonstração de que seu conceito de dignidade é excludente e preconceituoso.

Da mesma forma, a autonomia fruto do liberalismo, hoje inserida em um Estado plural, por ainda ser o modelo do ordenamento jurídico para a autonomia dos indivíduos e sociedades indígenas, não permite que a conflito entre autonomia e heteronomia, aqui denominada autoproteção da sociedade, se opere em favor dos povos indígenas.

Contudo, não obstante as noções ocidentais de pessoa e individualismo não se adequem aos povos indígenas, não se lhes pode negar a condição de sujeitos de direito autônomos. Porém, como o multiculturalismo não conseguiu romper com as falhas do liberalismo, pelo contrário, serve a ele, há necessidade de se compreender a autonomia não apenas como poder de autorregulação negocial, mas principalmente como poder de autorregulação de uma existência digna.

42 GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaios e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. P. 12.

1.3. A AUTONOMIA EXISTENCIAL COMO MODELO PARA A DIVERSIDADE DE MODOS DE VIVER

Não se compreende a pessoa fora da sua cultura. Mas qual cultura? A resposta tem deveras implicações jurídicas em razão da diversidade de modos de criar, fazer e viver dos povos indígenas, pois, sua autonomia e dignidade são reguladas por imposição de uma cultura dominante, a qual afasta qualquer outra ou simplesmente as inferioriza.

Contudo, como “todas as culturas possuem concepções de dignidade humana”⁴³ e, sendo a autonomia o fundamento da dignidade, é na vida privada que o indivíduo autorregula sua existência, a começar por seus atributos existenciais – sua integridade corporal e moral.

Os indígenas não são titulares de uma dignidade abstrata, nem sua autonomia é exercida por sujeitos sem identidades próprias. Se o princípio da dignidade é o início e fim de todo o ordenamento jurídico, não cabe apenas a uma parcela dos sujeitos de direito ditar seu fundamento, pelo contrário:

[...] já que não busca assentar a noção de dignidade humana sob um conjunto de *valores* que reflete apenas uma visão particular de mundo – mais exatamente a tradição judaico-cristã. Ao se abrir a porta para uma fundamentação normativa própria do direito, participantes de outras concepções podem tomar assento nessa prática comunicativa, sentindo-se igualmente coautores das normas a que se submetem.⁴⁴

43 SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, junho de 1997, p. 21. [on line]. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 15 de julho de 2022.

44 PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre as concepções de personalidade e de dignidade humana: as teses de Robert Spaemann e de Ronald Dworkin. In: QUEIROZ, Mônica et al (org.). **Direito Civil em debate: reflexões críticas sobre temas atuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. P. 50.

Toda a tentativa de desamparar os indígenas com base na sua cultura é também uma forma de enfraquecer a afirmação de direitos indígenas na sociedade envolvente. Tal situação é institucional e estruturada legalmente, pois se trata de uma cultura que “enfrentaria dificuldades para se desenvolver autonomamente frente a uma cultura tida como adiantada”.⁴⁵

A capacidade pela integração forçada deixou marcas indeléveis na dignidade dos povos indígenas, pois tal estrutura legal levou a um apagamento identitário. Como explica Darcy Ribeiro:

As diversas etapas de integração correspondem a passos do processo de transfiguração étnico-cultural que, operando através de compulsões de natureza ecológica, biótica, de coerções de natureza tecnológico-cultural, socioeconômica e ideológica, conduzem os indígenas da condição de índios tribais à de índios genéricos.⁴⁶

A superação legal não devolve aos indígenas a perda da sua identidade, nem impede que a sociedade continue a tratá-los como sempre o fez: buscando apagar suas culturas e impedir a afirmação de seus direitos conforme suas especificidades culturais. A norma não é profunda o bastante para mudar um longo passado de discriminação estruturada legal e socialmente. Da mesma forma, não se muda a realidade de que a sociedade brasileira não se preocupa e é indiferente acerca das escolhas daqueles que não pensam dentro da estrutura ocidental somente com normas constitucionais esparsas sobre a diversidade cultural.

Somos educados desde cedo para, de certa forma, sermos previsíveis em nossas condutas – da infância à velhice – diante de

45 ARÁUJO JÚNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. P. 3.

46 RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. São Paulo: Global, 2017. P. 383.

um não escrito código de ética ocidental. A previsibilidade em certos âmbitos da vida beira o dogma e qualquer agir em contrariedade ao que se espera desafia a sociedade e gera temor, pânico e, principalmente, conflito.

A solução do direito privado estaria na autonomia como uma questão de autodeterminação e igualdade, contudo, o direito privado não se deixa impregnar pela diversidade cultural justamente porque o Estado e sociedade, pelo menos em tese, devem se desinteressar da vida privada, a qual, na esteira de Kant, é o espaço para servir-se de suas normas morais em oposição a normas externas.

Por sua vez, o multiculturalismo seria uma questão do direito público, ou seja, de normas voltadas ao Estado na abstenção ou fomento da cultura e de sua diversidade e não propriamente do direito privado, mesmo que a diversidade cultural, em um Estado culturalmente diverso como o Brasil, tenha relevância para o fundamento da autonomia de sociedades distintas da “comunhão nacional”,

Tal multiculturalismo deveria ter reflexos na autonomia privada, já que a diversidade de modos de agir e de ser é tutelada juridicamente, o que levaria grupos populacionais historicamente discriminados, como os indígenas, a buscar amparo de condutas contrárias ao padrão dominante.

Contudo, o multiculturalismo não busca romper com o colonialismo, pois a autonomia herdada do liberalismo não é nada mais do que um poder de se autorregular como o padrão, indiferente daqueles que não têm controle sobre os seus destinos.

Não se trata apenas de escolher manter as tradições, mas que tais escolhas estejam dentro da esfera de controle dos povos indígenas, não como uma “concessão” de direitos, pois, se assim for, o controle dos modos de viver dos povos indígenas estão fadados ao insucesso por continuarem sob o poder da sociedade dominante. De acordo com Bauman:⁴⁷

47 BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. P. 86.

[...] As decisões da maioria dominante eram notórias por sua ambigüidade, e mais ainda por sua volatilidade. Nessas circunstâncias, a escolha entre um esforço honesto de assimilar e a rejeição da oferta, mantendo-se fiel ao modo da própria comunidade, era uma jogada para os membros das minorias dominadas; quase todos os fatores que podiam levar ao sucesso ou ao fracasso continuavam teimosamente fora de seu controle.

Entre tais fatores estão seus espaços privados, sua autonomia e dignidade. Manter tais direitos sob o controle de uma maioria dominante é o mesmo que infirmar a condição de sujeitos de direito dos povos indígenas e continuar a submetê-los a uma condição de objetos de proteção.

É importante destacar que as ideologias subjacentes aos Estados ocidentais não foram capazes de alterar a condição de meros objetos de proteção jurídica dos povos indígenas e não verdadeiros sujeitos autônomos com controle de seus destinos e existências, pois, segundo Bauman⁴⁸ a “escolha entre as faces nacionalista ou liberal do emergente Estado nação não fez diferença para o destino das comunidades: o nacionalismo e o liberalismo podiam ter diferentes estratégias, mas compartilhavam o mesmo propósito”, o qual, segundo o autor, era a assimilação ou perecimento da comunidade.

Parece antagônico dizer que o Estado dito liberal, ou seja, alicerçado na autonomia individual e nas liberdades dela decorrentes, empreende a assimilação de minorias étnicas, mas a autonomia no liberalismo nunca foi pensada para a autonomia existencial e sim para a liberdade econômica.⁴⁹ O liberalismo é uma ideologia cristã e

48 BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. P. 85.

49 De acordo com Orlando Gomes: “a autonomia privada é encarada como o substrato do negócio jurídico cujo fundamento prático se encontra na propriedade privada e cuja “ratio” está na necessidade de circulação de bens. Resolve-se na chamada liberdade de contratar, que no sistema corresponde à liberdade de iniciativa econômica”. GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 81.

européia, qualquer comportamento dissonante é bárbaro e justificador até de governos déspotas, como defende John Stuart Mills⁵⁰ em seu livro sobre liberdade: “despotismo é um modo de governo legítimo quando lidando com bárbaros, desde que o fim seja seu progresso, e os meios justificados por dar efeito a esse fim”.

Assim, o fundamento da autonomia no liberalismo não se direcionava para amparar o diferente, mas sim para dar as bases da liberdade econômica e não intervenção estatal na propriedade privada. Há um exemplo no Brasil na Constituição do Império, pois, mesmo sendo uma Constituição liberal, a liberdade de culto, referente à expressão religiosa do indivíduo – uma questão de autonomia existencial e não econômica – não era plena:

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

Vê-se que mesmo sob a égide de uma Constituição liberal, a existência fora do padrão religioso católico era limitada. Assim, a autonomia do liberalismo ocidental nunca almejou heterogeneidade, por mais paradoxal que seja ter-se a autonomia como princípio moral e jurídico e dela esperar apenas comportamentos homogêneos.

Em relação aos povos indígenas, como reconhecer autonomia se “a percepção dos povos indígenas remete a ideias como primitivismo e infantilidade”?⁵¹ As respostas atuais no multiculturalismo tentam escapar da questão do mero reconhecimento de sua distinção da sociedade dominante, mas também que se reconheça o valor de

50 MILL, John Stuart. **On liberty**. Ontario: Batoche Books, 2001. P. 14.

51 ARÁUJO JÚNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. P. 3.

culturas diferentes, como explica Charles Taylor:⁵² “a demanda adicional que estamos olhando aqui é que todos reconhecemos o valor igual das diferentes culturas; que não apenas as deixemos sobreviver, mas reconhecemos seu valor.” (Tradução livre).⁵³

Partir do mero reconhecimento não foge da promessa de igualdade pregada pelo Estado liberal ou nacional que deságua em uma existência fora de controle por parte dos indígenas, rejeitada ou não a oferta, e, principalmente, desqualifica-se o sujeito de direito para objeto de controle.

A cultura e a pessoa dos povos indígenas não importaram para o direito ocidental e isso refletiu em sujeitos que, mesmo juridicamente tidos como livres, nunca foram plenamente sujeitos de direito, mas meros objetos de curiosidade ou anomalias⁵⁴:

Onde tradicionalmente nasceu a teoria liberal - Inglaterra, França e Estados Unidos -, os direitos das minorias nacionais foram ignorados, ou então tratados como meras curiosidades ou anomalias, algo especialmente aplicável às reivindicações dos povos indígenas. (Tradução livre).⁵⁵

Por sua vez, uma autonomia verdadeiramente fundada na diversidade cultural dos grupos que formam um Estado nacional, partiria dos significados da coexistência de culturas distintas e de pleno controle de sua existência, pois não se trata de indiferença ou

52 TAYLOR, Charles [et al]. **Multiculturalism**. Ed. Kindle. Nova Jérсия: Princeton University 1994. P. 63.

53 No original: “the further demand we are looking at here is that we all recognize the equal value of different cultures; that we not only let them survive, but acknowledge their worth.”

54 KYMLICKA, Will. **Ciudadania liberal: una teoria liberal de los derechos de las minoria**. Barcelona: Paidós, 1996. P. 267.

55 No original: “Allá donde tradicionalmente nació la teoría liberal - Inglaterra, Francia y los Estados Unidos -, los derechos de las minorías nacionales han sido ignorados, o bien tratados como meras curiosidades o anomalías, algo especialmente aplicable a las reivindicaciones de los pueblos indígenas.”

de vazias promessas de liberdade. É neste ponto que a autonomia do direito privado herdada do liberalismo não está preparada para um multiculturalismo com uma significância maior que a tolerância para as relações jurídicas. Conforme Bauman:⁵⁶

Se concordamos que o reconhecimento da diversidade cultural é o direito e ponto de partida apropriado para qualquer discussão sensata dos valores humanos compartilhados, devemos também concordar que o “estado constitucional” é o único referencial para tal debate. Para deixar mais claro o que está contido na noção, eu preferiria falar de “república”, ou, seguindo Cornelius Castoriadis, de “sociedade autônoma”. Uma sociedade autônoma é inconcebível sem a autonomia de seus membros; uma república é inconcebível sem os direitos assegurados ao indivíduo. Essa consideração não resolve necessariamente o problema dos direitos conflitantes da comunidade e do indivíduo, mas torna evidente que sem a prática democrática de indivíduos livres para manifestar-se o problema não pode ser enfrentado, e muito menos resolvido. A proteção do indivíduo contra a demanda de conformidade da comunidade pode não ser uma tarefa “naturalmente” superior à da tentativa de sobrevivência da comunidade como entidade separada. Mas a proteção do cidadão individual da república das pressões tanto não comunitárias quanto comunitárias é uma condição preliminar à realização de qualquer das duas tarefas.

Logo, a autonomia dos povos indígenas não se resume a questões de tolerância e sim de afirmar sua cultura por meio de sua autonomia, assim como não há liberdade aos indígenas se o Estado Democrático de Direito não for compreendido sob uma ótica de interiorização de

56 BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. P. 125.

seus critérios e interesses de autogoverno (e, claro, sob uma ótica não homogeneizante pelos padrões majoritários), pois “a ordem jurídica que se pretende legítima funda-se na preservação da liberdade de ação de seus destinatários” e, ainda, “a autonomia é condição de possibilidade da ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito”.⁵⁷

A autonomia dos povos indígenas conforme sua diversidade cultural se constituiria como uma autonomia existencial enquanto modelo de autogoverno na diversidade cultural, além de um poder jurídico indispensável ao controle de seus destinos, de seus projetos de bem viver – um ponto de partida de coexistência entre as sociedades indígenas e a envolvente.

Entretanto, de qual autonomia poder-se-ia partir para a defesa de uma não conformidade, de uma verdadeira superação do objetivo histórico de “embranquecimento” e apagamento das identidades dos povos indígenas?

Se do modelo de autonomia patrimonial surgiu a liberdade negocial, do modelo de autonomia existencial surge a liberdade de livremente desenvolver a personalidade, ou seja, a autonomia passa a ganhar contornos existenciais de autodeterminação. Veja-se o conceito de Otávio Luiz Rodrigues Jr.:

[...] prefere-se o termo autodeterminação, por seu caráter mais específico e seus vínculos com o Direito Privado, para qualificar o modo de regência humana de suas condutas num plano individual. Esse conceito também encontra lastro constitucional (art.1º, inciso III), pois realiza a dignidade da pessoa humana, sob a óptica do personalismo ético-social

57 RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte; Del Rey, 2007. P. 21.

e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana.⁵⁸

Observe-se que aqui o termo autodeterminação consubstancia no direito interno uma dimensão da autonomia fundada na realização da dignidade pela pessoa, ou seja, tem por significado a realização de um projeto de bem viver pelo indivíduo. A autonomia existencial, então, seria uma forma de *repersonalizar* o direito privado. Especificamente em relação aos povos indígenas, a autonomia não se dissociaria de uma compreensão intercultural da dignidade na realização individual e coletiva, sem a qual, os indígenas ainda serão objeto de uma dignidade heterônoma, imposta pela sociedade envolvente, e não sujeitos autônomos em busca de realizar a sua dignidade em seu contexto cultural de uma vida boa.

Contudo, somente a autonomia existencial como modelo de regência da dignidade e autodeterminação da pessoa não é suficiente para romper com as estruturas coloniais da sociedade, a qual, por mais coercitivas que sejam as normas jurídicas, busca ser indiferente e se autoprotoger dos que não comungam dos modelos padronizados de ser e de agir.

1.3.1. AUTONOMIA EXISTENCIAL E DECOLONIALISMO

O problema aqui posto é que, por mais que a literatura jurídica se refira a uma suposta neutralidade estatal em matéria de liberdade, tal neutralidade nunca foi uma realidade, o Estado nunca se desinteressou da economia ou sequer da vida privada, muito menos dos povos indígenas, tendo sempre violado e regulado todos os aspectos das suas

58 RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, p. 127, jul./set. 2004. [on-line]. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em 26 de abril de 2021.

vidas individuais e comunitárias, desde suas terras aos seus modos de viver.

O modelo de tensão entre autonomia e heteronomia não se alterou com a Constituição Federal. O resultado de não apenas se defender a liberdade econômica dos indivíduos, mas também outras formas de liberdades existenciais, foi que o Estado e seus mecanismos de autoproteção da maioria se deram, como tratado, o direito à indiferença acerca de valores constitucionais como o pluralismo cultural e diversidades de modos de existir.

Não se buscou derrubar as estruturas racistas e discriminatórias que se ergueram e continuam apesar das normas constitucionais, a exemplo dos próprios agentes públicos que continuam a perpetuá-las. A integração forçada dos povos indígenas ainda está inserida em políticas públicas, como na fala do Ministro da Saúde em uma reunião com a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), o qual se referiu a “uma classificação de “índio antropizado”, “semi antropizado” e “não antropizado” para justificar mudanças na política de atenção à saúde indígena.”⁵⁹

A sociedade não pretende derrubar tais estruturas, pelo contrário, elas permanecem como mecanismos de autoproteção e manutenção da ordem social majoritária, a exemplo da indiferença aos diversos modos de existir e do mito da igualdade racial. Observe-se a reflexão de Silvio Luiz de Almeida sobre racismo e instituições:

O conceito de racismo institucional foi um enorme avanço no que se refere ao estudo das relações raciais. Primeiro, ao se demonstrar que o racismo transcende o âmbito da ação individual, e, segundo, ao frisar a dimensão do poder como elemento constitutivo das relações raciais, não somente o poder de um indivíduo de uma raça sobre outro, mas de um grupo sobre

59 Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib). Em reunião com Ministro da Saúde, APIB consegue reverter desmonte da SESAI. Disponível em <<https://apiboficial.org/2019/04/01/em-reuniao-com-ministro-da-saude-apib-consegue-reverter-desmonte-da-sesai/>>. Acesso em 27 de julho de 2022.

outro, algo possível quando há o controle direto ou indireto de determinados grupos sobre o aparato institucional.

Entretanto, algumas questões ainda persistem. Vimos que as instituições reproduzem as condições para o estabelecimento e a manutenção da ordem social. Desse modo, se é possível falar de um racismo institucional, significa que a imposição de regras e padrões racistas por parte da instituição é de alguma maneira vinculada à ordem social que ela visa resguardar.⁶⁰

As relações entre sociedades indígenas e sociedade não indígena, aqui sob a ótica da autonomia e heteronomia, não podem deixar de ser tratadas como, historicamente, um grupo majoritário a exercer poder sobre uma minoria étnica, a qual, mesmo após sua emancipação na ordem constitucional, é mantida sob o poder pelas estruturas coloniais sociais, entre elas o racismo estrutural:

O racismo no Brasil é por isso mesmo ambíguo, e alicerçado em uma constante contradição: a de negar a existência de práticas racistas, e a existência do preconceito racial.

Implícito e disfarçado, o racismo brasileiro desmobiliza as vítimas, e diminui a sua coesão com a compartimentação entre negros e indígenas, criando a ambiguidade dos “mestiços” e “pardos”. Dificulta assim o processo de formação de identidades, segundo o qual muitos preferem o ideal do branqueamento que, segundo pensam, oferece algumas vantagens reservadas para a branquitude.⁶¹

60 ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2021. P. 46-47.

61 MILANEZ, Felipe; SÁ, Lucia; KRENAK, Ailton; CRUZ, Felipe Sotto Maior; RAMOS, Elisa Urbano; JESUS, Genilson dos Santos de (Taquary Pataxó). Existência e diferença: o racismo contra os povos indígenas. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 03, 2019, p. 2168, Rio de Janeiro. [on-line]. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/3SxDNnSRRkLbfh3qVFtmBDx/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

Se se pretende um novo modelo de autonomia, denominado existencial, com fundamento na autodeterminação, no qual grupos historicamente marginalizados tenham autonomia para controlar seus destinos, há necessidade de se romper com as estruturas coloniais, e, especificamente em relação aos povos indígenas, o autogoverno de suas existências não deve ser moldado a partir da cultura dominante.

Não há autonomia sem um sujeito ou um grupo concretamente considerado dentro de um espaço e tempo que a reivindica. O conceito genérico de pessoa do direito privado favorece o “ideal do branqueamento” e é, em si, não apenas uma herança do direito dos colonizadores, mas disfarça, em verdade, o ideal de pessoa branca, cristã, de cultura ocidental.

Um primeiro passo decolonial estaria, portanto, na superação do conceito genérico e disfarçado de pessoa no direito privado. Não se busca romper os laços coloniais sem antes superar as heranças coloniais dos europeus, ou seja, a noção de “indivíduo unívoco da modernidade, cuja racionalidade abstrata, encerra-se, isoladamente, em si mesmo”.⁶²

Não se pode ignorar que, mesmo oriundo da constitucionalização do direito civil, o fenômeno da *repersonalização* no direito privado não escapou de uma ideia genérica de pessoa, pois a “disciplina das pessoas na esfera jurídica ficou adstrita à ordem civil, que a configurou segundo os papéis de atuação social, normatizando-a unívoco e abstratamente ao nível da mais absoluta generalização classificatória”.⁶³

Ou seja, não só é genérico o conceito de pessoa, mas também universalizante. Porém, como universalizar o conceito de pessoa se

62 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 3, n. 5, p. 127, 2005.

63 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 3, n. 5, p. 130, 2005.

ele é indissociável do conceito de dignidade? Como explica Manuel Gándara:⁶⁴

O pretensão universalismo opera, então, projetando certos traços, típicos de setores dominantes, sobre a natureza genérica da humanidade como um todo, configurando um “modelo” a partir do qual se avalia e determina a condição humana dos demais atores sócio-históricos. Assim, uma experiência parcial, local, pode ser convertida em um quadro para compreender o conjunto de possibilidades e, a partir dela, intervir na realidade. (Tradução livre).⁶⁵

Ainda que os atributos da pessoa, como corpo e mente, sejam universais, toda existência, individual ou comunitária, ocorre dentro de um contexto espacial e temporal, ou, em outras palavras, social e histórico, e, assim, deve ser tratada juridicamente. Do contrário, generalizar e universalizar a pessoa, sua dignidade e direitos fundamentais, continuará a ser um projeto de poder de setores dominantes, os quais se beneficiam de estruturas homogeneizantes. Tem-se o exemplo do modelo liberal de autonomia que necessita de um sujeito de direito genérico e universal, ou seja, indistinto para servir aos propósitos da estrutura capitalista. Segundo Michel Miaille:

A noção de sujeito de direito é, pois, absolutamente indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista. A troca das mercadorias que exprime na realidade, uma relação social - a relação

64 GÁNDARA, Manuel. Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos, **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N.4, 2017, p. 3121. Disponível em <<https://www.redalyc.org/pdf/3509/350954304023.pdf>>. Acesso em 17 de julho de 2022.

65 No original: “El pretendido universalismo opera, entonces, proyectando ciertos rasgos, propios de sectores dominantes, sobre la naturaleza genérica del conjunto de la humanidad, configurando un “modelo” en base al cual se evalúa y determina la condición humana del resto de los actores sociohistóricos. Una experiencia parcial, local, se logra convertir así en marco de comprensión del conjunto de posibilidades y a partir de ella se interviene en la realidad.”

do proprietário do capital com os proprietários da força de trabalho -, vai ser escondida por «relações livres e iguais».⁶⁶

Entretanto, se autonomia existencial tem uma dimensão no direito interno de autodeterminação de grupos étnicos em face de sociedades nacionais majoritárias, não se pode recair nas falhas da autonomia herdada de uma sociedade colonizada, especialmente se tais falhas, frutos de uma autonomia pensada apenas para atender aos modos de reprodução capitalista, levam, como afirmado, ao apagamento da cultura de sociedades indígenas em prol de um índio genérico, sem identidade. Como explica Ana Teixeira:

Continuar apegado apenas à antiga concepção do sujeito de direitos é conduta que não coaduna com a realização da dignidade da pessoa humana, pois significa considerar que todos são iguais, materialmente falando. É como se todos formassem uma “massa de seres humanos” programada pelo Estado para o mesmo fim, com os mesmos objetivos de vida, com valores semelhantes. Permanecer com a visão monolítica de ser o sujeito de direitos a figura central da ordem jurídica é postura diametralmente oposta ao pluralismo jurídico e às visões multiculturais do mundo, o que é por nós rechaçada, por contrariar frontalmente a realidade.⁶⁷

Pelo contrário, a partir de um modelo de autonomia existencial pode-se romper com o indígena genérico fruto de um passado de aculturamento, permitindo-se compreender a construção da pessoa dos indígenas de acordo com suas culturas, o que é inafastável da

66 MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 2005. P. 118.

67 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial, **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-79, abr./jun. de 2018. [on line]. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>>. Acesso em 15 de julho de 2022.

compreensão de uma autonomia que leva em conta a diversidade cultural para ser o fundamento da dignidade em uma humanidade plural.

A noção de pessoa para o direito civil é o sujeito de direitos e deveres, tido sob uma visão genérica e universal de titular de relações jurídicas. Tal conceito parte não só da generalização e da universalização da pessoa, mas também do indivíduo inserido em seus espaços privados, os quais excluem a sociedade. Porém, esta noção de indivíduo “indistinto, descontextualizado -, enquanto conceito universalmente válido, cuja trama do nó começamos a desvendar, parece insuficiente para conceituar a pluralidade de sujeitos e modos de ser existentes no mundo.”⁶⁸

Não há como se pensar em autonomia existencial dos povos indígenas dentro da compreensão genérica de pessoa do mundo ocidental. Se o colonialismo impôs um manual civilizatório aos povos indígenas, a força universalizante do direito ocidental não é diferente ao impor um conceito forçado de pessoa e, principalmente, de dignidade.

Mesmo a partir de Kant, se autonomia é o fundamento da dignidade, e, por sua vez, sendo as pessoas portadoras de dignidade por almejam fins em prol de uma vida boa, não há dignidade em uma pessoa abstratamente considerada. Se no direito público se pensa a dignidade como um conjunto de normas voltadas a um mínimo existencial, o direito privado deve se ater à dignidade como uma vida boa (fins) decorrente do autogoverno (autonomia) de pessoas concretas e distintamente consideradas.

Voltando aos povos indígenas, como considerá-los como sujeitos autônomos em busca de uma dignidade particular sem levar em consideração seus critérios de construção da pessoa? Neste ponto, explicam Anthony Seeger, Roberto da Matta e Eduardo Viveiros de Castro que:

68 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 3, n. 5, p. 132, 2005.

Reflexões sobre o papel do corpo como matriz de significados sociais e objeto de significado social, aparecem na obra de alguns antropólogos contemporâneos, como Victor Turner (o polo corpóreo-sensorial de toda metáfora ritual; 1967 1974.), Mary Douglas (a experiência social lança mão dos processos corporais para tornar se pensável; 1970, 1976) e C. Levi-Strauss (as qualidades sensíveis, e a experiência do corpo, como operadores de um discurso social; 1962, 1966, 1967). Apesar das inúmeras diferenças entre estes autores, há algo em comum: a corporalidade não é vista como experiência infra-sociológica, o corpo não é tido por simples suporte de identidades e papéis sociais, mas sim, como instrumento, atividade, que articula significações sociais e cosmológicas; o corpo e uma matriz de símbolos e um objeto de pensamento.

Na maioria das sociedades indígenas do Brasil, esta matriz ocupa posição organizadora central. A fabricação, decoração, transformação e destruição dos corpos são temas em torno dos quais giram as mitologias, a vida cerimonial e a organização social. Uma fisiológica dos fluidos corporais – sangue, sêmen - e dos processos de comunicação do corpo com o mundo (alimentação, sexualidade, fala e demais sentidos) parece subjazer as variações que existem entre as sociedades sul-americanas, sob outros aspectos.⁶⁹

Cabe, pois, a ponderação sobre a afirmação do direito ao corpo pelos indígenas em sua matriz cultural não só como um elemento constitutivo da sua personalidade, mas como seus corpos ocupam um espaço na organização social e, especialmente aqui, na construção da pessoa em suas sociedades.

69 SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da; CASTRO, E. B. Viveiros de. A construção da pessoa nas sociedades indígenas. **Boletim do Museu Nacional**, antropologia, n. 32, p. 10-11, Rio de Janeiro, maio de 1979.

A dificuldade se encontra na sociedade envolvente em compreender uma complementaridade entre sujeito e processos sociais na construção da pessoa, ao invés de um sujeito-ilha desenvolvendo-se com participação pontual e cirúrgica da sociedade em uma relação de independência.

A sociedade envolvente não se vê como uma personalidade coletiva e até recorrem aos indígenas para compreender a formação de um ente coletivo originado da interdependência entre sujeitos e comunidade, dada sua rigidez do modelo divisor de autogoverno e sociedade, o qual vai separar os bens e atributos individuais dos coletivos:

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo.⁷⁰

O julgamento acima pelo Superior Tribunal de Justiça foi um paradigma na possibilidade de reconhecimento do dano moral coletivo, o qual era negado justamente porque não se conseguia visualizar uma personalidade coletiva para a sociedade, sendo o dano

70 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 1057274/RS. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recorrido: EMPRESA BENTO GONÇALVES DE TRANSPORTES LTDA. Relatora Ministra Eliana Calmon. Data do julgamento: 01/12/2009. Data da publicação: 26/02/2010. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010>. Acesso em 04 de abril de 2021. P. 09.

moral vinculado apenas à violação dos direitos da personalidade do indivíduo.

Tal precedente mostra justamente que a construção da pessoa eventualmente tem pontos de interseção na sociedade envolvente, mas fica claro que, como mostra o trecho acima, visualizam-se as sociedades indígenas como paradigmas porque nelas o indivíduo não é tão dividido e fica mais fácil a visualização de uma sociedade personificada e não abstrata.

Da interdependência do corpo e da sociedade se conclui que não só a estrutura individualista de autonomia, excludente da sociedade, não é suficiente para *conceituar a pluralidade de sujeitos e modos de ser existentes no mundo*, mas, primordialmente, em decorrência de que a autonomia não se estrutura para uma relação de trocas ou circulação de patrimônio e sim de significações sociais.

Tendo o corpo para os povos indígenas uma significação social, um papel central na construção da pessoa em relação de indissociabilidade com a sociedade, não se pode refletir sobre sua afirmação como apenas um simples atributo da personalidade, do qual se reivindica o direito de dispor livremente.

O sujeito é pensado não com a qualidade de adquirir direitos e deveres (personalidade jurídica) e sim com a qualidade de que seu corpo desempenha um significado social. Daí que ao se refletir sobre um novo modelo de autonomia, não se pode partir da pessoa apenas como um sujeito genérico e sua qualidade (personalidade) não apenas como uma qualidade do sujeito de estar apto a adquirir direitos e deveres. Ou seja:

A noção de pessoa, calcada no racionalismo da modernidade e estampada no Código Civil, não contempla, bem como não dá conta da diversidade de pessoas e de modos de ser que a realidade brasileira encerra.

Especificamente, percebe-se, desde já, que não cabem as pessoas indígenas. Além disso, como

parte integrante do contexto social brasileiro os povos indígenas, enquanto pessoas e sociedades com culturas diferenciadas da sociedade nacional, ficaram à margem do sistema civilista, englobados pelo “estatuto da exclusão”.⁷¹

A construção da pessoa para os povos indígenas partiria, então, de sujeitos coletivos, nos quais seus corpos não se limitam a um atributo personalíssimo, mas por meio do qual se constrói a pessoa em comunhão com a sociedade, de modo que se pode afirmar que, ao ocupar *posição organizadora central* na sociedade, o corpo seria tanto um atributo da personalidade individual quanto coletiva.

Desse modo, inserido em um contexto cultural dos povos indígenas, afirmar o direito ao corpo seria tratar tal atributo como singularização de uma pessoa e uma sociedade culturalmente distinta, “por estar no corpo impressos os elementos da estrutura social, encontram-se nele, também correlacionadas, às características implícitas à organização social”.⁷²

A personalidade, assim, não seria apenas uma aptidão a ser titular de relações jurídicas ou uma qualidade de ser sujeito de direito, mas uma qualidade que expressa a diversidade humana, em oposição a sujeitos genéricos, padronizados e distanciados da sociedade.

Os atributos da personalidade, aqui em destaque o direito ao corpo, permitiriam romper com estruturas coloniais como o modelo de autonomia liberal, o qual necessita de um sujeito genérico com autonomia e dignidade igualmente genérica e universalizante para impor um padrão colonial do homem branco e cristão, apto a trocas comerciais.

71 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 3, n. 5, p. 132, 2005.

72 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 3, n. 5, p. 138, 2005.

Existir de forma autônoma ou autonomia existencial não pode prescindir de ser fundamento de uma dignidade que respeita a ubíqua característica da condição humana de diversidades de modo de ser e agir. Dessa autonomia decorreria o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como consequência da tutela da dignidade de uma humanidade diversa, na qual o indivíduo expressa sua identidade corporal e moral, perante a si e perante a sociedade, em um padrão heterogêneo ou homogêneo, de acordo com suas escolhas morais e consoante sua cultura.

Como pondera Boaventura de Souza Santos, se o *colonial constitui o grau zero a partir do qual são construídas as concepções modernas de conhecimento e direito*,⁷³ a emancipação dos povos indígenas em sede constitucional partiria, então, de conceitos e padrões coloniais. Entretanto, o amparo constitucional aos diferentes modos de criar, fazer e viver permite o rompimento com o padrão colonial, pois tal diversidade em um país culturalmente plural não se opera em um vazio, mas em espaços públicos e privados nos quais as pessoas se governarão de acordo com suas normas morais, como um direito fundamental de só ser *obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.⁷⁴

Assim, de um sujeito singular e distinto, titular de uma autonomia enquanto direito fundamental, associada a uma historicidade e diversidade cultural, pode-se conceber a construção de formas culturalmente diversas de dignidade e, principalmente, a desconstrução de formas coloniais de dignidade, permitindo-se que a autonomia existencial seja uma verdadeira autodeterminação em prol

73 SANTOS, Boaventura de Souza. Para além de um pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes, **Novos Estudos**, n. 79, p. 74, setembro de 2009. [online]. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/nec/a/ytPjkXXYbTRxnJ7THFDBrGc/?lang=pt>>. Acesso em 29 de julho de 2022.

74 Artigo 5.º, II, Constituição Federal.

do bem viver de *todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁷⁵ Segundo Manuel Gándara:⁷⁶

Sustentar consistentemente o que formulamos sobre as possibilidades de um universalismo anticolonial requer considerar os direitos humanos, não como algo anterior ou à parte das condições sócio-históricas nas quais as pessoas constroem condições de vida digna, mas como produtos culturais que possibilitam a cada sujeito, individual e coletivamente, formula, constrói e desconstrói mundos a partir de suas formas particulares de entender e dar sentido à sua realidade. (Tradução livre).⁷⁷

Contudo, ainda que se rompa com o conceito de sujeito genérico e passe-se a conceber outras formas de sujeitos e dignidades além da maioria dominante, ainda há o obstáculo das relações de poder, mantenedoras das estruturas coloniais contra os povos indígenas.

Se os indígenas detêm o poder jurídico de serem autônomos em busca de uma dignidade particular e culturalmente distinta, do outro lado, tem-se o poder de autoproteção da sociedade, um verdadeiro poder social de não só moldar a moralidade em favor da maioria, mas de fazer uso do Estado e do direito como forças conservadoras em desfavor dos indígenas e de suas lutas por direitos diferenciados.

A autoproteção é um instrumento da sociedade ocidental para invalidar seu próprio princípio da autonomia do indivíduo, um

75 Artigo 3.º, IV, Constituição Federal.

76 GÁNDARA, Manuel. Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos, **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N.4, 2017, p. 3134. [on line]. Disponível em <<https://www.redalyc.org/pdf/3509/350954304023.pdf>>. Acesso em 17 de julho de 2022.

77 No original: “Sostener de manera consistente lo que hemos formulado sobre las posibilidades de un universalismo anticolonial exige plantear los derechos humanos, no como algo previo o al margen de las condiciones sociohistóricas en que las personas construyen condiciones de vida digna, sino como productos culturales que posibilitan el que cada sujeto, individual y colectivamente, formulen, construyan y deconstruyan mundos a partir de sus particulares formas de comprender y dotar de sentido su realidad.”

despotismo para controle dos “bárbaros” como defende Mills, ou seja, os fins da maioria justificam submeter às minorias a uma condição de coisa e não de sujeitos com dignidade.

Percebe-se a origem kantiana na liberdade jurídica prevista no artigo 5.º, II da Constituição Federal ao dispor que, na ausência de normas jurídicas, a pessoa é livre para seguir suas normas morais. Ou seja, a autonomia, antes de ser uma necessidade jurídica, é uma necessidade moral de bem viver de acordo com padrões morais diversos em uma sociedade culturalmente plural.

Porém, o mecanismo de autoproteção da sociedade opera justamente para cercear comportamentos moralmente indesejados, pois, é um mecanismo voltado para a manutenção das estruturas sociais majoritárias e, desse modo, produz consequências jurídicas negativas para aqueles que reivindicam direitos fundamentados em padrões comportamentais heterogêneos ou minoritários, os quais desafiam estruturas clássicas ocidentais, aqui herdadas como fruto do colonialismo.

Se autonomia é insujeição, não se pode ter a inocência de que a autonomia jurídica virá sem a devida liberdade moral, sendo indiferente a adoção de novas terminologias mais adequadas ao atual momento constitucional, como autonomia existencial ou autodeterminação, se não se acompanhar de práticas decoloniais de desconstrução do poder de dominação.

O poder jurídico da autonomia não produz efeitos se a sociedade se protege moralmente de autonomies fundadas em culturas moralmente indesejadas ou inferiorizadas como a dos povos indígenas, posto que a autoproteção moral leva ao não rompimento ou indiferença com as estruturas estatais e sociais que desde sempre impedem a autodeterminação dos povos indígenas.

Como coexistir se a sociedade busca se autoprotger? Se autoproteção é uma estrutura do poder de dominação da sociedade envolvente contra os povos indígenas, esta é em si, a uma estrutura colonial de poder que precisa ser superada para que os povos indígenas

possam reivindicar sua autodeterminação jurídica e, nela, agir de acordo com suas normas morais decorrentes de sua cultura.

1.4. AUTONOMIA, MORAL E AUTOPROTEÇÃO DA SOCIEDADE

Os indígenas são particulares que, mesmo com todo o escrutínio sobre suas vidas e terras, são sujeitos de autonomia privada, na qual podem reivindicar e dar a si, individual e coletivamente, um ordenamento jurídico conforme suas normas morais decorrentes de sua cultura distinta da dominante.

A questão que se põe é que “dar um ordenamento jurídico próprio” a uma comunidade culturalmente distinta invariavelmente esbarra em juízos discriminatórios, em especial dado o passado de dominação dos povos indígenas.

Não é desarrazoado esperar que as relações de poder moral e jurídico não serão facilmente rompidas, uma vez que do poder não se abre mão facilmente, ainda mais quando dar poder aos indígenas significa que diversas estruturas sociais devem ser derrubadas, entre elas as estruturas morais sobre como existir.

Ainda que a sociedade ocidental – e seu direito – de forma inocente ou como artifício, levantem a tese de que o indivíduo se desenvolve apartado da sociedade, o poder moral que a sociedade impõe aos seus indivíduos molda todos os seus membros desde o nascimento até a morte. Não há instância ou âmbito na vida que a sociedade não se permita impor um padrão homogêneo, a incluir, inclusive, os âmbitos mais profundos da vida privada, como a liberdade de crença ou afetiva.

A sociedade ocidental tem a autonomia como princípio fundamental e positiva em suas normas jurídicas, como herança das revoluções oitocentistas, o direito do homem de ser livre. Contudo, o que não se fala, e até se esconde, é como a sociedade se estrutura para invalidar um dos fundamentos de uma sociedade dita livre – a autonomia.

Comunidades e indivíduos que reivindicam um modo de ser e agir distinto do dominante esbarram na autoproteção moral da sociedade. Mas por que isso ocorre? Porque se trata de uma relação advinda do poder de moldar os indivíduos (do qual a sociedade não abre mão) e porque a renúncia a tal poder teria por consequência também uma admissão de que o diferente é tão válido moralmente quanto o padrão.

Não há problemas sociais se da autonomia surge homogeneidade, o problema está quando da autonomia surgem padrões heterogêneos. O domínio moral leva invariavelmente a uma autonomia que não desafia estruturas sociais diante da conformidade. A autonomia, seria, portanto, não um direito de se autodeterminar, mas um dever de seguir manuais de condutas morais.

Veja-se o exemplo da liberdade de crença ao longo da história envolvendo as religiões de matriz africana, as quais, apesar de o Estado laico estar garantido desde 1890, por meio do Decreto n. 119-A, o qual proibia intervenção estatal e consagrava a liberdade de cultos, nunca se alcançou moralmente a validade social de outras crenças que não a do colonizador e, como consequência, o jurídico não produziu igualdade diante da autoproteção da sociedade:

Se no discurso e na legislação se propagava uma escola laica, o que se notava de fato era a exclusividade, desde os tempos da colonização, da religião oriunda do “ocidente”, isto é, dos “povos brancos”. Era essa a imposta como o centro e medida, para todas as demais religiões e o contexto escolar não se configurava como exceção a regra. A religião do branco teria que ser a verdade, única, que deveria ser tomada, abraçada, e seguida como absoluta e universal para todos os povos. Mais uma vez, deveria imperar não só a religião do branco, como também seu modo de crer e celebrar sua crença, ou seja, sua visão de mundo, em detrimento de todas as demais religiões e

demais cosmovisões e teogonias dos diferentes povos no mundo.⁷⁸

Como tal, o domínio moral que decorre da autoproteção da sociedade é um domínio político, pois molda não apenas os indivíduos, mas também o Direito, ao não permitir o amparo a uma autonomia que desague em padrões heterogêneos. Ou seja, não admitirá a sociedade envolvente que a cultura dos indígenas seja tão moralmente válida quanto a dominante e que as condutas que dela decorrem são igualmente válidas, como seus métodos de cura, suas crenças e suas disposições corporais.

Da admissão surge um dever de respeito e não uma mera tolerância. Respeitar significa igualdade moral – o que, segundo visto anteriormente em Habermas, seria um patamar equiprimordiais entre um particular que se deu um ordenamento jurídico e as esferas públicas ou perante os demais indivíduos.

Tolerar, por sua vez, significa ser indiferente, o que, como tratado, permite que o diferente, mas majoritário, invoque que a sua diferença seja não só o direito a ser amparado juridicamente, mas o padrão moral, enquanto o diferente, porém, minoritário, seja autônomo desde que não ouse desafiar as estruturas sociais.

Todavia, como também analisado, a autonomia privada passou a ser tratada juridicamente não apenas como uma autorregulação negocial, mas uma autodeterminação existencial, um “poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não”.⁷⁹

78 SANTOS, Magnaldo Oliveira dos. Candomblé: lei 10.639/03, educação, memória, história e preconceito, **Revista Brasileira de História das Religiões**, v. III, n.9, jan/2011, p. 06, Maringá. Disponível em <<http://www.dhi.uem.br/gtrelegiao/pub.html>>. Acesso 21 de julho de 2022.

79 RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, p. 126, jul./set. 2004. [on-line]. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em 26 de abril de 2021.

Sendo ontológica, a esfera de autodeterminação da autonomia privada refere-se aos modos de ser e, assim, vem antes de outras liberdades que dela decorrem e tem por base um sujeito singular, particularmente considerado e não um sujeito genérico e universalmente indistinto. Isto porque o poder é juridicamente reconhecido, mas, para ser socialmente útil ao sujeito ou comunidade, suas singularidades morais devem ser a base das consequências jurídicas do poder de autonomia.

Usualmente, os conceitos de moralidade na literatura jurídica partem de questões de separação entre os âmbitos morais e jurídicos, a fim de uma pretensa separação entre a moral e o direito, especificamente quando considerada a coercibilidade das normas jurídicas como principal distinção. Porém, além de não serem âmbitos separados, “Direito e Moral são instrumentos de controle social que não se excluem, antes se completam e mutuamente se influenciam”.⁸⁰

Não se separando a moral do direito, a não ser no mundo das distinções acadêmicas sobre o objeto de estudo, também não se separa a moral dos institutos jurídicos, em especial a autonomia, pois, a levar-se em conta como se constitui a autonomia, um poder jurídico de se reger conforme suas leis morais, esta seria seu principal conteúdo: normas morais do indivíduo conducentes aos seus particulares modos de viver, dado que, pelo menos em tese, a heteronomia ou normas jurídicas externas seriam excepcionais no âmbito privado.

Ainda que nos manuais introdutórios de direito se pense a moral em uma relação de completude e mútua influência entre as duas modalidades de normas de controle social, não se considera que a relação não é neutra porque parte de uma moral específica, bem como se desconsidera que tal situação configura um efetivo um controle social de minorias, a impedir que se autodeterminem fora dos padrões.

A noção de moral não se refere apenas a normas de controle social, mas também se refere a virtudes humanas, boas condutas

80 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 35.

ou bons costumes. Ou seja, “moralidade envolve o “bem viver”, em seu sentido de vida justa e proba no mundo da vida”.⁸¹ Assim, ao se compreender que autonomia é reger-se por leis morais, compreende-se que se trata de normas internas do indivíduo que o conduzem a uma vida boa.

Por outro lado, posições morais ou juízo morais são posições subjetivas, as quais, além de partilhadas por uma maioria, são discriminatórias e vertem para a invalidação da autonomia de indivíduos, grupos ou comunidades que não compartilham as mesmas normas morais. Como explica Ronald Dworkin:⁸²

[...] também usamos alguns desses termos, particularmente “posição moral” e “convicção moral”, em um sentido discriminatório, para contrastar as posições que descrevem com preconceitos, racionalizações, questões de aversão ou gosto pessoal, posições arbitrárias, e similares. (Tradução livre).⁸³

Não se pode ignorar em relação aos povos indígenas que os juízos que a sociedade faz de seus modos de ser e agir não partem de uma neutralidade moral, mas de um código moral etnocêntrico ocidental, no qual, segundo Paul W. Taylor:⁸⁴

A verdade das convicções morais de uma pessoa será relativa ao código moral do que pode ser chamado de

81 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de; OLIVEIRA, Luís R. Cardos de. **Ensaios Antropológicos sobre moral e ética**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996. P. 60.

82 DWORKIN, Ronald M. Lord Devlin and the Enforcement of Moral. **Faculty Scholarship Series**, paper 3611, p. 994, 1966. [on line]. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3611>. Acesso em 10 de julho de 2022.

83 No original: “[...] we also use some of these terms, particularly “moral position” and “moral conviction,” in a discriminatory sense, to contrast the positions they describe with prejudices, rationalizations, matters of personal aversion or taste, arbitrary stands, and the like.”

84 TAYLOR, Paul W. The ethnocentric fallacy, **The Monist**, Vol. 47, No. 4, Ethics and Anthropology, 1963, p. 570. [on line]. Disponível em <<https://www.jstor.org/stable/27901527>>. Acesso em 2 de agosto de 2022.

“sociedade ocidental liberal” – a sociedade que adotou um código moral que incorpora princípios de justiça, imparcialidade e fraternidade que se estendem a todos os seres humanos.⁸⁵ (Tradução livre).

A sociedade pode até reconhecer que há outros códigos morais, mas ignora que a moral ocidental moldou as virtudes, crenças e os modos de bem viver do mundo pela colonização e pelo caráter universal que foi dado ao código moral das sociedades ocidentais.

Como tal específico código moral moldou e continua a moldar o direito, as posições e juízos morais herdados do colonizador continuam a adentrar o mundo jurídico, seja porque se legislou com base na moral majoritária da sociedade ou não se legisla em favor de outros padrões morais, e, até mesmo, se nega a afirmação de um direito com base em posições morais ocidentais, pois se assume que o “código moral da sociedade liberal ocidental é a única genuína moralidade”.⁸⁶ (Tradução livre).

Ao se assumir que o código moral de sociedades ocidentais liberais não é a única fonte de genuína moral, que outras condutas morais levam ao bem viver, encontra-se o fundamento da autonomia privada, sendo que tal “liberdade autodeterminante tem sido uma ideia de enorme poder na nossa vida política.”⁸⁷ Mas que poder? O poder de não se sujeitar moralmente a outros, ou seja, de não se conformar a projetos de vidas externas, de ser autêntico.

Não se pensa na autonomia dos povos indígenas sem tal poder que se traduz em uma liberdade autodeterminante. Sem que tenham controle e liberdade sobre seus significados morais, oriundos de sua

85 No original: “The truth of a person’s moral convictions will be relative to the moral code of what might be dubbed “liberal Western society” - the society which has adopted a moral code embodying principles of justice, impartiality, and brotherhood extending to all human beings.”

86 TAYLOR, Paul W. The ethnocentric fallacy, **The Monist**, Vol. 47, No. 4, Ethics and Anthropology, 1963, p. 570. [on line]. Disponível em <<https://www.jstor.org/stable/27901527>>. Acesso em 2 de agosto de 2022. No original: “the moral code of liberal Western society is the only genuine morality”.

87 TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. São Paulo: É Realizações. P. 38.

cultura distinta, a autonomia para os povos indígenas nada mais será do que um direito de ser e viver de acordo com os padrões morais da sociedade envolvente, de ser moralmente controlado por ela como um projeto de apagamento de suas identidades sem solução de continuidade desde a colonização.

Se com a Constituição Federal se rompeu com o controle jurídico e se deu autonomia aos povos indígenas, o próximo passo é romper com o padrão colonial de controle moral dos seus modos de ser. De acordo com Charles Taylor:

Há certo modo de ser humano que é o *meu* modo. Sou convocado a viver deste modo, e não imitando o de outro alguém. Mas isso confere uma nova importância a ser verdadeiro para si mesmo. Se não sou, eu perco o propósito de minha vida, perco o que é ser humano para *mim*.⁸⁸

O problema é que os indígenas, diferentemente do considerado por Taylor, vivem modos de ser humano por imposição com o apagamento de suas identidades, sem que seus significados morais relacionados aos seus propósitos de vida sejam respeitados.

Assim, é indispensável compreender como a sociedade opera seus mecanismos de autoproteção moral, de modo a invalidar a autonomia daqueles que buscam se autodeterminar com base em uma autenticidade distinta, em especial quando moralmente discriminada pela maioria, posto que não há verdadeira autonomia sem que outros códigos morais, e não apenas o ocidental, possam conduzir a uma vida digna aqui entendida como bem viver.

88 TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. São Paulo: É Realizações. p. 38.

1.4.1. O CASO DO RELATÓRIO “WOLFENDEN” E A REGULAÇÃO ESTATAL DE CONDUTAS PRIVADAS: O DIFERENTE REGULADO E PROIBIDO DE SER E AGIR

Um dos casos paradigmáticos na sociedade ocidental sobre autoproteção moral da sociedade ocorreu no Reino Unido na década de 50 e 60 e ficou conhecido como o relatório “Wolfenden”, em decorrência do presidente do Comitê criado para tratar de crimes envolvendo homossexualidade e prostituição, John Wolfenden. Tal Comitê, denominado Comitê sobre Crimes Homossexuais e Prostituição foi criado em 1954 para considerar:⁸⁹

- a) a lei e práticas relacionadas a crimes homossexuais e o tratamento de pessoas condenadas por tais crimes pelas cortes; e
- b) a lei e práticas relacionadas a crimes contra a lei criminal em conexão com prostituição e solicitação para propósitos imorais, e para relatar que mudanças, caso existam, são desejáveis em nossa opinião. (Tradução livre).⁹⁰

A partir deste relatório, houve um grande debate na literatura jurídica sobre lei e moral, especialmente sobre a lei regular comportamentos que a maioria da sociedade considera moralmente reprováveis e a liberdade na vida privada.

Deste modo, o debate provocado neste caso será paradigma para o presente estudo de modo a demonstrar como se opera o mecanismo de autoproteção moral da sociedade, ou seja, como a sociedade parte

89 REPORT OF THE COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION. 1962, p. 7.

90 No original: “(a) the law and practice relating to homosexual offences and the treatment of persons convicted of such offences by the courts; and (b) the law and practice relating to offences against the criminal law in connection with prostitution and solicitation for immoral purposes, and to report what changes, if any, are in our opinion desirable.”

de juízos morais da maioria para, juridicamente, negar liberdade aos que possuem um código moral de vida distinto e não propriamente se ocupará dos resultados do relatório.

O termo autoproteção moral significa não só juízos discriminatórios, mas como esses juízos adentram o ordenamento jurídico para regular a vida privada, em especial o autogoverno da pessoa e seus atributos físicos e morais, o que no debate da literatura jurídica anglófona se denomina de “enforcement of morals”, ou execução da moral.

Executar a moral quer dizer que um determinado padrão de ser ou agir é amparado juridicamente e aqueles que não se adaptam a ele são regulados para proibir ou limitar. Mas não se pode aqui entender que o amparo jurídico da moral é algo neutro, pois trata-se especificamente de se amparar o código moral ocidental em detrimento de outras culturas ou comportamentos heterogêneos, o que ganha especial relevância em um mundo colonizado pelo ocidente, no qual povos originários de terras colonizadas sofreram e sofrem com a afirmação de suas identidades e vidas em razão de um manual civilizatório que lhes foi e ainda é imposto.

Muito do debate jurídico que se seguiu ocorreu em razão da palestra proferida por Patrick Devlin, em 1959, intitulada “the enforcement of morals”. Nela, o autor trata dos resultados do citado Comitê e seu relatório e questiona:⁹¹

1. A sociedade tem o direito de julgar qualquer questão de moral? Em outras palavras, deveria haver uma moralidade pública, ou a moral é sempre uma questão de julgamento privado?
2. Se a sociedade tem o direito de julgar, ela também tem o direito de usar a arma da lei para aplicá-la? (Tradução livre).⁹²

91 DEVLIN, Patrick Baron. **The enforcement of morals**. 1975, p. 08

92 No original: “1. Has society the right to pass judgement at all on matters of morals? Ought there, in other words, to be a public morality, or are morals always a matter for private judgement?”

O primeiro questionamento é de fácil solução. Não há como impedir a sociedade de ter juízos morais, até porque não há dúvidas de que a moral também se constitui como uma norma de controle social. É claro também que a moral não é só uma questão de juízos privados, porém, não é porque uma maioria detém um determinado juízo moral que se trata de uma moral pública.

Observe-se a liberdade de crença. Um determinado país pode ter uma maioria de determinada religião, e, assim, os juízos morais daquela sociedade são oriundos do credo religioso dominante, isto quer dizer que de um juízo moral das vidas privadas (religião é matéria de ordem privada) a sociedade deva considerá-los como socialmente importantes ao ponto de se usar as “armas” do Direito para executá-los?

Os valores morais da vida privada de uma maioria constituem interesse público ao ponto de adentrar o direito e serem coercitivos? Mesmo que haja interesse público em debater questões morais, o interesse público se confunde com interesses privados de uma maioria? Uma das conclusões do Relatório é que [...] *não é, a nosso ver, função da lei intervir na vida privada dos cidadãos, ou buscar impor qualquer padrão particular de comportamento [...].* (Tradução livre).⁹³

Esse é um ponto importante porque a vida privada é o espaço onde se exerce autonomia. É neste espaço onde a sociedade e seus instrumentos de controle são excluídos para dar espaço ao autogoverno individual. Todavia, não se gera conflitos com a sociedade para quem segue o padrão moral da vida privada da maioria.

A lógica do presente debate tem por base as minorias que reivindicam comportamentos heterogêneos e não por acaso se tem como paradigma um Comitê criado para tratar da descriminalização da homossexualidade e da prostituição.

2. If society has the right to pass judgement, has it also the right to use the weapon of the law to enforce it?”.

93 REPORT OF THE COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION. Londres: Her Majesty Stationary Office, 1962. P. 10. No original: “[...] *is not, in our view, the function of the law to intervene in the private lives of citizens, or to seek to enforce any particular pattern of behaviour [...].*”

O segundo questionamento de Devlin parte de um falso pressuposto. Não é porque a sociedade não está impedida de debater assuntos relacionados à moral que o direito pode ser usado como instrumento para ampará-los. Primeiro porque, como exposto, juízos privados, mesmo de uma maioria, não constituem de forma inata interesse público. Em segundo lugar, porque quando se lida com juízos morais de uma maioria sobre comportamentos de uma minoria, parte-se de juízos discriminatórios.

A lei não pode dar amparo à discriminação, ainda que seja compartilhada por uma maioria populacional. Como poderia a lei se justificar em posições morais discriminatórias para regular determinado comportamento da vida privada? Não poderia, pois, o Estado de Direito em uma democracia não significa legislar o consenso. Como defende Dworkin:⁹⁴

[...] os princípios da democracia que seguimos não exigem a imposição do consenso, pois a crença de que preconceitos, aversões pessoais e racionalizações não justificam a restrição da liberdade alheia ocupa uma posição crítica e fundamental em nossa moral popular.⁹⁵ (Tradução livre).

A considerar Dworkin, o que se entende por juízos morais de uma maioria sobre comportamentos heterogêneos reivindicados por uma minoria, nada mais são do que justificativas de preconceitos, aversões pessoais e racionalização que buscam restringir a liberdade alheia. Pelo contrário, e essa é uma questão que H. L. A. Hart⁹⁶ bem

94 DWORKIN, Ronald M. Lord Devlin and the Enforcement of Moral. **Faculty Scholarship Series**, paper 3611, p. 1001, 1966. [on line]. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3611>. Acesso em 10 de julho de 2022.

95 No original: “[...] the principles of democracy we follow do not call for the enforcement of the consensus, for the belief that prejudices, personal aversions and rationalizations do not justify restricting another’s freedom itself occupies a critical and fundamental position in our popular morality.”

96 HART. H. L. A. **Law, liberty and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1963. P. 17.

define: *se a imposição da moral é moralmente justificada.*⁹⁷ (Tradução livre).

Não é sequer moralmente justificável que juízos discriminatórios de uma maioria possam ter por consequência jurídica a invalidação da autonomia baseada em outras posições morais minoritárias. A considerar o que defende Dworkin, é justamente o contrário. O que moralmente se justifica é que os princípios democráticos não coadunam com legislar um consenso, o qual sequer muitas vezes é consenso, mas uma posição majoritária.

Um ponto também importante de destacar é que a sociedade não possui um “direito” de usar o Direito como instrumento para o amparo de juízos morais. Direito, como exposto na questão posta por Devlin, significaria um direito subjetivo, ou seja, um poder de exigir que o ordenamento jurídico seja usado para impor os padrões morais majoritários.

Ainda que a produção do Direito seja a partir do que a sociedade entenda por certo, moralmente justificado, não há um direito da maioria de usá-lo como instrumento de conformidade moral. Como explica Hart:⁹⁸

Ao fazê-lo, estamos comprometidos pelo menos com o princípio crítico geral de que o uso de coerção legal por qualquer sociedade exige justificação como algo *prima facie* censurável para ser tolerado apenas em prol de algum bem em compensação.⁹⁹ (Tradução livre).

Porém, e aqui voltando aos povos indígenas, o que é bom, certo, justificável e, portanto, amparado juridicamente, são os

97 No original: “whether the enforcement of morality is morally justified.”

98 HART. H. I. A. **Law, liberty and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1963. P. 17.

99 No original: “In asking it we are committed at least to the general critical principle that the use of legal coercion by any society calls for justification as something *prima facie* objectionable to be tolerated only for the sake of some countervailing good.”

comportamentos de acordo com os padrões morais da sociedade envolvente e os princípios nos quais se fundamentam a tolerância também partem desta moral específica e não de uma pluralidade de códigos morais.

Todos os aspectos da vida em sociedades colonizadas são moldados por uma moral específica e, não seria diferente que os critérios de tolerância moral também partiriam desta moldura específica. Não é absurdo afirmar que a partir desta moldura específica, a ocidental, ter autonomia jurídica, mas sujeição moral, seria uma forma contemporânea de colonialismo.

Ainda que Hart tenha um posicionamento crítico, não se muda o fato de que não é sempre que objeções morais partam de algo censurável. A maioria pode e invoca a autoproteção moral contra o diferente, não necessariamente reprovável, apenas em desacordo com aquilo que se espera de pessoas inseridas em sociedades ocidentais, colonizadoras ou colonizadas, no que concerne à vida privada, família, sexualidade, crença, corpo, entre outros valores.

Aliás, os argumentos de Devlin são bastante esclarecedores de como se auto protege moralmente a sociedade ocidental. Devlin afirma que *a maioria das pessoas concordaria com o principal desses princípios elásticos. Deve haver tolerância do máximo de liberdade individual que seja consistente com a integridade da sociedade.*¹⁰⁰ (Tradução livre).

A afirmação de um princípio moral como prescrito realmente aparenta libertador do diferente: “deve haver tolerância do máximo de liberdade individual que seja consistente com a integridade da sociedade”, porém, mesmo que as sociedades ocidentais adotem tal princípio, isso não as impede de regular ou proibir o diferente e amparar as condutas morais hegemônicas.

Por mais que tolerância seja um princípio em prol da liberdade individual, não se abandona o etnocentrismo, posto que as

100 DEVLIN, Patrick Baron. **The enforcement of morals**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1975. P. 16. No original: “most people would agree upon the chief of these elastic principles. There must be toleration of the maximum individual freedom that is consistent with the integrity of society.”

justificativas dadas para tolerar outras condutas morais, outros modos de ser, partem da validação do código moral ocidental. A considerar Paul Taylor,¹⁰¹ a

[...] justificativa deve realizar o trabalho que lhe foi designado com sucesso, deve ser “absolutista”, não “relativista”. Deve ser capaz de fornecer boas razões para aceitar ou rejeitar um código moral inteiro sem pressupor a aceitação tácita de outro código moral. Isto é, a “bondade” (saúde, validade) de uma razão não deve depender dos padrões ou regras morais particulares de qualquer comunidade. Pois, se o fizesse, a falácia etnocêntrica ainda dominaria todo o procedimento de justificação.¹⁰² (Tradução livre).

Logo, não se abandona o etnocentrismo, pois os códigos morais dos povos indígenas estão sujeitos à validação do código moral da sociedade envolvente, do qual decorre seu ordenamento jurídico. É dizer, podem seguir seus valores morais desde que não conflitem com o ocidental ou, para não haver conflito, que sigam o manual civilizatório.

Por outro lado, além da falácia etnocêntrica, o máximo de liberdade individual que seja consistente com a integridade da sociedade também é uma falácia em si, pois, omitem-se as qualificações de “ocidental e cristã” da integridade de sociedade e todos seus valores em relação à família, sexualidade, corpo, crenças, entre outros valores morais. Não há neutralidade quando se fala em integridade da

101 TAYLOR, Paul W. The ethnocentric fallacy, **The Monist**, Vol. 47, No. 4, Ethics and Anthropology, 1963, p. 579. [on line]. Disponível em <<https://www.jstor.org/stable/27901527>>. Acesso em 2 de agosto de 2022.

102 No original: “[...] justification is to perform its assigned job successfully, it must be “absolutistic”, not “relativistic”. It must be able to yield good reasons for accepting or rejecting an entire moral code without presupposing the tacit acceptance of another moral code. That is, the “goodness” (soundness, validity) of a reason must not depend on the particular moral standards or rules of any given community. For if it did the ethnocentric fallacy would still hold sway over the whole justificatory procedure.”

sociedade e das liberdades que não abalem suas estruturas. O temor, como bem expõe Devlin, é: “O Estado que se recusa a fazer valer as crenças cristãs perdeu o direito de fazer valer a moral cristã” (tradução livre).¹⁰³

Ou seja, a integridade que se fala não é neutra, nem genérica, e sim a que se fundamenta na moral cristã. Com o Estado laico introduzido em documentos constitucionais das democracias ocidentais, a luta pela manutenção da moral cristã não saiu do campo estatal-jurídico, apenas o modo como o Estado ainda a executa por meio de seus manuais civilizatórios cristãos é que mudou.

Se um dia o Estado expressamente, com base em leis que abertamente positivavam o cristianismo e sua moral, invalidava as liberdades daqueles que reivindicavam o direito de se autodeterminar com base em padrões morais minoritários e não cristãos, contemporaneamente o Estado continua a fazer, porém, hoje por meio da autoproteção moral.

Não se alcançou com o Estado laico a recusa estatal de amparar a moral cristã. O interesse privado da maioria cristã ainda pauta o direito por meio da autoproteção da sociedade e, com isso, exerce-se poder sobre as minorias ao pautar o conteúdo moral da autonomia de minorias como os povos indígenas.

O Direito também não é neutro, em um país onde a Constituição ampara todos os modos de criar, fazer e viver, juridicamente pode-se afirmar que todos os códigos morais são a ele relevantes, porém, o que muda são as consequências da relevância jurídica.

Enquanto a moral ocidental e cristã é pensada como relevante juridicamente para amparar as condutas nela fundadas, as demais são juridicamente relevantes para regular ou proibir, ao gosto da maioria herdado dos colonizadores, como é o caso do Brasil.

A autoproteção moral, como defendido, não precisa necessariamente influenciar a atividade legislativa para que o

103 DEVLIN, Patrick Baron. **The enforcement of morals**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1975. P. 05. No original: “A State which refuses to enforce Christian beliefs has lost the right to enforce Christian morals.”

Estado use dos mecanismos jurídicos para executar juízos morais discriminatórios. Não amparar também é proibir, pois ao não se amparar a autonomia dos povos indígenas de acordo com seus valores morais distintos, é o mesmo que dizer que somente serão autônomos enquanto sigam o manual civilizatório do código moral ocidental.

Por exemplo, ao ser afirmado que “Enquanto eu for presidente não tem demarcação de terra indígena”¹⁰⁴ não se está “apenas” negando um direito à terra tradicionalmente ocupada. A consequência é que, a partir de um juízo moral discriminatório de que os indígenas “Estão acabando com o Brasil”,¹⁰⁵ um julgamento moral partilhado pela maioria da sociedade brasileira, nega-se o espaço privado onde os indígenas exercem sua autonomia, tendo por consequência a negação de sua reprodução física e cultural.

Trata-se de um exemplo da autoproteção moral, em que um agente público declara um juízo moral discriminatório contra os povos indígenas e seus modos de vidas em terras originalmente suas, o qual vai adentrar o ordenamento jurídico por meio da negativa de um direito. É o Estado dando amparo à herança do colonialismo e sua moral cristã contra os bárbaros nativos, os quais desde os tempos da colonização são julgados como um impedimento à civilização ocidental.

Outro ponto de destaque é que o não reconhecimento de direitos distintos dos povos indígenas é intencional. Ao se afirmar que a autoproteção moral adentra o ordenamento jurídico pelo não amparo de um direito com base em um juízo moral discriminatório, não se quer aqui afirmar que o preconceito e racismo contra os povos

104 VERDÉLIO, Andria. Bolsonaro diz que não fará demarcação de terras indígenas. **EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO**, Brasília, 16 de agosto de 2019. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-08/bolsonaro-diz-que-nao-fara-demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

105 VERDÉLIO, Andria. Bolsonaro diz que não fará demarcação de terras indígenas. **EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO**, Brasília, 16 de agosto de 2019. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-08/bolsonaro-diz-que-nao-fara-demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

indígenas, por ser estrutural, não seja intencional e expresso. É o que Roberto Cardoso de Oliveira denomina de ferimento moral:

O desprezo e o desrespeito são desses fatos que se configuram como nítidos “ferimentos morais”. E as pessoas envolvidas em situações assim configuradas sempre poderão discernir daquilo que poderia ser um simples acidente, como uma coerção não exercida para ferir, do que seria uma agressão intencionada, percebida esta última como uma verdadeira ofensa moral e, por conseguinte, como uma negação de reconhecimento.¹⁰⁶

O não reconhecimento de direitos dos povos indígenas é um mecanismo intencional de autoproteção moral da sociedade envolvente, o qual se origina de juízos discriminatórios ou ferimentos morais, com consequências para sua autonomia, que fica esvaziada sem seus espaços privados de reprodução física e cultural e sem seus padrões morais decorrentes de suas culturas.

Sendo, portanto, os indígenas titulares de uma autonomia sem conteúdo moral ou vazia, cabe às estruturas de poder da sociedade envolvente preenchê-la com o código moral ocidental.

O contexto social é propício: um Estado que ampara a diversidade cultura e costumes, usos e tradições dos povos indígenas, mas moralmente estruturado a manter as bases do que a maioria da sociedade considera uma sociedade íntegra – um código moral específico e indispensável às suas estruturas de poder – sem as quais, perde o Estado o “direito” de fazer valer a moral cristã, força propulsora da civilização ocidental.

Da mesma forma que não há autonomia existencial em um modelo voltado para a autorregulação negocial, também não

106 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral**, Revista ANTHROPOLÓGICAS, ano 9, volume 16(2), p. 16, (2005). [on line]. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaanthropologicas/article/view/23631>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

haverá autonomia existencial sem liberdade moral. Ao se permitir o rompimento do poder da sociedade de impor seu código moral majoritário pelo contrapoder dos povos indígenas de não se sujeitar moralmente à sociedade envolvente, constitui-se em seu favor uma liberdade autodeterminante e se confere “força moral à cultura da autenticidade”,¹⁰⁷ em contraposição ao passado de apagamento de identidades.

1.4.2. A LIBERDADE MORAL COMO CONTEÚDO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DOS POVOS INDÍGENAS

O Direito é um dos principais instrumentos de autoproteção da sociedade porque a ele é dada a coercibilidade, o que permite que a sociedade faça uso de suas estruturas a fim de forçar comportamentos desejáveis por diversos meios, entre eles a negativa de direitos a comportamentos indesejáveis, decorrente de juízos morais majoritários.

Ainda que não reprováveis, a autoproteção desconsidera qualquer outro código moral que leve a comportamentos heterogêneos pelo temor de se abalar as estruturas de um Estado que um dia foi oficialmente cristão, mas que assim se mantém mesmo na laicidade por força majoritária e discriminatória.

Entre os paradigmas aqui estudados, há o caso da etnia Tukano, no qual, em um hospital público no Amazonas, negou-se reconhecer o direito dos indígenas a um tratamento que respeitasse suas especificidades culturais ao não permitir a entrada do pajé para tratamento médico da indígena picada por cobra, ou seja, não se permitiu que o corpo da indígena recebesse tratamento conforme a cultura Tukano, bem como tentou-se forçar um procedimento de amputação mesmo diante da negativa da família com base em sua cultura distinta.

107 TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. São Paulo: É Realizações, 2011. P. 39.

Em relação ao caso da pesquisa de material biológico com os Yanomamis, ao omitir-se (intencional ou não) informação sobre a coleta de substâncias corporais dos indígenas, negou-se a autodeterminação a que têm direito, pois a omissão induziu-lhes a tomar uma decisão de permitir uma conduta em seu corpo que não permitiriam caso todas as informações fossem repassadas:

Deve-se considerar que a omissão de dados fundamentais sobre a natureza da pesquisa ganha maior gravidade quando se sabe que tal população, na sua cosmogonia particular, não admite que vestígios corporais de seus mortos sejam conservados. Para a cultura yanomami, o corpo ocupa lugar central e faz parte de seu ritual funerário a cremação e destruição de qualquer sinal corpóreo daqueles que já se foram. Nesse sentido, a conservação do sangue dos mortos é causa de profunda aflição e perturbação entre os yanomamis, pois a incompletude do rito tem implicações morais ao trazer danos à pessoa morta.¹⁰⁸

Como defendido, quem tolera o faz até certo ponto, ou seja, os indígenas têm como limite de sua autonomia a “integridade da sociedade” envolvente, dentro da premissa de que a sociedade tem o direito de se proteger de algo imoral, como por exemplo, uma conduta de uma cultura indígena que não admite amputação, mesmo com risco de vida, ou a aceita apenas como algo extremo e tem uma conduta diferente diante do processo natural da morte.

Não há como alegar ignorância quanto à cosmogonia particular dos Yanomami, a qual dá ao corpo de seus membros um lugar central na sociedade, bem como de seus modos de destruição dos sinais corpóreos na morte. O desrespeito ao código moral dos indígenas vem

108 OLIVEIRA, Gerciane Maria da Costa; MARTINS, Mayara Magalhães. O que o caso paradigmático do “sangue Yanomami” tem a dizer sobre o processo formativo do investigador social. **Revista EDaPECI**, v.17. n. 3, p. 127, set./dez. 2017, São Cristóvão (SE). Disponível em <<https://seer.ufs.br/index.php/edapeci/article/view/7099/pdf/>>. Acesso em 26 de abril de 2021.

da indiferença com as implicações morais e jurídicas da autonomia a que têm os indígenas de acordo com sua cultura.

E, no caso Tukano, seria especialmente imoral a conduta dos indígenas por envolver vida e corpo de uma criança, bem como seria absurdo dar amparo à reivindicação de tratamento médico por um pajé em igualdade com a medicina ocidental, o que implicaria validar social e juridicamente um tratamento de saúde tido como inferior e primitivo. Sendo assim, a sociedade envolvente poderia se proteger por meio da imposição de sua moral pelo Estado, dados os juízos morais de superioridade da medicina ocidental e de que os indígenas estariam desrespeitando o melhor interesse da criança.

O embate entre autoproteção moral da sociedade e liberdade moral dos povos indígenas exprime bem o fato de que a vida privada dos indígenas transita em suas sociedades e na sociedade envolvente. Entretanto, qual sociedade deve ser observada no direito que os indígenas têm de não se sujeitar moralmente e exercer sua autonomia conforme sua cultura? A envolvente ou a indígena? É aqui que entra a falácia etnocêntrica, pois ambas as respostas serão dadas a partir do código moral do ocidente: a moldura brasileira herdada do colonialismo.

Qualquer critério de liberdade moral – uma análise daquilo que é bom aos indígenas e suas sociedades deve partir da cultura indígena, A Constituição Federal validou o código moral decorrente das culturas indígenas ao reconhecer como patrimônio cultural brasileiro seus modos de criar, fazer e viver como *portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira* (*caput*, art. 216, CF).

Reconhecer constitucionalmente a diversidade cultural dos grupos formadores da sociedade brasileira significa também reconhecer a validade dos diversos códigos morais que delas decorrem e, não havendo discriminação entre tais grupos, não é lícito que os indígenas se sujeitem moralmente aos juízos discriminatórios do grupo que herdou e deseja manter as estruturas coloniais (*proibidas outras formas de discriminação*, art. 3.º, IV, CF).

A importância social dos códigos morais ocorre em cada comunidade e não em relação a outra, sob pena de se apagar identidades individuais e coletivas, já que, conforme Bauman:¹⁰⁹

A identidade pessoal confere significado ao <eu>. A identidade social garante esse sentido e, além disso, permite falar de <nós>, em que um <eu> que de outra forma seria precário e inseguro pode abrigar-se, descansar com segurança e até mesmo sacudir suas angústias.¹¹⁰

Precariedade e insegurança na afirmação da autonomia dos povos indígenas são justamente o resultado da inconstitucional não validação jurídica pelo Estado nacional da cultura e dos códigos morais dos quais decorrem a identidade pessoal e social dos povos indígenas. Contudo:

A onipotência do Estado tem limites. As normas constitucionais devem adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo de vida consagrado pela sociedade. O núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.¹¹¹

Porém, ainda que a onipotência estatal tenha limites, a autoproteção da sociedade, ao partir da moral, atua em um campo

109 BAUMAN, Zygmunt. **La cultura como praxis**. Barcelona: Paidós, 2002. P. 54.

110 No original: “La identidad *personal* confiere significado al <yo>. La identidad *social* garantiza ese significado y, además, permite hablar del <nosotros>, en el que se puede albergar, descansar a salvo e, incluso, sacudirse sus ansiedades un <yo> que, de otra manera, resultaría precario e inseguro.”

111 DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBT**. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 130.

muito maior do que o jurídico, estando seus limites muito mais distantes do que as limitações jurídicas estatais.

Como na literatura e na legislação civil é comum que ainda se use a moral como parâmetro para a análise da licitude do objeto do direito, alarga-se os limites das *invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão* por se permitir que juízos morais discriminatórios configurem também juízos jurídicos.

Jorge Morais Carvalho¹¹² defende que “é possível que princípios morais fundamentais também sejam princípios jurídicos fundamentais”, tendo por exemplo a sacralidade da vida nas sociedades de maioria cristã e o profundo reflexo desta moral religiosa no direito, em especial na defesa de que a vida é maior do que os outros direitos, que dela dependem.

Como exemplo, Antonio Chaves,¹¹³ ao tratar do direito à vida como um direito da personalidade, expõe que “não há como considerar, em primeiro lugar, o direito à vida, direito inato, fundamental, o mais essencial dos direitos, pois dele dependem, é óbvio, não apenas todos os demais, como o seu aproveitamento”.

A sociedade envolvente, portanto, não se acanha em reivindicar absolutismos morais, a exemplo do direito à vida, e não só não permite que outras sociedades também tenham seus absolutismos morais, mas que seus códigos morais de ser e de agir sejam relativizados pela prescrições morais eurocêntricas. Porém, se se trata de uma questão de autonomia entre sujeitos de comunidades culturalmente diversas, como os povos indígenas, as normas morais são do indivíduo inserido em sua sociedade distinta e não da sociedade nacional, pois, “não há uma fonte moral única, capaz de ser a matriz de valores que conduzam à vida boa.”¹¹⁴

112 CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, vol. 8, n. 3, p. 323, julho-setembro de 2016.

113 CHAVES, Antonio. Direitos da personalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. **Doutrinas essenciais: Direito Civil, parte geral**. Vol., 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 95.

114 STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. P. 165.

Ou seja, a liberdade moral como contrapoder deve ter sua relevância jurídica analisada sob a ótica da importância social e necessidade de autonomia a partir da cultura indígena e não do etnocentrismo ocidental. A partir de uma liberdade moral como conteúdo do poder jurídico da dimensão de autodeterminação da autonomia privada, a qual se projeta dentro do espaço da vida privada, é que a sociedade não poderá coagir o indivíduo com base na moral dominante e, assim, será possível uma *liberdade autodeterminante* de afirmação da diversidade humana de condutas morais dentro de uma cultura ou entre culturas distintas entre si.

A autonomia existencial se constitui não só como um direito de se autodeterminar, mas também como um autogoverno do corpo e da mente, pois é por meio de atributos da personalidade que a pessoa se individualiza, constituindo sua personalidade por seus atributos físicos e morais. Como a pessoa dispõe de suas características pessoais é uma expressão da sua singularidade, de como projetou o seu corpo e mente para a sua existência e daí que surge a autonomia existencial como um direito originado na necessidade humana de autogoverno.

Entretanto, sem liberdade moral, o autogoverno da pessoa sobre seus atributos corpóreos e incorpóreos nada mais será do que um direito de ser e agir dentro dos padrões morais dominantes, não se impedindo que, por vias heterônomas, o indivíduo tenha sua conduta regulada de modo a ser um meio para fins particulares travestidos de “interesse público”.

Nesse ponto, é importante destacar o conteúdo messiânico da moral ocidental, de que se trata de um código que reivindica uma superioridade ao ponto de conter a sabedoria do que é melhor para todos (caráter universal). Por outro lado, a insujeição em relação aos atributos existenciais significa que a sociedade não tem o direito de se autoprotger de uma forma messiânica, ou seja, a presunção é que cada um sabe o que é melhor para si.

O artigo 13¹¹⁵ do Código Civil, o qual trata do direito ao corpo, ainda mostra este conteúdo messiânico do Direito, de salvar o indivíduo de si próprio contra atos considerados “maus costumes”.

Anderson Schreiber ao criticar tal artigo, reflete que “bons costumes” é “ideia vaga e imprecisa, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas”.¹¹⁶ Por sua vez, Fabio Queiroz Pereira, Mariana Alves Lara e Daniel de Pádua Andrade entendem que:

[...] a expressão “bons costumes” não encontra um conceito claro e bem definido na legislação. A doutrina e a jurisprudência associam-na à moral, de modo que seu uso acaba por culminar na imposição de uma moral específica e, normalmente, conservadora, sobretudo no campo sexual e religioso. Todavia, a adoção pelo Estado de uma moral particular mostra-se incompatível com uma sociedade plural e com um Estado laico.¹¹⁷

Em especial no campo da moral é que tal ideia vaga e imprecisa abre espaço para que a prescrição moral ocidental – acerca de indivíduos e seus corpos feitos à imagem de uma divindade, sejam suficientes para negar qualquer reivindicação de controle e manipulação do corpo que não parta de sua sacralidade específica ou não reconheça a sacralidade do corpo.

Ou seja, além dos terrenos tecnológico e científico, o campo da moral é o principal em relação ao corpo dentro de uma sociedade que o sacraliza por meio de uma crença específica e, por isso, o termo

115 Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

116 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 34.

117 PEREIRA, Fábio Queiroz. LARA, Mariana Alves. ANDRADE, Daniel de Pádua. A Insustentabilidade da Cláusula Geral de Bons Costumes: Pluralismo e Laicidade da Sociedade Contemporânea. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 168, nov. 2019.

messiânico se dá em relação ao fato de que a sociedade tenta impor, via seus padrões morais, a salvação do corpo.

Ser livre para desenvolver e constituir sua personalidade ocorre em um Estado laico e plural, o que significa o amparo à diversidade de padrões morais do ser e agir humano. Porém, o modelo de autonomia, baseado na tensão entre autonomia e heteronomia, importa em um desinteresse da sociedade na vida privada apenas quando certos valores morais não são violados – um desinteresse interessado ao qual estão sujeitos os povos indígenas. De acordo com Roberto Cardoso de Oliveira:¹¹⁸

Poderíamos perguntar a essa altura, como se comportam esses grupos relativamente aos valores e suas culturas singulares diante de valores ditos nacionais, vocacionalmente hegemônicos, administrados pelo Estado? E claro que o que se verifica é uma grande tensão, sobretudo quando os valores em causa são de ordem moral. Poder-se-ia dizer que há aqui uma óbvia intersecção entre domínios: o da etnicidade com o domínio duplo da eticidade/moralidade.

A intersecção dos domínios da etnicidade com o domínio da eticidade/moralidade significa que não só os povos indígenas não estão sujeitos a outras ordens morais, mas que daí se originam também deveres éticos por parte dos não indígenas. Não é estranho ao direito privado que deveres éticos sejam interiorizados no ordenamento jurídico, a exemplo da boa-fé nos contratos como deveres éticos que limitam a conduta dos contratantes.

Contudo, na autonomia existencial os deveres éticos não surgem apenas como limitadores da conduta do particular. Aqui os deveres éticos surgem também como efeito jurídico da principal liberdade que

118 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de; OLIVEIRA, Luís R. Cardos de. **Ensaaios Antropológicos sobre moral e ética**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996. P. 59.

a autonomia existencial depende: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, da qual se originam deveres oponíveis contra todos de não interferir no controle e disposição dos atributos personalíssimos da pessoa.

Dos deveres éticos que a pessoa tem consigo mesma, de ser e se conduzir de acordo com o que é bom (moral) dentro de sua cultura, nasce o também dever ético de respeito por parte de todos, não como uma simples abstenção, mas principalmente contra a sujeição dos indivíduos a um código moral de conduta específico. Segundo Sarah Holtman:

A dignidade de cada pessoa se torna o direito de não ser tratado como sujeitoado, mas sempre como um cidadão possuidor de igual autoridade legisladora e devida igualdade legal. A autonomia de cada um se torna independência civil, o direito de ser tratado como capaz de exercer suas capacidades de julgamento e comprometimento que são integrantes de sermos cidadãos auto-determinados e legisladores, em oposição a alguém que é sujeito ou controlado de acordo com os julgamentos de outros.¹¹⁹

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto autogoverno existencial, não se sustenta em pessoas moralmente submissas. O direito de autogoverno do indivíduo pressupõe um dever de respeito por parte de todos, a incluir o dever da sociedade de se abster de impor juridicamente padrões morais majoritários.

Outro ponto importante a se destacar é que, não se sujeitar moralmente aos demais membros da sociedade, também significa não ter que dar justificativas de como o indivíduo dispõe de seus atributos físicos ou morais. Do contrário, a presunção estaria em favor da

119 HOLTMAN, Sarah. Autonomia e o reino dos fins. **Studia Kantiana**, v. 13, n. 19, p. 122, dezembro de 2015, tradução de Rafael Rodrigues Pereira. [on-line]. Disponível em: <<http://www.sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/223>>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

sociedade de que sabe o que é melhor para o indivíduo. Mariana Lara expõe que:

A pessoa que quer manipular seu corpo livremente não tem que provar que isso é bom ou possível. Em verdade, aquele que quer limitar a liberdade individual de alguém é que tem que demonstrar que esse exercício traz um dano sério à sociedade e aos demais e que esse dano é real e presente, e não futuro e especulativo.¹²⁰

Este ponto é especialmente importante para as sociedades indígenas, historicamente sem autogoverno e com apagamento de suas identidades, pois ainda que nos conflitos interétnicos tenham que apresentar justificativas dos seus modos de criar, fazer e viver, a sociedade não indígena também tem o dever de apresentar justificativas concretas para cercear a autonomia dos indígenas e não juízos discriminatórios.

A sociedade nacional não sabe o que é melhor para os povos indígenas, a Constituição Federal não hierarquiza os grupos formadores da sociedade e, portanto, a cultura e a moral dos indígenas não se submetem a outros que não a eles próprios. Assim, em relação ao direito ao corpo dos povos indígenas, sua afirmação não se constitui dos valores sacrais ou biológicos da sociedade dominante e estes não podem ser usados como critérios especulativos e preconceituosos. O que é relevante para a produção de efeitos jurídicos são as significações sociais do corpo e sua centralidade na sociedade indígena, a exemplo dos Kaxinawá:

É no corpo kaxinawá, um corpo definido por fatores externos a ele, que os processos sociais e sobrenaturais se misturam, sendo feitos por outros indivíduos em

120 LARA, Mariana. **O direito à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2014. P. 118.

um fluxo contínuo que envolve alimentação, restrições alimentares, aplicação de remédios, pintura corporal, batismos rituais e treinamento formal. [...] A forma e a natureza de um corpo é determinado, desde o início, por intervenções externas.¹²¹

Paratanto, em relação ao livre desenvolvimento da personalidade, ao se compreender as diversas falhas dos modelos estatais e privados de autonomia já tratados, o dever de respeito aos valores constitutivos da personalidade “envolve o dever de descoberta do comportamento normativamente adequado por parte do obrigado”,¹²² ou seja, um dever de diligência.

A oponibilidade contra todos não é um mero dever de abstenção ou de não interferência. A considerar o exposto por Capelo de Souza, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tomado em âmbito individual ou coletivo dos povos indígenas, significa um dever de diligência na descoberta da obrigação jurídica nascida como consequência dos modos de ser ou agir dos povos indígenas.

Tais obrigações não configuram apenas um dever de não fazer, mas também de fazer algo, como no caso dos Tukano, de permitir a entrada de um pajé e de providenciar um tratamento de saúde conforme as especificidades culturais da etnia, bem como de não tratar a medicina Tukano como inferior. No caso dos Yanomami, de tomar todas as medidas para repatriar o sangue retirado e, assim, permitir que ao corpo morto seja dada a devida destinação dentro de sua cultura.

Por todos os ângulos observados, a autoproteção moral contra os povos indígenas é, em si, ilícita, seja porque parte de uma

121 MCCALLUM, Cecilia. O corpo que sabe - da epistemologia Kaxinawá para uma antropologia médica das terras baixas sul-americanas. In: ALVES, Paulo César; RABELO, Miriam Cristiana. (orgs.). **Antropologia da saúde: traçando identidade e explorando fronteiras**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Relume Dumará, 1998. P. 221.

122 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. P. 422.

inconstitucional discriminação ou uma inconstitucional validação de seus códigos morais perante a sociedade nacional.

Do mesmo modo, ao se compreender a liberdade de desenvolver suas personalidades como decorrente de sua autonomia existencial, a autoproteção moral também é ilícita ao impor modos de ser e de agir que não os seus, violando os deveres decorrentes da oponibilidade contra todos que os indígenas têm sobre seus atributos corporais e morais, além da integridade cultural.

Desse modo, a liberdade moral é o conteúdo imprescindível da autonomia privada dos povos indígenas, pois, enquanto contrapoder, permite que à autoproteção moral da sociedade seja contraposto o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma liberdade essencial e geradora de deveres *normativamente adequados* por parte da sociedade nacional, ou seja, a expressão da sua autonomia gerando normas de direito positivo.

2. O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AFIRMAÇÃO DO DIREITO AO CORPO DOS POVOS INDÍGENAS COMO SINGULARIZAÇÃO DE UM SUJEITO COLETIVO

A defesa de uma autonomia existencial e sua liberdade fundamental foi necessária para se encontrar a fonte de direitos e deveres para o exercício do autogoverno dos atributos da pessoa, não mais apenas como uma autorregulação patrimonial, mas também uma autorregulação existencial.

Assim, pode-se afirmar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é o principal fundamento de uma autonomia que tutela a existência, a amparar a liberdade moral da pessoa de construir o seu “ser” por meio de seus atributos corporais e incorpóreos.

Não há normas de como ser, mas normas de agir. Isto quer dizer que o direito não tem como regular tais modos, mas apenas protegê-los, pois, o ordenamento jurídico ao proibir a discriminação (art. 3.º, IV, da Constituição Federal), protege o sujeito e os valores morais que distinguem o seu modo de ser.

A questão, pois, se apresenta como um desafio à proteção de valores constitutivos da personalidade dos indígenas, pois “há ações que são necessárias para que o indivíduo humano tenha sua personalidade afirmada, em sua cultura, naquele dado momento histórico”.¹²³

Os indígenas, enquanto sujeitos genéricos e com dignidade abstrata, encontram-se em uma posição vulnerável diante do uso da coercibilidade do direito para preencher os espaços vazios de suas identidades com os valores morais homogeneizados da sociedade. Entre as ações necessárias no campo do direito privado e atual momento histórico está a fixação de critérios morais do livre desenvolvimento da personalidade dos indígenas.

123 STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. P. 122.

Ao se defender que é por meio dos direitos da personalidade que a pessoa se individualiza, a partir do controle e da disposição de seus atributos personalíssimos – corpo e mente – busca-se superar a generalização do sujeito e passar a considerá-lo na sua singularidade através do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Desenvolver livremente sua personalidade é máxima que deve ser interpretada no atual momento histórico como um direito de se singularizar pelo autogoverno existencial, a superar o passado de colonização e apagamento de identidade dos povos originários. Os direitos da personalidade permitem a singularização do sujeito uma vez que, como reflete Brunello Stancioli, “ser pessoa”:

Envolve ações carregadas de significado, como rezar em um templo, ter liberdade de se expressar em público, ou não ter a vida privada exposta. Esses valores são mais que meros reflexos ou projeções da pessoa humana; são constitutivos da personalidade.¹²⁴

A autodeterminação dos povos indígenas em suas vidas privadas depende do autogoverno dos valores que constituem suas personalidades. Como alcançar seus fins particulares relacionados aos seus modos de bem viver, sem que possam, antes de tudo, livremente desenvolver os atributos de suas personalidades, como a afirmação de seus corpos com significações sociais?

Contudo, se é pelos direitos da personalidade que a pessoa se singulariza e estabelece sua identidade perante a si e aos outros, o direito ao livre desenvolvimento também não pode se limitar a uma mera questão de liberdade do indivíduo em afirmar os valores constitutivos de sua personalidade. A questão é mais profunda do que uma abstenção estatal, especialmente em relação aos povos indígenas que reivindicam significações sociais de atributos personalíssimos como o corpo.

124 STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. P. 122.

Segundo Paulo Mota Pinto “a própria noção de ‘desenvolvimento da personalidade’ requer uma indispensável dimensão *social* do direito em causa.”¹²⁵ Tal dimensão, no que concerne aos povos indígenas, diz respeito ao valor que culturalmente se dá ao corpo, seus padrões morais de integridade e disposição corporal. De acordo com Anthony Seeger, Roberto da Matta e Eduardo Viveiros de Castro:

Não há sociedade humana sem indivíduos. Isto, porém, não significa que todos os grupos humanos se apropriem do mesmo modo desta realidade infra-estrutural. Existem sociedades que constroem sistematicamente uma noção de indivíduo onde a vertente interna é exaltada (caso do Ocidente) e outras onde a ênfase recai na noção de indivíduo, quando ele é tomado pelo seu lado coletivo: como instrumento de uma relação complementar com a realidade social. É isso que ocorre nas sociedades chamadas «tribais».¹²⁶

É neste ponto que, antes de qualquer direcionamento do direito ao Estado e sociedade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos povos indígenas deve ser contextualizado e interpretado a partir da noção de sujeitos coletivos. Como propõe Fernando Dantas, faz-se necessário “ressaltar o sujeito coletivo, mediante a diferença cultural e a pertença a outras lógicas, aproximando a leitura com a emergência dos novos sujeitos de direito, surgidos com os movimentos sociais contemporâneos [...]”¹²⁷

125 PINTO, Paulo Mota. O livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra, Coimbra, 1999. P. 159.

126 SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da; CASTRO, E. B. Viveiros de. A construção da pessoa nas sociedades indígenas. **Boletim do Museu Nacional**, antropologia, n. 32, p. 04, Rio de Janeiro, maio de 1979.

127 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 3, n. 5, p. 136, 2005.

O sujeito de direito é uma categoria econômica e jurídica, a qual tem por base um permanente estado de tensão, pois tais “formas econômicas carregam a oposição entre vida pública e privada – oposição esta que, com o tempo, adquire um caráter de algo eterno e natural e consiste no fundamento de toda doutrina jurídica sobre o poder.”¹²⁸

No entanto, o livre desenvolvimento da personalidade de um sujeito coletivo, em um contexto de relação de complementaridade com a sociedade, é o ponto de partida ao se tratar do direito dos povos indígenas de afirmar suas personalidades. Não se pode continuar a leitura de suas pessoas e atributos personalíssimos com base na construção da pessoa ocidental, oriunda de indivíduos genéricos em perpétua tensão entre o público e o privado.

Também não pode ser genérico um conceito de pessoa que está vinculado a uma identidade étnica, um contraste com a identidade majoritária de uma sociedade nacional. Como explica Roberto Cortez: “Naturalmente que na construção social da identidade étnica, a comparação estabelece um contraste com outras realidades distintas, visualizadas pelos atores sociais em relacionamento, possibilitando a distinção do nós diante dos outros.”¹²⁹

Contudo, não há como se afirmar um *contraste* advindo de uma identidade étnica se o controle e disposição dos atributos corpóreos e incorpóreos estão juridicamente vinculados aos limites da sociedade ocidental. A correção desta situação não virá apenas de deveres de abstenção, mas da atuação estatal, em todas as suas funções, voltadas ao amparo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos indígenas. Como explica Mota Pinto:

128 PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Edição do Kindle, São Paulo: Boitempo, 2016. P. 200.

129 CORTEZ, Roberto. Mas, afinal, o que é identidade? In: D’INCÃO, Maria Angela; SILVEIRA, Isolda Maciel da (organizadoras). **A Amazônia e a crise da modernização**. Belém: Museu Goeldi, 1994. P. 321.

[...] tal direito não se pode compreender apenas como importando uma ausência de interferência na liberdade de estabelecimento de diferenças do indivíduo – o direito ao “desenvolvimento da personalidade”, como decorrência do princípio da dignidade humana, comporta, desde logo, também, exigências ou directivas ao legislador, no sentido protectivo desse desenvolvimento.¹³⁰

Porém, se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade se origina do princípio da dignidade humana, os limites que a sociedade envolvente imporá aos indígenas terão por base seu conceito de dignidade específica, a desconsiderar a insujeição que os indígenas têm direito em suas vidas privadas. Um direito ao desenvolvimento da personalidade, realmente livre aos que buscam uma identidade étnica, deverá romper com o conceito de pessoa e dignidade ocidental, os quais carregam uma tensão, *eterna e natural*, como afirma Pachukanis, entre o público e privado.

Quando se afirma que o corpo é central nas sociedades indígenas, não se está afirmando que se trata de um mero valor cultural sob proteção jurídica. Quer-se afirmar que o corpo está na construção da pessoa e da sociedade, tendo por consequência que a disposição do direito ao corpo não é apenas uma liberdade de controle e disposição dos atributos físicos, mas uma convergência entre os espaços públicos e privados:

O ponto a ser enfatizado é que o *corpo* é o *locus* privilegiado pelas sociedades tribais da América do Sul, como a arena ou o ponto de convergência desta oposição. Ele é o elemento pelo qual se pode criar a ideologia central, abrangente, capaz de, nas sociedades tribais Sul Americanas, totalizar

130 PINTO, Paulo Mota. O livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra, Coimbra, 1999. P. 159.

uma visão particular dos cosmos, em condições histórico-sociais específicas, onde se pode valorizar o homem, valorizar a pessoa, sem reificar nenhum grupo corporado (como os clãs ou linhagens) o que acarretaria a constituição de uma formação social radicalmente diversa.¹³¹

Por outro lado, as consequências jurídicas da afirmação do direito ao corpo em uma construção social envolve necessariamente a insujeição a que têm direito os indígenas. Tais consequências se originam de critérios morais do livre desenvolvimento de suas personalidades, como por exemplo, não se sujeitar à dignidade da sociedade envolvente e do bem viver que dela decorre, ainda que inseridos em um Estado nacional, pois:

No contexto dos direitos humanos, a autodeterminação refere-se ao direito que os povos têm de viver em um ambiente democrático, exercer os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, não sofrer discriminação, manter relação de paz, respeito e cooperação com outros povos, sem necessariamente se constituírem como Estados.¹³²

A relação entre povos, ainda que não constituam Estado, se submete a uma relação de respeito à diversidade em um Estado culturalmente diverso como o Brasil, o qual, ao tutelar a dignidade (art. 1.º, III, CF), não o faz sob as bases da dignidade específica do grupo social majoritário, mas sob fundamento de sua diversidade cultural entre os grupos formadores da sociedade.

131 SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da; CASTRO, E. B. Viveiros de. A construção da pessoa nas sociedades indígenas. **Boletim do Museu Nacional**, antropologia, n. 32, p. 13, Rio de Janeiro, maio de 1979.

132 PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira. Povos indígenas e reconhecimento da autonomia. In: PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (organizador.); SOUZA, Aline Gonçalves de Souza (colaboradora). **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito, 2019. P. 23 e 24.

Com o livre desenvolvimento da personalidade oriundo do princípio da dignidade, sua base não deve ser outra que não a característica ubíqua da humanidade: a diversidade. Do contrário, identidades étnicas continuarão a ser submetidas ao controle de sociedades majoritárias.

Como a literatura jurídica defende que o “ato de disposição [dos direitos da personalidade] não pode violar a dignidade do titular”,¹³³ ao serem submetidos os povos indígenas a uma dignidade que não a sua, os seus corpos, *locus* privilegiado de significações sociais, estarão sujeitos aos limites que a sociedade nacional impunha, tendo por consequência não apenas a desconstrução do indivíduo, mas de uma sociedade indígena.

A afirmação do direito ao corpo dos povos indígenas é, pois, não apenas uma proteção da pessoa, mas também de suas sociedades. A noção de sujeito coletivo se dá como amparo jurídico de uma sociedade e indivíduos que se personificam conjuntamente, no qual *a corporalidade e a pessoa* são formadores da *práxis social*.¹³⁴ É neste ponto que o dever que decorre do direito ao livre desenvolvimento da personalidade não pode ser apenas um dever geral de abstenção, mas um dever de respeito. Conforme Roberto Cardoso de Oliveira:

[...] haveria de considerar que além do reconhecimento jurídico, essa pessoa deveria ser também reconhecida como ente moral. Nesse sentido, a manifestação mais geral desse reconhecimento seria expressa como respeito; a rigor, uma expressão de relacionamento não abrangida pela esfera jurídica.¹³⁵

133 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Salvador: Juspodium, 2018 P. 198.

134 SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da; CASTRO, E. B. Viveiros de. A construção da pessoa nas sociedades indígenas. **Boletim do Museu Nacional**, antropologia, n. 32, p. 16, Rio de Janeiro, maio de 1979.

135 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral**, Revista ANTHROPOLÓGICAS, ano 9, volume 16(2), p. 15, (2005). [on line]. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaanthropologicas/article/view/23631>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

Reconhecer os povos indígenas como entes morais é trazer para o mundo jurídico seus critérios e, como defendido, a liberdade moral que devem ter para autogovernar seus atributos e estabelecer seus fins particulares. Para tanto, um dever geral de abstenção não é suficiente, mas sim um dever de respeito que deve ser abrangido pela esfera jurídica.

A sociedade nacional não deve apenas uma abstenção ao direito que os indígenas têm de desenvolver suas personalidades. O dever de abstenção importa apenas em uma mera tolerância, enquanto se busca o devido respeito à autonomia e às liberdades existenciais dos povos indígenas.

Como tratado, a tolerância pode significar somente o merecimento de uma indiferença, porém, os indígenas, na afirmação de seus direitos, aqui especificamente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade de sujeitos distintos culturalmente, não perseguem desinteresse.

O amparo jurídico que perseguem é o *da configuração da identidade indígena no país*, o qual, a partir dos anos 70, de acordo com Oliveira, *não pode ser ignorada desde que os índios e suas lideranças passaram a demandar um respeito às suas formas de ser – sua identidade e suas culturas tradicionais –, algo até então inexistente ou de muito rara observação.*¹³⁶

A liberdade de desenvolver a personalidade abrange tal dever, pois representa

[...] também, objectivamente, a afirmação de um princípio interpretativo da relação entre o cidadão e o Estado e de uma *decisão valorativa* fundamental, da qual podem e devem extrair-se consequências para a

136 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral**, Revista ANTHROPOLÓGICAS, ano 9, volume 16(2), p. 24, (2005). [on line]. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaanthropologicas/article/view/23631>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

totalidade da ordem jurídica, para a qual pode dizer-se que “irradia”.¹³⁷

A corporalidade dos povos indígenas ao irradiar um sujeito coletivo impõe um dever de respeito deste modo de ser específico. O autogoverno de seus corpos se afirma não apenas como um meio para sua singularização, mas também no estabelecimento de sua cultura – suas expressões, seus modos de criar, fazer e viver.

Entretanto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por mais elástico que possa ser enquanto liberdade fundamental, fora pensado no contexto de sujeitos indivisos, próprios dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Não há como tratar do direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos povos indígenas em um contexto do individualismo ocidental, de indivíduos, ou seja, de pessoas não divididas com a sociedade.

Refletir as consequências e o amparo jurídico dos indígenas enquanto sujeitos de direito ao livre desenvolvimento de personalidade, implica “uma localização na noção de pessoa, e na corporalidade como idioma focal e única via não-etnocêntrica de inteligibilidade desta práxis”.¹³⁸

Aqui, cabe ressaltar que os direitos da personalidade são interdependentes e a divisão entre atributos corpóreos e incorpóreos é meramente acadêmica, pois a afirmação do direito ao corpo, como no caso dos indígenas, de uma forma não etnocêntrica, revela também um direito à identidade distinta por meio da corporalidade. Mesmo não previsto expressamente, o direito à identidade é compreendido como um direito da personalidade. Como defende Anderson Schreiber:

137 PINTO, Paulo Mota. O livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra, Coimbra, 1999. P. 160.

138 SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da; CASTRO, E. B. Viveiros de. A construção da pessoa nas sociedades indígenas. **Boletim do Museu Nacional**, antropologia, n. 32, p. 16, Rio de Janeiro, maio de 1979.

O direito à identidade pessoal não encontra previsão expressa no Código Civil. A codificação limitou-se a tratar de cinco direitos da personalidade: direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade. Ainda assim, é fácil perceber que o direito à identidade pessoal merece proteção em nosso ordenamento jurídico, por força da cláusula geral de tutela da dignidade humana, consagrada no art. 1º, III, da Constituição.¹³⁹

O que se pretende explicitar é que os direitos da personalidade são, em si, direitos que refletem a identidade da pessoa por meio do autogoverno de seus atributos existenciais. O direito à identidade pessoal é autônomo, mas que se constrói através da disposição da integridade física e moral.

Desse modo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos indígenas deve refletir sua identidade distinta e não uma continuidade do histórico de apagamento cultural. Deste fato decorre a necessidade de se focar nas consequências jurídicas de uma autonomia existencial e de sua liberdade fundamental – a liberdade de desenvolver a personalidade – a partir da noção de sujeitos coletivos, pois, assim, é possível se superar o sujeito genérico de direitos por um concreto inserido em sua cultura.

O atual momento constitucional reclama esta superação, como bem reflete André Fernando Baniwa:

Agora que deixamos de ser tutelados pelo Estado brasileiro, como reconstruir a vida, os nossos bem viver e viver bem, depois de intensos e cruéis tentativas de esvaziamento da cultura, da tradição e de todas as formas do sistema de vida indígena?¹⁴⁰

139 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 15.

140 BANIWA, André Fernando. **Bem viver e viver bem segundo o povo Baniwa no noroeste amazônico brasileiro**. Curitiba: UFPR, 2019. P. 13.

Não se pode recair em exercícios de direitos pelos povos indígenas sem solução de continuidade do apagamento de suas identidades. Reconstruir seus modos de ser e viver passa pela releitura e desconstrução das bases ocidentais do direito privado de uma vida digna e sua reconstrução a partir do bem viver indígena em suas concepções de mundo.

Também não se pode pensar em liberdades que tendam por cercar os povos indígenas e seus espaços privados de limites que findam por não permitir uma identidade contrastiva. Se, como afirma André Baniwa, deu-se um passo à frente da tutela, não se pode recair em assimilacionismo travestido de liberdade. Como defende Roberto Cortez:

No momento, interessa ressaltar que, na minha maneira de olhar, se não há contraste entre o que está sendo comparado, então não há identidade, pois o conteúdo da identidade é o diferente, o qual é revelado na relação contrastiva. Só há identidade entre diferentes, sejam desiguais, sejam diferentes não desiguais entre si.

Não há identidade entre idênticos, como se sabe, porque não diferem, não havendo o que contrastar.¹⁴¹

A liberdade de desenvolver suas personalidades, seus conceitos de pessoa, deve ser oposta à sociedade como o direito a uma identidade que, revelada pela integridade corporal e moral, contraste com a sociedade envolvente e supere os traumas coloniais. O objetivo é que o marco constitucional de 1988 não seja igual ao da independência, na qual foram mantidas as bases do poder colonial, como explica Aníbal Quijano:¹⁴²

141 CORTEZ, Roberto. Mas, afinal, o que é identidade? In: D'INCÃO, Maria Angela; SILVEIRA, Isolda Maciel da (organizadoras). **A Amazônia e a crise da modernização**. Belém: Museu Goeldi, 1994. P. 322.

142 QUIJANO, Aníbal. El fantasma del desarrollo en América latina, **Revista del CESLA**, n. 1/2000, p. 51. [on line]. Disponível em <<https://www.revistadelcesla.com/index.php/>>

Os grupos sociais que na América Latina conquistaram o poder na época da Independência eram os alvos da sociedade. E embora em cada um dos novos países fossem uma pequena minoria, exerciam domínio e exploração sobre uma esmagadora maioria de índios, negros e mestiços. Não tiveram acesso ao controle de nenhum recurso produtivo importante ou foram privados do que tiveram durante a Colônia, e ainda impedidos de participar da geração e gestão das instituições políticas públicas, do Estado. A colonialidade do poder era a própria base da sociedade.¹⁴³

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos povos indígenas deverá ter amparo jurídico enquanto reivindicação de sujeitos coletivos, nos quais há uma complementaridade entre integridade social e individual. A proteção dos atributos personalíssimos da pessoa, aqui especificamente a corporalidade, não afeta apenas o indivíduo, mas também a sociedade que constrói suas significações e cultura a partir do corpo.

Assim, em relação aos povos indígenas, o livre desenvolvimento da personalidade configura um direito no qual sociedade e indivíduo se constroem conjuntamente por meio da corporalidade. Amparar a afirmação do direito ao corpo com significações para a cultura de um povo importa na proteção de um bem jurídico tanto em âmbito individual quanto coletivo, sem separação rígida. Observe-se a fabricação do corpo xinguano:

revistadelcesla/article/view/369/365>. Acesso em 03 de agosto de 2022.

143 No original: “Los grupos sociales que en América Latina conquistaron el control del poder en el momento de la Independencia, eran los blancos de la sociedad. Y aunque en cada uno de los nuevos países eran una reducida minoría, ejercían la dominación y la explotación sobre una abrumadora mayoría de indios, negros y mestizos. Estos no tenían acceso al control de ningún recurso de producción importante o fueron despojados del que habían tenido durante la Colonia, y además impedidos de toda participación en la generación y en la gestión de las instituciones políticas públicas, del Estado. La colonialidad del poder era la base misma de la sociedad.”

Assim, o que se passa «dentro» do corpo é de interesse imediato para a sociedade, que não se limita a inscrever à superfície do corpo suas marcas gráficas. Pode-se dizer que a fabricação do corpo — a manipulação de suas entradas e saídas — define o domínio da casa, da periferia da aldeia, do privado e do secreto (o gabinete de reclusão); e que a *exibição* do corpo, seu uso como tela aonde se depositam as marcas de *status* (sexo, idade, papel cerimonial) caracteriza o pátio da aldeia, a vida pública, o confronto com as outras aldeias da região, o cerimonial. Fabricação/reclusão opõe-se, assim, a decoração/exibição: os seres em reclusão não se pintam nem se adornam, estão «nus». Tal oposição marca a vida xinguana em elevado grau, que se desenrola como oscilação entre estes dois momentos complementares e necessários. Esta dialética ilumina os modos de emergência da individualidade (em sentido lato) na sociedade xinguana. O pátio, a fala do pátio, a luta corporal, a dança, a exibição (tipicamente masculina) da própria singularidade no centro da aldeia só existem articulados com o gabinete de reclusão, seu silêncio e seu segredo, a fabricação demorada do corpo, submetido a regras de continência alimentar e sexual. Aquilo que distingue os indivíduos — seus corpos — transforma-se, na reclusão, naquilo que os *identifica*.¹⁴⁴

Verifica-se que, como no caso da sociedade xinguana, diferente de um sujeito não dividido com a sociedade em sua vida privada, um sujeito coletivo, como no caso dos povos indígenas, tem a afirmação de seus atributos da personalidade em uma relação dialética e não de oposição. A integridade corporal e a integridade cultural se complementam como atributos ao mesmo tempo pessoais e sociais.

Logo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade reivindicado pelos povos indígenas como um direito de liberdade, o qual diz respeito ao autogoverno dos seus corpos e atributos incorpóreos (como suas expressões culturais, crenças, consciência e

144 CASTRO, Eduardo B. Viveiro de. A fabricação do corpo na sociedade xinguana, **Boletim do Museu Nacional**, Série Antropologia, n. 32, p. 47.

tradições), não poderá ser lido a partir do individualismo ocidental e, sim, dentro de suas dialéticas culturais entre pessoa e sociedade.

2.1. DO SUJEITO ABSTRATO AO SUJEITO SINGULAR POR MEIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: DO INDÍGENA GENÉRICO AO INDÍGENA COM SIGNIFICAÇÕES SOCIAIS

Da liberdade de desenvolver a personalidade decorre o direito de dispor dos atributos existenciais, sendo, por meio da disposição dos direitos da personalidade, possível a superação do indígena genérico e sem identidade pelo sujeito com significações sociais. O preconceito que marca a singularização do indígena perante a consciência nacional é uma barreira a se transpor para o exercício de direitos relacionados à construção do seu autogoverno. Como explica Roberto Cardoso sobre o “índio estereotipado”:

O homem comum das metrópoles consente crer, numa apreciação genérica, que o índio é bom, ingênuo, “criança grande”, incapaz de qualquer vilania. Mas em sua atitude paternalista, o cidadão não percebe que participa de uma das faces de urna única constelação de estereótipos, que é engendrada pelo desconhecimento de um tipo determinado de grupo humano, grupo que adota forma tribais de associação e é possuidor de urna cultura “rústica” quando comparada às chamadas grandes civilizações. A proximidade competitiva e muitas vezes conflitual, do homem regional frente as populações indígenas, anima sua atitude negativista, agressiva e comumente impiedosa, responsável por quantos massacres e destruições de aldeias inteiras, que foram registrados pela história das relações entre índios e brancos no Brasil. Em contrapartida, as distâncias, geralmente enormes, que guarda o metropolitano das áreas assoladas pelo que chamamos de “fricção interétnica”,

geram um desconhecimento quase tão grande quanto o demonstrado pelos regionais, variando apenas a ênfase - que do lado “mal” do humano é posta no lado “bom”. A crosta de preconceitos que envolve a consciência de ambos é, no entanto, da mesma natureza.¹⁴⁵

Um indígena genérico, sem identidade e estereotipado não tem substância para reivindicar direito à diferença, ainda mais quando se leva em consideração os deveres de respeito os quais a sociedade nacional e Estado têm diante de sua cultura distinta e sua diversidade de viver. Se não há diferença, há indiferença, os deveres não se alterariam e se aplicariam igualmente como ao resto da sociedade não indígena. Porém, como defendido, um sujeito coletivo tem sua personalidade formada a partir de elementos individuais e sociais em uma relação complementar e não de exclusão, fato este que tem grande relevância e repercussão na disposição dos direitos da personalidade.

Primeiramente, ressalta-se que não se trata de “sujeitos coletivos formais, juridicamente reconhecidos como pessoas jurídicas, sejam de direito público ou privado”,¹⁴⁶ e sim de um sujeito coletivo fruto de uma relação de cunho social e psicológico, indissociável entre a pessoa e sociedade. Refletir sobre um sujeito coletivo significa *repersonalizar* o direito civil em relação aos povos indígenas, de modo que “o conceito de pessoa deixe de ser apenas um mero sinônimo da noção de capacidade ou de personalidade jurídica [...]”¹⁴⁷

145 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A sociologia do Brasil Indígena**. Brasília: Editora UNB, 1978. P. 65-66.

146 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 3, n. 5, p. 136, 2005.

147 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A Repersonalização do Direito Civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os Direitos de Personalidade, **Revista Sequência**, n. 57, p. 309, dez. 2008. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p285>>. Acesso em 16 de janeiro de 2023.

Os direitos da personalidade permitiriam chegar à pessoa concreta com a afirmação do direito ao corpo. É certo que não se pode generalizar e cada etnia possui sua cultura e seus processos sociais distintos. Porém, segundo Laura Pérez Gil: “o desentranhamento das idéias sobre o corpo mostrou-se uma via de acesso extremamente produtiva para abordar, de uma nova perspectiva, outros aspectos das culturas estudadas”.¹⁴⁸

Claramente, ao tratar-se dos direitos da personalidade dos povos indígenas não se poderia também deixar de abordar a afirmação do direito ao corpo como a singularização de um indivíduo e de uma sociedade em uma relação de construção conjunta. Não se busca com esta singularização distinta criar uma discriminação indevida com a sociedade não indígena. A *repersonalização* do direito civil em prol dos povos indígenas, por meio de um sujeito coletivo, não vem para discriminar, mas sim para afirmar o “ser” dos povos indígenas e garantir-lhes o direito à identidade étnica.¹⁴⁹

Como se viu, o “ser” coletivo dos povos indígenas não se adequa ao sujeito de direito universalmente indistinto. De acordo com Celso Naoto Kashiura Jr.¹⁵⁰

O ponto de partida da filosofia moral kantiana é o indivíduo isolado, o indivíduo portador de razão, capaz de racionalmente dar normas a si próprio – que, por conta disto, aparece precisamente sujeito

148 GIL, Laura Pérez. Corporalidade, ética e identidade em dois grupos pano, **ILHA**, v.5, n. 1, julho de 2003, p. 25, Florianópolis.

149 Como explica Pierre Legrand sobre linguagem: Em última análise, toda atividade linguística, social e cultural é fundamentada no pensamento diferencial, quanto mais em razão da distância originária e irredutível entre palavra e objeto, entre o eu e o outro. Mas a diferença é polimorfa e não precisa ser apreendida como divisória e empobrecedora. Também pode ser experimentado como uma afirmação, como uma asserção do ser. (Tradução livre). LEGRAND, Pierre. *The same and the different. Comparative legal studies: Traditions and transitions*. Londres: Cambridge University Press, 2009. P. 241.

150 KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo**. 2012. 177 f. Tese (doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. P. 157.

moral autônomo. E a forma mesma do sujeito moral autônomo só pode ser universal: todos os indivíduos indistintamente o são, porque todos os indivíduos são portadores da mesma razão, simultaneamente individual e universal.

O universal é indistinto e o indistinto é ininteligível. Dado o passado colonial da escravidão à tutela (voltada para o apagamento da identidade indígena e não para a proteção), tornar a diferença de direitos inteligível perante a sociedade envolvente, a fim de superar a “crosta de preconceitos”, é indispensável

Para não repetirmos, mais uma vez, sob novos termos, a perspectiva indigenista de incapacidade em gerenciar o seu próprio destino, entendemos que são os povos indígenas, reivindicando e conquistando seus direitos, capazes de construir esta nova realidade.¹⁵¹

Assim, a proteção aos direitos da personalidade dos povos indígenas, com base não mais em um sujeito apto a trocas, mas um sujeito no qual seus atributos personalíssimos como o corpo tem significados sociais e é indissociável da integridade cultural, traz consigo a proteção jurídica para o âmbito individual e coletivo, tendo em vista a indissociabilidade entre tais “bens” jurídicos.

Um sujeito coletivo singulariza a si mesmo e sua coletividade por meio de seus atributos pessoais. O indígena, ao dispor de seu corpo conforme sua cultura, torna inteligível perante a sociedade não indígena as diferenças a serem respeitadas.

151 SUCHANECK, Márcia Gomes O. Povos indígenas no Brasil: de escravos à tutelados. Uma difícil reconquista da liberdade, **Confluências**, vol. 12, n. 1. Niterói: PPGSD-UFF, outubro de 2012, p. 271. Disponível em <<https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34240>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

A título de exemplificação, quando um indígena reivindica o direito a um tratamento médico de acordo com a sua cultura¹⁵² e impõe restrições ao cuidado de seu corpo, não será apenas o direito ao seu corpo que está sendo afirmado, mas também o direito à cultura de seu povo.

Como defende Roberto Cardoso de Oliveira:

[...] pluralismo cultural envolveria a noção: segundo a qual a diferenciação cultural (isto é, diferenciação de modos de ser e de pensar) inerentes historicamente aos povos indígenas sejam admitidas e respeitadas no âmbito de uma ordem jurídica que lhes assegure igualdade de direitos frente aos membros da sociedade nacional alienígena. Por certo que o primeiro direito seria o direito a ser diferentes, cujo caso limite seria o da manutenção da identidade aborígine (ou étnica) [...]¹⁵³

O direito a ser diferente é amparado pela autonomia existencial e sua liberdade fundamental – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – o qual viabiliza a liberdade de controle e disposição dos direitos da personalidade, por meio dos quais a pessoa afirma sua identidade pela singularização de seus atributos físicos e morais. Então, da afirmação do direito ao corpo de um sujeito coletivo, singulariza-se o indivíduo e sua sociedade pela significação social do corpo para a identidade étnica e, com isso, os deveres contra todos decorrentes do exercício da autonomia existencial, sendo que, conforme Laura Perez Gil, “no contexto atual, estas culturas estão imersas num processo

152 Lei 8.080/90, Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

153 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A crise do indigenismo**. Campinas: Unicamp, 1988. P. 50.

de interação intensa com as respectivas sociedades nacionais, o que ressalta a importância dessa concepção do corpo na definição e na redefinição da identidade étnica e individual.”¹⁵⁴

Não se pode ignorar, portanto, que a manipulação do corpo nas sociedades indígenas forma uma pluralidade de identidades étnicas, ou seja, ainda de acordo com Laura Gil, suas identidades distintas se distinguem pela disposição de seus atributos corpóreos:

A idéia de que o corpo é social e culturalmente construído tem várias implicações, entre as quais se pode ressaltar dois princípios. O primeiro deles diz respeito às “relações de substância” (Da Matta 1976), e o segundo à possibilidade de modelar o corpo através de diversos tipos de ações.¹⁵⁵

Assim, dispor do corpo conforme a cultura é também o direito de afirmar a identidade étnica, suas relações de substância, como o sangue, ou de manipulação do corpo, e, por consequência, reivindicar os direitos que dela decorrem, pois, *certamente, o conteúdo da identidade é a diferença: se há diversidade, então há identidade.*¹⁵⁶

Aqui cabe ressaltar o ponto sobre interdependência dos direitos da personalidade. A divisão didática e dogmática entre os atributos corpóreos e incorpóreos, ou ainda, físicos e morais, pode levar a um pensamento estanque que não é compatível com a proteção integral da pessoa.

Aliás, o termo utilizado pela literatura jurídica é integridade, dividindo-a em direitos relacionados à integridade física ou moral. Logo, os direitos da personalidade dizem respeito à pessoa em sua

154 GIL, Laura Pérez. Corporalidade, ética e identidade em dois grupos pano, **ILHA**, v.5, n. 1, julho de 2003, p. 25-26, Florianópolis.

155 GIL, Laura Pérez. Corporalidade, ética e identidade em dois grupos pano, **ILHA**, v.5, n. 1, julho de 2003, p. 26, Florianópolis.

156 CORTEZ, Roberto. Mas, afinal, o que é identidade? In: D'INCÃO, Maria Angela; SILVEIRA, Isolda Maciel da (organizadoras). **A Amazônia e a crise da modernização**. Belém: Museu Goeldi, 1994. P. 322.

integralidade, abrangendo seu corpo e mente, “projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana por determinação legal, que os individualiza para lhes dispensar proteção.”¹⁵⁷

Percebe-se pelos estudos antropológicos que o corpo é uma categoria tanto individual quanto coletiva dos povos indígenas. Porém, o corpo não é um atributo isolado do ser humano, ele é indissociável dos demais atributos denominados morais, os quais consubstanciam as demais características incorpóreas do ser humano, como, por exemplo, suas expressões em relação à crença e à consciência que irão moldar seus modos de ser e viver.

Não há dúvidas de que o corpo é moldado pelos atributos morais ou projeções psíquicas, a perseguir uma determinada identidade perante si e perante a sociedade. Não se podem dissociar tais atributos em termos de amparo jurídico, pois ainda que tenham capítulos ou normas específicas na lei, a proteção dos atributos físicos impacta os morais e vice-versa.

Como explica Laura Gil sobre o corpo dos Yaminawa e Yawanawa: “*yura* significa ‘corpo’, mas aludindo sempre a uma pessoa viva, isto é, ao corpo enquanto ocupado e animado pelos componentes espirituais que conformam a pessoa [...]”¹⁵⁸ Pode-se tomar emprestada tal afirmação sobre o corpo dos povos indígenas e aplicá-la aos direitos da personalidade, especificamente no que concerne ao direito ao corpo ser animado pelos atributos morais, pois “o corpo é o lugar da expressão de emoções, afetos, desejos.”¹⁵⁹

Assim, corpo e atributos morais formam uma identidade, um contraste, merecedor de amparo jurídico por suas diferenças. O corpo é história e futuro, passado e projeção. Ele é marcado pelo passado, seja

157 GOMES, Orlando. Direitos de Personalidade, **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, n. 11, setembro de 1966, p. 41. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180717>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

158 GIL, Laura Pérez. Corporalidade, ética e identidade em dois grupos pano, **ILHA**, v.5, n. 1, julho de 2003, p. 27, Florianópolis.

159 BAHIA, Joana; SANTOS, Miriam. A socialização do corpo. In: BAHIA, Joana; SANTOS, Miriam. **Corpos em trânsito: socialização, imigração e disposições Corporais**. Porto Alegre: Letra & Vida, 2015. P. 04

o passado do indivíduo ou o passado da sociedade, do mesmo modo, o indivíduo faz projeções para o seu corpo conforme sua vontade e cultura de sua sociedade.

A autonomia existencial relacionada à afirmação do corpo, aqui defendida sob a ótica do direito ao corpo, nada mais é, conforme já visto em Miracy Gustin, que uma necessidade humana ao longo da história de controle do corpo, o qual, segundo Denise Bernuzzi de Sant'Anna, *é sempre "biocultural"*.¹⁶⁰

Uma noção biocultural do corpo seria mais condizente com um sujeito coletivo para os povos indígenas do que a noção ocidental de um atributo personalíssimo. Neste ponto, Denise Sant'Anna pondera que:

Assim, diferente de uma história do corpo, talvez seja mais instigante e viável realizar investigações sobre algumas das ambições de governá-lo e organizá-lo conforme interesses pessoais ou coletivos. Pois cada vontade de manter o corpo sob controle, por exemplo, é constituída por fragilidades e potências, expressando especificidades e generalidades culturais.¹⁶¹

No que concernem aos povos indígenas, suas ambições de autogoverno não deixam de expor as fragilidades de uma autonomia de grupos vulneráveis, como por exemplo, o processo de "embranchamento" e apagamento da identidade étnica, o qual deságua em negativa de direitos distintos, pois não haveria um contraste de identidade entre o indígena e o não indígena.

160 SANT'ANNA, Denise Bernuzzi. É possível realizar uma história do corpo? In: SOARES, Carmen Lúcia. **Corpo e história**. Campinas: Autores Associados. Edição do Kindle., 2022. P. 28.

161 SANT'ANNA, Denise Bernuzzi. É possível realizar uma história do corpo? In: SOARES, Carmen Lúcia. **Corpo e história**. Campinas: Autores Associados. Edição do Kindle., 2022. P. 29-30.

Porém, as fragilidades não retiram a necessidade de governo do corpo tanto como um interesse individual, quanto coletivo. Individual em relação a processos fisiológicos e psicológicos e coletivo em aspectos socioculturais. Um corpo biocultural seria a relação de complementaridade na construção da pessoa e sociedade, enquanto o corpo como atributo personalíssimo teria como base a exclusão de significados sociais e prevalência de significados individuais.

Individualidade e coletividade constituiriam a pessoa de um sujeito coletivo, libertando-se assim de um modelo de autonomia fundado no individualismo iluminista, até hoje não superado como um modelo que parte da tensão entre a vida pública e privada, na qual a solução jurídica é afastar o outro. Segundo Brunello Stancioli e Nara Pereira Carvalho:

Afinal, é esse aparato bio-físico-químico, provido de enorme plasticidade, que medeia toda a vivência da pessoa. Nele, estão contidos tradições, concepções de vida, valores que se apresentam nas esferas públicas e privadas, com vistas à obtenção de reconhecimento.¹⁶²

Os corpos dos povos indígenas carregam valores constitutivos de suas individualidades e cultura e, assim, a sua tutela jurídica não pode partir do modelo da sociedade não indígena, tendo em vista que não é a tensão entre o público e privado que marca a afirmação do corpo em suas sociedades. Pelo contrário, tendo o corpo uma centralidade social, a qual se apresenta nas esferas privada e pública (tanto indígenas quanto não indígenas), cabe ao direito reconhecer os usos do corpo conforme os valores nele contidos, sendo tal reconhecimento uma consequência jurídica da autonomia existencial dos povos indígenas. Sustentam os autores:

162 STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 272-273.

De fato, a fundamentação dos direitos da personalidade será reconduzida para a ética da autonomia. Nela, pessoas dotadas de historicidade produzem, voluntariamente, normas de direito positivo, que, por sua vez, também serão dotadas de historicidade (vinculadas a um tempo e espaço).¹⁶³

É importante destacar a historicidade, pois não se pode recair na crosta de preconceitos, como afirma Roberto Cardoso de Oliveira. É que, quando se fala em afirmação do direito ao corpo conforme a cultura, não se quer reavivar o preconceito acerca da visão romantizada dos indígenas, na qual o indígena é apenas o bom selvagem que segue à risca uma cultura pré-colombiana.

Como já tratado, os povos originários circulam em duas sociedades, a indígena e a não indígena. Este fato destaca a historicidade levantada por Brunello Stancioli e Nara Carvalho, pois, ao longo do tempo e espaço, as culturas indígenas foram e continuam sendo desconfiguradas pelas relações com a sociedade nacional.

Este processo histórico não pode ser usado em desfavor dos povos indígenas, especialmente quando a perda da cultura e da identidade étnica se deu pelas mãos da sociedade nacional, desde sua colonização até a atual república advinda com a Constituição Federal de 1988.

Aliás, como relata Júlio José Araújo Júnior sobre a constituinte de 1988, houve tentativas de retirar direitos dos indígenas em razão do grau de aculturação, o que, a concordar com o autor, retiraria a autonomia dos povos indígenas a partir de uma visão integracionista:

Além do retrocesso quanto à caracterização das terras, o projeto substitutivo de Bernardo Cabral adiciona uma clara visão integracionista ao prever

163 STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 267.

a não aplicação do dispositivo a “índios com elevado grau de aculturação”. Com essa caracterização essencialista sobre os índios, o projeto acenava para a ilegitimidade de qualquer pleito formulado por grupo cujas características se assemelhassem às dos grupos majoritários da sociedade nacional, como língua, vestimentas e práticas, afastando qualquer resquício da autonomia enfatizada nos projetos anteriores.¹⁶⁴

Por outro lado, além de as culturas serem dinâmicas, o próprio conceito de cultura é ambíguo. Até aqui se usou o conceito de cultura presente na Constituição Federal – os modos de criar, fazer e viver – porém, tais modos podem ou não se perpetuar ao longo da história de uma comunidade e isso não quer dizer que deixarão de ser merecedores de tutela jurídica.

Bauman, sobre a ambiguidade presente no conceito de cultura, ensina que:

Em suma: um discurso gerou a ideia de cultura como atividade do espírito que vaga livremente, o lócus da criatividade, da invenção, da autocrítica e da autotranscendência; o outro apresentou a cultura como instrumento da rotinização e da continuidade – uma serve da ordem social.¹⁶⁵

No atual momento histórico, com base em estudos antropológicos, a cultura indígena e seus valores constitutivos têm sua confluência no corpo dos seus membros, fato este que atrairia o amparo jurídico coletivo e individual por meio dos direitos da personalidade, já que tais direitos dizem respeito à construção do ser em sua integridade corporal e psíquica, respeitando a dinamicidade da cultura, bem

164 ARÁUJO JÚNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. P. 191.

165 BAUMAN, Zigmunt. **Ensaio sobre o conceito**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. P. 15.

como sua ambivalência enquanto atividade criadora ou instrumento de conservação da ordem social.

Pode-se afirmar também que o atual momento histórico reclama uma posição jurídica com a finalidade de se buscar uma solução de continuidade ao apagamento de suas culturas e identidades praticado pela sociedade envolvente com o apoio do direito.

E, com isso, no atual tempo e espaço, chega-se aos direitos da personalidade, que, enquanto direitos da pessoa sobre ela mesma, viabilizam novos conceitos de pessoa, não mais apenas o de sujeito de direitos, assim como permitem superar o sujeito genérico, sem necessidades específicas para a sua dignidade.

Acerca do direito sobre a personalidade, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior expõem que:

No que tange ao chamado *direito sobre a personalidade* (das Recht an der Persönlichkeit), revela-se em toda a equipagem do indivíduo, como ser humano: a) a existência (a vida, os meios de conservação da vida, o corpo e saúde); b) o espírito (a criação cultural, os produtos culturais estéticos e individuais); c) a vontade, enquanto força anímica que habilita o homem; d) a vida sentimental (o sentimento ético); e) a restante vida anímica (entendendo-se tutelável a particular constituição anímica e o bem-estar anímico) [...]¹⁶⁶

Um sujeito coletivo pressupõe, a usar as palavras de Rosa e Nelson Nery, uma equipagem cultural do indivíduo. Seu “ser”, sua existência e sua vontade vêm de necessidades culturais que animam o corpo para o bem-estar da sociedade e de seus membros, com a manutenção de seus valores constitutivos.

166 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: volume 1, parte geral do Código Civil e Direitos da Personalidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 37-38.

Neste ponto, Anthony Seeger, Roberto da Matta e Eduardo Viveiros de Castro afirma:

Sabemos que o corpo é destotalizado nas sociedades tribais da América do Sul, com atribuição de valores mais ou menos sociais a certas partes ou órgãos do corpo que estão servindo aqui como um idioma francamente social. Assim, os meninos prestes a se transformarem em homens (seres sociais), devem ter seus lábios e orelhas furadas. É essa penetração gráfica, física, da sociedade no corpo que cria as condições para engendrar o espaço da corporalidade que é a um só tempo individual e coletiva, social e natural. Quando tal trabalho se completa, o homem está completo, sintetizando os ideais coletivos de manter a individualidade, tal como nós a concebemos, reforçando a coletividade e a complementariedade com ela.¹⁶⁷

Há duas reflexões a se fazer. A primeira se baseia no fato de que o Direito não pode ser alheio à realidade, principalmente em matéria de autogoverno existencial de povos que historicamente estão sujeitos à dominação por outra sociedade. Se o *locus* privilegiado nas sociedades indígenas é o corpo para a construção da pessoa e da cultura, o *locus* de tutela jurídica estaria então no instituto que trata do direito ao corpo – os direitos da personalidade, segundo os quais um sujeito coletivo pode ser singularizado perante a sociedade não indígena e produzir os seus devidos efeitos jurídicos.

A segunda reflexão estaria no fato de que um direito subjetivo é poder exigir determinado comportamento de outros, o que atrai limites para o exercício de direitos, mesmo aqueles fundados em liberdades morais, como o livre desenvolvimento da personalidade.

167 SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da; CASTRO, E. B. Viveiros de. A construção da pessoa nas sociedades indígenas. **Boletim do Museu Nacional**, antropologia, n. 32, p. 14-15, Rio de Janeiro, maio de 1979.

Estas duas reflexões não escapam do que se vem defendendo ao longo deste estudo: o *repensar* da autonomia enquanto fonte de direitos para dar espaço ao direito à diferença e não, como tem ocorrido, a indiferença de um modelo liberal. Assim, a afirmação do direito ao corpo dos povos indígenas em sua matriz cultural deverá produzir efeitos para além de meras abstenções ou deveres de tolerância.

Lançadas as bases jurídicas da superação de um sujeito de direito genérico por um sujeito concreto por meio da afirmação dos direitos da personalidade, há necessidade de investigar quais são os efeitos jurídicos e seus limites.

2.1.1. A OPOSIÇÃO CONTRA TODOS E OS DEVERES DECORRENTES DO RESPEITO À AFIRMAÇÃO DO DIREITO AO CORPO DOS INDÍGENAS

Os direitos da personalidade são classificados como direitos absolutos, em razão de os deveres decorrentes de seu exercício serem oponíveis contra todos, ou seja, contra a coletividade, o que no direito recebe a terminologia oponibilidade *erga omnes*.

Entre os principais deveres destacados como consequência da afirmação dos direitos da personalidade está o dever geral de abstenção, o qual implica um dever negativo, de não fazer ou se abster de interferir indevidamente nos direitos da personalidade de alguém. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Os direitos da personalidade são estudados sob a ótica do direito privado, considerados como a garantia mínima da pessoa humana para as suas atividades internas e para as suas projeções ou exteriorizações para a sociedade. Por isso, impõem à coletividade uma conduta negativa, evitando embaraços ao seu exercício.¹⁶⁸

168 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Salvador: Juspodium, 2018. P. 201.

Porém, ainda que não se esteja contestando o conteúdo negativo imposto pelo exercício dos direitos da personalidade, dada a sua importância para o respeito do conteúdo moral daquele que reivindica direitos sobre si mesmo, a tratar-se de autonomia existencial de vulneráveis, há necessidade de ações estatais positivas.

No caso dos povos indígenas, em primeiro lugar, não se pode falar em autonomia para exercer autogoverno sem que suas terras estejam demarcadas, como explica Paulo Celso de Oliveira Pankararu:

A demarcação e a proteção dos territórios indígenas são fundamentais para o exercício da autonomia. Por isso é necessário garantir a continuidade dos processos de demarcação das terras que se encontram paralisados em decorrência de políticas que pretendem reduzir os direitos territoriais dos povos indígenas e que têm ganhado eco no Congresso Nacional e no Executivo.¹⁶⁹

As terras indígenas são o espaço por excelência da vida privada dos povos indígenas, local de reprodução física e cultural. Não há como se falar em exercer os direitos da personalidade sem um espaço privado de construção individual e da sociedade dos povos indígenas. Sem suas terras não há autonomia para a manutenção da identidade étnica e cultural ou para seguir suas normas morais no autogoverno individual e coletivo, pois:

Por sua vez, a autonomia é uma dimensão da autodeterminação e consiste no direito de um povo decidir sobre seus assuntos internos e locais de acordo com suas próprias regras e aspirações. A autonomia também compreende o direito de um

169 PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira. Povos indígenas e reconhecimento da autonomia. In: PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (organizador.); SOUZA, Aline Gonçalves de Souza (colaboradora). **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito, 2019. P. 27.

povo ser governado por seu legítimo governo e decidir sobre o seu desenvolvimento social, econômico e cultural.¹⁷⁰

Uma sociedade indígena sem suas terras não tem autonomia para seguir suas normas morais (próprias regras e aspirações), assim como, sem suas terras tradicionalmente ocupadas, não há autogoverno para a existência social, econômica e cultural, quanto mais para o desenvolvimento.

Mesmo tendo como base do debate jurídico os direitos da personalidade, que, como visto, são estudados sob a ótica do direito privado, não há como deixar de citar essa ação estatal, advinda do direito público, de demarcação das terras indígenas pelo Estado brasileiro.

Os direitos da personalidade pressupõem um espaço privado para a construção e desenvolvimento dos atributos da pessoa, os quais, no caso dos povos indígenas, têm preponderantemente uma característica biocultural.

Sem a efetiva demarcação de suas terras, as quais, seja reforçado, são referências da identidade étnica e cultural do povo (não somente para os que lá residem), não há um espaço para exclusão da sociedade não indígena, onde possam viver, reproduzir sua cultura e autogovernar seus atributos existenciais para fixar sua identidade étnica, pois, conforme Júlio José Araújo Júnior, “existe um vínculo intrínseco dos direitos territoriais com a etnicidade – em razão do caráter existencial da terra [...]”.¹⁷¹

Se a principal garantia constitucional do espaço privado para a sociedade não indígena está na casa (artigo 5.º, XI, CF), a dos indígenas está na demarcação de suas terras (artigo 231, CF). A proteção da casa

170 PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira. Povos indígenas e reconhecimento da autonomia. In: PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (organizador.); SOUZA, Aline Gonçalves de Souza (colaboradora). **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito, 2019. P. 24.

171 ARÁUJO JÚNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. P. 200.

também lhes é aplicável, mas não há nela sentido antes da demarcação do espaço tradicionalmente ocupado.

Não há lógica tratar de autonomia, aqui em relevo a autonomia para livremente desenvolver sua personalidade conforme sua cultura, sem que o Estado efetive a demarcação das terras indígenas, posto que não “é concebível qualquer direito cultural se este não se vincular ao território, ao espaço de domínio e desenvolvimento interno dos valores da vida, da sobrevivência física e cultural de cada povo [...]”.¹⁷²

Há um dever fundamental de garantir o espaço privado tradicionalmente ocupado, onde serão realizadas “as suas atividades internas e suas projeções ou exteriorizações para a sociedade” de seu autogoverno, do qual seu “respeito impõe-se ao próprio Estado, que deve exigí-lo e garanti-lo”.¹⁷³

É possível, então, visualizar que a oponibilidade contra todos, em relação ao exercício dos direitos da personalidade pelos povos indígenas, ganha uma dimensão de oposição contra a sociedade não indígena, a começar pela demarcação de suas terras como um espaço privado de reprodução física e cultural, ou seja, de cunho primordialmente existencial.

Também se observa que os deveres decorrentes do exercício dos direitos da personalidade não se limitam a abstenção, mas vão além, implicam uma comunhão de ações e abstenções, estatais e particulares.

Assim, não se trata de dar destaque a um dever positivo ou negativo decorrente dos direitos da personalidade, mas, como já visto em Capelo de Souza, o certo seria destacar, primeiramente, que o devedor de respeito aos direitos da personalidade é obrigado a descobrir o comportamento normativamente adequado a se adotar.

172 DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. **Revista Educação Pública**, v. 23, n. 53/1, p. 348-349, maio/ago. 2014. [on line]. Disponível em: <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/1621>>. Acesso em 23 de maio de 2022.

173 MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais, **Revista de Informação Legislativa**, v. 14, n. 56, p. 247-266, out./dez. 1977. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181045>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023. P. 257.

Como explica o autor, exige-se: “um dever geral de diligência, ou seja, a diligência psicológica média de um *bonus pater familiae*, norteadada pelo fim geral de evitar a lesão ou a ameaça de lesão da personalidade alheia [...]”.¹⁷⁴.

Primeiramente, um dever de respeito aos direitos da personalidade já é reconhecido, pois, “São absolutos, já que oponíveis erga omnes, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los.”¹⁷⁵ Contudo, cabe identificar o que seria um dever de respeito, posto que não parece ser uma palavra desprovida de conteúdo.

Neste sentido, um comportamento normativamente adequado seria um dever de respeito como o principal efeito contra todos em relação aos direitos da personalidade e não um mero dever de abstenção que decorre de um direito absoluto. Um dever de respeito teria por conteúdo muito mais do que a não interferência indevida, em especial aos povos indígenas, como defende Roberto Cardoso de Oliveira, seria:

[...] o seu reconhecimento e o mundo moral – considerado este último como a instância de manifestação de respeito ou desrespeito, de consideração ou desconsideração ou ainda de aceitação ou rejeição de minorias étnicas frente a sociedades envolventes.¹⁷⁶

O respeito estaria associado a deveres internos de compreensão do diferente e a devida produção de efeitos que decorreria do direito à diferença, não apenas deveres jurídicos externos de ação ou omissão.

174 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. P. 422.

175 TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P;

176 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral, **Revista Antropológicas**, ano 9, volume 16(2): p. 10, (2005). [on line]. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaantropologicas/article/view/23631>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

Há, portanto, necessidade de concordância entre direito e moral – um dever ético tornado jurídico de respeitar mediante a compreensão do direito à diferença e assumir um comportamento normativamente adequado. De acordo com Kant:

Na medida em que se refiram apenas às ações meramente exteriores e à conformidade destas à lei, elas se chamam jurídicas; mas, na medida em que exijam também que elas próprias devam ser os fundamentos de determinação das ações, então são éticas. Diz-se, portanto: a concordância com as primeiras é a legalidade, com as segundas a moralidade da ação. A liberdade a que se referem as primeiras leis só pode ser a liberdade no uso externo do arbítrio, enquanto aquela a que se referem as últimas pode ser a liberdade em seu uso tanto externo como interno [...]¹⁷⁷

Aqui, porém, não seria uma concordância deixada à liberdade, mas uma exigência legal de um padrão de conduta. A norma traz em si um preceito ético que guiará uma ação externa. Como já tratado, não é estranho ao direito civil a introdução de preceitos éticos – a impor padrões de conduta – como por exemplo, a boa-fé contratual que traz consigo deveres anexos, a exemplo do dever de cooperação entre os contratantes.¹⁷⁸

Os preceitos éticos que decorrem de um dever de respeito aos direitos da personalidade implicariam, pois, em um dever de buscar, de descobrir, de ser diligente em compreender os valores constitutivos da pessoa que estão sendo afirmados.

177 KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003. P. 63-64.

178 Segundo Fabio Queiroz Pereira e Daniel de Pádua Andrade, um bom exemplo da boa-fé objetiva criando deveres no campo obrigacional, especificamente no dever de renegociar, “se revela na incidência mais intensa do dever anexo de cooperação”. PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento, **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 15, p. 215, abr./jun de 2018.

Ou seja, se padrões éticos podem ser utilizados pela norma em direitos subjetivos patrimoniais, podem também ser usados em direitos existenciais. O exemplo da cooperação e renegociação é pertinente porque no caso da família Tukano, a qual reivindicava que os saberes da etnia fossem utilizados no tratamento de saúde da criança, o Ministério Público Federal entendeu que havia um dever de diálogo intercultural por parte do Estado:

No dia 15 de janeiro de 2009, foi expedida a Recomendação n.o 01/2009, recomendando à Direção do Hospital Infantil João Lúcio a articulação da medicina tradicional indígena e da medicina ocidental no tratamento da criança indígena L. B., utilizando-se da medida excepcional da amputação do membro inferior direito, apenas em caso de risco iminente à vida da criança, o que deveria decorrer, sempre que possível, de uma análise em conjunto da equipe médica do hospital e do pajé indicado pelo genitor da paciente [...]¹⁷⁹

O Estado estaria, dada a reivindicação da família de que o tratamento de saúde respeitasse suas especificidades e saberes culturais, em uma posição passiva de construir um diálogo e articular as duas medicinas. Sem o diálogo intercultural não haveria como descobrir o dever de respeito normativamente adequado ao caso e, que, claramente, constitui-se primeiramente como uma ação e não abstenção.

Ao dispor do corpo em um tratamento de saúde conforme sua cultura, a família Tukano estava também afirmando sua identidade étnica, e, assim, de acordo com Roberto Cardoso de Oliveira, o

179 GADELHA, Luciana Fernandes Portal Lima. A Articulação dos Sistemas Tradicionais e Clássicos de Medicina na Atenção à Saúde dos Povos Indígenas - uma Análise da Atuação do Ministério Público Federal no Caso da Criança Indígena da Etnia Tukano - Alto Rio Negro - Amazonas. In: VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Juspodium, 2011. P. 252-253.

respeito teria uma dupla dimensão: “quer como respeito à identidade (particularmente a étnica), quer como respeito à cultura na medida em que esta, de um modo ou de outro, venha a simbolizar aquela.”¹⁸⁰

Déborah Duprat explica que:

Assim, a atuação do Estado em relação a esses grupos, de modo a garantir seu direito à identidade, pressupõe a compreensão de suas formas de ver e conhecer o mundo. Sendo uma compreensão de sentido, todavia, a compreensão de uma outra cultura não se dá mediante a atitude objetivamente adotada pelo observador diante de estados e sucessos fisicamente mensuráveis, requerendo-se, ao contrário, a participação em um processo de entendimento.¹⁸¹

Deste modo, o dever de respeito irradiado em decorrência do exercício da disposição do corpo conforme, por exemplo, a cultura de um povo indígena, afirmando sua identidade étnica, teria como um de seus principais efeitos um dever estatal de

[...] “tradução”, feita necessariamente pela mediação antropológica que torna o outro inteligível. Isso se verifica na própria esfera legislativa, uma vez que, sendo o Direito um conjunto de representações sociais, toda a normatividade que contemple esses grupos étnicos tem que se pautar por sua compreensão da vida, sob pena de inconstitucionalidade e carência

180 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral, **Revista Antropológicas**, ano 9, volume 16(2): p. 19, (2005). [on line]. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaantropologicas/article/view/23631>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

181 PEREIRA, Déborah Macedo Duprat de Britto. O estado pluriétnico: além da tutela: bases para uma política indigenista. Disponível em <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83418>>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

de eficácia em função da subversão dos valores que orientam a consciência coletiva.¹⁸²

A concordar com a autora, a compreensão dos grupos étnicos que decorre do dever de respeito tem base constitucional na redação do artigo 231 sobre “proteger e fazer respeitar todos os seus bens”, sendo que, claramente, tais “bens” não se referem propriamente a questões patrimoniais, mas principalmente a sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, como referido no início do artigo.

Verifica-se, pois, que o termo respeito é usado para determinar amparo jurídico aos bens dos povos indígenas e, como tratado no item anterior, tal dever se adéqua ao que se defendeu sobre a superação de um indígena genérico a partir de suas particularidades enquanto pessoa concreta inserida em um contexto cultural e não um sujeito universal, indistinto de uma sociedade nacional majoritária.

A indistinção de um sujeito universal não demanda respeito à diferença, e, por isso, o dever contra todos enquanto um dever de respeito não pode também ser tratado de forma genérica, sem um significado concreto que envolve o reconhecimento da diferença por meio da sua compreensão, um dever concreto de tornar o diferente inteligível e as obrigações que decorrem desta inteligibilidade.

Neste ponto, cabe destacar o artigo 7.º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho:

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher, suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou

182 PEREIRA, Déborah Macedo Duprat de Britto. **O estado pluriétnico: além da tutela: bases para uma política indigenista.** Disponível em <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83418>>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.¹⁸³

Observe-se que o citado artigo da Convenção prevê a autonomia dos povos indígenas de decidir e controlar os seus destinos e valores constitutivos, a impor ainda deveres de participação e cooperação com os povos indígenas direcionados aos governos. Diferente dos direitos subjetivos patrimoniais, o dever de cooperação parte de um dever maior de respeito e não implica em negociação, típica de questões contratuais, mas sim em um diálogo intercultural.

183 BRASIL. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em 05 de fevereiro de 2023.

Tais deveres encerram expressamente um dever de respeito à autonomia, porém, como se trata de povos vulneráveis em face de sociedades nacionais, o diálogo mediado pelo Estado se destina a promover a compreensão com a participação dos povos indígenas em claro reconhecimento que “na relação entre nós e os outros há obrigações a observar.”¹⁸⁴

E tais obrigações iniciam em âmbito existencial, do respeito pelas construções dos indivíduos e da sociedade a partir de seus corpos e atributos morais oriundos de suas culturas, sendo tal obrigação “inerente à moral do reconhecimento pelos outros – segundo a qual, na relação dialógica, esses Outros seriam verdadeiros “doadores de sentido” (como diria Charles Taylor).”¹⁸⁵

As consequências jurídicas de um dever de respeito ao exercício dos direitos da personalidade dos povos indígenas é um respeito à essência de suas pessoas, uma vez que, de acordo com Roberto Cardoso de Oliveira, corresponde aos seus modos de ser, e, por isso, não pode tal termo ter apenas conotações clássicas liberais de deveres negativos ou não ter uma configuração definida.

Trata-se de delinear um termo usado na Constituição Federal: “proteger e fazer respeitar”, e, a considerar o exposto por Déborah Duprat, uma atuação em sentido contrário seria inconstitucional, a adicionar que também seria uma atuação que violaria a Convenção 169, a qual prevê no último artigo de sua 1.ª Parte sobre Política Geral que:

Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar

184 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral, **Revista Antropológicas**, ano 9, volume 16(2): p. 15, (2005). [on line]. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaantropologicas/article/view/23631>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

185 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral, **Revista Antropológicas**, ano 9, volume 16(2): p. 37, (2005). [on line]. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaantropologicas/article/view/23631>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.¹⁸⁶

Novamente, o termo respeito é usado para se referir ao amparo dos direitos dos povos indígenas, sendo que, dessa vez, se encontra em um artigo que também faz referência à compreensão mútua dos povos indígenas em procedimentos legais. Assim, é possível visualizar que o dever de respeito toma um sentido técnico-jurídico com forte carga ética, o que traz uma intensidade de maior diligência daqueles que o devem, especialmente quando usado para se referir a direitos existenciais.

No caso dos direitos da personalidade, o conteúdo ético de um dever de respeito, interiorizado pelo ordenamento jurídico, implicaria, portanto, em uma comunhão de condutas, nascidas no dever de compreensão dos modos de ser do outro. Esta comunhão de condutas poderá se desdobrar em ações ou omissões que se fazem necessárias para diálogo com aquele que demanda um direito à diferença, a exemplo de outras comunidades morais, e, neste estudo em específico, os povos indígenas.

Ou seja, em essência, um dever jurídico de respeito implicaria reconhecimento e diálogo como uma conduta a ser tomada obrigatoriamente para com o outro em matéria de direitos existenciais. Não seria, então, desarrazoado falar de um dever geral de respeito, pois de acordo com Capelo de Souza, “Afigura-nos ainda de aceitar, face ao dever geral de diligência, um dever geral de *atenção* ou de *consideração* de cada um à personalidade do outro” e, em decorrência

186 BRASIL. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em 05 de fevereiro de 2023.

de tal dever geral, juntamente “com os demais deveres de abstenção e os tipificados deveres de acção formam o *dever geral de respeito* dos demais sujeitos jurídicos pela personalidade de outrem.”¹⁸⁷

Cabe, enfim, destacar que o dever de respeito nasce do respeito que o outro dá a si mesmo. O parâmetro é o outro, vêm dele os parâmetros de reconhecimento e sua densidade. Não é o devedor do respeito que estabelece, por exemplo, os padrões de identidade, pois a identidade a ser respeitada vem do corpo e atributos morais daquele que a reivindica.

E, vale dizer, que a idéia de comunidade não se esgota no território étnico, mas o transcende, estendendo-se a membros dessas mesmas comunidades que emigraram para as cidades. Nesse sentido, o índio urbano, na proporção em que invoca sua identidade étnica, é tão índio quanto o morador do território indígena. O que torna a luta pelo reconhecimento identitário uma luta política apoiada, todavia, naquilo que venho chamando de moral do reconhecimento. Finalmente, é quando a busca pelo respeito de si pelos Outros começa pela descoberta do auto-respeito, encontrando nele a dignidade e a honra indígena tão vilipendiada no passado e que hoje, ao que tudo indica, pode-se dizer que honra e dignidade estão em pleno processo de recuperação.¹⁸⁸

O dever de respeito à identidade culturalmente distinta dos povos indígenas advém como uma consequência desta identidade para seus valores constitutivos de integridade física e psíquica, do autorreconhecimento e autorrespeito interno. A extensão e

187 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995. P. 428.

188 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral, **Revista Antropológicas**, ano 9, volume 16(2): p. 38, (2005). [on line]. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaantropologicas/article/view/23631>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

profundidade do dever geral de respeito são estabelecidos pela medida daquele que reivindica o reconhecimento da personalidade.

O dever de diligência está em descobrir pelo diálogo a atenção ou consideração necessária para a conduta de respeito. Entretanto, sem cair em lugar-comum, todo direito encontra limites e, tratando-se de direitos constitucionais, os limites de um direito constitucional estão em outro direito constitucional e o mesmo pode ser dito dos direitos humanos, limites estes que serão tratados no próximo item.

2.1.2. A QUESTÃO DOS LIMITES NA DISPOSIÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: DIGNIDADE E INTERCULTURALIDADE

Uma pergunta que tem sido feita ao longo deste estudo é: como validar um modo de ser e de agir sem fazer uso de preconceitos e discriminações a partir de uma outra moldura moral? Não há como ignorar que os povos indígenas necessitam de liberdade moral para ter autonomia existencial – tanto em uma dimensão de autodeterminação relacionada aos seus fins particulares de bem viver, quanto em relação ao autogoverno de seus atributos físicos e morais em um contexto cultural.

Por outro lado, os direitos da personalidade são uma categoria de direitos que não se limitam ao direito privado, mas se incluem também no âmbito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos:

Assim, o Direito Civil, mediante os direitos da personalidade, trataria da questão sob o âmbito privado, regulando as relações entre os particulares, enquanto o Direito Constitucional disciplinaria as relações entre a pessoa e o Estado, coibindo os abusos deste por meio das liberdades públicas e os Direitos humanos fariam parte do Direito Internacional

Público, no qual os Estados – entre si – exigiriam o respeito aos direitos da pessoa humana.¹⁸⁹

Tal fato demonstra que não há uma divisão rígida da “linha” que separa o direito público e privado, mas que conclama a necessidade de analisar em casos concretos quando deve preponderar o interesse particular de dispor de sua integridade física e moral ou o interesse público em regulá-los e até proibir a sua disposição.

Como expõe Antonio Carlos Morato, “os direitos da personalidade nada mais são do que a proteção aos direitos do ser humano sob o enfoque privado”.¹⁹⁰ Porém, ainda que se dê um enfoque privado, como no caso da autonomia em relação à disposição dos direitos da personalidade, não há como se afastar a incidência sobre a pessoa de normas de direito público e privado de forma sincrética e não rigidamente separadas.

Dado este contexto privado e público, os direitos da personalidade estariam inseridos em limites que o sistema de direitos fundamentais (no plano interno, constitucional) e humanos (no plano externo) se valeria, a exemplo da interdependência e indivisibilidade que deve haver entre os direitos inseridos em tais sistemas. E, claro, não se pode deixar de incluir na interpretação de tais sistemas de direito público interno e externo, o sistema de direito privado, já que o tema sujeito de direitos e direitos da personalidade são por ele regulados.

Esta interdisciplinaridade, conforme Flávia Piovesan e Rômulo Russo Júnior, é guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana:

189 MORATO, Antonio Carlos. **Quadro geral dos direitos da personalidade**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, p. 131-132, jan./dez. 2011/2012. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941>>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

190 MORATO, Antonio Carlos. **Quadro geral dos direitos da personalidade**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, p. 130, jan./dez. 2011/2012. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941>>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

Celebra-se, nos planos global, regional e local, o culto ao valor da dignidade humana, diante do desafio de resgatar no direito o seu potencial ético e transformador, tendo sua centralidade, fonte e essência a pessoa humana, o respeito à sua personalidade física e moral e à sua plena e absoluta dignidade.¹⁹¹

Os autores destacam ainda que os conceitos de Kant sobre dignidade, com base na pessoa enquanto fim e nunca como meio, assim como seu imperativo categórico e autonomia como fundamento da dignidade, influenciaram os dois planos jurídicos:

Se no plano internacional, o impacto desta vertente “kantiana” se concretizou com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (todo ele fundamentado no valor da dignidade humana, como valor inerente à pessoa), no plano dos constitucionalismos locais, a vertente “kantiana” se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade humana.¹⁹²

Este ponto é importante, como visto, porque o conceito de Kant de autonomia influenciará não só a liberdade jurídica presente na Constituição Federal de seguir suas normas morais na ausência de normas jurídicas, mas também de dignidade nela positivado.

191 PIOVESAN, Flávia; RUSSO JÚNIOR, Rômulo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso. (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 18.

192 PIOVESAN, Flávia; RUSSO JÚNIOR, Rômulo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso. (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 17.

Contudo, a dignidade não é apenas o fundamento da proteção da pessoa e o fio condutor que guia uma aplicação interdisciplinar de diversos sistemas jurídicos no plano interno e externo; ela seria também um limite. A problematização feita no primeiro capítulo sobre a dignidade abstrata é pertinente neste capítulo sobre limites, porque a abstração de uma proteção integral da pessoa, a qual seria “guiada pela bússola da dignidade humana”, serve apenas a uma bússola.

O conteúdo ético dos direitos humanos e direitos fundamentais se guia por uma específica bússola moral, a qual se baseia em juízos discriminatórias de outros que vivem outras dignidades e que, portanto, existem sob o manto de outros valores que não os ocidentais. Neste ponto, conforme Paul Ricoeur:

Haverá necessidade de distinguir entre ética e moral? Verdade seja dita, nada na etimologia ou na história do uso das palavras o impõe: uma provem do grego, a outra do latim, e ambas remetem para a ideia de costumes (*ethos, mores*). Podemos, todavia, vislumbrar uma subtil diferença consoante se acentua o que é estimado como bom ou o que se impõe como obrigatório. E por convenção que reservarei o termo “ética” para o desígnio de uma vida consumada sob o signo das acções estimadas como boas, e o de “moral” para o aspecto obrigatório, marcado por normas, obrigações e interdições caracterizadas simultaneamente por uma exigência de universalidade e por um efeito de coerção. Na distinção entre o desígnio de uma vida boa e a obediência às normas, facilmente se reconhecerá a oposição entre duas heranças: a herança aristotélica, onde a ética é caracterizada pela sua perspectiva teológica (de *telos*, que significa “fim”); e uma herança kantiana onde a moral é definida pelo carácter de obrigação da norma e, portanto, por um ponto

de vista deontológico (deontológico significando precisamente “dever”).¹⁹³

Assim, o conteúdo ético de dignidade se refere a uma perspectiva teleológica da pessoa perseguindo seus fins particulares: a busca por uma vida boa. Entretanto, nas sociedades ocidentais, o que fundamenta tal dignidade são as obrigações morais que a sociedade deu a si, como por exemplo, os conceitos ocidentais de vida, corpo, crença, propriedade e família.

As obrigações morais da sociedade ocidental, entre elas as colonizadas, vem do credo cristão e não de uma pretensa neutralidade que conceitos abstratos significariam, apesar de que, não havendo uma designação do que seriam “fins particulares”, não haveria um conceito homogêneo de dignidade.

Aqui, como defendido, a autoproteção da sociedade nacional funcionaria como um poder estruturado socialmente para impedir que as obrigações morais majoritariamente aceitas, oriundas de uma sociedade colonizada pela Europa, não perdessem seu caráter de obrigatórias ou que outras fossem igualmente válidas.

Tratar, pois, de disposição dos direitos da personalidade dos indígenas não pode desconsiderar que suas obrigações morais perante seus corpos e atributos incorpóreos (como identidade e cultura) deverão passar por um crivo perante a sociedade não indígena, a qual sequer se acanha em tratá-los como meio para a integração nacional, mesmo após a tutela da dignidade na Constituição Federal de 1988 como “parâmetro e referência ética a inspirar o constitucionalismo ocidental.”¹⁹⁴

Ressalte-se que o princípio da dignidade, além de ser o fundamento constitucional da tutela integral da pessoa, é o principal

193 RICOEUR, Paul. **Ética e moral**. Covilhã: Lusofia, 2011. P. 3-4.

194 PIOVESAN, Flávia; RUSSO JÚNIOR, Rômulo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso. (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 17.

parâmetro na literatura jurídica quando se trata de limites à disposição dos direitos da personalidade. Conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Dessa maneira, muito embora os direitos da personalidade sejam indisponíveis ao seu titular, admite-se, eventualmente, uma cessão do seu exercício em determinadas situações e dentro de certos limites. Significa, pois, a existência da possibilidade de ato de disposição, ainda que em caráter relativo, não sacrificando a dignidade do titular.¹⁹⁵

A dignidade como um limite à disposição dos direitos da personalidade traria consigo dois problemas: nem todos os casos seriam profundos o bastante para envolver o tema dignidade, bem como, em casos de dignidades distintas do ocidental, juízos morais discriminatórios podem ser usados para impor limites não amparados juridicamente.

No que concerne ao primeiro problema, é comum o entendimento de que não se pode “sacrificar” a dignidade do titular. Contudo, há o problema da banalização da tutela de um princípio tão central ao ordenamento jurídico. A violação dos direitos da personalidade, em qualquer de suas vertentes – física ou moral – nem sempre adentra os domínios da dignidade. De acordo com Fernando Leal:

A conjugação de uso retórico com aplicação inflacionada e desparametrizada traz como consequência mais grave a trivialização ou banalização da dignidade. A norma é frequentemente mencionada, mas sem que a sua invocação seja crucial

195 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Salvador: Juspodium, 2018. P. 197.

ou, antes disso, que se saiba exatamente qual é o seu sentido ou como deve ser concretizada.¹⁹⁶

O parâmetro kantiano usado como base para os ordenamentos jurídicos de dignidade enquanto busca por um fim, tendo a autonomia como fundamento para o domínio do bem viver, não implica que qualquer caso tenha a dignidade como crucial para a sua apuração.

Seja em um enfoque privado ou público, se a violação não é um impeditivo para que a pessoa possa ter uma vida boa, não há o que se falar em violação da dignidade. Uma pessoa, por exemplo, que cai em um *shopping* em razão de não haver sinalização de que o chão estava molhado e passa por um vexame público, certamente pode ter tido sua honra violada, mas nada a impede de continuar a perseguir uma vida boa. Contudo, uma pessoa que na mesma situação cai e sofre uma lesão que a leva a ter dor crônica, ou ainda, que sofre uma paraplegia, tem o seu projeto de vida interrompido e impedido, o que certamente é profundo suficientemente para ser um caso de violação da dignidade.

Segundo Brunello Stancioli há ações necessárias em determinado espaço e momento histórico para afirmar os valores da personalidade, da mesma forma, “há ações que devam ser evitadas para que sua personalidade não seja desconstruída. Negar isso pode ser, no mínimo degradante, ou, mais além, atentatório à pessoa natural”.¹⁹⁷

É exemplificativo o que se passa com a ideia de dignidade humana. Podendo significar algo e seu contrário, ou seja, autonomia e heteronomia, a dignidade não se sujeita a qualquer controle lógico

196 LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional, **Direitos fundamentais & Justiça**, ano 9, n. 33, P. 144, out./dez. 2015. Disponível em <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/155>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

197 STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. P. 122-123.

racional, representando, mais das vezes, simples exercício de retórica.¹⁹⁸

De outro lado, se a autonomia é um fundamento da dignidade, não se pode ter a dignidade como uma norma externa limitadora dos direitos da personalidade. Não seria ela, então, propriamente um limite, mas há casos em que a lesão aos direitos da personalidade é uma lesão à dignidade do seu titular, desde que, trate-se de ato que interrompa ou impeça uma vida boa, que seja verdadeiramente degradante, ou seja, que desconstrua a personalidade de modo atentatório à pessoa humana.

Se o objetivo é não trivializar ou banalizar a dignidade da pessoa humana, a dignidade será, então, um paradigma em relação ao exercício dos direitos da personalidade quando se impeça ou interrompa sua concretização, o que, nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira:

Logo, concretizar a dignidade é atribuir a cada pessoa a ampla liberdade para que ela construa sua própria vida, realizar suas necessidades, faça as suas escolhas e “adone-se” de sua existência, dirigindo-a da forma que lhe traga maior realização, pois as concepções de cada um devem ser consideradas, uma vez que todos os valores são possíveis no Estado Democrático de Direito, que, como visto, tem o pluralismo como um dos pilares fundamentais.¹⁹⁹

Sendo, portanto, a dignidade a concretização de valores da vida, entre eles os valores constitutivos da pessoa – sua personalidade – a

198 CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun; FIGUEIREDO, Ana Ascensão Verdadeiro de. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma versão crítica. In: CORREIA, Fábio; CAPUCHO, Fábio Jun. (coords.). **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinelato**. Barueri: Manole, 2019. P. 33.

199 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coord.). **Teoria Geral do Direito Civil: questões controvertidas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 158.

dignidade se vincula à autonomia e não propriamente à heteronomia, ou seja, limites externos.

Porém, a dignidade pode ser compreendida como um limite ao “não limite”. Os direitos da personalidade, como regra, comportam em um primeiro momento apenas a autolimitação que a pessoa dá a si, com exclusão da sociedade. Por esta razão, o artigo 11 do Código Civil tem uma péssima redação: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

A redação do citado artigo é inconstitucional porque, conforme artigo 5.º, II da Constituição Federal, em matéria de autonomia, a lei regula a exceção e não a regra. Não pode lei infraconstitucional inverter a determinação constitucional, de modo a permitir a disposição dos atributos da personalidade apenas conforme as exceções permitidas em lei.

A inconstitucionalidade aqui é direta e não reflexa, o artigo 11 do Código Civil viola frontalmente a determinação constitucional de que a liberdade é regra e não exceção. É até uma tarefa impossível a norma regular todas as formas de exercício e disposição dos direitos da personalidade, especialmente quando se leva em consideração que a afirmação de tais direitos ocorre em um contexto histórico e cultural, e, no Brasil especificamente, dentro de uma sociedade culturalmente diversa.

Dada a impossibilidade de a norma regular todas as possibilidades de modos de ser e agir a partir dos atributos corpóreos e incorpóreos, a ordem pública – no caso a atividade legislativa – deverá atuar apenas quando há um interesse público concreto e que justifique a proibição ou limitação da disposição dos atributos da pessoa, e não de uma forma genérica.

A dignidade não é em si um limite genérico, mas pode ser tida como um limite à não existência de limites. É pelo caso concreto que se verifica tratar-se ou não de uma questão de dignidade, como, por exemplo, quando a violação de um ou alguns de seus fundamentos

jurídicos impede a concretização de uma vida boa. Brunello Stancioli assim exemplifica:

Para tentar ser mais claro, há determinadas ações consideradas desumanas. Uma pessoa que vive em uma determinada região, sem requisitos mínimos de higiene, sem água tratada, sem esgoto, ao olhar do ocidente está submetida a “tratamento desumano”. No rigor técnico, falta, neste caso, um valor (as condições de habitação) que possa conduzir a pessoa a uma vida digna, boa, que vale ser vivida.²⁰⁰

Vê-se que o parâmetro “vida que vale ser vivida” é extraído de um fundamento da dignidade, especificamente o direito à habitação com saneamento básico. Logo, a dignidade em si não é um limite, mas sim os direitos denominados *fundamentais* por serem a base de uma vida digna.

Por outro lado, e aqui especificamente sobre os direitos da personalidade, como se pode afirmar que há “vidas que não valem ser vividas” ou que há situações da vida que impedem a constituição de uma vida digna ou que vale ser vivida, não é todo valor constitutivo da pessoa que é merecedor de tutela, já que pode impedir a pessoa ou terceiro de ter uma vida boa.

Então, é possível afirmar que há limites ao exercício e disposição dos direitos da personalidade, mas que estes se encontram em outros direitos que igualmente fundamentam a dignidade e não apenas a autonomia em sua dimensão de autodeterminação ou autogoverno.

A não existência de limites é barrada pelo princípio da dignidade, pois há situações que envolvem a disposição dos direitos da personalidade que não merecem tutela, as quais, conforme Stancioli, devem ser evitadas porque desconstroem a qualidade da pessoa (personalidade) ou impedem sua construção. Porém, os limites em

200 STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. P. 124.

si estarão nas bases jurídicas da dignidade, ou seja, em direitos cuja violação impeça a concretização de uma vida digna.

Feitas estas reflexões sobre dignidade e limites aos direitos da personalidade, é interessante observar, como defendido no primeiro capítulo, que é o “olhar ocidental” de onde se parte a conclusão de “tratamento desumano”. Todavia, sendo o pluralismo um fundamento constitucional, a dignidade deve ser interpretada em um contexto culturalmente diverso e dela não se pode valer a autoproteção da sociedade nacional para emitir juízos morais discriminatórios de outras culturas.

Veja-se o exemplo do neonaticídio. Não se está aqui a defender, por exemplo, que os povos indígenas têm o direito a esta prática de disposição do corpo de um neonato. Contudo, primeiramente, a posição moral é discriminatória porque parte de um juízo genérico de que todas as etnias teriam tal prática. Como esclarece Bruce Albert acerca da prática entre os Yanomami:

Para as mulheres yanomami, eliminar um recém-nascido nas condições descritas acima era recorrer a uma opção drástica, porém coletivamente aceita em função de circunstâncias notoriamente adversas. Portanto, do ponto de vista da sua sociedade, essa conduta não era julgada como um desvio de conduta individual – um crime – como o seria a partir dos nossos próprios códigos morais e jurídicos.

[...]

Em todos os casos, essa prática era sempre para as mães yanomami uma escolha extrema, causadora de grande tormento psicológico. Portanto, nada nos permite rotular preguiçosamente o neonaticídio como uma simples “regra cultural” – para não dizer “ritual” – e logo condená-la com todo o arsenal de preconceitos com o qual nosso imaginário projetivo assola habitualmente os povos indígenas. Devemos

fazer o esforço de entender o contexto social no qual essas mães eram levadas a tal escolha.²⁰¹

Não se trata, portanto, de uma barbárie praticada por quem não possui qualquer respeito pela vida de um ser humano e, sim, uma prática em um contexto sociocultural extremo, ou seja, de último recurso, e que, diferentemente de um juízo baseado em preconceitos, não quer dizer que os povos que o praticam não têm respeito pela vida ou por recém-nascidos. Pelo contrário, ainda conforme Bruce Albert:

As mulheres yanomami decidiam eliminar os seus bebês recém-nascidos unicamente em situações adversas nas quais eles não tinham capacidade de resistência física e/ou possibilidade de nutrição adequadas. Isto é, quando careciam das condições mínimas – biológicas, sociais e econômicas – de sobrevivência no contexto do modo de vida yanomami tradicional. Portanto, seria possível dizer que o neonaticídio yanomami constituía uma medida extrema para evitar uma mortalidade infantil inevitável. Somente as crianças às quais se podia garantir viver e crescer com saúde eram efetivamente criadas (os conhecedores da sociedade yanomami sabem do extremo carinho e cuidado das mães yanomami com seus filhos). Os outros recém-nascidos, condenados de antemão pelas condições desfavoráveis do seu nascimento, deviam ser sacrificados para não ter que conhecer um inútil sofrimento e acabar morrendo pouco tempo depois.²⁰²

201 ALBERT, Bruce. “Infanticídio”: comentários e esclarecimentos. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2006/2010**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. P. 284.

202 ALBERT, Bruce. “Infanticídio”: comentários e esclarecimentos. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2006/2010**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. P. 285.

A dor e sofrimentos experimentados pelas mães demonstram que é algo que internamente busca-se evitar. O contexto sociocultural é importante para compreensão antes da tomada de medidas, já que não se justifica a prática perante o direito interno e externo. Contudo, é pelo dever de compreensão e diálogo que as melhores soluções serão tomadas e não simplesmente pela subsunção ao crime de infanticídio.

Sem o dever de compreensão, tratado no item anterior, a busca por soluções em uma relação interétnica parte de um juízo discriminatório de que “os indígenas de forma generalizada não respeitam a vida, a pessoa humana e matam seus recém-nascidos” e tenderia a perseguir criminalmente tais condutas, quando:

Nesse contexto, a questão do neonaticídio yanomami deve ser tratada em termos de saúde coletiva e pública e não pode ser instrumentalizada em cruzadas moralistas medievais contra as culturas indígenas. A responsabilidade dos poderes públicos certamente não consiste aqui em inventar recursos repressivos contra as mães indígenas a pedido de uma ou outra facção religiosa, mas sim de procurar aplicar melhor a legislação sanitária existente afim de ampará-las e de lhes fornecer condições (a serem debatidas e definidas com elas) para evitar esse recurso extremo de eliminação de neonatos.²⁰³

Como também já se tratou, o direito não pode ter conteúdo messiânico, como ocorre na autoproteção moral que se inspira na religião majoritária. A repressão pela persecução criminal, por se basear em posições morais preconceituosas, não adentra o domínio da inteligibilidade intercultural e não soluciona a causa.

Por isso que o dever geral de respeito entre culturas parte da inteligibilidade entre elas, seja para afirmar uma conduta ou

203 ALBERT, Bruce. “Infanticídio”: comentários e esclarecimentos. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2006/2010**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. 285.

infirmá-la. A atuação do Estado, aqui convocada a se responsabilizar pela mediação em relações interétnicas, não pode mais ser estruturadas pelo histórico racismo ou por “cruzadas moralistas”, mas pelo diálogo intercultural.

Sabe-se que o diálogo intercultural, como dever de respeito à pessoa dos povos indígenas e a seus valores constitutivos da personalidade, são apoiados no código moral majoritário da sociedade ocidental, particulares a ela, porém, tidos como universal:

Na Europa Ocidental, somos as testemunhas, e frequentemente os actores, de conflitos desse gênero em que se confrontam a moral dos direitos humanos e a apologia das diferenças culturais. O que não vemos é que a pretensão universalista vinculada à nossa proclamação dos direitos humanos se encontra ela própria manchada de particularismo, mercê da longa coabitação entre estes direitos e as culturas europeias e ocidentais onde pela primeira vez foram formulados.²⁰⁴

Não se trata somente o universalismo de uma mancha, mas de uma estrutura racista ocidental que perdura até os dias de hoje. Dessa forma, superá-la significa apoiar-se em um interculturalismo no qual o diálogo possa criar condições de ver outros “particularismos” e não somente o particularismo universalizante ocidental.

O olhar ocidental não é o único que detém o saber sobre modos de ser merecedores de tutela, ou ainda, não é o único árbitro da “vida que vale ser vivida”, pois “Convém lembrar que o direito de ser é fundamental. Nasce-se provido de determinados dados componentes da personalidade, mas esta deverá ser desenvolvida em determinado espaço e protegida pelo Direito [...]”.²⁰⁵

204 RICOEUR, Paul. **Ética e moral**. Covilhã: Lusofia, 2011. P. 15.

205 PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **Direito à personalidade integral – cidadania plena**. 1996. 126 f. Tese (doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. P. 19.

Entretanto, mesmo que não se possa negar que haja um dever fundamental de diálogo baseado no interculturalismo, os parâmetros serão inicialmente os valores ocidentais. Ainda assim, romper com o preconceito e outras formas de discriminação é também um dever fundamental e, portanto, a sociedade majoritária deve apresentar justificativas não discriminatórias tanto para proibir quanto para regular a afirmação dos valores constitutivos da pessoa dos povos indígenas.

Também, deve a sociedade não indígena abster-se de apresentar justificativas morais discriminatórias como motivo para violar os direitos dos povos indígenas. O dever de compreensão e diálogo intercultural consubstancia, conforme Bhikhu Parekh,²⁰⁶ um dever de explorar a significação da prática, que lugar ela ocupa no modo de vida e o porquê de ela ser considerada um valor:

Uma vez que os valores públicos operacionais representam a estrutura moral compartilhada da vida pública da sociedade, eles fornecem o único ponto de partida amplamente aceitável para um debate sobre práticas minoritárias. Podemos responder às práticas de várias maneiras diferentes, como bani-las, desencorajá-las, tolerá-las, encorajá-las ou celebrá-las e apresentá-las como exemplos para o resto da sociedade. Em cada caso, nosso julgamento inicial é baseado nos valores públicos operacionais da sociedade. Quando uma prática minoritária os ofende, convida-se a desaprovação. No entanto, isso não é motivo para proibi-lo. A prática faz parte do modo de vida da minoria, e a sociedade deve a sua minoria explorar o que a prática significa para ela, que lugar ela ocupa em seu modo de vida e por que a considera valiosa. Além disso, os valores públicos operantes não estão imunes à crítica e à mudança. Uma vez que geralmente representam

206 PAREKH, Bhikhu, **Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory**. Londres: Macmillan Press, 2002. P. 270.

uma concepção particular da boa vida, e uma vez que toda concepção da boa vida é parcial, é provável que discriminem ou influenciem indevidamente aqueles cujas experiências históricas e concepções do bom são diferentes. (Tradução livre).²⁰⁷

O interculturalismo não pode, assim, ter por fundamento posições morais discriminatórias, senão, recai-se em um histórico messiânico e repressivo de que as visões ocidentais sobre bem viver são as únicas que merecem ser vividas. A necessidade de interculturalismo nasce de um fato: a pluralidade cultural no Brasil. De uma sociedade plural, espera-se que “uma política fundada no pluralismo cultural se constituía antes de tudo num exercício de respeito a diferença”.²⁰⁸ Segundo María José Fariñas:²⁰⁹

A interculturalidade aborda a relação entre as culturas com base na igualdade e não na superioridade hierárquica. Esta é a razão pela qual as transformações propostas pela filosofia intercultural são articuladas a partir do “exterior” ou da “excentricidade” daqueles elementos culturais, racionalidades e conhecimentos

207 No original: Since the operative public values represent the shared moral structure of society's public life, they provide the only widely acceptable starting point for a debate on minority practices. We may respond to the practices in several different ways, such as ban them, discourage them, tolerate them, encourage them, or celebrate and hold them up as examples to the rest of society. In each case our initial judgement is based on society's operative public values. When a minority practice offends against them, it invites disapproval. However, that is not a reason to disallow it. The practice forms part of the minority way of life, and society owes it to its minority to explore what the practice means to it, what place it occupies in its way of life, and why it considers it valuable. Furthermore, the operative public values are not themselves beyond criticism and change. Since they generally represent a particular conception of the good life, and since every conception of the good life is partial, they are likely to discriminate against or bear unduly heavily on those whose historical experiences and conceptions of the good are different.

208 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A crise do indigenismo**. Campinas: Unicamp, 1988. P. 59.

209 FARIÑAS, María José. Derecho e interculturalidad: el encuentro con el outro. In: BOMFIN, Vinícius Silva; ARCELO, Adalberto Antônio Batista; SÁ, Mariana Oliveira de. (org.). **Interculturalidade, poder, direitos**. Curitiba: Appris, 2019. P. 18.

que foram ocultados ou marginalizados pela “centralidade” da tradição filosófica ocidental.²¹⁰

Sem um diálogo intercultural, fundado não em um multiculturalismo liberal que não retirou a centralidade do ocidente, mas também o afirma em posição hierárquica, não se avança na pauta social e jurídica de afirmar o direito à diferença, em especial no que a “diferença” carrega de substância para a concretização da dignidade dos povos indígenas.

A afirmação do corpo com significações sociais é um modo de existir que vale ser vivido. Esta forma de construir a pessoa não é algo apenas “exótico”, mas produz efeitos jurídicos de respeito e consequentes deveres de ações de diálogo intercultural, bem como deveres de abstenção de violá-los.

A partir dessa perspectiva intercultural de deveres jurídicos decorrentes da afirmação dos direitos da personalidade dos povos indígenas que serão estudados dois casos a seguir: o da família Tukano que reivindicava a articulação de saberes para o tratamento de saúde de uma criança picada por cobra; e, o direito ao corpo morto nas sociedades Yanomami.

2.2. UM CASO PARADIGMÁTICO: OS TUKANO, PICADA DE COBRA E O DIREITO AO CORPO NO TRATAMENTO DE SAÚDE

Tratamentos de saúde que podem resultar em morte invocam o medo de que dela tem a sociedade ocidental, associado às obrigações morais que decorrem de tal medo, Busca-se evitá-la a qualquer custo, muitas vezes não importando se os procedimentos para tanto não

210 No original: La interculturalidad afronta la relación entre las culturas sobre una base de igualdad y no de superioridad jerárquica. Ésta es la razón por la cual las transformaciones propuestas desde la filosofía intercultural se articulan desde el “exterior” o desde la “excentricidad” de aquellos elementos culturales, racionalidades y conocimientos que han sido ocultados o marginados por la “centralidad” de la tradición filosófica occidental.

respeitam direitos fundamentais ou se irão resultar em uma vida indigna.

Um exemplo da própria sociedade não indígena é o caso das Testemunhas de Jeová, as quais reivindicam um projeto de vida, de acordo com sua liberdade de crença, no qual a transfusão sanguínea é recusada com base nos mandamentos de sua divindade e livro sagrado.

Como explica Raquel Elias Ferreira Dodge na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 618:

As Testemunhas de Jeová formam uma comunidade religiosa cristã, iniciada no século XIX por estudiosos da Bíblia. Segundo a interpretação que as Testemunhas de Jeová fazem da Bíblia, Deus permite o consumo da carne de animais, mas impõe a abstenção do respectivo sangue, que representa a alma e a vida. Seus membros são conhecidos pelo persistente proselitismo religioso, pela não intervenção em atividades políticas e militares e, mais especificamente, pela recusa a transfusões de sangue.

Individualmente, o consumo de sangue faz a Testemunha de Jeová se sentir impura e indigna do reino de Deus. Coletivamente, até o ano 2000, gerava a exclusão do membro da comunidade, perdendo a condição de “irmão” e, conseqüentemente, o convívio social.²¹¹

O caso dos Testemunhas de Jeová será tratado como análogo ao da família Tukano, uma vez que tais casos envolvem as obrigações morais da sociedade ocidental de evitar a morte a qualquer custo, ainda

211 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUNAL (Pleno). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 618. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessado: Presidente da República e Conselho Federal de Medicina. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402/>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023. Petição inicial, p. 05.

que tenham por consequência a violação de direitos fundamentais no caminho e a dignidade ao fim.

Aqui cabe ressaltar que o medo da morte não escapou aos filósofos da sociedade ocidental. Como diria Epicuro em sua carta sobre a felicidade:²¹²

Não existe nada de terrível na vida para quem está perfeitamente convencido de que não há nada de terrível em deixar de viver. É tolo, portanto, quem diz ter medo da morte, não porque a chegada desta lhe trará sofrimento, mas porque o aflige a própria espera: aquilo que não nos perturba quando presente não deveria afligir-nos enquanto está sendo esperado.

A desautorização do direito de dispor do corpo que possa causar a morte em tratamentos de saúde, seja por motivo de crença ou consciência, vem de um tabu perante a morte e todo o sofrimento que dela decorre. Porém, um dever moral como base em um dever jurídico de evitá-la a qualquer custo pode levar a situações não merecedoras de tutela. Nelson Rosenvald explica que:

Atualmente a experiência da espera da morte é um fato raro. Quando a doença crônica de forma grave e irreversível, em uma espécie de acordo tácito, familiares e médicos escamoteiam o inevitável. [...] Ao invés de um desfecho sereno, procedimentos fúteis e desproporcionais acarretam um processo de passamento penoso e indigno.²¹³

Novamente, não se quer afirmar que não há limites, mas sim demonstrar que quem assume o risco de morte por liberdade de

212 EPICURO. **Carta sobre a felicidade**. São Paulo: Unesp, 2002. P. 201.

213 ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2.^a ed. Salvador: Juspodium, 2018. P. 91-92.

crença, como os Testemunhas de Jeová, não despreza a vida, pois em tais casos não há conflito entre direito à vida e demais liberdades. Ainda de acordo com Raquel Dodge:

A recusa à transfusão de sangue não significa desejo de morte ou desprezo pela saúde e pela vida. A Testemunha de Jeová encara a vida como uma dádiva de Deus e não hesita em procurar assistência médica quando necessário. Defende e incentiva a existência e o desenvolvimento de métodos alternativos à transfusão de sangue, mas, na sua impossibilidade, prefere se resignar à possibilidade eventual de morte do que a violar suas convicções religiosas.²¹⁴

Ter uma posição moral distinta da ortodoxia ocidental perante a morte e aceitar sua possibilidade não é uma violação do direito à vida. Pelo contrário, não se trata de um conflito entre vida e crença, pois não querer que o sangue de outra pessoa seja introduzido no seu corpo é uma reivindicação do direito à vida digna, de ter por fim particular evitar uma vida com sangue alheio em contrariedade ao mandamento de sua divindade.

Não se quer a morte, quer-se viver de acordo com seu projeto de vida boa. Não há violação do direito à vida se a busca é pela vida, mas não qualquer vida, já que o Testemunha de Jeová deseja a vida boa e não a morte.

O conflito aparece apenas se se despreza uma vida digna, pois ao receber transfusão forçada, evitando-se a morte a qualquer custo, o resultado é desumano, pois terá a pessoa que viver indignamente com sangue de outra pessoa – uma existência em desacordo com suas convicções religiosas.

214 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUNAL (Pleno). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 618. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessado: Presidente da República e Conselho Federal de Medicina. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402/>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023. Petição inicial, p. 05.

As obrigações morais do ocidente invocadas pelo medo da morte produzem o efeito jurídico de o Estado impor a sua onipotência em detrimento da autonomia da pessoa em relação ao seu corpo, como a transfusão forçada. A superação do medo da morte e o respeito à autonomia dos pacientes deve primeiro passar por uma percepção de que a morte não é uma falha da medicina. Em segundo, se há dignidade na vida, deve haver dignidade na morte.

Como se tratou, há vidas que não merecem ser vividas e, portanto, evitadas, como viver forçadamente com sangue alheio se o paciente, adulto, capaz de tomar decisões, assim dispõe do seu corpo, pois há situações nas quais a busca por uma vida boa leve em conta a resignação perante a ocorrência da morte.

De acordo com Sarlet:

Assim, se da dignidade – na condição de princípio fundamental – decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (pelo Estado e particulares), seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais específicos, seja de modo autônomo, igualmente haverá de se ter presente a circunstância de que a dignidade implica também, em *ultima ratio* por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas.²¹⁵

Aqui, como explica Sarlet, a afirmação do direito ao corpo pode ser tratada como uma questão de dignidade sem sua banalização, pois não se pode impor o respeito a todos, sem se admitir que tal respeito depende de como o indivíduo estabelece certos limites para si mesmo.

215 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 114.

Portanto, não é estranho em nossa sociedade que por motivos de crença, a exemplo da convicção religiosa, o homem crie limites à disposição do seu corpo, impondo a si mesmo um dever de não ultrapassar certo dever moral, como por exemplo, o caso das Testemunhas de Jeová que não permitem a transfusão sanguínea (integridade corporal) em razão de sua liberdade religiosa (integridade moral).

Logo, pode-se afirmar que há precedentes em nossa sociedade de autorregulação do corpo com base em liberdades públicas que se vinculam ao modo de a pessoa dispor do seu corpo. Neste ponto, o caso aqui estudado é paradigmático, pois a negativa de intervenção médica veio de uma decisão familiar, com base na possibilidade de cura pelo *Kumu* – especialista indígena em saúde – indo, de certo modo, contra um diagnóstico médico.

O que diferencia os casos é que, além de os indígenas demandarem um não agir – não amputação, reivindicaram também um agir, que o pajé atuasse em igualdade na cura do acidente ofídico.

Aqui cabe destacar a fala de João Paulo Barreto sobre o caso:

Minha sobrinha L. B. sofreu uma picada de cobra em nossa comunidade e foi enviada a Manaus para o tratamento. Depois de um período não tão longo, os médicos decidiram por amputar o pé dela e nós, como família, fomos contra essa decisão depois de termos consultado o *Kumu*, especialista indígena, que nos garantia outra possibilidade, a de cura fazendo uso de conhecimentos indígenas e da própria ciência.²¹⁶

Assim, de um tratamento de saúde para acidente ofídico se instaurou um conflito entre a etnia Tukano, representada por uma família que reivindicava o direito a um tratamento de acordo com suas

216 ANDRADE, J.; VIEIRA, A. Provas imateriais: experimentos entre a ciência e formas de conhecer indígenas: Entrevista com João Paulo Lima Barreto. **Revista de Antropologia**, v. 55, n. 1, p. 527, 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/47581>>. Acesso em 07 de março de 2019.

especificidades culturais, e a sociedade não indígena, representada pelos profissionais de saúde e hospitais.

O caso, nas palavras de Luciana Gadelha, Procuradora da República que nele atuou:

No dia 13 de janeiro de 2009, por volta das 19h, recebemos na Procuradoria da República no estado do Amazonas telefonema da indígena Maria Miquelina Barreto Machado, relatando que a sua sobrinha, com 11 anos de idade, também indígena da etnia Tukano, estava internada no Setor de Isolamento do Hospital Infantil João Lúcio, na cidade de Manaus, em virtude de acidente ofídico no pé direito, ocorrido no município de São Gabriel de Cachoeira.

Durante o telefonema, chorando muito, a Sra. Miquelina informou que a sua sobrinha seria submetida à cirurgia de amputação da perna direita, naquela mesma noite, em virtude de, segundo os médicos daquela unidade de saúde, a criança estar sofrendo risco de infecção generalizada, em decorrência do acidente ofídico. A tia da criança ressaltava que se a sua sobrinha fosse submetida ao tratamento tradicional indígena, ela poderia melhorar, sem precisar ter a sua perna amputada.

Na mesma noite, a Procuradora titular do 1º Ofício Cível da PR-AM, juntamente com os Procuradores da República titulares do 1º Ofício Criminal e do 4º Ofício Cível, visitaram a criança indígena no Hospital Infantil João Lúcio, a fim de verificar o seu estado de saúde. A equipe médica responsável pela criança, quando inquirida, informou que a cirurgia de amputação da perna direita da criança L. B. T. não seria realizada naquela noite, nem no dia posterior (dia 14 de janeiro), em virtude da não autorização dos pais. Na ocasião, em receituário médico da unidade de saúde, foi recomendado à equipe médica do hospital que a realização de qualquer intervenção cirúrgica na criança L. B. T. somente fosse feita mediante

prévia comunicação ao Ministério Público Federal, na pessoa da Procuradora responsável pelo 1º Ofício Cível da PR-AM.²¹⁷

Diferente do que se possa pensar, o caso não trata somente de se aplicar uma norma existente, no caso o citado artigo 19-F da lei 8.080/90, o qual determina que se sejam consideradas a “realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas” no tratamento de saúde.

O caso foi levado aos Tribunais, tendo a família impetrado uma ação de compensação por danos morais perante a Seção Judiciário do Estado do Amazonas, na qual o fundamento jurídico foi a discriminação sofrida com base na teoria da “falta de um serviço”, pois caberia ao poder público, em especial no Estado com a maior população indígena do Brasil, o Amazonas, ter hospitais preparados para o tratamento de saúde dos povos indígenas conforme suas culturas.

Todavia, a questão é mais profunda e envolve, como tratado, tanto o direito público quanto o direito privado, como por exemplo, os deveres envolvidos na disposição do direito ao corpo por povos indígenas consoante sua cultura, os quais, neste caso, trata da recusa de uma amputação e um tratamento de saúde articulado entre as medicinas.

Estaria, portanto, a solução do caso no campo das relações interétnicas, a qual conforme Roberto Cardoso de Oliveira:

[...] no campo das relações interétnicas, acredito que a via justa de se atingir esses ideais é a instalação definitiva no Brasil de um inequívoco pluralismo cultural. A saber, não apenas a aceitação pela sociedade de urna ideologia pluralista, mas a

217 GADELHA, Luciana Fernandes Portal Lima. A Articulação dos Sistemas Tradicionais e Clássicos de Medicina na Atenção à Saúde dos Povos Indígenas – uma Análise da Atuação do Ministério Público Federal no Caso da Criança Indígena da Etnia Tukano – Alto Rio Negro – Amazonas. In: VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Juspodium, 2011. P. 251-252.

promoção pelo Estado da diversidade de modos de ser, isto é, de existir, de fazer e de pensar, como opções tão legítimas quanto aquelas consideradas expressivas do brasileiro moderno, letrado e predestinado ao desenvolvimento.²¹⁸

Em tal campo, como defendido, reside o de dever diálogo de cultural que nasce do dever geral de respeito aos valores constitutivos de pessoas em um contexto cultural distinto da sociedade nacional. Os diversos modos de ser foram tomados como opção legítima nas normas constitucionais internas e compromissos internacionais, sendo que, no caso, o modo diverso de ser nasce da afirmação do corpo com significações sociais enquanto matriz de direitos e deveres. Sem saber o porquê cultural da recusa e da articulação entre as medicinas, não há como averiguar os deveres jurídicos necessários à tutela dos direitos reivindicados.

O corpo como matriz da sociedade Tukano, seus significados sociais e construção, guiam o direito em um *inequívoco pluralismo cultural*, de onde o dever geral de respeito à integridade corporal e integridade moral que o anima, não tem como parâmetro no tratamento de saúde a bússola nacional, mas a bússola moral Tukano.

Sem a inteligibilidade da cultura Tukano impreterivelmente se cairá em posições morais discriminatórias, como por exemplo, em afirmar a inferioridade de outras formas de tratar o corpo que não a medicina ocidental, ou ainda, a inferioridade de um *kumu* em face dos profissionais de saúde “regularmente” graduados e inscritos nos Conselhos de classe, como aconteceu no caso:

O médico responsável perguntou por qual razão a gente não queria a amputação do pé da minha sobrinha. Um dos Kumu falou que ainda não era necessário e tinha possibilidade de cura, mas o

218 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A crise do indigenismo**. Campinas: Unicamp, 1988. P. 42.

médico rebateu dizendo: “com muito respeito aos senhores, eu estudei oito anos para dizer que é hora de amputar, e vocês nem um dia estudaram”. Isso foi humilhante pra nós, eu saí chorando de lá, pois nunca tinha visto meu pai ser humilhado, ver nossos conhecedores sendo humilhados dessa forma.²¹⁹

Por sua vez, a atuação do Ministério Público Federal, em concordância com o citado artigo 12 da Convenção 169, serviu para tornar inteligível a reivindicação dos Tukano em um conflito legal e partiu do diálogo intercultural ao recomendar a articulação entre as medicinas sem preconceitos:

a.7) para a efetivação da articulação entre o conhecimento médico comum e o conhecimento tradicional deverá o recomendado, através de seus profissionais médicos, envidar esforços comuns no sentido de promover um “diálogo” entre as diferentes culturas, com vistas a buscar o melhor interesse da paciente, qual seja, a tutela do seu direito à vida. Cumpre observar que o sucesso do “diálogo intercultural” dependerá de uma efetiva tentativa de comunicação entre as partes (família, pajé e equipe médica do hospital), sem compreensões e visões de mundo pré-definidas, colocando-se cada qual no lugar do outro, ou seja, diálogo com o pressuposto da igualdade entre as culturas indígenas e do homem branco ocidental. Para tanto, o Ministério Público federal coloca à disposição das partes o analista pericial em Antropologia Walter Coutinho Junior,

219 ANDRADE, J.; VIEIRA, A. Provas imateriais: experimentos entre a ciência e formas de conhecer indígenas: Entrevista com João Paulo Lima Barreto. **Revista de Antropologia**, v. 55, n. 1, p. 528, 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/47581>>. Acesso em 07 de março de 2019.

com o fim de auxiliar no diálogo entre as diferentes culturas.²²⁰

O corpo era a matriz do diálogo, pois, como explica João Paulo Barreto sobre as etnias do alto rio Negro, entre elas a Tukano, “No fundo, o corpo é o ponto de partida para pensar o pensamento e a filosofia rionegrina.”²²¹Se do corpo se originam construções sociais, o dever geral de respeito não se limita apenas ao respeito sob enfoque individual, mas também da sociedade e sua cultura.

Observa-se na recomendação do Ministério Público Federal que o dever de diálogo intercultural, aqui especificado como articulação entre os conhecimentos, surge como um dever da afirmação do direito ao corpo conforme a cultura Tukano, de modo a garantir não só a oponibilidade contra todos em uma dimensão individual do corpo da criança, mas também em uma dimensão coletiva de “igualdade entre as culturas indígenas e do homem branco ocidental”.

O corpo, então, passaria a ter um tratamento de saúde que levaria em conta não só vontades individuais, mas também coletivas. Porém, não se trata de uma mera “expressão” a ser considerada, mas de limites estabelecidos culturalmente que, quando reivindicados individualmente, levam a um dever de não os ultrapassar e tomar medidas para acomodá-los.

Se não se trata de um dever jurídico, dotado de coercibilidade, atribuída em decorrência da afirmação do direito ao corpo em um contexto cultural distinto, não há razão para se conhecer o diferente e interiorizar suas reivindicações étnicas.

220 GADELHA, Luciana Fernandes Portal Lima. A Articulação dos Sistemas Tradicionais e Clássicos de Medicina na Atenção à Saúde dos Povos Indígenas – uma Análise da Atuação do Ministério Público Federal no Caso da Criança Indígena da Etnia Tukano – Alto Rio Negro – Amazonas. In: VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Juspodium, 2011. Anexo A, p. 274.

221 BARRETO, João Paulo. **Kumuã na kahtiroti-ukuse: uma “teoria” sobre o corpo e o conhecimento prático dos especialistas indígenas do Alto Rio Negro**. 2021. 190 f. Tese (doutorado em Antropologia Social). Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2021. P. 08;

Superar todas as formas de preconceito é um dever constitucional suficiente para obrigar a sociedade envolvente e suas instituições a engajar-se em práticas de diálogo intercultural, seja para prevenir ou solucionar conflitos. Do contrário, o preconceito ainda será a base para se negar direitos, como o foi no caso da família Tukano, até que o diálogo intercultural permitiu a articulação entre as medicinas, quando a sociedade não indígena, representada por profissionais de saúde de um hospital, permitiu-se superar a intransigência do preconceito:²²²

Em vez de usar os valores públicos operacionais como um padrão bruto e inegociável para avaliar as práticas minoritárias, a sociedade deve se engajar em um diálogo com a minoria. Uma vez que desaprova a prática minoritária, precisa apresentar razões, e isso envolve mostrar por que defende esses valores e como a prática minoritária os ofende.

Por sua vez, a minoria precisa mostrar por que segue a prática e oferecer uma defesa dela.²²³

Em nada adianta a minoria apresentar a defesa de sua prática se esbarra em preconceitos, estruturados na consciência coletiva e nas instituições. O diálogo intercultural não é paritário, mas um fosso entre uma sociedade dominante e vulneráveis. Por isso, há previsão de certos deveres fundamentais que pautem a conduta daqueles que dominam, como por exemplo, engajar em diálogo para solução

222 PAREKH, Bhikhu, **Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory**. Londres: Macmillan Press, 2002. P. 270.

223 No original: "Rather than use the operative public values as a crude and non-negotiable standard for evaluating minority practices, society should engage in a dialogue with the minority. Since it disapproves of the minority practice, it needs to give reasons, and that involves showing why it holds these values and how the minority practice offends against them.

For its part the minority needs to show why it follows the practice and offer a defence of it.

de conflitos sem preconceitos, ou pelo menos, que posições morais preconceituosas não sejam a base decisória.

Por outro lado, por se tratar da autonomia de vulneráveis, perquirir a autonomia é relevante, pois é dela que nasce a exigência dos comportamentos normativamente esperados, especialmente do Estado, o qual deve, diante da autonomia de mais fracos, abandonar a indiferença multicultural e pretensa neutralidade liberal de igualdade, para atender as necessidades de culturas distintas em um Estado pluralmente diverso.

E é deste ponto que se analisará a negativa de tratamento diferenciado como ilegal, da afirmação do direito ao corpo da indígena aos deveres que dele deveriam decorrer.

2.2.1. O DIREITO AO CORPO E A ILEGALIDADE DA NEGATIVA DE TRATAMENTO POR MOTIVOS CULTURAIS INDÍGENAS

Uma pergunta importante a ser feita, diante da posição moral que se adota na sociedade sobre o corpo, fruto de sua história e crenças, é: *o corpo é sagrado ou sagrado é fazer o que quiser com o próprio corpo?*²²⁴

A primeira posição moral leva a preconceitos excludentes de qualquer outra construção do corpo que não a sagrada a partir de valores cristãos, mas é a majoritária entre as sociedades colonizadas e é dela que se parte também neste caso, pois a disposição do corpo que não considere a sua sacralidade leva a negativa de direitos sobre ele.

A segunda posição é mais condizente com uma sociedade culturalmente plural, desde que consideradas as questões acerca dos limites. Mas, é a correta a se adotar, já que o corpo pode ser sagrado ou não, bem como ser um atributo biológico e cultural. Ou seja, há outras formas além da sagrada de se pensar e existir em um corpo, ou ainda, há outras sacralidades que animam o corpo além da cristã.

224 SÁ, Maria Oliveira de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico? **Quaestio Juris**, vol. 10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017. [on-line]. <Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22052>>. Acesso em 02 de outubro de 2020, p. 441.

Voltando à primeira posição moral, veja-se o que diz Rogério Grecco sobre se negar atendimento médico, ainda que o sujeito seja capaz plenamente:

Entendemos que, no caso de ser imprescindível a transfusão de sangue, mesmo sendo a vítima maior e capaz, tal comportamento deverá ser encarado como uma tentativa de suicídio, podendo o médico intervir, inclusive sem o seu consentimento, uma vez que atuaria amparado pelo inciso I do §3º do art. 146 do Código Penal, que diz não se configurar constrangimento ilegal a “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.²²⁵

Claramente se trata de uma posição de sacralidade do corpo e que vai ao extremo como o suicídio para impor o seu uso desautorizado por médicos. Como os Testemunhas de Jeová são cristão heterodoxos, a autoproteção da sociedade usa de preconceitos – como a suposição de eles quererem a morte – para negar amparo a uma prática minoritária de afirmação do corpo.

Aliás, o conflito vida *versus* crença também é um preconceito usado. Aqui a disposição do corpo é tida como violadora da sua sacralidade pelo impacto que pode ter na vida. Entretanto, as consequências vitais são sempre preconceituosas porque partem da ótica da morte e não da vida digna.

O conflito aparente não deixa de ser um preconceito contra a prática de uma minoria, pois ignora conscientemente que a busca não é morrer, mas viver dignamente, o que, no caso dos Testemunhas de Jeová é viver sem sangue de outra pessoa. Não amputar para a família

225 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 11ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2015. P. 209.

Tukano também não significava querer a morte da criança, mas viver conforme sua cultura.

O preconceito é tão profundo que a sociedade nacional não se importa com a violação de seu inafastável valor da dignidade, pois ao se usar o corpo de uma Testemunha de Jeová sem autorização para transfusão sanguínea forçada, estão impondo-lhe uma vida indigna ao forçar-lhe a ter que viver com sangue de outra pessoa.

Por outro lado, não seria tão intransigente a sociedade majoritária com seus próprios valores, se o seu mais alto valor (a dignidade) pode ser negociado, desde que esteja no horizonte a possibilidade de o Estado deixar de aplicar os valores cristão, como defendido no item sobre autoproteção moral.

A analogia, novamente, é usada porque, dentre as defesas possíveis das sociedades indígenas de suas práticas, está a demonstração das incongruências e hipocrisias da sociedade majoritária, ou ainda, casos similares aos seus que ocorrem internamente na sociedade não indígena.

Assim, pode ser visualizado que a negativa de tratamento de acordo com a cultura Tukano partiu de uma posição moral preconceituosa de seu conhecimento e de suas práticas sobre saúde, fato este que ocorre não só em relações interétnicas, mas também em outras minorias morais que não partilham o modo majoritário de viver da sociedade nacional.

Há um preconceito que também deve ser abordado, pois é sutil e estruturado. Todo o conhecimento indígena é visto como mito, o que, em tese, seria amparado pela via da liberdade de crença. Contudo, nem sempre se está diante propriamente de crença, mas sim de liberdade de consciência.

Segundo João Paulo Barreto, em relação à diferença de conhecimentos sobre o ponto de vista Tukano, “quando as pessoas classificam nossos conhecimentos de mito, para mim isso tem um sentido de desprezo, posso estar errado.”²²⁶

226 ANDRADE, J.; VIEIRA, A. Provas imateriais: experimentos entre a ciência e formas de conhecer indígenas: Entrevista com João Paulo Lima Barreto. **Revista de**

Ao reivindicar a atuação de um *Kumu* não estava a família querendo tratamento de saúde associado a crenças no divino, como por exemplo, o faz alguém que leva um padre ou pastor para orações em um tratamento de saúde. Não se tratava de questões transcendentais, mas da medicina indígena Tukano: a consciência de que o corpo deve ser tratado de uma certa forma conforme elementos biológicos dentro da cultura. Ou seja, os indígenas no caso não deram o tratamento de mito para seus conhecimentos de cura.

Há elementos míticos, mas diferente de um pano de fundo religioso, não recebem tratamento transcendental no sentido de crença e sim de consciência sobre como o mundo é concebido e funciona, nele incluído meio ambiente e seres viventes. Um dos principais elementos da medicina Tukano é o *bahsese*:

Bahsese são fórmulas “terapêuticas” que consiste na manipulação “metaquímica” das qualidades das coisas via oralidade para prevenir, proteger e curar as pessoas. São fórmulas mais preciosas de produção de cuidados adotados pelos especialistas indígenas do Alto Rio Negro. A produção de cuidados pelo especialista é feita tanto individual quanto coletivamente. O *bahsese* coletivo se faz mais para prevenir, para proteger os ataques interpessoais e para proteger de “epidemias”. A forma individual inclui tudo isso e mais a parte de cura. Os *kumuã* falam que sem os *bahsese* a pessoa fica vulnerável, sem proteção e sem resistência, logo, pode ser atingida por diferentes *doatisee* por *duhtitise* provocados por agentes externos como os ataques dos *waimahsã*. De igual modo, sem os *bahsese* de proteção os habitantes de uma comunidade ficam vulneráveis aos ataques e às “epidemias”.²²⁷

Antropologia, v. 55, n. 1, p. 526, 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/47581>>. Acesso em 07 de março de 2019.

227 BARRETO, João Paulo. ***Kumuã na kahtiroti-ukuse: uma “teoria” sobre o corpo e o conhecimento prático dos especialistas indígenas do Alto Rio Negro.*** 2021.

Observe-se que há elementos míticos no *bahsese*, porém não se demonstra adequado dar-lhe amparo jurídico como (ou apenas) liberdade de crença, uma vez que culturalmente não é tratado como tal, mas sim como uma forma de tratamento do corpo:

Dessa forma, no discurso e nas fórmulas de *bahsese*, a noção de tais elementos é bastante presente. Os especialistas *yai*, *kumu* ou *baya* usam tabaco e *ipadu* para sua concentração e criação de ideias, tal como fizeram os demiurgos. Portanto, quando o especialista exerce sua função se comunicando com o cosmos ele está justamente se referindo a esse modelo que tem a ver com a composição e fortificação do corpo humano, tanto intelectual como fisicamente.²²⁸

A integridade moral neste ponto necessariamente advém da liberdade de consciência construída culturalmente, ou seja, são os atributos morais de identidade étnica, os quais consubstanciam os modos de pensar e ser no mundo que definirão o corpo bioculturalmente, a incluir o seu tratamento de saúde.

Diferente do exemplo dado do sacerdote que vai ao hospital orar em nome do paciente, o qual faz uso de elementos míticos para se associar ao tratamento de saúde, o *bahsese* é o modelo de tratamento de saúde Tukano. Não se crê nele como se faz em narrativas míticas, mas se tem a consciência de que, enquanto fruto da cultura Tukano (aí incluída cosmovisões, por exemplo), trata-se de um modelo válido de tratamento de saúde.

O tratamento do conhecimento indígena, a incluir o conhecimento medicinal, como apenas narrativas e mitos, é uma forma de preconceito em que não se permite a distinção entre liberdade de

190 f. Tese (doutorado em Antropologia Social). Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2021. P. 88.

228 BARRETO, João Paulo Lima. **Waimaihsã: peixes e humanos**. Coleção Reflexividades indígenas. Manaus: EDUA, 2018. P. 65.

crença (que tem por base crer no transcendental não experimentado fisicamente) e liberdade de consciência.

A liberdade de consciência não exclui o transcendental, mas o inclui na experimentação do mundo físico pelos modos de ser, pensar e nele agir a partir de suas compreensões, em especial as culturais.

Porém, sem a inteligibilidade pelo diálogo intercultural não há como se superar o preconceito dos conhecimentos indígenas como apenas mitos e, assim, validar outros modelos de conhecimento em outras matrizes como a indígena, a qual, no caso dos Tukano é a cosmológica:

[...] o intento é produzir conhecimento para que ele se torne inteligível aos não-indígenas. O primeiro objetivo é esse mesmo, fazer com que seja inteligível, que não seja visto nesse âmbito: mitos, lendas e fábulas. Esse é o primeiro objetivo. Porém, ao fazer isso, do ponto de vista dos Tukano, dos indígenas, não estou produzindo conhecimento, só estou colocando-o de forma inteligível. É para a ciência que estou produzindo conhecimento, porque vou fazer com que outras pessoas entendam como funciona o pensamento tukano. Isso remete ao que falamos há pouco, que a forma de conhecimento que a ciência constrói é assim: construindo e reconstruindo, construindo e reconstruindo, através da linguagem escrita ou de discursos chamados teorias. Mas para nós o conhecimento não se constrói assim, é de outra forma, é a partir de uma matriz “cosmológica”, que eu chamo de matriz teórica tukano. Neste sentido, a construção de conhecimentos tukano se faz pelo meio oral, que tem mesmo peso de uma escrita.²²⁹

229 ANDRADE, J.; VIEIRA, A. Provas imateriais: experimentos entre a ciência e formas de conhecer indígenas: Entrevista com João Paulo Lima Barreto. **Revista de Antropologia**, v. 55, n. 1, p. 533, 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/47581>>. Acesso em 07 de março de 2019.

A participação de um especialista em saúde indígena, como um *kumu*, na estrutura do Subsistema de Saúde Indígena não pode ser interpretado a partir da experiência da sociedade nacional de participação pontual de um sacerdote e, sim, que o modelo de tratamento de saúde adotado deverá levar em conta a realidade e cultura dos povos indígenas.

Tal Subsistema é uma validação jurídica dos modelos de atenção à saúde próprios dos indígenas e não um modelo de assistência religiosa de acordo com as crenças indígenas, pois vai além ao apontar que o modelo a ser adotado deve obrigatoriamente dialogar com a realidade e as especificidades culturais. A validação legal importa que o corpo deve ser cuidado conforme os elementos culturais, afirmando-se ao mesmo tempo o direito ao corpo na sua dimensão individual e dentro da dimensão cultural. O atributo corporal está indissociado dos atributos coletivos.

Não há como deixar de observar que, dentre os direitos pertencentes à integridade moral ou psíquica dos povos indígenas, está o direito à identidade étnica, não apenas como um direito identitário, mas um direito de viver sua cultura diferenciada como um aspecto da saúde psicológica de seus membros.

É justamente o que até aqui vem se tratando do sujeito coletivo com significações sociais. A afirmação do direito ao corpo não se desvincula da cultura, um atributo da comunidade indígena, já que o corpo se constrói culturalmente em suas significações sociais. Se o corpo na cultura Tukano deve ter seu fortalecimento e cura pelo *bahsese*, este fato se torna jurídico pela afirmação do direito ao corpo (integridade física) conforme sua cultura (integridade moral).

O benzimento do especialista não é apenas um cuidado, mas um elemento estrutural da sua pessoa:

Ao examinar as ações terapêuticas executadas em pensamento através das glosas sobre os benzimentos, pudemos observar o caráter duplo de construção e destruição das ações rituais de cura xamânica. E

com isso também evidenciou-se que esse caráter duplo está intimamente associado ao trabalho de composição e decomposição da pessoa.²³⁰

O *bahsese* nas sociedades indígenas do alto rio Negro, apesar de ser traduzido como *benzimento*, significa muito mais do que um simples ato de benzer ou abençoar. Trata-se de um dos principais elementos culturais de construção das significações sociais do indivíduo, de sua indissociável construção conjunta com a sociedade, da afirmação de um sujeito coletivo desde o processo de nomeação da pessoa (benzimento do nome – *heriporã bahsese*). De modo mais abrangente, estrutura os cuidados com a pessoa:

É a partir da noção de elementos que constituem o corpo que os especialistas lançam mão das fórmulas de *bahsese* de proteção, das substâncias curativas contidas nos vegetais, nos animais, nos minerais e nos fenômenos naturais, para produzir o cuidado do corpo e das pessoas.²³¹

Um sujeito coletivo não afirma seus atributos físicos e morais sem que a afirmação dos “bens” coletivos como a cultura também sejam respeitada, posto que liberdade de desenvolver a personalidade não se estrutura em um vácuo, mas em um contexto cultural.

Ter o corpo cuidado conforme sua cultura, no caso dos Tukano pelo *bahsese*, seja em sua sociedade ou na sociedade não indígena, como em um hospital, não é um direito isolado ao corpo, envolve também o direito coletivo que a sociedade indígena tem de afirmar sua cultura, não apenas em seus espaços particulares, como suas terras, mas também fora dele.

230 LOLLI, Pedro. Sopros de vida e destruição: composição e decomposição de pessoas, **Revista de Antropologia**, São Paulo, 2013, v. 56, n. 2, p. 388. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/ra/article/view/82473>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

231 BARRETO, João Paulo Lima. **Waimaihsã: peixes e humanos**. Coleção Reflexividades indígenas. Manaus: EDUA, 2018. P. 43.

O escândalo que a decisão da família provocou na sociedade nacional ocorreu justamente em razão da negativa de um tratamento por amputação, a qual, além de desencadear o temor de um processo natural como a morte, trouxe os preconceitos de inferiorização da cultura e do conhecimento indígena.

Como não se buscou compreender a cultura Tukano e seus reflexos na conduta que ali estava sendo tomada, não haveria como os indígenas empreenderem a liberdade moral de não se sujeitar à coação do indivíduo com base na moralidade pública. A liberdade moral é essencial à afirmação de sua diversidade, de sua singularidade. Porém, aqui a liberdade moral não é de pessoa não dividida, mas de sujeitos coletivos, divididos com sua sociedade.

A liberdade de desenvolver a personalidade não se justifica sem sua concretização. Sem liberdade moral, reivindicações de direitos por minorias que provocam escândalo e preconceito na sociedade majoritária não permitiriam que a liberdade de desenvolvimento se traduzisse em liberdade de afirmação da personalidade.

A densidade cultural da reivindicação de um especialista indígena no hospital vem não apenas de um direito da personalidade, mas em ter a liberdade de, moralmente, por razões culturais, colocar em patamar de igualdade os dois modelos de tratamento de saúde e exigir sua articulação em diálogo cultural.

Por outro lado, desta liberdade moral, irradia-se o dever que sociedade não indígena tem de se abster de apresentar justificativas morais discriminatórias como motivo para violar os direitos dos povos indígenas.

Não há como se falar em autonomia existencial sem liberdade moral. A vontade da família em tratar o corpo da criança conforme suas especificidades culturais, é uma vontade consubstanciada pela necessidade de cuidar da pessoa em sua integralidade, corporal e moralmente, pois, como explica César Fiúza²³² ao tratar da autonomia

232 FIUZA, César. Dignidade humana, autonomia privada e direitos da personalidade. In: FIUZA, César. **Autonomia privada: direitos da personalidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. P. 44.

privada, “a simples vontade não gera nada. A vontade é o motor que nos impulsiona para a realização de uma necessidade”.

E aqui a necessidade surge da vontade dos indivíduos da família em afirmar sua personalidade indígena, Tukano, de acordo com suas especificidades culturais. Ou seja, suas escolhas e condutas no tratamento foram de acordo com o que entendem como suas necessidades de autonomia e dignidade. O tratamento desumano não era a negativa de amputação por parte da família, mas privar, ilegalmente, que o corpo da criança fosse tratado conforme sua cultura, que recebesse os significados sociais do tratamento pelo *bahsese*.

É interessante observar que não se pode imputar aos indígenas indiferença quanto à vida da criança, houve, na verdade uma presunção de que ir contra um diagnóstico médico leva impreterivelmente à morte, sendo que tal presunção estabelece “uma condição intransigente do médico quanto à real possibilidade de morte do paciente”.²³³

O princípio do melhor interesse da criança não necessariamente se guia pelo diagnóstico médico. Por outro lado, é claro que o poder familiar é um direito que pode ser abusado pelos pais, contudo, nem sempre os melhores interesses da criança e do adolescente coincidem com as prescrições médicas.

Os Tukano têm um cuidado especial com as crianças, sendo que tal fase inicia na gravidez, segue até a adolescência e “é considerada pelos especialistas como aquela em que os corpos estão em desenvolvimento, momento propício para a estruturação do corpo e que indistintamente do sexo, exige um cuidado muito especial do corpo.”²³⁴

Não se pode, pois, imputar à família Tukano violação do princípio do melhor interesse da criança, pois, novamente, o parâmetro não é,

233 OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. A morte digna na relação médico-paciente. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **Direito e medicina: novas fronteiras da ciência jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 131.

234 BARRETO, João Paulo. **Kumuã na kahtiroti-ukuse: uma “teoria” sobre o corpo e o conhecimento prático dos especialistas indígenas do Alto Rio Negro**. 2021. 190 f. Tese (doutorado em Antropologia Social). Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2021. P. 100.

ou pelo menos não apenas, o tratamento de saúde de acordo com os conhecimentos da sociedade nacional.

Pelo contrário, um suposto melhor interesse de crianças indígenas que não leva em conta sua cultura não pode ter amparo jurídico, assim como sua cultura não pode ser instrumento de maior vulneração, sendo indispensável a atuação estatal a fim de que suas especificidades culturais sejam respeitadas, “priorizando sempre suas culturas e modos de vida diferenciados”²³⁵ como seu melhor interesse.

Interferências contrárias à cultura, a não ser que contenham uma justificativa sem preconceitos e na base do diálogo intercultural, não podem configurar o melhor interesse da criança, como frequentemente ocorre em casos de adoção de crianças indígenas:

São frequentes os casos em que crianças e jovens indígenas são apartados da convivência familiar e comunitária junto a sua família e ao seu povo em razão de interferências ilegais que, geralmente, são legalizadas sob a premissa de “melhor interesse do menor”.²³⁶

Observa-se que o princípio do melhor interesse da criança pode ser, inclusive, um fator de discriminação e, portanto, de maior vulnerabilidade de uma criança indígena para a qual se reivindica um tratamento segundo sua cultura. No caso concreto, por exemplo, conforme sentença na ação de reparação de danos proposta, além da negativa, sequer a criança pôde se expressar, pois não falava português.

235 MOTA, Karine Alves Gonçalves; CORONEL, Luziê Medici da Costa. A adoção de Crianças indígenas, **Revista dos Tribunais**, 972, volume 105, outubro de 2016. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.972.07.PDF>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

236 LIMA, Rayanne de Sales. O papel da Funai e da antropóloga na defesa do interesse superior das crianças indígenas em processo de colocação em família substituta. In: VII Encontro Nacional de Antropologia do Direito, 2021, virtual. Disponível em <https://www.enadir2021.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=183>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

Ou seja, o desprezo pelas questões culturais não deixou o tratamento chegar ao básico da comunicação com a paciente – a inteligibilidade em sua língua materna:

Deste modo, o Hospital ao estabelecer que a Requerente deveria receber apenas o tratamento médico tradicional dispensado aos demais pacientes, não teve o cuidado de observar a peculiar condição da criança indígena que, acostumada aos costumes e tradições de seu povo, sequer conseguia se expressar na língua portuguesa.²³⁷

O presente caso poderia ser visto apenas sob a ótica pública, tendo em vista a violação do Estado em estruturar o Subsistema de Saúde Indígena. Seria, assim, um caso da teoria clássica da “falta de um serviço”. E, realmente, mesmo no Estado com a maior população indígena do Brasil não havia um serviço de saúde capaz de atender as reivindicações dos povos indígenas. Não há dúvidas que, neste ponto, cabe a responsabilização estatal, tendo sido esta a base jurídica para a responsabilização civil da União, Funasa e Estado do Amazonas:

[...] o legislador estabeleceu a obrigação de o Poder Público em implantar políticas de integração entre a prestação do serviço de saúde e a observância da cultura indígena. Isto é, definiu os contornos e as premissas da política pública que tinha como destinatárias as populações indígenas.²³⁸

237 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.^a Região. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. Sentença. Processo n. 12928-69.2010.4.01.3200. 3.^a Vara Federal. Publicada no E-DJF1 em 13/01/2015. P. 598.

238 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.^a Região. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. Sentença. Processo n. 12928-69.2010.4.01.3200. 3.^a Vara Federal. Publicada no E-DJF1 em 13/01/2015. P. 603.

Contudo, a questão não se exaure apenas sob o enfoque público, mas deve também ser investigada em seu enfoque privado. Os indígenas estão em uma posição jurídica de titulares de direitos da personalidade, os quais, como tratado, atribuem deveres de respeito para com todos, sejam entes públicos ou particulares.

A ilegalidade na negativa do tratamento conforme as especificidades culturais Tukano que resultou na impossibilidade de realizar o *bahsese* nas dependências do hospital, não se fundamenta somente na falta de um serviço estruturado, pois há também a violação do direito ao corpo da criança.

A afirmação do direito ao corpo se origina em uma autonomia existencial, a qual, como defendido, tem como sua principal liberdade a de desenvolvimento da personalidade com a devida liberdade moral para tanto, ou seja, a livre construção do corpo e mente para a existência.

A criança Tukano e sua família, da autonomia que têm para existir, fundada na sua personalidade conforme sua cultura, têm o direito de exigir que a sua consciência, baseada na cultura Tukano, seja respeitada nos cuidados ao corpo em tratamento de saúde. Ao Estado, dadas as normas constitucionais e internacionais pertinentes, cabe viabilizar o diálogo intercultural e tratamento articulado, sem discriminações.

O presente caso, além de ser objeto de estudo da negativa, também é modelo para o que se afirmou no parágrafo anterior, pois, ao fim do conflito, foi viabilizada a articulação entre as duas medicinas com sucesso e não foi necessária a amputação:

No dia 22 de janeiro de 2009 foi feita a remoção de L. B. para o HUGV, sendo realizada uma visita à criança indígena no nosocômio. No hospital, estavam reunidos a equipe médica, os familiares da criança, o pajé, as Procuradoras da República responsáveis pelo 1º Ofício Cível e pelo 3º Ofício Criminal da PR-AM e o analista pericial em Antropologia da PR-AM,

com a finalidade de dialogar quanto ao tratamento da criança indígena. O Sr. Avelino, pajé, explicou os detalhes do tratamento tradicional, tendo o Dr. Raymisson também informado quanto ao tratamento médico convencional para o caso. Durante a reunião, foram chamadas as enfermeiras e a nutricionista do Hospital, com a finalidade de o Sr. Avelino explicar aos profissionais médicos os detalhes do tratamento da medicina tradicional indígena (a criança não poderia ser tratada por enfermeira ou médica na fase menstrual, também os profissionais não poderiam ter tido relações sexuais no dia anterior, restrições quanto à dieta – comida sem sal, comida não remosa etc).²³⁹

Como já tratado, sem a interculturalidade, sequer se pode saber as justificativas de uma prática minoritária, bem como seus eventuais limites e, como pode ser observado, as reivindicações dos indígenas em nada ofenderiam os valores ou a moral pública da sociedade não indígena. Porém, não se trata de um favor aos indígenas. O diálogo intercultural é um dever jurídico, da mesma forma, as necessidades culturais dos povos indígenas, as quais orientam seus modos de ser, pensar e agir, advêm da tutela jurídica que merece sua autonomia em não se sujeitar ao histórico de apagamento de suas identidades e cultura.

Receber um tratamento de saúde que não satisfaz suas necessidades culturais é manter a cultura do embranquecimento, da incapacidade em se autodeterminar. Por outro lado, ter o corpo cuidado de acordo com suas especificidades culturais é afirmar o corpo conforme suas significações sociais, é respeitar sujeito e sociedade indígena ao mesmo tempo e, no caso, é permitir que o corpo

239 GADELHA, Luciana Fernandes Portal Lima. A Articulação dos Sistemas Tradicionais e Clássicos de Medicina na Atenção à Saúde dos Povos Indígenas – uma Análise da Atuação do Ministério Público Federal no Caso da Criança Indígena da Etnia Tukano – Alto Rio Negro – Amazonas. In: VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Juspodium, 2011.

seja construído e decomposto como manda o *bahsese*, fortalecendo-se não somente a integridade corporal e psicológica do indivíduo, mas também a integridade cultural de uma sociedade.

3. REPENSANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL NA VIOLAÇÃO DO DIREITO AO CORPO DOS POVOS INDÍGENAS: O CASO DO SANGUE DOS YANOMAMI E REPARAÇÃO DOS SUJEITOS COLETIVOS

O instituto da responsabilidade civil vem ao longo dos anos sendo repensado para se adequar à proteção de direitos existenciais, a fim de se superar um modelo meramente patrimonial. De acordo com Nelson Rosendal:

[...] o desafio para a teoria jurídica consiste em elaborar uma teoria da responsabilidade que se adeque às novas exigências econômicas e sociais. Definitivamente, o direito civil clássico – tributo ao código napoleônico – não pode servir de modelo para aquilo que se pretenda da responsabilidade civil nos próximos tempos.²⁴⁰

De suas origens napoleônicas, patrimoniais e individualistas, a responsabilidade civil não ficaria indiferente às transformações sociais e jurídicas provocadas por sua nova condição e por uma nova Constituição Federal. O instituto jurídico que trata da reparação de danos não poderia se apartar do principal efeito do princípio da dignidade – a tutela integral da pessoa, pois “se a pessoa humana passa a recuperar seu lugar de primazia, destacando-se pela condição de sua dignidade inerente, passam os danos imateriais (extrapatrimoniais) a estampar o respeito pelos direitos personalíssimos”.²⁴¹

O debate sobre o dano moral não é recente, como explica Diogo Lima Trugilho, desde o próprio autor do Código Civil de 1916, Clóvis

240 ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 26.

241 PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O dano ao projeto de vida e sua autonomia em face do dano moral, **Revista Brasileiro de Direito Civil em Perspectiva**, v. 1, n. 1, p. 26, 2015. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/708/701>>. Acesso em 30 de março de 2023.

Bevilaqua, discute-se sobre a divisão das esferas reparáveis da pessoa: “O jurista cearense explica que o interesse econômico é conversível em dinheiro, já o interesse moral, não; diz respeito à própria personalidade do indivíduo, à honra, à liberdade, e, ainda, à profissão.”²⁴²

A responsabilidade civil, desde então, evoluiu para admitir não apenas a reparação de danos extrapatrimoniais sofridos pelos indivíduos, mas também que o dano extrapatrimonial pode ser experimentado coletivamente.

Porém, em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça negava o dano moral coletivo em razão de que tal espécie de dano estaria vinculado ao indivíduo e sua personalidade, especificamente relacionando o dano à saúde mental da pessoa natural. Conforme trecho do voto divergente no Recurso Especial n. 598.281/MG:²⁴³

Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica [...] ²⁴⁴

Observe-se que a feição ou corrente subjetiva do dano moral pode ser tida como herança do individualismo. A sociedade não sofreria danos morais porque estes necessariamente estão vinculados ao indivíduo, o único que pode sofrer dor. O raciocínio era que a

242 TRUGILHO, Diogo Lima. **A história da reparabilidade do dano moral**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. P. 96.

243 A maioria seguiu o voto divergente do Ministro Teori Albino Zavascki. Já o voto do relator, Ministro Luiz Fux, admitia o dano moral coletivo sem vinculá-lo à personalidade do indivíduo.

244 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Recurso Especial n. 598.281/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado do Minas Gerais. Recorrido: Município de Uberlândia. Relator: Teori Albino Zavascki. Data do julgamento: 02/05/2006. Data da publicação. 01/06/2006. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em 08 de abril de 2023. P. 12.

sociedade não possui uma integridade incorpórea a se reparar, já que sequer é um ente personalizado e, portanto, não titularizaria direitos da personalidade, somente a pessoa individualmente considerada.

O recurso especial n. 1.057.274/RS é paradigma porque nele a 2.^a Turma do STJ superou tal entendimento. O caso dizia respeito à Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, na qual se pleiteava dano moral coletivo em razão de a concessionária de serviço público estar criando entraves à gratuidade de idosos no transporte coletivo.

A relatora, citando precedentes da 1.^a Turma que resultaram na impossibilidade de reconhecimento do dano moral coletivo em razão do caráter individual da lesão moral, não aceitou tal entendimento e consignou em seu voto que:

[...] em relação aos danos experimentados coletivamente não há subjetividade para se apreciar, porém há bens relevantes juridicamente que, se violados, produzem um dano, independente do sofrimento dos indivíduos da sociedade abalada. Assim, a apreciação do dano em decorrência de um bem titularizado coletivamente é objetiva e a feição ou corrente objetiva do dano moral se mostra condizente com a tutela de interesses coletivos, onde não há personalidade, mas há interesses tutelados.²⁴⁵

Por unanimidade, a Segunda Turma entendeu, de acordo com a ementa do julgado, que o “dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos”.

245 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 1.057.274/RS. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recorrido: EMPRESA BENTO GONÇALVES DE TRANSPORTES LTDA. Relatora Ministra Eliana Calmon. Data do julgamento: 01/12/2009. Data da publicação: 26/02/2010. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010>. Acesso em 04 de abril de 2021.

O STJ claramente concluía pela feição objetiva do dano moral coletivo, superando o individualismo clássico dos institutos do direito privado, como a responsabilidade civil. Se, como afirmam Gustavo Tepedino e Rodrigo da Guia Silva, a reparabilidade do dano moral em sua feição objetiva “se vincula diretamente à cláusula geral de tutela da pessoa humana”,²⁴⁶ tutelar a pessoa não ocorre apenas pela esfera individual, mas também pela proteção coletiva.

A exemplo da cultura, o interesse tutelado coletivamente tem por fim a proteção coletiva e individual de todas as expressões culturais e dos diversos modos de criar, fazer e viver. Não há como tutelar integralmente a pessoa sem a proteção da coletividade e, neste ponto, também não há reparação integral sem que, tanto o indivíduo quanto a sociedade, tenham seus bens reparados, sejam eles patrimoniais ou existenciais.

Para melhor entender o dano moral coletivo, a relatora no referido acórdão recorre aos povos indígenas como exemplo de que uma coletividade pode sofrer danos, posto que as sociedades indígenas seriam paradigmas de uma maior indivisão entre indivíduo e coletividade e possuiriam uma maior indissociação entre atributos que os identificam.

Não estava o STJ entendendo que a coletividade dos povos indígenas possui personalidade jurídica, mas que, de forma transindividual, há o compartilhamento de atributos morais, como “costumes e tradições”, os quais seriam o que a relatora denomina de “síntese das individualidades percebida como segmento”:

O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades

246 TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro, **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 30, n. 04, p. 59, 2022. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdrcivil.org.br/rbdc/article/view/752>. Acesso em 8 de abril de 2023.

percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.²⁴⁷

Em relação à sociedade não indígena, na qual o indivíduo é percebido como “indiviso”, tal compreensão se mostra mais apropriada. Contudo, em relação às sociedades indígenas, os bens coletivos não tratam propriamente de uma “síntese de individualidades” e sim de uma matriz individual, construída coletivamente, a exemplo do corpo. Uma síntese de individualidades é apenas uma situação de compartilhamento de determinados valores, ou seja, valores em comum entre indivíduos que buscam não se dividir com a sociedade e, quando conveniente, partilhar valores.

Porém, ao lidar-se com sujeitos coletivos, os bens se entrelaçam, não há uma divisão rígida entre o que é individual e coletivo. Um atributo como corpo é ao mesmo tempo personalíssimo e social. Sua relevância não se limita ao indivíduo, mas ganha significados sociais pela construção cultural.

A divisão rígida entre bens individuais e coletivos é pertinente em uma sociedade na qual a dicotomia pessoa/sociedade se faz presente em seu contexto histórico e sociocultural, entretanto, não se mostra pertinente onde a matriz individual é também coletiva, pois, de acordo com Cecília McCallum, o “corpo, nesta perspectiva, incorpora tanto elementos biológicos como sociais”.²⁴⁸ Ainda segundo a autora:

Assim, a maioria da antropologia crítica do corpo preocupa-se com a desconstrução das dicotomias

247 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 1057274/RS. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recorrido: EMPRESA BENTO GONÇALVES DE TRANSPORTES LTDA. Relatora Ministra Eliana Calmon. Data do julgamento: 01/12/2009. Data da publicação: 26/02/2010. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010>. Acesso em 04 de abril de 2021.

248 MCCALLUM, Cecília. O corpo que sabe - da epistemologia Kaxinawá para uma antropologia médica das terras baixas sul-americanas. In: ALVES, Paulo César; RABELO, Miriam Cristiana. (orgs.). **Antropologia da saúde: traçando identidade e explorando fronteiras**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Relume Dumará, 1998. P. 218.

ocidentais pelo lado de dentro destas teorias e práticas e mesmo assim em uma situação muito específica (aquela relacionada ao corpo em dor). Ao enfatizar uma ‘etnoepistemologia’ que venha de uma tradição cultural não-ocidental e de um contexto sócio-histórico distinto [...]”²⁴⁹

A afirmação do direito ao corpo em sociedades indígenas como construção de um sujeito coletivo e sua proteção com base na autonomia existencial trazem consigo diversas consequências jurídicas relevantes sobre a violação do corpo de um sujeito coletivo. Os efeitos de se violar o corpo dos indígenas conforme sua cultura não se limitam a um dano individual, pois ao se repensar a dicotomia ocidental a partir de sujeitos que não se enquadram como “não divididos”, mas coletivos, a lesão afeta também a coletividade.

Porém, não se está defendendo uma questão de coletivização da responsabilidade civil, mas das consequências jurídicas de se repensar o sujeito de direito individual para um sujeito de direito coletivo, inserido em um contexto sociocultural distinto da sociedade ocidental.

Apesar de ser uma questão de acesso à justiça, não se trata propriamente de acesso coletivo, pois os indígenas possuem dispositivo constitucional para tanto, o artigo 232 da Constituição Federal, o qual os legitima, dentro de seu contexto cultural, a pleitear demandas coletivas.

O acesso à justiça aqui, porém, é uma questão de os indígenas poderem pleitear danos coletivos em razão de danos individuais por violação dos modos de criar, fazer e viver indígenas, ou seja, de sua cultura. De acordo como Thayna Augusta da Mata Carvalho e Bianor Saraiva Nogueira Júnior:

249 MCCALLUM, Cecilia. O corpo que sabe - da epistemologia Kaxinawá para uma antropologia médica das terras baixas sul-americanas. In: ALVES, Paulo César; RABELO, Miriam Cristiana. (orgs.). **Antropologia da saúde: traçando identidade e explorando fronteiras**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Relume Dumará, 1998. P. 237.

O acesso à justiça não pode se resumir à mera admissão ao processo, ou ainda a simples possibilidade de ingresso em juízo, logo, uma esfera alternativa indígena adquiriria uma importante dimensão nessa inter-relação entre pluralismo jurídico e acesso à justiça, uma vez que abrange canais tradicionalmente desconsiderados pela abordagem convencional do tema.²⁵⁰

O caso dos Yanomami, em relação ao sangue coletado para pesquisas é paradigmático, posto que a violação do corpo Yanomami teve por consequência a violação da cultura. Conforme explica Debora Diniz:

O caso data de finais dos anos 60, quando um grupo de pesquisadores estadunidenses iniciou extensa pesquisa genética, epidemiológica e antropológica com diferentes grupos yanomami no Brasil e na Venezuela. Nessa ocasião, pelo menos 12.000 amostras de sangue yanomami foram coletadas e, hoje, parte delas ainda se encontra estocada em diferentes universidades nos Estados Unidos e outras foram recentemente devolvidas às lideranças yanomamis.²⁵¹

As implicações do caso nascem, primeiramente, da falta de consentimento informado dos indígenas acerca da pesquisa que estava sendo realizada, de modo a atingir não apenas o indivíduo, mas também a sociedade, uma vez que os Yanomami possuem a cultura

250 CARVALHO, Thayna Augusta da Mata; NOGUEIRA JÚNIOR, Bianor Saraiva. Multiculturalismo, o acesso à justiça e a violação dos direitos dos povos indígenas do estado do Amazonas. In: Congresso Nacional da FEPODI, VI, 2019, São Paulo. Anais. P. 34.

251 DINIZ, Debora. Avaliação ética em pesquisa social: o caso do sangue Yanomami, **Revista Bioética**, 2007, 15 (2), p. 28. Disponível em <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/48/51>. Acesso em 04 de março de 2023.

de não deixar rastros de seus falecidos. Segundo Davi Kopenawa Yanomami, em Carta à Procuradoria Geral da República:

Caros Procuradores.

Nós Yanomami queremos mandar esta carta para vocês porque estamos tristes com sangue de nossos parentes mortos que está nas geladeiras nos Estados Unidos.

Olha, falei com meu povo yanomami de Toototobi onde os americanos tiraram o sangue. Os velhos falaram que estão com raiva porque esse sangue dos mortos está guardado por gente de longe.

Nosso costume é chorar os mortos, queimar corpos e destruir tudo que usaram e plantaram. Não pode sobrar nada, se não o povo fica com raiva e o pensamento não fica tranquilo. Os americanos, esses, não respeitam nosso costume, por isso queremos de volta nossos vidros de sangue e tudo que tiraram do nosso sangue para estudar.

Precisamos ajuda de vocês para conversar com os americanos que têm nosso sangue para eles devolverem.

Obrigado, um grande abraço.

Assinado: Davi Kopenawa Yanomami²⁵²

Logo, no caso dos Yanomami, a violação do corpo não se limita ao âmbito individual, mas atinge também a sociedade que não pode proceder aos seus ritos fúnebres. Tal caso demonstra bem o que vem se defendendo: não há uma divisão rígida entre bens pessoais e coletivos quando se trata de um sujeito coletivo.

A violação do corpo enquanto atributo biológico e cultural, ou seja, indiviso com a sociedade e um constructo de significação sociais,

252 YANOMAMI, Davi Kopenawa. Carta à Procuradoria Geral da República. Disponível em <<https://cartasindigenasaobrasil.com.br/cartas/de-davi-kopenawa-para-a-procuradoria-geral-da-republica-11-de-novembro-de-2002/>>. Acesso em 15 de março de 2023.

traduz também violações do modo de criar, fazer e viver de uma sociedade, a qual se vê impedida de realizar sua cultura, no caso, de suas práticas sociais no luto e enterro de seus mortos.

Ainda segundo Debora Diniz:

[...] o corpo ocupa espaço socialmente privilegiado entre os yanomamis, a tal ponto que, imediatamente após a morte de alguém, todos os vestígios corporais devem ser cremados e destruídos. Nesse contexto, o sangue é não apenas indício de que algo permanece do passado e não foi destruído, mas é risco moral, pois pode trazer danos à pessoa já morta.²⁵³

Os efeitos da morte mais relevantes na sociedade nacional são de ordem patrimonial, sucessórios, nos quais os indivíduos adquirem a posse e propriedade dos bens do falecido. Entretanto, aqui se observa que o principal efeito da morte é a destruição do corpo e dos bens do falecido enquanto modos de fazer do povo Yanomami na morte.

O sangue dos indivíduos, um elemento de seus corpos, guardados indevidamente após a morte, impede que se destrua totalmente o corpo, fato este que, além de causar um abalo à integridade psíquica das pessoas, impede a todos de plenamente realizar sua cultura. Ou seja, o direito que uma coletividade tem de, com fundamento em sua cultura, enterrar seus mortos, não é plenamente concretizado em razão de o sangue ter sido coletado em violação do corpo de seus membros.

Assim, a questão que se põe é que, de uma interpretação clássica do direito, sob a ótica da responsabilidade civil, como se trata de violação de bens personalíssimos como o corpo, somente a pessoa lesada poderia pleitear indenização. Porém, é possível visualizar a partir dos pressupostos de responsabilidade civil, em especial o nexo

253 DINIZ, Debora. Avaliação ética em pesquisa social: o caso do sangue Yanomami, **Revista Bioética**, 2007, 15 (2), p. 28. Disponível em <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/48/51>. Acesso em 04 de março de 2023.

de causalidade, que os bens coletivos foram também necessariamente afetados, o que permitiria uma reparação verdadeiramente integral, a envolver os bens individuais e coletivos lesados.

As vítimas nos casos apontados são tanto os indivíduos lesados quanto a sociedade indígena. Repensar o princípio da reparação integral sob a tutela da proteção da pessoa humana afasta a compreensão clássica de separação rígida entre bens coletivos e bens individuais, própria da sociedade não indígena.

A função da responsabilidade civil em caso de violação do corpo culturalmente tutelado é claramente uma função decorrente da dignidade enquanto tutela integral da pessoa: a reparação da integridade física e moral, assim como os valores coletivos que os consubstanciam. O interesse a ser tutelado, ou ainda, a relevância jurídica é tanto individual quanto coletiva. Há o direito de o indivíduo exigir respeito ao conteúdo cultural que envolve seu corpo e da coletividade que sua cultura seja afirmada por meio dos modos de ser e agir de seus membros.

Aqui cabe fazer uma análise do direito comparado, especificamente com as normas de garantia previstas no direito alemão: “São consideradas *Schutzgesetze* as normas que digam respeito ao interesse, tanto individual, como coletivo, e o seu mais puro infringir atentaria contrariamente ao estatuto, configurando estado de lesão individual ou coletiva.”²⁵⁴

Ao se garantir constitucionalmente a proteção das expressões culturais e dos diversos modos de fazer, criar e viver, além de, na legislação infraconstitucional, proteger-se o direito ao corpo, a função da responsabilidade civil é proteger tanto a pessoa quanto a coletividade, pois o corpo é consubstanciado por um bem coletivo – a cultura indígena. Ou seja, os direitos da personalidade no caso de afirmação do corpo dos povos indígenas se confundem com os

254 DELUQUE JÚNIOR, Romano; CORREIA, Cristiane Maluf Correia. A dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva e a função Social do contrato, **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 20, n. 1, p. 33, 2019. Disponível em < <https://doi.org/10.17921/2448-2129.2019v20n1p25-35>>. Acesso em 20 de março de 2023.

interesses sociais e a responsabilidade civil deve assumir uma função de proteger o corpo e a cultura indígena de forma indivisa.

Assim, o direito à integridade física e moral dos povos indígenas, tutelados em razão da cultura do seu povo, é norma de proteção individual e coletiva e, por isso, a comparação com o direito alemão. O direito à cultura traduz uma norma de garantia da proteção de interesses individuais e coletivos no que diz respeito à disposição dos direitos da personalidade dos povos indígenas, especificamente na afirmação de seu direito ao corpo nos moldes de sua cultura distinta.

Logo, a cultura, enquanto direito reivindicado pelos povos indígenas, revela-se um bem indissociável da sua integridade corporal e moral e, por consequência, a função social da responsabilidade civil assume, diante de bens indivisos entre pessoa e sociedade, uma feição garantidora da reparação integral da pessoa e sociedade.

3.1. O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E O SUJEITO COLETIVO

Não há dúvidas de que a afirmação do direito ao corpo dos povos indígenas está centrada nas suas culturas, como demonstram os casos paradigmáticos, de modo que se pode razoavelmente afirmar uma indistinção entre o interesse coletivo – na afirmação da cultura indígena – e o interesse individual em afirmar sua cultura indígena por meio da disposição do corpo. Como se abordou no item anterior, não há uma divisão rígida entre os bens coletivos e individuais aqui estudados, corpo e cultura, fato este que não pode ser desconsiderado em caso de violação do corpo.

Sendo a vítima um sujeito coletivo, no qual seu atributo corporal possui relevância para a afirmação da cultura da sociedade, a reparação integral deve ser direcionada a tornar indene as lesões sofridas pelo indivíduo e pela sociedade.

De acordo com Cavalieri Filho, “[...] um dos princípios da responsabilidade civil é o da reparação integral, que tem por

consequência afastar qualquer elemento de compensação, a não ser que esteja em relação direta com o dano sofrido”.²⁵⁵Independentemente da questão do valor, os danos causados nos casos apresentados demonstram que a sua extensão ultrapassa o âmbito individual e atinge também a coletividade indígena.

A noção de reparação integral se desenvolve também diante de uma questão de justiça para com as vítimas, pois não indenizar o dano em toda a sua extensão significa deixar os lesados sem reparação, mesmo que não tenham concorrido para o dano. Assim, diante de um sujeito de direito cujo seus atributos personalíssimos integram também as construções e os significados sociais, em que a cultura parte da centralidade do corpo, a violação deste também atinge interesses tutelados juridicamente da coletividade.

Reparar integralmente, logo, dado que a extensão do dano atinge bens individuais e coletivos, envolveria tanto as vítimas individuais quanto a vítima coletividade. No caso da família Tukano, além da demanda individual perante a justiça brasileira, foi também proposta uma demanda perante a Comissão Interamericana de Direito, tendo não só os indivíduos como vítimas, mas também a comunidade indígena.

Ressalta-se que a comunidade a que pertence a criança, comunidade São Domingos de Sávio, está localizada na Terra Indígena do Alto Rio Negro e é composta por familiares da criança. As comunidades na Terra Indígena do Alto Rio Negro são, muitas vezes, compostas por famílias (por núcleo de consanguíneos e de relações sociais), assim como por relações interétnicas, pois, suas comunidades e famílias também são formadas pelas diversas etnias que habitam a TI do Alto Rio Negro:

Assim, a Comunidade de São Domingos Sávio é formada de famílias culturalmente diferenciadas da sociedade hegemônica não indígena por estar

255 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 134.

inserida no modo de organização social do povo Tukano (Yepamahsã), o que é um fator determinante para a compreensão do que significou para L. T. B. e seus familiares as cirurgias de debridamento (retirada do tecido morto), o risco iminente de amputação de sua perna direita e a negativa de livre acesso ao tratamento com os Kumuã no Hospital Dr. João Lúcio Pereira Machado.

No presente caso, configura-se um sofrimento coletivo vivido por L. T. B. seus pais, irmãos e familiares que viviam na Comunidade de São Domingos Sávio, razão pela qual adotaremos a visão de família estendida, desenvolvida pela jurisprudência da H. Corte Interamericana de Direitos Humanos, como analisaremos mais adiante neste tópico.

[...]

A partir dessa explicação acerca do que é “pessoa” para os pertencentes ao grupo Yepamahsã, compreende-se a importância da integridade corporal e cultural como elemento fundamental para a vida em coletivo. Por conseguinte, pode-se entender a dimensão do abalo psíquico de L. T. B. e de seus familiares ao perceber a possibilidade de perda de parte de seu corpo sem poder acessar os conhecimentos tradicionais dos Kumuã de seu povo antes da cirurgia radical de amputação. Configura-se, portanto, a violação da integridade psíquica, moral e cultural, em dimensão individual e coletiva, diante de ameaças e pressões sofridas para aplicação unilateral da terapêutica da medicina não indígena.²⁵⁶

Apesar de o conceito de família não se confundir com o de comunidade na sociedade não indígena, eles se confundem na Terra Indígena do Alto Rio Negro, onde muitas comunidades são formadas

256 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Petição inicial. Número: P-2263-22. Requerente: L. T. B. e Familiares. Requerido: República Federativa do Brasil. Data de envio: 02/12/2022. P.61-63.

por famílias dentro da estrutura indígena, a qual, no caso estudado, é a estrutura de família Tukano, a qual configura uma comunidade indígena em sua terra tradicionalmente ocupada.

Assim, a vítima não é só o indivíduo impedido de afirmar seus direitos da personalidade, como dispor de seu corpo ou destruir o corpo de seus mortos conforme a cultura, mas também a coletividade indígena que se vê impedida de afirmar sua cultura, seja internamente ou perante a sociedade não indígena.

Dentre os pedidos de reparação de cunho não financeiro está justamente um pleito que busca reparar a violação do direito à cultura no Subsistema de Saúde Indígena, a demonstrar que, além do dano ao corpo, não há reparação integral sem a reparação do dano a que foi (e está) submetida toda a coletividade indígena Tukano:

Tendo em vista as violações ocorridas no âmbito do Sistema Único de Saúde, pela não aplicação da normativa regulatória do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, é necessário que o Estado crie e mantenha um programa de capacitação permanente dos profissionais da área da saúde e assistentes sociais para conhecimento e sensibilização acerca das diretrizes da Política Nacional de Saúde Indígena e do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, além de contemplar neste programa treinamento sobre consentimento livre e esclarecido com perspectiva intercultural em matéria de saúde, discriminação baseada em gênero e estereótipos culturais negativos e violência institucional.²⁵⁷

Destaque-se que a reparação integral aqui assume uma conotação existencial e não patrimonial. Lidam-se nos dois casos com a personalidade do indivíduo e a cultura enquanto elemento

257 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Petição inicial. Número: P-2263-22. Requerente: L. T. B. e Familiares. Requerido: República Federativa do Brasil. Data de envio: 02/12/2022. P. 86.

existencial dos povos indígenas, os quais, como já visto, se entrelaçam de forma indivisa:

[...] o sistema traçado pelo constituinte, além de promover, com a necessária prioridade, os valores existenciais, repudia qualquer atentado à sua integridade, forjando assim cláusula geral de tutela que embasa o mecanismo sancionatório a assegurar, em sua totalidade, a compensação dos danos extrapatrimoniais.²⁵⁸

Como se pode observar, a existência da criança Tukano se dá em um universo culturalmente distinto, ou seja, o seu corpo, e no caso especificamente, o tratamento de saúde do seu corpo, afirmam-se junto com a cultura de seu povo e não se pode juridicamente separá-los. Separar tais bens jurídicos seria uma intromissão indevida da sociedade nacional na existência dos povos indígenas, pois o sujeito de direito aqui é um sujeito coletivo no qual a pessoa não possui sentido fora de sua cultura.

Se um olhar constitucional permite visualizar um “perfil” existencial do princípio da reparação integral, não se pode desconsiderar que as existências violadas nos casos estudados foram a individual e coletiva.

Um dos obstáculos seria a divisão rígida entre bens individuais e coletivos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que diz respeito ao acesso à jurisdição. O Enunciado 456 do Conselho da Justiça Federal (V Jornada de Direito Civil),²⁵⁹ por exemplo, deixa claro que a palavra dano, constante do artigo que trata da reparação

258 MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro, **Civillística**, v. 7, n. 1, p. 3, 5 de maio de 2018. Disponível em <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/317>>. Acesso em 20 de março de 2023.

259 A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

integral, artigo 944 do Código Civil, abrange também danos coletivos, porém cabe apenas aos devidos legitimados requerer a reparação dos danos coletivos.

Ressalte-se também que foi vetado o artigo (previsto para ser o artigo 333) do Código de Processo Civil de 2015,²⁶⁰ o qual tratava do incidente de coletivização da demanda. Tal instituto pode servir para exemplificar o que se defende, pois decorre da compreensão de que alguns bens, individualmente tutelados, são indissociáveis de sua tutela coletiva. Sobre uma das hipóteses de aplicação do incidente, Diego Santiago y Caldo explica que:

A primeira delas diz respeito à ação que veiculasse pedido de alcance difuso, de modo que a sentença favorável atingiria toda a coletividade de forma reflexa. Trata-se de uma ação individual cujos efeitos são obrigatoriamente coletivos. Um dos exemplos amplamente aceito pela doutrina é a demanda individual reclamando indenização por danos derivados de poluição ambiental gerada por indústria.²⁶¹

Ao se negar o tratamento de saúde segundo o conhecimento Tukano, nega-se não só um direito individual, mas também se nega coletivamente o direito à cultura diferenciada de um povo indígena. Não só um indivíduo Tukano foi impedido de ter seu corpo tratado pelo *bahsese*, negou-se a cultura de sua coletividade.

260 SANTIAGO Y CALDO, Diego. O veto ao incidente de coletivização e a chance perdida para solucionar o fenômeno das ações individuais repetitivas, **Revista dos Tribunais**, volume 965, março de 2016. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.965.03.PDF>. Acesso em 20 de março de 2023.

261 SANTIAGO Y CALDO, Diego. O veto ao incidente de coletivização e a chance perdida para solucionar o fenômeno das ações individuais repetitivas, **Revista dos Tribunais**, volume 965, março de 2016. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.965.03.PDF>. Acesso em 20 de março de 2023.

Ou ainda, como no caso dos Yanomami, a falta de consentimento informado, um dano individual, impediu uma coletividade de realizar o luto e destruição dos corpos de seus membros mortos.

Nos dois casos, a integridade cultural, a qual consubstancia a integridade física e psíquica dos indígenas, foi também violada ao se impedir sua afirmação, seja no tratamento de saúde do corpo ou na destruição dos corpos em ritos fúnebres. Impedir um indígena de dispor de seu corpo conforme sua cultura tem por efeito lesões coletivas justamente porque é interesse juridicamente tutelado da coletividade indígena que sua cultura seja afirmada em todos os âmbitos da vida.

Vê-se, assim, que há uma função de reparação coletiva na responsabilidade civil. Logo, o princípio da reparação integral não pode ignorar a coletividade enquanto vítima, uma vez que há situações nas quais os danos se estendem do indivíduo à coletividade, ou ainda, bens individuais que não se dissociam dos bens coletivos e a previsão de um incidente de coletivização poderia ser um instrumento processual para tais situações.

Contudo, ressalta-se que não se trata de separar os bens, mas de tratá-los como indivisos. O meio ambiente é paradigmático porque é ao mesmo tempo um direito coletivo e individual. Não se dissocia o direito ao meio ambiente sadio (artigo 225 da Constituição Federal) da coletividade e do indivíduo. O direito público subjetivo não afasta o direito coletivo a uma sadia qualidade de vida por meio de um meio ambiente equilibrado. São indivisos.

Em relação à cultura, ao se garantir a integridade cultural dos povos indígenas, permite-se que seus membros possam dispor de seu corpo dentro de suas estruturas e valores coletivos, dando sentido aos seus projetos de vida boa.

Por outro lado, ao se permitir que o direito ao corpo seja afirmado de acordo com os modos de ser e pensar distintos da cultura indígena, um direito subjetivo, garante-se também a integridade de uma cultura, ou seja, a norma prevista no artigo 216, II da Constituição Federal (a proteção dos diversos modos de criar, fazer e viver) é uma verdadeira norma de garantia (*Schutzgesetze*).

Como afirmado, não se pretende aqui investigar a reparação integral como uma questão de indenização ou de seus limites, mas de compreender tal princípio em sua função de proteção coletiva. Segundo Anderson Schreiber:

A discussão, portanto, não deve ser de limites, mas de função. O que parece essencial, em outras palavras, não é refletir sobre tetos indenizatórios ou áreas imunes à responsabilidade civil, mas sobre critérios que permitam a seleção dos interesses tutelados pela responsabilidade civil à luz dos valores constitucionais.²⁶²

A função da responsabilidade civil aqui é a reparação integral de indivíduos e da coletividade quando os bens jurídicos violados são indivisos, nos quais a sua titularidade e exercício não diferenciam o indivíduo do coletivo, como é o caso da cultura e do meio ambiente, ambos constitucionalmente tutelados.

Cabe, enfim, ressaltar que os indígenas possuem também um dispositivo constitucional que demonstra a densidade da proteção coletiva de seus bens, de modo a corroborar a função coletiva da responsabilidade civil. O artigo 232 da Constituição Federal prevê que: *Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.*

Tal dispositivo não pode ser interpretado a partir de uma divisão rígida de bens, como são as práticas sociais na sociedade não indígena ou interpretá-lo no sentido de que a coletividade é apenas uma síntese das individualidades.

Para se compreender um sujeito coletivo, não há necessidade de se propor a personificação da coletividade indígena. Ainda que se esteja usando o termo “indivíduo” para se referir a alguém em oposição

²⁶² SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 22, abril/junho de 2005, p. 64, Rio de Janeiro.

à sociedade, não é a “não divisão” com a sociedade que demonstra sua singularidade.

Pode parecer paradoxal, mas a singularidade de um sujeito coletivo vem de sua divisão com a sociedade. A sua distinção vem de uma indistinção com sua coletividade, o que não afasta sua singularidade, pois ser singular, original, não necessariamente passa por se segmentar do social.

A coletividade como síntese de individualidades é uma forma de segmentá-la dos seus membros e separar os interesses e bens tutelados juridicamente. Porém, um artigo como o 232 da Constituição Federal mostra que os interesses coletivos dos povos indígenas sequer necessitam de uma forma da sociedade não indígena (como criar uma pessoa jurídica, a exemplo de uma associação) para reivindicar seus direitos, ou seja, “os povos indígenas não precisam ter organizações formais para reivindicar seus direitos coletivos nem para gerir os direitos coletivos.”²⁶³

Tal artigo não se esgota em questões processuais de legitimidade, mas também como afirma Carlos Marés, há nele questões substanciais de que a comunidade indígena, dentro de sua cultura, controla os seus bens coletivos, como a cultura, a saúde, os conhecimentos, as tradições, entre outros. Este fato, juridicamente relevante, demonstra o interesse coletivo em tutelar seus significados sociais, a incluir aqueles que se originam de atributos pessoais, como o corpo em tratamento de saúde ou a total destruição dos corpos de seus membros, de modo a garantir a integridade cultural de suas sociedades.

Segundo Anderson Schreiber acima citado, acerca dos critérios que permitem a seleção dos interesses tutelados pela responsabilidade civil à luz dos valores constitucionais, verifica-se um critério constitucional diferenciado de reparação integral, no qual bens coletivos se confundem com individuais, não por uma síntese ou

263 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Organizações indígenas. In: PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (organizador.); SOUZA, Aline Gonçalves de Souza (colaboradora). **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito, 2019. P. 19.

segmentação, mas por critérios decorrentes de uma cultura distinta da sociedade nacional.

Diante de um sujeito coletivo, como nas sociedades indígenas, percebe-se um indivíduo que exerce não só sua vontade, mas também uma vontade coletiva, ou seja, que representa não só a si mesmo, mas também uma coletividade ao dispor de seu corpo.

O corpo violado atinge a coletividade e a reparação integral não pode deixar de retirar as máculas sofridas pela sociedade. O critério da responsabilidade civil, como explica Vicente de Paulo Barretto, “deixa de ser estritamente individualista e incorpora a dimensão da pessoa como agente moral, membro de uma coletividade e, portanto, sujeito de uma vontade coletiva.”²⁶⁴ Ainda segundo o autor:

Não se pode esquecer e considerar o fato de que a própria crise da teoria da responsabilidade clássica foi provocada tendo em vista novas realidades sociais e econômicas, que passaram a exigir a reavaliação da ordem jurídica individualista da sociedade liberal burguesa.²⁶⁵

Não se pode afirmar que se trata de uma nova realidade social em relação aos povos indígenas, mas sim de um reconhecimento constitucional da pluralidade cultural e sua consequência decolonizadora em todos os institutos jurídicos.

A responsabilidade civil é um instituto clássico individualista, porém, os critérios constitucionais de proteção a bens coletivos, como a cultura, permitem a superação de tal feição, em especial com base em cláusulas abertas como o princípio da reparação integral, o qual

264 BARRETO, Vicente de Paulo. Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea. In. SILVA FILHO, José Carlos Moreira de; PEZZELLA, Maria Cristina Ceresse. (coordenadores). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 71.

265 BARRETO, Vicente de Paulo. Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea. In. SILVA FILHO, José Carlos Moreira de; PEZZELLA, Maria Cristina Ceresse. (coordenadores). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 71-72.

não se limita a uma questão de teto ou piso de indenização e, sim, primordialmente, de não deixar que vítimas de danos injustos fiquem irreparadas, sejam elas indivíduos ou coletividade. Não reparar a coletividade indígena em caso de violação de sua cultura, significa que a vítima, coletivamente considerada, deve arcar com os efeitos do dano, sem que tenha dado causa.

3.2. NEXO DE CAUSALIDADE E LESÃO À COLETIVIDADE PELA VIOLAÇÃO OU NEGATIVA DE AFIRMAÇÃO DO CORPO DOS INDÍGENAS

Um sistema de cláusulas gerais abertas de responsabilidade civil, a exemplo do Brasil, permite que se busque tutelar integralmente a violação de bens patrimoniais e extrapatrimoniais. Ainda que os danos extrapatrimoniais contenham certa dificuldade na compreensão do que é reparação integral, em especial no que se refere à quantificação do dano, é certo que um bem sem conteúdo econômico, mas juridicamente amparado, não pode deixar de ser reparado, desde que haja nexo entre conduta e dano.

O nexo de causalidade é um pressuposto inafastável, sendo o seu conteúdo tanto um “vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e resultado”, “uma consequência natural da voluntária conduta do agente”, quanto, por outro lado, um “conceito jurídico normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”.²⁶⁶ Patrícia Cordeiro da Costa explica que:

A relação causal consubstancia, neste momento, um puro fenómeno natural, pertencendo ao mundo do ser. O juízo de causalidade física é, assim, um exame hipotético e retrospectivo realizado após o facto,

266 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 49.

encaminhado para a verificação da condicionalidade necessária do facto ilícito na produção do dano.²⁶⁷

As teorias acerca do liame de causalidade tentam limitar seu alcance no tempo, seja para o passado ou para o futuro. Nem todos os fatos antecedentes são relevantes para a causa, assim como nem todos os efeitos futuros se originam necessariamente no fato apontado como a causa. Neste ponto, a teoria adotada pelo Código Civil é a da causalidade direta e imediata.²⁶⁸ Segundo Gisela Sampaio da Cruz, “embora muitos sejam os fatos que contribuem para a produção do dano; nem por isso se deve chamar de causa todos eles, mas tão-só os que se ligam ao dano em uma relação de necessariedade, a romper o equilíbrio existente entre outras condições.”²⁶⁹

Com base nos critérios da citada teoria acima apresentados, a questão que se põe nos casos de violação dos corpos indígenas seria a verificação da ocorrência do pressuposto de causalidade, ou seja, se a lesão à coletividade é consequência necessária de se impedir a disposição do corpo conforme a cultura indígena.

Pode-se compreender que, em um primeiro momento, o dano à coletividade é uma consequência indireta do fato, ou seja, não necessária. A dificuldade estaria centrada na separação de bens coletivos e individuais na sociedade nacional, pois o dano ao indivíduo foi necessariamente causado, mas sua sociedade estaria apenas indiretamente afetada.

Contudo, a exemplo do caso dos Tukano, a lesão coletiva não se afigura uma consequência indireta, mas um efeito necessário do seguinte fato:

267 COSTA, Patrícia Cordeiro da. **Causalidade, Dano e Prova - A Incerteza na Responsabilidade Civil**. Almedina. Edição do Kindle. Coimbra: Alamedina, 2016.

268 Código Civil: Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

269 CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 102.

Ao negar o direito ao uso das práticas curativas do Sistema Tradicional de Saúde do Povo Tukano, foram negados os valores, conhecimentos e práticas que compõe a teia de significados do Povo Tukano, que fundamenta, estrutura e dá sentido social e cultural a toda a organicidade da sociedade em questão. Ao não considerar a ciência do povo Tukano e os elementos curativos que possibilitariam o devido tratamento e cura de L., rompeu-se o equilíbrio necessário para a restauração da pessoa, em sentido individual e coletivo Tukano.²⁷⁰

A indissociação entre os direitos individual e coletivamente amparados demonstra que a violação do direito ao corpo atinge necessariamente o direito à cultura. Os valores culturais Tukano são bens juridicamente relevantes para seus indivíduos e sociedade, não havendo segmentação entre a cultura reivindicada individualmente por meio do corpo, ou o interesse da coletividade em ter sua cultura respeitada, uma vez que o corpo é o bem que aglutina os interesses sociais e pessoais.

Mas, além de um bem juridicamente amparado, há a necessidade de que a conduta, como por exemplo a negativa de tratamento de saúde, de acordo com as práticas curativas Tukano, seja causa direta do dano à cultura. Poderia se pensar duas situações como fundamento do dano à cultura: a primeira seria que o dano à cultura é um dano reflexo do dano ao corpo; de outra forma, o dano ao corpo seria o dano-evento que tem por consequência o dano-prejuízo, o qual abrange diversas titularidades.

Quanto ao primeiro fundamento, o dano reflexo ou em ricochete não é um dano indireto (estes não são indenizados, dada a teoria do dano direto adotada legalmente), pois, o dano a interesse juridicamente

270 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Petição inicial. Número: P-2263-22. Requerente: L. T. B. e Familiares. Requerido: República Federativa do Brasil. Data de envio: 02/12/2022. P. 62.

tutelado de terceiro é necessariamente causado pela lesão sofrida pela vítima direta. Neste ponto:

Importante esclarecer que, no direito brasileiro, assim como em outros sistemas que possuem cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, entende-se que a vítima reflexa ou por ricochete também titulariza um interesse juridicamente tutelado.²⁷¹

A doutrina do dano reflexo desenvolve a relação triangular – danos que ocorrem em sucessão ao direito violado da vítima, a qual auxilia na compreensão do nexa causal em relação às vítimas por ricochete:

[...] o que define a categoria de dano reflexo ou por ricochete não é a titularidade de um interesse juridicamente tutelado pela vítima, direta ou indireta, pois esse é um requisito para toda e qualquer indenização, mas a “arquitetura triangular” exposta nas definições supra referidas, algo intimamente ligado ao desenvolvimento da teoria do nexa de causalidade.²⁷²

Por muito tempo, o dano reflexo foi tratado apenas sob sua feição patrimonial, como por exemplo, os danos patrimoniais sofridos pelos

271 REINIG, Guilherme Henrique LIMA; SILVA, Rafael Peteffi da. Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de “choque nervoso” (Schockschaden) no direito civil alemão **Civilística**, ano 6, n. 2, p. 8, 2017. Disponível em <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/303/251>>. Acesso em 20 de março de 2023.

272 REINIG, Guilherme Henrique LIMA; SILVA, Rafael Peteffi da. Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de “choque nervoso” (Schockschaden) no direito civil alemão **Civilística**, ano 6, n. 2, p. 8, 2017. Disponível em <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/303/251>>. Acesso em 20 de março de 2023.

dependentes de alguém que fora assassinado, na clássica hipótese do artigo 948 do Código Civil.²⁷³

Contudo, a doutrina evoluiu para entender que as hipóteses de dano reflexo não se limitavam aos casos do artigo acima citado, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro parte de um sistema de cláusulas gerais, como demonstra o entendimento consolidado no Enunciado 560 do Conselho da Justiça Federal (VI Jornada de Direito Civil): “No plano patrimonial, a manifestação do dano reflexo ou por ricochete não se restringe às hipóteses previstas no art. 948 do Código Civil.”²⁷⁴

Observe-se que o Enunciado ainda trata do dano causado à vítima direta no âmbito patrimonial, porém, avança no entendimento de que não há um rol exaustivo de hipóteses legais para a configuração do dano reflexo. Como paradigma, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial n. 1.734.536/RS, tendo decidido sobre a relação triangular que:

1. O dano moral por ricochete é aquele sofrido por um terceiro (vítima indireta) em consequência de um dano inicial sofrido por outrem (vítima direta), podendo ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Trata-se de relação triangular em que o agente prejudica uma vítima direta que, em sua esfera jurídica própria, sofre um prejuízo que resultará em um segundo dano, próprio e independente, observado na esfera jurídica da vítima reflexa.

[...]

3. O evento morte não é exclusivamente o que dá ensejo ao dano por ricochete. Tendo em vista a existência da cláusula geral de responsabilidade

273 Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

274 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 560. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/631>>. Acesso em 24 de março de 2023.

civil, todo aquele que tem seu direito violado por dano causado por outrem, de forma direta ou reflexa, ainda que exclusivamente moral, titulariza interesse juridicamente tutelado (art. 186, CC/2002).

4. O dano moral reflexo pode se caracterizar ainda que a vítima direta do evento danoso sobreviva. É que o dano moral em ricochete não significa o pagamento da indenização aos indiretamente lesados por não ser mais possível, devido ao falecimento, indenizar a vítima direta. É indenização autônoma, por isso devida independentemente do falecimento da vítima direta.²⁷⁵

No caso, uma pessoa sofreu um acidente de trânsito e ficou tetraplégica, ou seja, sofreu um dano à integridade física, tendo os seus familiares (pais, irmãos e avós maternos) pleiteado dano moral reflexo.

O julgado estabeleceu não só a legitimidade dos familiares, mas que o dano sofrido por ricochete enseja uma indenização autônoma, independentemente de a vítima ter ou não falecido, o que supera o entendimento do dano reflexo na hipótese clássica de homicídio.

O caso é paradigmático porque os indígenas que foram as vítimas diretas, como a criança que não teve suas especificidades culturais respeitadas no hospital ou os yanomami que foram objeto de pesquisa sem o devido consentimento informado, não morreram em decorrência da violação de seus corpos e, portanto, da mesma forma, a base jurídica do dano reflexo à coletividade indígena não seria a morte, mas a lesão ao corpo culturalmente tutelado.

O caso julgado pelo STJ também estabelece que a violação do corpo (tetraplegia) legitima os familiares a pleitear reparação por

275 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.734.536/RS. Recorrente: Januario Fontoura do Amaral e outros. Recorrido: Eder Antunes de Oliveira e outros. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 06/08/2019. Data da publicação: 24/09/2019. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403150386&dt_publicacao=24/09/2019>. Acesso em 24 de março de 2023. P. 1-2.

lesão reflexa, dado o vínculo jurídico de parentesco, sendo que, o bem violado da vítima indireta pode ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, conforme voto do relator:

Por outro ângulo de visão, o dano reflexo ou por ricochete é genericamente conceituado como o conjunto de prejuízos sofridos por um terceiro (vítima mediata ou indireta) em consequência de um dano corporal inicial sofrido por outrem (vítima imediata ou direta), podendo ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial.²⁷⁶

É claro que, o caso em questão, diz respeito à saúde psíquica das vítimas reflexas diante da lesão corporal sofrida por seu familiar, entretanto, é paradigmático que um direito da personalidade da vítima direta – sua integridade corporal – tenha reflexos lesivos na integridade psíquica de seus parentes.

No caso dos indígenas, o vínculo pode também ser de parentesco, como no caso da indígena Tukano, no qual sua comunidade, dentro da terra indígena e na estrutura social, é formada por seus familiares. Contudo, o vínculo coletivo dos indígenas permite que o dano direto a um de seus membros, decorrente de suas estruturas culturais entre pessoa e sociedade, legitimaria a coletividade a pleitear o dano reflexos coletivos. Neste ponto, ao tratar sobre o artigo 232 da Constituição Federal, Alcida Rita Ramos expõe que a Constituição Federal *transforma os índios em agentes de suas próprias reivindicações, não apenas como indivíduos, mas como coletividade.*²⁷⁷

276 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.734.536/RS. Recorrente: Januario Fontoura do Amaral e outros. Recorrido: Eder Antunes de Oliveira e outros. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 06/08/2019. Data da publicação: 24/09/2019. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403150386&dt_publicacao=24/09/2019>. Acesso em 24 de março de 2023. P. 13.

277 RAMOS, Alcida Rita. Projetos indigenistas no Brasil independente, **Etnográfica**, volume 4 (2), p. 267-283, 2000. Disponível em <<https://journals.openedition.org/etnografica/2764>>. Acesso em 27 de março de 2023. P. 280.

O vínculo da coletividade indígena é tão ou igualmente profundo quanto um vínculo familiar. A doutrina do dano reflexo não poderia, então, discriminar vínculos jurídicos que se refiram às relações entre a vítima direta e a reflexa. Ainda que os casos na sociedade nacional digam respeito a situações que envolvem famílias, um sistema de cláusulas gerais não exclui prontamente outros vínculos jurídicos que também possam deflagrar um dano reflexo e autônomo.

Quanto ao segundo possível fundamento, dano-evento e dano-prejuízo, parece este ser mais adequado na violação do corpo e seu efeito danoso à cultura, já que, como estudado, o corpo se traduz em um *locus social*:

Utilizar a idéia de corpo para se referir à coletividade não é uma metáfora: expressa o fato de que o corpo individual não acaba na fronteira imposta pela pele, mas forma parte de um corpo supra-individual. Desse aspecto do pensamento indígena deriva o princípio de que tudo o que acontece com o corpo de uma pessoa tem repercussões nos corpos das outras que estão ligadas a ela, e portanto no corpo coletivo como um todo.²⁷⁸

A indivisibilidade de um corpo enquanto elemento biocultural confirma o vínculo da coletividade e do indivíduo indígena, ao ponto de, desta indivisão cultural, ficar clara a lesão direta à coletividade. Como defende Antonio Junqueira de Azevedo:

O ideal seria sempre se referir a dano-evento (1º momento) e a dano-prejuízo (2º momento); o dano-evento pode ser ou na pessoa ou no patrimônio ou na figura social da pessoa ou, até mesmo, em terceiro, enquanto o dano-prejuízo, como consequência

278 GIL, Laura Pérez. Corporalidade, ética e identidade em dois grupos pano, **ILHA**, v.5, n. 1, julho de 2003, p. 27, Florianópolis.

daquele, somente pode ser patrimonial ou não patrimonial (dano moral).²⁷⁹

Portanto, afigura-se razoável afirmar que, da indivisão cultural do corpo indígena surgem dois interesses tutelados juridicamente: a integridade física e a integridade cultural. O dano-evento na negativa da afirmação do direito ao corpo nos moldes culturais indígenas tem consequências lesivas na cultura da sua coletividade (dano-prejuízo). Segundo Silvano José Gomes Flumignan:

O dano-evento e o dano-prejuízo constituem um fenômeno unitário que somente pode ser distinto em dois momentos no plano ideológico. A unitariedade não impede o problema normativo da distinção entre o dano-evento e o dano-prejuízo.

O dano-evento se constitui pela lesão a um direito subjetivo ou a um interesse juridicamente relevante e o dano-prejuízo é a consequência patrimonial ou extrapatrimonial da lesão.²⁸⁰

Não há uma sucessão de eventos danosos, mas apenas um dano-evento que atinge de forma lesiva dois interesses juridicamente amparados. Assim, o dano à cultura se enquadra como um dano direto e não reflexo, fruto de um evento lesivo perpetrado em um indivíduo indígena, cujas características corporais são ao mesmo tempo personalíssimas e culturais.

Desse modo, não se trata de um dano em ricochete, apenas que, no momento do dano-evento, os prejuízos são sentidos em diferentes esferas de titularidades. Não há um segundo dano próprio e

279 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 33.

280 FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e *punitive damages* a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: o início da discussão, **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Volume 87, número 1, p. 193, jan./jun. 2015. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1588/1218>>. Acesso em 08 de abril de 2023.

independente, há um evento que causa prejuízos ao mesmo tempo ao corpo e à cultura, em razão de serem interdependentes.

A indivisão entre corpo e cultura nos moldes reivindicados não permite “triangular” o evento lesivo em uma sucessão de danos autônomos (direto e reflexo). Ainda que se possa visualizar diferentes titularidades, há um *fenômeno unitário* entre a causa e os prejuízos que serão produzidos, dada a interdependência dos interesses tutelados.

Não se pode deixar de explicitar que há certa confusão doutrinária e jurisprudencial acerca das teorias donexo causal. Apesar de serem teorias distintas, muitas vezes a teoria do dano direto e imediato é tratada como a teoria da causalidade adequada, a exemplo de julgados do STJ:

A doutrina endossada pela jurisprudência desta Corte é a de que o nexode causalidade deve ser aferido com base na teoria da causalidade adequada, adotada explicitamente pela legislação civil brasileira (CC/1916, art. 1.060 e CC/2002, art. 403), segundo a qual somente se considera existente o nexo causal quando a ação ou omissão do agente for determinante e diretamente ligada ao prejuízo.²⁸¹

Apesar de tal confusão, as teorias se complementam, uma vez que, além da necessariedade da causa, exigência da teoria do dano direto e imediato, a causa também deve ser adequada a produzir o dano. Ao se examinar se a interferência indevida na disposição cultural do corpo por um indígena é causa adequada de dano à coletividade (dano-evento e dano-prejuízo), a resposta é positiva.

Como explica Sérgio Cavalieri Filho:

281 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 1.615.971/DF. Recorrente: Petrobrás Distribuidora S/A. Recorrido: Jayro Francisco Machado Lessa e outros. Relator: ministro Marco Aurélio Bellizze. Data do julgamento: 27/09/2016. Data da publicação: 07/10/2016. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502017766&dt_publicacao=07/10/2016>. Acesso em 27 de março de 2023. P. 01.

Não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom-senso e ponderação. Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento.²⁸²

Logo, mesmo não havendo uma fórmula, causa adequada é uma causa apta a produzir o dano. Quando se nega o direito a um tratamento de saúde conforme sua especificidade cultural, nega-se a cultura de uma coletividade em um Estado plural, no qual a Constituição Federal protege os diversos modos de se expressar e de ser, além de especificamente determinar o respeito aos bens indígenas. Por sua vez, o desrespeito ao corpo dos Yanomami pela retenção ilegal de substâncias como o sangue, impede que sua cultura se manifeste na morte dos indivíduos.

Ou seja, tanto os Tukano quanto os Yanomami sofreram diretamente um dano à sua cultura por estarem individual e coletivamente impedidos de realizar suas manifestações culturais, as quais ocorrem por processos sociais através do corpo de seus indivíduos, seja no *bahsese* ou nos seus ritos fúnebres. Desse modo, o ato ilícito praticado pelos profissionais de saúde no hospital ou pelos pesquisadores é adequado para provocar diretamente um dano à coletividade, tendo em vista que é a partir do corpo que se constroem os significados culturais.

Enfim, sobre a prova da causalidade, Patrícia Cordeiro da Costa explica que se trata de “prova de um facto (hipotético) cuja valoração está submetida a pautas racionais que, baseadas na probabilidade,

282 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 51.

tendem a garantir que quem seja condenado a reparar um dano seja quem efetivamente o causou.”²⁸³

O exercício mental da causalidade, uma atividade lógico-normativa, conduz o intérprete a analisar o curso natural do ocorrido sem o fato imputado como causador do dano, ou seja, procede-se ao exercício mental de retirar o fato e verificar se o dano persiste ou some. A manifestação cultural de seus membros é um direito coletivo do povo Tukano e Yanomami e não apenas uma reivindicação individual. Retirados os atos dos profissionais de saúde do hospital e dos pesquisadores, o dano – impedir suas expressões culturais – some, o que torna tais causas como necessárias e adequadas.

Aliás, a discriminação das culturas indígenas como estrutura da sociedade nacional é causa adequada (e histórica) de violação de seus modos de ser. No fundo, os dois casos têm bases discriminatórias que, segundo a experiência comum, especificamente a experiência histórica, são aptas a impedir que suas culturas sejam respeitadas.

Não há apenas um dano ao se impedir ou violar a afirmação do direito ao corpo dos povos indígenas. A reivindicação do direito ao corpo não se reduz apenas a um atributo da integridade física, mas, por configurar um elemento da integridade cultural de seu povo, há um dano à coletividade (dano-prejuízo), como efeito necessário e adequado do dano-evento

O direito à cultura e às expressões que dela decorrem nos modos de viver das sociedades indígenas, é um interesse a ser tutelado pela responsabilidade civil, tendo em vista a sua relevância de valor constitucional de um Estado plural e, assim, não se pode mais negligenciar as coletividades indígenas enquanto vítimas de eventos lesivos. O dano, nos casos paradigmáticos, é uma violência à existência individual e coletiva dos povos indígenas que não pode ficar irreparada, sendo indispensável a sua análise, o que será abordado no tópico seguinte.

283 COSTA, Patrícia Cordeiro da. **Causalidade, Dano e Prova - A Incerteza na Responsabilidade Civil**. Almedina. Edição do Kindle. Coimbra: Almedina, 2016.

3.3. O DANO AO CORPO CULTURALMENTE TUTELADO COMO UM DANO EXISTENCIAL

O dano ao corpo na sociedade não indígena é tratado tanto como um dano estético, uma lesão ao corpo que deixa marcas, quanto possui uma densidade maior do que simplesmente uma questão estética. As normas dispostas nos artigos 949, 950 e 951 do Código Civil²⁸⁴ demonstram a densidade que a violação do corpo pode atingir, a exemplo da incapacidade laboral ou outras lesões à saúde da pessoa.

Observe-se, portanto, que o dano ao corpo tem um viés de questões de estética, saúde e funcionalidade. Como explica Primo Alfredo Brandimiller: “Dano corporal é qualquer agravo à condição corporal e/ou funcional sobrevindo em certo momento da vida, desde o útero. Consiste em lesão, perda ou anomalia de parte do corpo, distúrbio ou doença.”²⁸⁵

Também como visto no tópico anterior, o dano ao corpo de alguém pode ser objeto de indenização autônoma como dano reflexo, a exemplo da violação do corpo de alguém que, por ricochete, causa uma lesão à integridade psíquica de seus familiares. Assim, podem ser observados diversos conteúdos protegidos na integridade corporal de alguém, desde sua própria saúde e até a saúde de outros.

284 Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

285 BRANDIMILLER, Primo Alfredo. **Conceitos médico-legais para indenização do dano corporal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 37-38.

Por sua vez, a natureza do dano ao corpo é extrapatrimonial e existencial. Extrapatrimonial porque, em um primeiro momento, não possui conteúdo econômico, e existencial porque se trata de um atributo da vida, por meio do qual existimos em uma realidade corporal. Ressalte-se que tal natureza não impede as consequências lesivas patrimoniais, a exemplo da incapacidade laboral.

Por outro lado, o corpo também possui sentido existencial no que concerne a autonomia da pessoa. Conforme Anderson Schreiber:

Opensamento moderno rompeu com essa perspectiva, recolocando gradativamente a integridade corporal no campo da autonomia do sujeito. Nesse sentido, passou-se a falar em “direito ao próprio corpo”, expressão que procura enfatizar que o corpo deve atender à realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a Igreja, a família ou o Estado.²⁸⁶

Além de o corpo ter por conteúdo questões estéticas e de saúde, enquanto direito da personalidade, o direito ao corpo diz respeito, como explicitado por Anderson Schreiber, à realização dos fins da pessoa e, portanto, do seu bem viver. Em verdade, dada a ligação do direito ao corpo e sua integridade com a realização da pessoa, a separação dos atributos corpóreos e incorpóreos, como já exposto, não faz sentido na realidade biopsicológica que todos vivem, sendo o melhor termo no âmbito do direito da personalidade a *integridade psicofísica*.²⁸⁷

Assim, o dano ao corpo traz consigo um conteúdo mais consistente com a sua natureza existencial, de modo que na integridade psicofísica podem ser observados os atributos da pessoa em sua inteireza e não apenas por questões estéticas ou indenizações de cunho patrimonial

286 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 32.

287 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 32.

pela incapacidade laboral, como tratam os citados artigos do Código Civil.

Feitas estas considerações, os casos de violação do direito dos indígenas apresentam outra perspectiva em relação aos seus corpos: a cultura e significados sociais de seu povo. A violação de seus corpos, enquanto sujeitos divididos com a coletividade, perturba a sua harmonia cultural. Sobre a alteração da cultura:

A alteração pode efectuar-se de duas maneiras: pela assimilação recíproca do novo à cultura existente e desta, o novo, de modo que a cultura em questão seja conservada na sua singularidade local e temporal, isto é, como unidade no espaço e no tempo; ou pelo acolhimento unilateral do novo, que então perturba a cultura até destruí-la, de modo que o novo, por fim, tome o lugar da cultura em questão.²⁸⁸

Tratou-se em tópicos anteriores sobre o apagamento e extinção das culturas indígenas na estrutura colonial que não sofreu solução de continuidade, fato este que se confirma quando os indígenas têm sua cultura cerceada ilegalmente, aqui especificamente em relação aos seus corpos expressando suas culturas, seja na vida ou na morte.

Além da reparação histórica por meio de políticas públicas, não se pode deixar de invocar o instituto da responsabilidade civil como um instrumento de repressão a lesões sofridas pelos indígenas e por suas coletividades nas perturbações culturais em casos concretos. Reparar significa, nas palavras de Herbert Baldus, não permitir que a cultura nacional tome o lugar da cultura que dá identidade distinta aos povos indígenas. Ou seja, restaurar o estado anterior em razão da violação do corpo e da cultura tem também um sentido prospectivo. Se a disposição do corpo conforme a cultura foi frustrada indevidamente, a sua reparação significa que o ato ilícito não pode ser perpetuado.

288 BALDUS, Herbert. **Ensaio de etnologia brasileira**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1937. P. 276.

Do projeto de vidas dos indígenas não se aparta a sua cultura distinta, os seus modos de ser e pensar, sendo que, tal projeto se personifica em sujeitos que se arquitetam e se constroem coletivamente, tendo a corporalidade como matriz. O corpo, conforme Lúcia H. Van Velthem, sofre *interferências sociais* que “constituem um eixo central, em torno do qual gira a mitologia; a vida cerimonial e cotidiana, a organização social indígena.”²⁸⁹Sustenta a autora:

Sujeito e objeto de interferências sociais, o corpo humano é, ele próprio, dotado de complexo simbolismo em sua tentativa de explicar como essa sociedade pensa a si mesma e o mundo que a rodeia, como articula significações sociais e cosmológicas, articulações essas que são fundamentais na própria “fabricação” deste corpo.²⁹⁰

Desse modo, o corpo enquanto matriz das expressões culturais indígenas se torna um atributo além do indivíduo ao se estabelecer nos projetos de vidas de suas coletividades, pois, como visto, a corporalidade se fabrica, se restaura e se destrói socialmente.

A violação do corpo, então, enquanto um bem culturalmente tutelado de uma coletividade indígena, tem o condão de frustrar a realização de seus projetos de vidas em suas culturas distintas. Em outras palavras, o direito ao corpo adentra o contexto de autonomia existencial e sua liberdade fundamental, o direito de livremente desenvolver sua personalidade.

Como a cultura se traduz em modos de ser e pensar, aqui em um contexto culturalmente plural, é indispensável que a autonomia não se restrinja a apenas questões de autorregulação, mas, principalmente,

289 VELTHEM, Lúcia H. Van. “Peles pintadas”: a decoração corporal como identidade. In: D’INCÃO, Maria Ângela; SILVEIRA, Isolda Maciel da (organizadoras). **A Amazônia e a crise da modernização**. Belém: Museu Goeldi, 1994. P. 329.

290 VELTHEM, Lúcia H. Van. “Peles pintadas”: a decoração corporal como identidade. In: D’INCÃO, Maria Ângela; SILVEIRA, Isolda Maciel da (organizadoras). **A Amazônia e a crise da modernização**. Belém: Museu Goeldi, 1994. P. 330.

que se refira a questões existenciais no sentido de autodeterminação. A personalidade, por sua vez, se insere no contexto existencial pelos atributos vitais – a integridade psicofísica, de onde se retira a necessidade de o indivíduo controlar e dispor de tais atributos por meio da liberdade de desenvolver a personalidade.

Porém, como defendido, os atributos da personalidade dos povos indígenas são indivisíveis com a sociedade e, por isso, impedir que se realizem os seus modos de ser e pensar culturalmente diversos, atinge também a integridade cultural da coletividade que dá substância à integridade psicofísica dos indivíduos.

Sobre o dano ao projeto de vida, Carlos Giovanni Pinto Portugal e Rosalice Fidalgo Pinheiro sustentam que:

O reconhecimento da tutela ao projeto de vida é importante passo na proteção do direito fundamental de liberdade do ser humano, que dirige seu próprio destino e determina suas metas, planos e aspirações existenciais. Ao se caracterizar o atentado ao projeto de vida, tais danos impedem ou dificultam o livre desenvolvimento da personalidade, seja na carreira projetada, nos projetos que caracterizam a pessoa em sua singularidade, suas escolhas de vida, realizando sua dimensão existencial.²⁹¹

A defesa de um sujeito coletivo como os povos indígenas importa, nas palavras de Anthony Seeger, Roberto da Matta e Eduardo Viveiros de Castro, em um corpo que é “matriz” e “que ocupa posição organizadora central” nas sociedades indígenas. Quando se afirma que os indígenas não podem ser objetos da sociedade nacional e sim sujeitos autônomos, quer-se enfatizar a violência que sofrem histórica e atualmente, pois “as vidas, as culturas, os conhecimentos e

291 PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O dano ao projeto de vida e sua autonomia em face do dano moral, **Revista Brasileiro de Direito Civil em Perspectiva**, v. 1, n. 1, p. 17-43, 2015. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/708/701>>. Acesso em 30 de março de 2023. P. 35.

saberes indígenas têm sido banalizados e vistos unicamente sob uma perspectiva funcional, de base econômica, sendo, então, elencados como objetos de exploração, expropriação ou aniquilamento.”²⁹²

Por sua vez, enfatizar sua autonomia privada em controlar seus destinos, suas dignidades e, em especial, suas expressões culturais e seus modos diversos de criar, fazer e viver, significa não só tutelar seu poder de autodeterminação, mas principalmente amparar suas existências culturalmente diversas, uma vez que a “importância da solidificação da autonomia é identificada com sentido de autodeterminação para as situações subjetivas existenciais”.²⁹³

O ato que impede o corpo de ser manipulado, tratado ou de ser um meio de expressão da cultura, é uma violência à existência dos povos indígenas. O dano é existencial, pois frustra o projeto de vida dos indígenas ao negar-lhes a realização desta dimensão existencial em seus contextos culturais.

A proteção do corpo é uma proteção da expressão cultural indígena, seu patrimônio cultural, entendido como uma “*atribuição seletiva de valores* (artísticos, histórico, paisagístico, etnográfico, etc.) a artefatos ou práticas sociais.” Seus processos culturais são referências que afirmam suas existências, pois “são as práticas e os objetos por meio dos quais os grupos representam, realimentam e modificam a sua identidade e localizam a sua territorialidade.”²⁹⁴

O *bahsese* dos Tukano e os ritos fúnebres do Yanomami são referências culturais e, portanto, tutelados enquanto patrimônio cultural, tendo em vista que identificam sua existência e representam

292 CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil – dados de 2018**. Brasília, 2018. Disponível em <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf>>. Acesso em 30 de março de 2023. P. 9.

293 BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coordenadores). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem a professor Estefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 107.

294 ARANTES, Antonio Augusto. Patrimônio e ação. In: BARRIO, Ángel Espina; MOTTA, Antonio; GOMES, Mário Hélio (organizadores). **Inovação cultural, patrimônio e educação**. Recife: Massangana, 2010. P. 52 e 54.

sua identidade no tratamento e na destruição do corpo. Com base neste fato, é razoável compreender que os danos sofridos nos casos apresentados não se esgotam no corpo, o qual se revela com o sujeito, mas também com a coletividade que, por meio do corpo, cria o objeto de identidade do grupo em suas práticas sociais.

Nos dois casos estudados, negou-se, antes de tudo, autonomia existencial para se autodeterminar culturalmente. A base da negativa, conforme defendido, foi a autoproteção discriminatória da sociedade em relação ao controle do corpo, seja para decidir o melhor tratamento de saúde ou para autorizar pesquisas nele.

O melhor interesse da criança Tukano está em realizar sua dimensão existencial na sua cultura, em uma interseção de saberes de saúde que não discriminem o conhecimento tradicional de seu povo, pois, com base em Assis da Costa Oliveira:

[...] a perspectiva intercultural possibilita a participação no processo de produção dos direitos das indígenas crianças e promove a valorização dos saberes subalternizados, é dizer, da integridade cultural dos povos indígenas, na qual se inclui os sistemas jurídicos e a prerrogativa da autonomia na resolução dos conflitos internos e de regulação dos modos de vida dos povos indígenas, e, com isso, das indígenas crianças.²⁹⁵

A interculturalidade aparece como uma forma de resolução de conflito em razão da falta de autonomia existencial dos povos indígenas. Porém, a interculturalidade é mais do que uma resolução de conflitos, ela é instrumento de um Estado plural para afirmação da autonomia como uma necessidade primordial em uma relação de socialidade, como explica Miracy Gustin:

295 OLIVEIRA, Assis da Costa. As indígenas crianças e a doutrina da proteção plural, **Revista Direito e Práxis**, *Ahead of print*, p. 14, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61154/42548>>. Acesso em 30 de março de 2023.

Uma pessoa só é autônoma em relação ao outro justamente quando, através de formas discursivas, for capaz de justificar suas escolhas e decisões. Isso porque os indivíduos não nascem autônomos. É no desenvolvimento psicossocial e através da comunicação dos valores e de regras que se torna viável a uma pessoa o desenvolvimento da autonomia crítica.²⁹⁶

Ainda segundo a autora, a autonomia crítica não é somente um *poder de ação*, mas “o poder de apreender e ordenar conceitualmente seu mundo, sua pessoa e suas interações e de deliberar de forma consciente sobre sua forma de vida”.²⁹⁷ É esta autonomia crítica que foi negada aos povos indígenas e é dela que a autoproteção discriminatória faz uso para negar suas existências conforme suas culturas, sem sequer empreender ações de interculturalidade.

Quando se fala da disposição do corpo nos moldes da cultura indígena como um projeto de vida, trata-se justamente de sua ordenação conceitual sobre o mundo. O dever de respeito, oposto contra todos como efeito de seus atributos bioculturais, traz consigo também o dever de ações interculturais, em especial contra o Estado.

A responsabilidade civil, apesar de esparsas normas no texto constitucional sobre a responsabilidade do Estado em matéria administrativa e jurisdicional, também se afigura como um instituto de proteção de valores constitucionais, sob a consequência de sua reparação de serem violados.

A autonomia liberal, mesmo com *status* constitucional, não foi suficiente para a afirmação da autonomia de vulneráveis, seja como um poder de ação ou crítica como um poder de conceptualização do mundo e estabelecimento dos modos de viver dos mais fracos. É neste ponto de falhas do ordenamento jurídico que, conforme José Joaquim

296 GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaios e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. P. 31.

297 GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaios e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. P. 31.

Gomes Canotilho, será atribuída dignidade constitucional ao instituto da responsabilidade.²⁹⁸

Por isso, o efeito do dever geral de respeito em relação à autonomia dos povos indígenas é oposto contra o Estado, cabe a ele se responsabilizar por vulneráveis, por resolver conflitos interculturais, como no caso dos povos indígenas. A *dignidade constitucional* do instituto da responsabilidade civil não advém somente da posituação da responsabilidade estatal na Constituição, mas da proteção dos valores constitucionais no seu âmbito de aplicação.

Ao Estado, cabe, por exemplo, responsabilizar-se pela devolução do sangue dos Yanomami, como uma obrigação decorrente tanto da integridade biopsíquica dos indígenas quanto da integridade cultural da coletividade. A omissão estatal leva ao impedimento de destruição do corpo, ou seja, a coletividade Yanomami fica impedida de exercer sua autonomia existencial, de dispor dos corpos mortos de seus membros conforme sua cultura, tendo violada a sua liberdade de, por estes modos de vida, desenvolver suas personalidades em ritos fúnebres: o corpo morto é destruído para a saúde psíquica da coletividade.

Observa-se que todo o processo cultural foi perturbado desde coleta de sangue sem a devida informação plena. Não se pode ignorar que o caso também tem origens discriminatórias. O fato de que tenha ocorrido em uma época na qual os indígenas estavam submetidos legalmente a um regime tutelar, não retira o fato de que foram tratados como objeto e não como sujeitos. Sobre esta questão, Silvia Pizzolante Pellegrino informa que:

Os Yanomami, em suas falas atuais, [...], não descrevem a coleta de seu material biológico realizada em décadas passadas como um processo que eles soubessem tratar-se de uma pesquisa científica. Por sinal, também ignoravam o destino a ser dado

²⁹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **A responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 32.

a esse material. Foi relatado durante as entrevistas realizadas, [...], que na ocasião da coleta, os doadores não tinham nenhum conhecimento da língua dos brancos. Amedrontados e na expectativa de alguns presentes, eles acabaram participando de algo totalmente desconhecido, a cujo respeito receberam esclarecimento apenas com a retomada do assunto ocorrida nos últimos anos.²⁹⁹

Não podem também os pesquisadores alegar ignorância quanto ao consentimento e voluntariedade dos sujeitos da pesquisa, pois, apesar de os indígenas ainda estarem em um regime tutelar e integracionista à época, desde a segunda guerra mundial se iniciou o debate sobre o consentimento voluntário de sujeitos de pesquisas médicas, de modo a afastar os horrores em experimentos perpetrados pela Alemanha nazista, tendo sido, inclusive, produzido um Código com 10 pontos sobre experimentos médicos na sentença do Tribunal Militar de Nuremberg.

Sonegar informações que envolvem interferências no corpo, seja em tratamento de saúde ou em pesquisas, retira a autonomia do sujeito, pois, sem a plenitude de informações, não se pode tomar a melhor decisão. A decisão tomada poderia não ter sido feita se todas as informações tivessem sido prestadas, o que torna a pessoa objeto de manipulações pela sonegação de dados necessários ao exercício de sua autonomia.

Qualquer uso ou interferência no corpo deve ser sempre autorizado, sendo as exceções restritas a situações de saúde nas quais a pessoa não está em condições de se expressar. O consentimento informado é um pressuposto obrigatório da autonomia existencial, do respeito ao autogoverno dos atributos da personalidade. Sobre esse ponto, o Superior Tribunal de Justiça vem fazendo a associação entre autonomia, informação e consentimento:

299 PELLEGRINO, Silvia Pizzolante. **Imagens e Substâncias como Vínculos de Pertencimento: as experiências Wajãpi e Yanomami**. 2008. 223 f. Tese (doutorado em Antropologia Social). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. P. 94.

O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado.³⁰⁰

Em pesquisas ou em tratamentos de saúde, intervir no corpo alheio por meio da sonegação de informações (ou por informações genéricas) se equipara ao uso desautorizado do corpo. A plena informação é um dever atribuído pelo direito ao autogoverno da integridade psicofísica decorrente da autonomia existencial.

Verifica-se, pois, que ao tratar os Yanomami como objetos de pesquisa e não como sujeitos de direito, sonegando-lhes informação sobre o uso de suas substâncias corporais (sangue), não lhes foi garantido em suas decisões o pleno exercício de sua autonomia, uma vez que, sem saber os fins da pesquisa, não poderiam tomar uma decisão informada sobre suas concepções de mundo conforme

300 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.540.580/DF. Recorrente: Dimas Pereira e Abrahão e outros. Recorrido: Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês e outros. Relator: ministro Lázaro Guimarães. Data do julgamento: 02/08/2018. Data da publicação: 04/09/2018. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719802&num_registro=201501551749&data=20180904&formato=PDF>. Acesso em 30 de março de 2023. P. 1.

suas culturas, o que frustrou ilicitamente o exercício coletivo de uma prática social.

Como o dano existencial é uma frustração do projeto de vida, vale citar a ponderação de Ronald Dworkin³⁰¹segunda a qual “a ideia de que deploramos as frustrações da vida, não a sua mera ausência, parece encaixar-se adequadamente às nossas convicções gerais sobre a vida, a morte e tragédia.”³⁰²

A tutela do projeto de vida boa passou a destacar não apenas o encerramento da vida, mas a possibilidade de que terceiros possam retirar da pessoa a capacidade de realizar seus fins particulares. O destaque da tutela jurídica está em permitir que a pessoa trilhe o caminho de suas realizações de forma autônoma para buscar sua dignidade, concebida como um projeto de bem viver, uma vida boa.

O direito não pode salvar a pessoa de si mesmo. Este é o conteúdo messiânico a se evitar no direito. Assim, a liberdade de desenvolvimento da personalidade, como fundamento de uma autonomia existencial, tem por objetivo evitar que as frustrações ao projeto de vida sejam causadas por interferência ilícita de terceiros.

A tutela da autonomia existencial não é propriamente do fim, mas dos meios que a pessoa escolhe ou tem à sua disposição para realizar seus fins particulares, ou seja, o dano existencial é uma frustração indevida dos meios que a pessoa dispõe para, de forma autônoma, realizar seu projeto de vida por meio dos bens e relações que são ou podem vir a ser necessárias para alcançar seus fins particulares.

O seu efeito, conforme Flaviana Rampazzo Soares “é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade da pessoa, abrangendo a ordem pessoal e a ordem social.”³⁰³ Ainda sustenta a autora:

301 DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion: na argument about abortion, eutanásia and individual freedom.** Nova Iorque: Vintage Books, 1999. P. 88.

302 No original: the ideia that we deplore the frustrations of life, not its mere absence, seems adequately to fit our general convictions about life, death and tragedy.

303 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por danos existenciais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 44.

O dano existencial se consubstancia, como visto, na alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer, em um “ter que agir de outra forma” ou em um “não poder mais fazer como antes”, suscetível de repercutir, de maneira consistente, e, quiçá, permanente sobre a existência da pessoa.³⁰⁴

A frustração ao projeto de vida das culturas Tukano e Yanomami não advieram como um fato da vida e sim de um ato ilícito, uma interferência que frustrou seus projetos de vida, pois a relevância jurídica do corpo em suas sociedades está em seu conteúdo cultural. O impedimento ao corpo na manifestação da cultura de uma sociedade indígena resulta em ter que agir outra forma, forçando-os a não mais poder agir conforme suas tradições, seus processos culturais. Trata-se de uma verdadeira violência contra a pessoa e violenta perturbação da ordem social.

Por fim, não se pode esquecer a discriminação como base da negativa de direitos aos povos indígenas:

O fundamento mais profundo parece ser a negação dos direitos indígenas, sobretudo o direito à terra, à preservação do habitat próprio de cada terra indígena e do modo de vida tradicional.

[...]

Fruto de preconceitos arcaicos, o racismo está ancorado na falta de respeito e na ignorância sobre a diversidade cultural brasileira e sobre a possibilidade de haver modos de vida baseados em sólidos conhecimentos que priorizam o Bem Viver de todos.³⁰⁵

304 SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por danos existenciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 44.

305 CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil – dados de 2018**. Brasília, 2018. Disponível em <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf>>. Acesso em 30 de março de 2023.

Não seria diferente no que concernem aos danos existenciais. A discriminação é a base, o fundamento da frustração dos projetos de vidas dos povos indígenas, colocando-lhes na condição de objeto de apagamento cultural e não de sujeitos autônomos, livres para realizar sua ordem social culturalmente diversa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia é uma necessidade humana que tem por fim experimentar a liberdade. Não é uma demanda vazia e sim uma exigência que se origina em fatores históricos e sociais.

Os indígenas ao longo da colonização, império e república que se sucederam no Brasil foram objetos de extermínio físico e cultural. Sua necessidade de autonomia, seja enquanto coletividade ou individualmente, vem da exigência de respeito aos seus modos diversos de ser e pensar, de criar e fazer, ou seja, de viver suas culturas e identidades distintas da sociedade nacional.

Porém, atualmente, mesmo não havendo dúvidas que a Constituição Federal de 1988 os emancipou da tutela estatal, a garantir-lhes o respeito como um dos povos formadores da sociedade brasileira, ainda não se alcançou a desejada autonomia culturalmente diversa. Não se nega que são sujeitos de autonomia, mas as forças contrárias, sejam elas políticas ou jurídicas, fazem uso das estruturas racistas e coloniais para não amparar suas reivindicações de direitos diferenciados conforme suas identidades étnicas, os quais não se enquadram em modelos jurídicos clássicos.

A estrutura do regime tutelar não é facilmente superada, pois é dela que se faz uso para “embranquecer” o indígena, apagando sua cultura diversa pela integração à cultura nacional. O resultado é um indígena genérico que não se diferencia em suas reivindicações, tendo o direito privado, portanto, grande participação no extermínio cultural dos povos indígenas pelo uso que se fez (e faz) do instituto da incapacidade para negar-lhes autonomia e apagar suas culturas.

O Estado multicultural não surtiu o efeito desejado. Em primeiro lugar, não se rompeu com as estruturas liberais da autonomia que sempre foram pensadas para questões econômicas e não existenciais. A autonomia liberal, mesmo com a adição do multiculturalismo, não deixou de ser um mero ato de tolerância até certo ponto.

Além de ser um modelo econômico, a autonomia liberal se fundamenta na tensão entre espaços públicos e privados e não de

comunhão, onde o indivíduo se desenvolve apartado da sociedade com pontuais interseções. A inclusão do multiculturalismo na Constituição Federal não foi suficiente para abranger outras culturas no modelo ocidental de autonomia, pois o tensionamento entre o público e o privado se baseia na indiferença, bem como pelo fato de a sociedade ocidental buscar se autoprotoger de valores que não os seus.

O efeito do multiculturalismo foi apenas um direito à indiferença e não o direito à diferença, pois continuou-se o modelo de tensão entre espaços públicos e privados, o que significou apenas tolerar e não dialogar para interiorizar as diferenças. Tolerar outras culturas significa apenas aceitá-las até certo ponto e não sua interiorização nas estruturas estatais e jurídicas. Enquanto o diferente não abala as estruturas ou o código moral ocidental, merece indiferença.

Quando ultrapassam certos limites, aqueles que não comungam dos valores ocidentais recebem a autoproteção da sociedade na forma de negativa de direitos. A sociedade nacional, aqui tida como a maioria social que comunga dos valores da cultura do colonizador, instrumentaliza o direito de modo que seus valores fundantes não sejam desafiados.

E, mesmo que se tenha na Constituição Federal, normas que façam alusão a outros grupos formadores da sociedade brasileira e suas diversas expressões culturais, a autoproteção moral não deixa de ser uma das estruturas sociais e estatais para discriminar e negar outros modos de viver.

Outro modelo de autonomia privada se faz necessário, o qual possa verdadeiramente abranger outros sujeitos que não se enquadram nos modos de ser homogêneos da sociedade ocidental ou que não sigam suas normas morais. Assim, chega-se ao conceito de autonomia existencial, o qual, além de compreender a autodeterminação que se refere aos fins particulares e, portanto, à realização pessoal, também envolve o autogoverno dos atributos da pessoa.

Contudo, por se lidar com pessoas e sociedades, como as indígenas, as quais se encontram em posição social minoritária e, assim, vulneráveis, o conteúdo clássico da autonomia não mais se

mostra suficiente apenas na forma de deveres negativos, frutos de uma tensão entre particulares e Estado.

Ou seja, não só o reconhecimento de uma autonomia de conteúdo existencial é suficiente. É preciso conhecer os instrumentos discriminatórios da sociedade nacional, como a autoproteção moral e suas ferramentas, pois a autonomia do diferente naturalmente desafia a moral hegemônica.

Se a autonomia passar a ter por fundamento a autodeterminação e autogoverno, os quais compreendem a busca do bem viver e realização de uma vida digna, assim como o controle do corpo e da mente, deve haver um significado maior para o sujeito de direito do que simplesmente alguém apto a titularizar relações jurídicas, em especial para trocas comerciais.

Especificamente em relação aos povos indígenas, o tratamento jurídico na história deixou como legado um indígena genérico, integrado, sem identidade e cultura distintas. Logo, é indispensável a superação do conceito de sujeito de direito genérico, a fim de dar solução de continuidade ao histórico de apagamento da cultura indígena.

Ao se examinar a construção da pessoa nas sociedades indígenas, identificam-se por alguns pontos de divergências com a sociedade nacional que não podem estar alheios ao tratamento jurídico de suas reivindicações de autonomia. Primeiramente, há uma complementariedade na construção do indivíduo com a sociedade. Enquanto na não indígena, o indivíduo se aparta da sociedade, buscando excluí-la de sua individualidade, nas sociedades indígenas a singularidade da pessoa está em ser um sujeito coletivo.

Um atributo da pessoa, o corpo, tido como personalíssimo nas sociedades ocidentais, é elemento central e organizador de processos sociais nas sociedades indígenas, ou seja, além de um atributo existencial da pessoa, o corpo é também um elemento cultural.

A coletividade indígena não é uma síntese de individualidades. Há um entrelaçamento entre pessoa e sociedade na qual a integridade corporal se confunde com a integridade cultural, de modo que tais bens,

juridicamente tutelados, se tornam indivisíveis. Ou seja, a afirmação do direito ao corpo de um sujeito coletivo é também uma afirmação do direito à cultura de seu povo. Desse modo, os direitos da personalidade, os quais foram ao longo do século passado desenvolvidos para a singularização do indivíduo, por meio do controle e disposição de seus atributos da personalidade, assumem não só a tutela dos valores constitutivos da pessoa, mas também de sua coletividade.

A liberdade de “ser” é um dos principais efeitos que se busca do livre desenvolvimento da personalidade, pois com o controle e a disposição de seus atributos corporais e incorpóreos, a pessoa se autogoverna para construir sua identidade e desenvolver corpo e mente para sua existência, o que se traduz para os povos indígenas como a liberdade de construir suas identidades étnicas.

Contudo, a autonomia existencial dos povos indígenas é uma autonomia de vulneráveis que, dada a autoproteção moral da sociedade, necessitam constantemente justificar seus modos de viver. Ou seja, mesmo com o livre desenvolvimento da personalidade como consequência da tutela da dignidade, o racismo e o preconceito ainda são instrumentos discriminatórios da sociedade para lhes negar amparo jurídico as suas reivindicações de autogoverno.

Os dois casos apresentados deixam clara a atuação da autoproteção da sociedade, pois negou-se aos indígenas o autogoverno de seus corpos em seus contextos culturais. O impedimento de os indígenas afirmarem seus corpos conforme suas culturas ocorreu por bases discriminatórias, seja por preconceito contra seus conhecimentos tradicionais de saúde ou por serem tratados como meros objetos de pesquisa.

Não há espaço em uma sociedade tida por plural para que o preconceito contra os povos indígenas seja a racionalização nas relações interculturais. O dever geral de respeito que decorre do autogoverno de seus atributos, sejam eles tutelados individualmente ou coletivamente, opõe-se ao Estado e aos particulares como um dever de descoberta da conduta normativamente adequada ao respeito.

Sendo o preconceito e quaisquer outras formas de discriminação proibidos, parte-se inicialmente deste dever como uma conduta normativamente adequada nas relações interculturais por expressa disposição constitucional e segue-se a um dever de diálogo intercultural como inteligibilidade entre culturas. Sem tais deveres, recai-se em condutas de autoproteção discriminatória, uma vez que a autonomia de vulneráveis demanda ações estatais para sua afirmação, sendo o reconhecimento de outros modos de viver o primeiro passo.

Ao se buscar conhecer os casos paradigmas, observou-se que o corpo indígena não se afirma fora da cultura de seus povos, a exemplo do corpo vivo em tratamento de saúde ou o corpo morto em ritos fúnebres. Não há nos casos qualquer conduta dos indígenas contrária ao direito, apenas desrespeito por suas culturas diversas pela sociedade envolvente, tendo por efeito necessário danos existenciais aos indígenas e suas coletividades, já que, a violação de seus corpos, tutelados culturalmente, provoca danos que atingem diretamente a existência dos indivíduos e da coletividade, os quais se veem impedidos de se autogovernarem conforme suas culturas.

A reparação integral é um princípio cujo conteúdo determina que as vítimas não suportem lesões injustas. Ao se impedir que indígenas afirmem seu corpo nos moldes de suas culturas, não é só a pessoa que se vê lesada. A violação da cultura é um dano coletivo que ocorre no momento do evento danoso, causando prejuízos existenciais tanto aos indivíduos que tiveram sua afirmação do corpo negada, quanto a coletividade que teve suas expressões culturais violadas.

O nexa causal não é indireto e sim causa necessária da lesão ao bem indiviso entre pessoa e sociedade – o corpo que fundamenta os processos sociais. O direito ao corpo e a cultural são simultaneamente violados e impedidos de produzir seus efeitos jurídicos. A lesão é existencial não somente porque são bens sem conteúdo econômico, mas porque impedem uma cultura distinta da sociedade nacional de existir consoante seus modos diversos de ser e pensar, ou ainda, de suas realizações individuais e coletivas conforme suas formas de bem viver.

Um sujeito coletivo e sua indivisão entre corpo e cultura são relevantes juridicamente, em especial do ponto de vista de valores constitucionais como o pluralismo, sendo que, tal reconhecimento jurídico importa na concretização do bem viver de sujeitos com atributos bioculturais, de modo que o contraste de suas identidades étnicas reflita nas consequências jurídicas de que seus corpos trazem consigo suas culturas.

5. REFERÊNCIAS

ALBERT, Bruce. “Infanticídio”: comentários e esclarecimentos. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2006/2010**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2021.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional, **Revista de informação legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em 15 de junho de 2022.

ANDRADE, J.; VIEIRA, A. Provas imateriais: experimentos entre a ciência e formas de conhecer indígenas: Entrevista com João Paulo Lima Barreto. **Revista de Antropologia**, v. 55, n. 1, 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/47581>>. Acesso em 07 de março de 2019.

ARANTES, Antonio Augusto. Patrimônio e ação. In: BARRIO, Ángel Espina; MOTTA, Antonio; GOMES, Mário Hélio (organizadores). **Inovação cultural, patrimônio e educação**. Recife: Massangana, 2010.

ARÁUJO JÚNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib). Em reunião com Ministro da Saúde, APIB consegue reverter desmonte da SESAI. Disponível em <<https://apiboficial.org/2019/04/01/em-reuniao-com-ministro-da-saude-apib-consegue-reverter-desmonte-da-sesai/>>. Acesso em 27 de julho de 2022.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código Civil comentado: volume I**. São Paulo: Atlas, 2007.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAHIA, Joana; SANTOS, Miriam. A socialização do corpo. In: BAHIA, Joana; SANTOS, Miriam. **Corpos em trânsito: socialização, imigração e disposições Corporais**. Porto Alegre: Letra & Vida, 2015.

BANIWA, André Fernando. **Bem viver e viver bem segundo o povo Baniwa no noroeste amazônico brasileiro**. Curitiba: UFPR, 2019.

BARRETO, Vicente de Paulo. Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira de; PEZZELLA, Maria Cristina Cerese. (coordenadores). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

BAUMAN, Zygmunt. **La cultura como praxis**. Barcelona: Paidós, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003,

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Ed. Kindle, Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BARRETO, João Paulo Lima. **Waimaihsã: peixes e humanos**. Coleção Reflexividades indígenas. Manaus: EDUA, 2018.

BARRETO, João Paulo. ***Kumuã na kahtiroti-ukuse: uma “teoria” sobre o corpo e o conhecimento prático dos especialistas indígenas do Alto Rio Negro***. 2021. 190 f. Tese (doutorado em Antropologia Social). Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2021.

BRANDIMILLER, Primo Alfredo. **Conceitos médico-legais para indenização do dano corporal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 560. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/631>>. Acesso em 24 de março de 2023.

BRASIL. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em 05 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.^a Região. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. Sentença. Processo n. 12928-69.2010.4.01.3200. 3.^a Vara Federal. Publicada no E-DJF1 em 13/01/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Recurso Especial n. 598.281/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado do Minas Gerais. Recorrido: Município de Uberlândia. Relator: Teori Albino Zavascki. Data do julgamento: 02/05/2006. Data da publicação. 01/06/2006. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em 08 de abril de 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 1.057.274/RS. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recorrido: EMPRESA BENTO GONÇALVES DE TRANSPORTES LTDA. Relatora Ministra Eliana Calmon. Data do julgamento: 01/12/2009. Data da publicação: 26/02/2010. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>

GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010>. Acesso em 04 de abril de 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.540.580/DF. Recorrente: Dimas Pereira e Abrahão e outros. Recorrido: Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírío Libanês e outros. Relator: ministro Lázaro Guimarães. Data do julgamento: 02/08/2018. Data da publicação: 04/09/2018. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719802&num_registro=201501551749&data=20180904&formato=PDF>. Acesso em 30 de março de 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 1.615.971/DF. Recorrente: Petrobrás Distribuidora S/A. Recorrido: Jayro Francisco Machado Lessa e outros. Relator: ministro Marco Aurélio Bellizze. Data do julgamento: 27/09/2016. Data da publicação: 07/10/2016. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502017766&dt_publicacao=07/10/2016>. Acesso em 27 de março de 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.734.536/RS. Recorrente: Januario Fontoura do Amaral e outros. Recorrido: Eder Antunes de Oliveira e outros. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 06/08/2019. Data da publicação: 24/09/2019. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403150386&dt_publicacao=24/09/2019>. Acesso em 24 de março de 2023

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUNAL (Pleno). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 618 Distrito Federal. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessado: Presidente da República e Conselho Federal de Medicina. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402/>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição 3.388 Roraima. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto e outros. Requerido: União e outros. Relator Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 30/04/2009. Data de publicação: 07/05/2009. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em 25 de janeiro de 2023. P. 540.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coordenadores). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem a professor Estefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **A responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, vol 8, n. 3, p. 303-326, julho-setembro de 2016

CARVALHO, Thayna Augusta da Mata; NOGUEIRA JÚNIOR, Bianor Saraiva. Multiculturalismo, o acesso à justiça e a violação dos direitos dos povos indígenas do estado do Amazonas. In: Congresso Nacional da FEPODI, VI, 2019, São Paulo. Anais.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1995.

CASTRO, Eduardo B. Viveiro de. A fabricação do corpo na sociedade xinguanã, **Boletim do Museu Nacional**, Série Antropologia, n. 32, p. 40-49.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES, Antonio. Direitos da personalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. **Doutrinas essenciais: Direito Civil, parte geral**. Vol., 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO FILHO, Luiz Walter. **Sujeitos de Direito: teoria geral**. Campo Grande: contemplar, 2015.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil – dados de 2018**. Brasília, 2018. Disponível em <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contr-a-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf>>. Acesso em 30 de março de 2023.

CORTEZ, Roberto. Mas, afinal, o que é identidade? In: D'INCÃO, Maria Ângela; SILVEIRA, Isolda Maciel da (organizadoras). **A Amazônia e a crise da modernização**. Belém: Museu Goeldi, 1994.

CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun; FIGUEIREDO, Ana Ascensão Verdadeiro de. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma versão crítica. In: CORREIA, Fábio; CAPUCHO, Fábio Jun. (coords.). **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinelato**. Barueri: Manole, 2019.

COSTA, Patrícia Cordeiro da. **Causalidade, Dano e Prova - A Incerteza na Responsabilidade Civil**. Almedina. Edição do Kindle. Coimbra: Almedina, 2016. P. 470.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. **Revista Educação Pública**, v. 23, n. 53/1, p. 343-367, maio/ago. 2014. [on line]. Disponível em: <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/1621>>. Acesso em 23 de maio de 2022.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no direito brasileiro. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 3, n. 5, p. 121-144, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBT**. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DELUQUE JÚNIOR, Romano; CORREIA, Cristiane Maluf Correia. A dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva e a função Social do contrato, **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 20, n. 1, p. 25-35, 2019. Disponível em < <https://doi.org/10.17921/2448-2129.2019v20n1p25-35>>. Acesso em 20 de março de 2023.

DINIZ, Debora. Avaliação ética em pesquisa social: o caso do sangue Yanomami, **Revista Bioética**, 2007, 15 (2), p. 284-297. Disponível em <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/48/51>. Acesso em 04 de março de 2023.

DEVLIN, Patrick Baron. **The enforcement of morals**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion: na argument about abortion, eutanásia and individual freedom**. Nova Iorque: Vintage Books, 1999.

DWORKIN, Ronald M. Lord Devlin and the Enforcement of Moral. **Faculty Scholarship Series**, paper 3611, 1966. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3611>. Acesso em 10 de julho de 2022.

EPICURO. **Carta sobre a felicidade**. São Paulo: Unesp, 2002

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Salvador: Juspodium, 2018.

FARIÑAS, Maria José. Derecho e interculturalidad: el encuentro con el outro. In: BOMFIN, Vinícius Silva; ARCELO, Adalberto Antônio Batista; SÁ, Mariana Oliveira de. (org.). **Interculturalidade, poder, direitos**. Curitiba: Appris, 2019.

FEIJÓ, Jualianne Holder Câmara da Silva. A capacidade civil indígena. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 8, n. 28, julho-setembro de 2014, p. 209-228. [on-line]. Disponível em <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/203/775>>. Acesso em 23 de

FIUZA, César. Dignidade humana, autonomia privada e direitos da personalidade. In: FIUZA, César. **Autonomia privada: direitos da personalidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e *punitive damages* a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: o início da discussão, **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Volume 87, número 1, p. 190-219, jan./jun. 2015. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1588/1218>>. Acesso em 08 de abril de 2023.

FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço de Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

GADELHA, Luciana Fernandes Portal Lima. A Articulação dos Sistemas Tradicionais e Clássicos de Medicina na Atenção à Saúde dos Povos Indígenas – uma Análise da Atuação do Ministério Público Federal no Caso da Criança Indígena da Etnia Tukano – Alto Rio Negro – Amazonas. In: VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Juspodium, 2011.

GÁNDARA, Manuel. Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos, **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N.4, 2017, p. 3117-3143. [on line]. Disponível em <<https://www.redalyc.org/pdf/3509/350954304023.pdf>>. Acesso em 17 de julho de 2022.

GOMES, Orlando. Direitos de Personalidade, **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, n. 11, setembro de 1966, p. 39-48. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180717>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023;

GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 11^a ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaios e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jurgen. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State. In: TAYLOR, Charles [et al]. **Multiculturalism**. Ed. Kindle. Nova Jérсия: Princeton University 1994.

HART. H. I. A. **Law, liberty and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1963.

HOLTMAN, Sarah. Autonomia e o reino dos fins. **Studia Kantiana**, v. 13, n. 19, p. 105-126, dezembro de 2015, tradução de Rafael Rodrigues Pereira. [on-line]. Disponível em: <<http://www.sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/223>>. Acesso em 02 de outubro de 2020, p. 122.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo**. 2012. 177 f. Tese (doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

KYMLICKA, Will. **Ciudadania liberal: una teoria liberal de los derechos de las minoria**. Barcelona: Paidós, 1996.

LARA, Mariana. **O direito à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

LIMA, Rayanne de Sales. O papel da Funai e da antropóloga na defesa do interesse superior das crianças indígenas em processo de colocação em família substituta. In: VII Encontro Nacional de Antropologia do Direito, 2021, virtual. Disponível em <https://www.enadir2021.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=183>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional, **Direitos fundamentais & Justiça**, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015. Disponível em <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/155>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

GIL, Laura Pérez. Corporalidade, ética e identidade em dois grupos panos, **ILHA**, v.5, n. 1, julho de 2003, p. 23-45, Florianópolis.

LEGRAND, Pierre. The same and the different. **Comparative legal studies: Traditions and transitions**. Londres: Cambridge University Press, 2009.

LOLLI, Pedro. Sopros de vida e destruição: composição e decomposição de pessoas, **Revista de Antropologia**, São Paulo, 2013, v. 56, n. 2, p. 365-396. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/ra/article/view/82473>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2023

LOLORDO, Antonia. The concept of a person from antiquity to the twenty-first century. In: LOLORDO, Antonia (ed.) **Persons – a History**. Nova Iorque: Oxford, 2019.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e Direitos da Personalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro: o caso do direito à privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 8, abril-junho de 2016, p. 47-80 Rio de Janeiro. [on-line]. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/64>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paul: revista dos Tribunais, 2012.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais, **Revista de Informação Legislativa**, v. 14, n. 56, p. 247-266, out./dez. 1977. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181045>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

MCCALLUM, Cecília. O corpo que sabe - da epistemologia Kaxinawá para uma antropologia médica das terras baixas sul-americanas. In: ALVES, Paulo César; RABELO, Miriam Cristiana. (orgs.). **Antropologia da saúde: traçando identidade e explorando fronteiras**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Relume Dumará, 1998.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 2005.

MILANEZ, Felipe; SÁ, Lucia; KRENAK, Ailton; CRUZ, Felipe Sotto Maior; RAMOS, Elisa Urbano; JESUS, Genilson dos Santos de (Taquary Pataxó). Existência e diferença: o racismo contra os povos indígenas. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 03, 2019, p. 2161-2181, Rio de Janeiro. [on-line]. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/3SxDNnSR-RkLbfh3qVFtmBDx/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Ontario: Batoche Books, 2001.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro, **Civillística**, v. 7, n. 1, p. 1-25, 5 de maio de 2018. Disponível em <<https://civillistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/317>>. Acesso em 20 de março de 2023.

MORATO, Antonio Carlos. **Quadro geral dos direitos da personalidade**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941>>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

MOTA, Karine Alves Gonçalves; CORONEL, Luziê Medici da Costa. A adoção de Crianças indígenas, **Revista dos Tribunais**, 972, volume 105, outubro de 2016. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.972.07.PDF>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: volume 1, parte geral do Código Civil e Direitos da Personalidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NETO, Joaquim Shiraishi; DANTAS, Antonio Fernando de Carvalho. A “comoditização” do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regularização jurídica. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. 2016. 228 f. Tese (doutorado em direito econômico e socioambiental). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2016.

OLIVEIRA, Assis da Costa. As indígenas crianças e a doutrina da proteção plural, **Revista Direito e Práxis**, *Ahead of print*, p. 1-26, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61154/42548>>. Acesso em 30 de março de 2023.

OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. A morte digna na relação médico-paciente. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **Direito e medicina: novas fronteiras da ciência jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A sociologia do Brasil** Indígena. Brasília: Editora UNB, 1978.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A crise do indigenismo**. Campinas: Unicamp, 1988.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de; OLIVEIRA, Luís R. Cardos de. **Ensaio Antropológico sobre moral e ética**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Identidade étnica, reconhecimento e o mundo moral, **Revista Antropológicas**, ano 9, volume 16(2): 9-40 (2005). [on line]. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaanthropologicas/article/view/23631>>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

OLIVEIRA, Gerciane Maria da Costa; MARTINS, Mayara Magalhães. O que o caso paradigmático do “sangue Yanomami” tem a dizer sobre o processo formativo do investigador social. **Revista EDaPECI**,

v.17. n. 3, p. 122-128, set./dez. 2017, São Cristóvão (SE). Disponível em <<https://seer.ufs.br/index.php/edapeci/article/view/7099/pdf/>>. Acesso em 26 de abril de 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Petição inicial. Número: P-2263-22. Requerente: L. T. B. e Familiares. Requerido: República Federativa do Brasil. Data de envio: 02/12/2022. P.

PACHUKANIS, Evguíeni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Edição do Kindle, São Paulo: Boitempo, 2016.

PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira. Povos indígenas e reconhecimento da autonomia. In: PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (organizador.); SOUZA, Aline Gonçalves de Souza (colaboradora). **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito, 2019.

PAREKH, Bhikhu, **Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory**. Londres: Macmillan Press, 2002.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre as concepções de personalidade e de dignidade humana: as teses de Robert Spaemann e de Ronald Dworkin. In: QUEIROZ, Mônica et al (org.). **Direito Civil em debate: reflexões críticas sobre temas atuais**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

PELLEGRINO, Silvia Pizzolante. **Imagens e Substâncias como Vínculos de Pertencimento: as experiências Wajãpi e Yanomami**. 2008. 223 f. Tese (doutorado em Antropologia Social). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento, **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 15, p. 209-237, abr./jun. de 2018.

PEREIRA, Fábio Queiroz. LARA, Mariana Alves. ANDRADE, Daniel de Pádua. A Insustentabilidade da Cláusula Geral de Bons Costumes: Pluralismo e Laicidade da Sociedade Contemporânea. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 162-175, nov. 2019.

PINTO, Paulo Mota. O livre desenvolvimento da personalidade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenador). **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra, Coimbra, 1999.

PIOVESAN, Flávia; RUSSO JÚNIOR, Rômulo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso. (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O dano ao projeto de vida e sua autonomia em face do dano moral, **Revista Brasileiro de Direito Civil em Perspectiva**, v. 1, n. 1, p. 17-43, 2015. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/708/701>>. Acesso em 30 de março de 2023.

PRASCH, Robert E.; WARIN, Thierry. Dupont de Nemours and the origin of the maxim 'laissez faire, laissez passer', **Int. J. Economics and Business Research**, Vol. 17, No. 4, 2019, p. 448-458. [on-line]. Disponível em <<https://warin.ca/cv/resources/IJEBr170405.pdf>>1. Acesso em 15 de junho de 2022.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **Direito à personalidade integral – cidadania plena**. 1996. 126 f. Tese (doutorado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

QUIJANO, Aníbal. El fantasma del desarrollo en américa latina, **Revista del CESLA**, n. 1/2000, p. 38-55. [on line]. Disponível em

<<https://www.revistadelcesla.com/index.php/revistadelcesla/article/view/369/365>>. Acesso em 03 de agosto de 2022.

RAMOS, Alcida Rita. Projetos indigenistas no Brasil independente, **Etnográfica**, volume 4 (2), p. 267-283, 2000. Disponível em <<https://journals.openedition.org/etnografica/2764>>. Acesso em 27 de março de 2023.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REINIG, Guilherme Henrique LIMA; SILVA, Rafael Peteffi da. Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de “choque nervoso” (Schockschaden) no direito civil alemão **Civilística**, ano 6, n. 2, p. 1-34, 2017. Disponível em <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/303/251>>. Acesso em 20 de março de 2023.

REPORT OF THE COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION. Londres: Her Majesty Stationary Office, 1962.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. São Paulo: Global, 2017.

RICOEUR, Paul. **Ética e moral**. Covilhã: Lusofia, 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. [on-line]. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em 26 de abril de 2021.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2.^a ed. Salvador: Juspodium, 2018.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte; Del Rey, 2007.

SÁ, Maria Oliveira de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico? **Quaestio Juris**, vol. 10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017. [on-line]. <Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/22052>>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

SANT'ANNA, Denise Bernuzzi. É possível realizar uma história do corpo? In: SOARES, Carmen Lúcia. **Corpo e história**. Campinas: Autores Associados. Edição do Kindle., 2022.

SANTIAGO Y CALDO, Diego. O veto ao incidente de coletivização e a chance perdida para solucionar o fenômeno das ações individuais repetitivas, **Revista dos Tribunais**, volume 965, março de 2016. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.965.03.PDF>. Acesso em 20 de março de 2023.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, junho de 1997. [on line]. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 15 de julho de 2022.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para além de um pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes, **Novos Estudos**, n. 79, p. 71-94, setembro de 2009. [on line]. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/nec/a/ytPjkXXYbTRxnJ7THFDBrgc/?lang=pt>>. Acesso em 29 de julho de 2022.

SANTOS, Magnaldo Oliveira dos. Candomblé: lei 10.639/03, educação, memória, história e preconceito, **Revista Brasileira de História das Religiões**, v. III, n.9, jan/2011, Maringá. Disponível em <<http://www.dhi.uem.br/gtreligiao/pub.html>>. Acesso 21 de julho de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 22, abril/junho de 2005, p. 45-69, Rio de Janeiro.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da; CASTRO, E. B. Viveiros de. A construção da pessoa nas sociedades indígenas. **Boletim do Museu Nacional**, antropologia, n. 32, Rio de Janeiro, maio de 1979.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A Repersonalização do Direito Civil a partir do pensamento de Charles Taylor: algumas projeções para os Direitos de Personalidade, **Revista Sequência**, n. 57, p. 299-322, dez. 2008. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p285>>. Acesso em 16 de janeiro de 2023.

SOUZA, Pedro Daniel dos Santos; LOBO, Tânia. Da aplicação do Diretório Pombalino ao Estado do Brasil: povos indígenas e políticas

linguísticas no século XVIII. **A Cor das Letras**, v.7, n.1, 2015, p. 46-59, Feira de Santana. [on-line]. Disponível em <<http://periodicos.uefs.br/index.php/acordasletras/article/view/1445/pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Organizações indígenas. .In: PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (organizador.); SOUZA, Aline Gonçalves de Souza (colaboradora). **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito, 2019. P. 19.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SHIRAISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Antonio Fernando de Carvalho. A “comoditização” do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regularização jurídica. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017.

SUCHANECK, Márcia Gomes O. Povos indígenas no Brasil: de escravos à tutelados. Uma difícil reconquista da liberdade, **Confluências**, vol. 12, n. 1. Niterói: PPGSD-UFF, outubro de 2012, p. 240 a 274. Disponível em < <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34240>>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. São Paulo: É Realizações, 2011.

TAYLOR, Charles [et al]. **Multiculturalism**. Ed. Kindle. Nova Jér-sia: Princeton University 1994.

TAYLOR, Paul W. The ethnocentric fallacy, **The Monist**, Vol. 47, No. 4, Ethics and Anthropology, 1963, p. 563-584. Disponível em <<https://www.jstor.org/stable/27901527>>. Acesso em 2 de agosto de 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coord.). **Teoria Geral do Direito Civil: questões controvertidas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencia, **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. de 2018. [on line]. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>>. Acesso em 15 de julho de 2022.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro, **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 30, n. 04, p. 33-60, 2022. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/752>. Acesso em 8 de abril de 2023.

TRUGILHO, Diogo Lima. **A história da reparabilidade do dano moral**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

VELTHEM, Lúcia H. Van. “Peles pintadas”: a decoração corporal como identidade. In: D’INCÃO, Maria Ângela; SILVEIRA, Isolda Maciel da (organizadoras). **A Amazônia e a crise da modernização**. Belém: Museu Goeldi, 1994.

VERDÉLIO, Andria. Bolsonaro diz que não fará demarcação de terras indígenas. **EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO**, Brasília, 16 de agosto de 2019. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-08/>>

bolsonaro-diz-que-nao-fara-demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

YANOMAMI, Davi Kopenawa. Carta à Procuradoria Geral da República. Disponível em <<https://cartasindigenasaobrasil.com.br/cartas/de-davi-kopenawa-para-a-procuradoria-geral-da-republica-11-de-novembro-de-2002/>>. Acesso em 15 de março de 2023.

