



**INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE ARTE,
CULTURA E HISTÓRIA (ILAACH)**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
INTERDISCIPLINAR EM ESTUDOS LATINO-
AMERICANOS (PPG IELA)**

OS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO NACIONAL:
dos conflitos entre o Direito Positivo Brasileiro e o Direito Consuetudinário indígena

SAIONARA DO AMARAL COPETTI

Foz do Iguaçu
2017



**INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE ARTE,
CULTURA E HISTÓRIA (ILAACH)**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
INTERDISCIPLINAR EM ESTUDOS LATINO-
AMERICANOS (PPG IELA)**

OS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO NACIONAL:
dos conflitos entre o Direito Positivo Brasileiro e o Direito Consuetudinário indígena

SAIONARA DO AMARAL COPETTI

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos da Universidade Federal da Integração Latino-Americana, como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em Estudos Latino-Americanos.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Eta Vieira
Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Senilde Alcântara Guanaes

Foz do Iguaçu
2017

SAIONARA DO AMARAL COPETTI

OS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO NACIONAL:
dos conflitos entre o Direito Positivo Brasileiro e o Direito Consuetudinário indígena

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos da Universidade Federal da Integração Latino-Americana, como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em Estudos Latino-Americanos.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria Eta Vieira
UNILA

Prof. Dr. Clóvis Antonio Brighenti
UNILA

Prof. Dr. Paulo Humberto Porto Borges
UNIOESTE

Foz do Iguaçu, 30 de março de 2017.

Catálogo elaborado pela Divisão de Apoio ao Usuário da Biblioteca Latino-Americana
Catálogo de Publicação na Fonte. UNILA - BIBLIOTECA LATINO-AMERICANA

Copetti, Saionara do Amaral.

Os povos indígenas no cenário nacional: dos conflitos entre o direito positivo brasileiro e o direito consuetudinário indígena / Saionara do Amaral Copetti. - Foz do Iguaçu, 2017.

95 f.

Orientador: Maria Eta Vieira.

Universidade Federal da Integração Latino-Americana.

Instituto Latino-Americano de Arte, Cultura e História.

Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos (PPGIELA).

1. Identidade cultural - índios - Brasil. 2. Direito consuetudinário. 3. Pluralismo jurídico. I. Vieira, Maria Eta Orient. II. Título. CDU

316.7:340.141(=1.81-82)

Dedico este trabalho aos meus pais, Maria e Eloir, com todo o meu amor e gratidão, pelos sacrifícios que se dispuseram a fazer em suas vidas para me proporcionar base moral e intelectual que trago em minha bagagem.

AGRADECIMENTO

A Deus, pelo dom da vida, pela saúde e força nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais, Maria e Eloir, pelo amor e apoio durante toda essa trajetória, em especial por me incentivarem a enxergar além do trivial.

A minha orientadora Prof.^a Dra. Maria Eta Vieira, pela paciência e compreensão durante a realização deste projeto, sobretudo pelas inúmeras orientações, correções e por todo incentivo.

A minha coorientadora Prof.^a Dra. Senilde Alcântara Guanaes, pelas pertinentes correções e sugestões.

A Marina e Rafaela, amigas que fiz no Programa de Pós-Graduação, pelo eterno companheirismo, amizade e por tornarem a caminhada menos árdua e muito mais feliz.

A Adriana, amiga fiel que esteve ao meu lado nos momentos mais cruciais da minha vida, inclusive durante a elaboração dessa dissertação. Obrigada pela cumplicidade e por não ter me deixado desistir.

Ao Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos, pela oportunidade.

Aos membros da banca de qualificação, Prof. Dr. Clóvis Antonio Brighenti e Prof.^a Dra. Giane Lessa, pelos inúmeros apontamentos que engrandeceram essa pesquisa.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação que compartilharam seus conhecimentos, aprendizagens e experiências, os quais foram imprescindíveis para minha formação e crescimento acadêmico e profissional.

A Newton, por toda atenção dispensada durante essa caminhada, especialmente pelo seu magnífico trabalho junto ao PPG-IELA.

A Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da UNILA, pela concessão da bolsa de estudo.

A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram nessa caminhada.

Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo o direito pela força. Eu não esqueço a fraternidade pela tolerância. Eu não substituo a fé pela superstição, a realidade pelo ídolo.”

Rui Barbosa

RESUMO

No Brasil existem diferentes culturas e, cada comunidade possui sistemas de organização social e ordenações jurídicas próprias, como é o caso das culturas indígenas. Os povos indígenas legitimam seus costumes e hábitos tradicionais por intermédio do Direito Consuetudinário, o qual se fundamenta no direito à autodeterminação e está intimamente relacionado com a identidade cultural desses povos. Por meio desse sistema jurídico é possível apresentar soluções a conflitos individuais e coletivos diferentes dos estabelecidos pela legislação positivista vigente. No entanto, muitas vezes, não são consideradas as diferenças próprias da identidade cultural indígena, isto por sobreposição de uma ou várias culturas tidas como hegemônicas. Também porque a cultura jurídica existente no Brasil elegeu o sistema positivista como modelo de criação das normas jurídicas por ser este considerado o modelo que apresentaria maior dinamismo e flexibilidade, sendo o Direito Consuetudinário considerado jacente e inflexível. Contudo, a coexistência destes dois sistemas dentro de um mesmo território e ordenamento jurídico não é admitida pelo positivismo jurídico. Desse modo, por meio do reconhecimento do Pluralismo Jurídico, objetiva-se demonstrar a necessidade de ruptura do paradigma dogmático-positivista, visando garantir o direito à diversidade étnica, à autonomia e a preservação dos usos e costumes indígenas. Dessarte, almejando atingir este objetivo, utilizou-se de revisão bibliográfica que, embora com produção de conhecimento escassa sobre a temática no Brasil, baseou-se na análise do arcabouço legal brasileiro e internacional, em livros e artigos científicos, bem como em decisões judiciais relacionadas ao tema. A análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais foi importante para responder em que medida o Estado brasileiro reconhece e respeita as organizações sociojurídicas destes povos, vislumbrando que, por meio de uma perspectiva pluralista e de um repensar do próprio Direito, é possível que haja a convivência harmoniosa entre o positivismo e as normas consuetudinárias indígenas.

Palavras-chave: Diversidade cultural. Culturas indígenas. Direito Consuetudinário. Identidade cultural. Pluralismo jurídico.

RESUMEN

En Brasil existen diferentes culturas, donde cada comunidad posee sistemas de organización social y ordenanzas jurídicas propias, como es el caso de las culturas indígenas. Los pueblos indígenas legitiman sus costumbres y hábitos tradicionales a través del Derecho Consuetudinario, el que se fundamenta en el derecho a la autodeterminación y está estrechamente relacionado con la identidad cultural de estos pueblos. Por medio de este sistema jurídico es posible proporcionar soluciones a los conflictos individuales y colectivos diferentes a los establecidos por la ley positivista actual. Sin embargo, a menudo no son consideradas las diferencias propias de las identidades culturales indígenas, esto por la superposición de una o más culturas consideradas hegemónicas. También porque la cultura jurídica existente en Brasil eligió el sistema positivista como modelo para la creación de normas jurídicas puesto que se considera que en este modelo que presentaría un mayor dinamismo y flexibilidad, considerando al Derecho Consuetudinario como subyacente e inflexible. No obstante, la coexistencia de estos dos sistemas dentro de un territorio y ordenamiento legal no es admitido por el positivismo jurídico. Por esto, y por medio del reconocimiento del Pluralismo Jurídico, se objetiva la necesidad de romper el paradigma positivista dogmático para garantizar el derecho a la diversidad étnica, la autonomía y la preservación de los usos y costumbres indígenas. Por lo tanto, y con el fin de lograr este objetivo, se realizó una revisión bibliográfica, encontrando escasa producción de conocimiento sobre el tema en Brasil, poniendo especial atención en el análisis del marco jurídico nacional e internacional, en los libros y artículos científicos, así como las decisiones judiciales relacionadas con el tema. El análisis de los dispositivos constitucionales e infraconstitucionales es importante para responder en qué medida el Estado brasileño reconoce y respeta las organizaciones sociojurídicas de estos pueblos, teniendo en cuenta que por medio de una perspectiva pluralista y de repensar la propia ley, puede existir una coexistencia armónica entre el positivismo y el derecho consuetudinario indígena.

Palabras clave: Diversidad cultural. Culturas indígenas. Derecho Consuetudinario. Identidad cultural. Pluralismo jurídico.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
N.º	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PROF.	Professor
PROF. ^a	Professora
UNESCO	Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRIMEIRO CAPÍTULO - OS POVOS INDÍGENAS E OS SEUS DIREITOS RECONHECIDOS PELO ESTADO	15
2.1 A CULTURA COMO CRIAÇÃO COLETIVA DE UMA COMUNIDADE	15
2.1.1 Cultura Indígena no Território Brasileiro	17
2.1.1.1 <i>Língua indígena</i>	19
2.1.1.2 <i>Religião indígena</i>	20
2.1.1.3 <i>Arte indígena</i>	22
2.2 CRITÉRIOS PARA RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA.....	22
2.3 OS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	27
3 SEGUNDO CAPÍTULO - A CULTURA JURÍDICA NA SOCIEDADE: DIREITO POSITIVO E DIREITO CONSUECUDINÁRIO	33
3.1 DIREITO POSITIVO.....	34
3.2 DIREITO CONSUECUDINÁRIO OU COSTUMEIRO	40
3.2.1 Costume como fonte do direito e suas espécies.....	44
3.3 ORGANIZAÇÃO SOCIAL E JURÍDICA DOS POVOS INDÍGENAS	45
3.3.1 Direito à Autodeterminação	47
3.4 PLURALISMO JURÍDICO	50
3.4.1 Pluralismo Jurídico-Progressista	58
3.5 A CRISE DO PENSAMENTO MODERNO E O CONFLITO DE PARADIGMAS.....	61
4 TERCEIRO CAPÍTULO - A CONVIVÊNCIA CONFLITUOSA ENTRE O DIREITO PENAL E OS POVOS INDÍGENAS	64
4.1 INFANTICÍDIO INDÍGENA	64
4.2 SISTEMAS JURÍDICOS PENAIS INDÍGENAS	68
4.3 CASOS CONCRETOS QUE EVIDENCIAM O CONFLITO ENTRE O DIREITO ESTATAL E O DIREITO CONSUECUDINÁRIO INDÍGENA	73
4.3.1 Caso Taxaua Basílio Alves Salomao	74
4.3.2 Caso Moises da Silva Nascimento e Júnior da Silva.....	76
4.3.3 Caso Denilson Trindade Douglas	77
4.3.4 Caso Valmir Claudino Popo e Matilde Caxias Popo.....	79
4.3.4 Caso Olivio Guilherme e Jose Ekor Bonifacio.....	81
4.4 ANÁLISE JURÍDICA DOS CASOS CONCRETOS	82
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS.....	89

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, reconheceu-se a alteridade como elemento essencial para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo aos povos indígenas o exercício pleno de seus direitos individuais e culturais como direitos próprios.

Os povos indígenas, com organizações sociais próprias, são diversos entre si e distintos da sociedade dita nacional. Cada comunidade indígena possui ordenações sociais e jurídicas que organizam a vida dos indivíduos e suas relações sociais e culturais, as quais se fundam em costumes e hábitos tradicionais regidos pelo Direito Consuetudinário indígena.

O Estado, no entanto, desde a sua origem, desconsiderou a existência dessas sociedades culturalmente diferenciadas no território nacional. Nessa perspectiva, ainda que vigore uma legislação constitucional progressista e moderna favorável à questão indígena, percebe-se que não há intenção estatal em garantir os direitos culturais e territoriais desses povos, uma vez que os seus costumes não atendem aos interesses econômicos do país e estão na contramão da lógica neoliberal.

Outrossim, o ordenamento jurídico brasileiro, que é um conjunto hierarquizado de normas jurídicas que disciplinam coercitivamente as condutas humanas, elegeu o Direito Positivo como modelo. Este modelo se fundamenta pela existência do Estado, autoridade política constituída, do qual emana todo seu poder. Este sistema é integralmente respaldado na homogeneização e centralização político-jurídico.

No Direito Positivo as leis são a fonte principal do Direito, definidas em abstrato como previsões de comportamento a partir de padrões preestabelecidos. Já no Direito Consuetudinário são os usos e costumes que determinam a juridicidade conforme os casos concretos, sempre respeitando as peculiaridades de cada situação e/ou pessoa e o contexto cultural em que se inserem (CURI, 2011).

No Brasil, a imposição de culturas consideradas superiores resulta, por tantas vezes, em um tratamento marcado pela intolerância aos povos indígenas e a sua cultura, não permitindo que sejam efetivamente respeitados em suas especificidades e identidades, especialmente por não possuírem um sistema jurídico

regido por leis ou normas escritas, fortalecendo a concepção de que a criação do Direito ocorre apenas pelas codificações instituídas pelo Estado.

Neste sentido, em que pese ser defendida no Direito a completude do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a sua capacidade de ter respostas para todas as problemáticas humanas num único ordenamento, verifica-se que diante das complexidades das relações sociais existentes, torna-se um ideal difícil de ser alcançado. A simples aplicação das leis na sua literalidade, ausente de uma análise mais precisa das especificidades do caso concreto, dá margem a injustiças. Além disso, o sistema estatal não é efetivo por inúmeras razões, mas principalmente por estar longe das ordenações locais, estabelecido na linguagem do colonizador, que muitos povos indígenas não falam.

Por isso, propõe-se demonstrar que a existência do Direito Consuetudinário indígena é uma realidade, estritamente marcada pelo conflito jurídico-cultural na relação entre indígenas e não indígenas que se estabelece nas diferenças de valores éticos, morais e religiosos. Busca-se também enfatizar a viabilidade da coexistência de dois sistemas em um mesmo território, principalmente quando se busca a solução de questões internas em comunidades com práticas sociais distintas, como as tribos indígenas, as quais normalmente apresentam soluções de pacificação interna diversa daquela normalmente prevista no ordenamento jurídico do Estado.

Nesse contexto, é importante frisar que os conflitos entre o Direito Positivo e as normas consuetudinárias indígenas são frequentes em várias áreas do Direito, principalmente no ramo do Direito Penal, visto que reiteradamente o Estado opta por não reconhecer a aplicação das normas e costumes de povos indígenas, inclusive dos seus sistemas jurídicos.

Desse modo, torna-se necessário empreender esforços para alcançar outro paradigma de fundamentação da cultura jurídica no Brasil, a fim de que seja finalmente rompida a efetiva dominação das culturas vista como superiores em favor da coexistência da diferença, da diversidade e da racionalidade formal. Assim, diante da multiplicidade de ordenações sociais ou jurídicas emerge o pluralismo jurídico, que visa à ruptura da prática normativa ligada ao reducionismo dogmático, podendo ser enxergado como um paradigma alternativo no âmbito da cultura jurídica brasileira, democrático e participativo, capaz de viabilizar-se como um instrumento de afirmação e resistência.

O pluralismo jurídico decorre da possibilidade de existência de dois ou mais sistemas jurídicos vigentes no ordenamento jurídico pátrio, dotados de eficácia, que são utilizados em uma mesma época em determinado espaço geográfico, legitimando os diversos centros de produção de norma jurídica, independentemente do Estado. Ou seja, surge em contraposição ao modelo positivista a fim de evidenciar a própria insuficiência da estatalidade mediante o surgimento de outros meios normativos não convencionais, como é o caso dos povos indígenas.

O objetivo dessa dissertação é discutir o tratamento oferecido pelo Direito Positivo aos povos indígenas, em especial ao Direito Consuetudinário indígena para demonstrar que a diversidade étnica e a pluralidade de ordenações indígenas no Brasil são o que os diferencia da sociedade brasileira e do Estado brasileiro, sendo o pluralismo jurídico um ponto de partida para que os povos indígenas tenham seus direitos efetivamente respeitados.

A atenção à temática é urgente, visto que cotidianamente os costumes e os sistemas jurídicos diferenciados dos povos indígenas no Brasil vêm sendo ignorados, negados e violados, dando lugar à aplicação irrestrita do monismo jurídico predominante na cultura jurídica positivista brasileira. É necessário superar o colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos indígenas no Brasil, especialmente para garantir a realização da promessa constitucional.

Com relação à estrutura dessa dissertação, optou-se por dividir a pesquisa em três capítulos. No primeiro capítulo, buscou-se realizar uma abordagem a respeito do termo “cultura”, especialmente sobre a cultura indígena. Além disso, este capítulo também é responsável por descrever os critérios adotados pela legislação brasileira para o reconhecimento da condição indígena, além de elencar os direitos conferidos aos povos indígenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, pretende-se fortalecer a reflexão sobre a cultura jurídica existente no Brasil, especialmente sobre o sistema jurídico eleito que, de certa forma, enfraquece os direitos indígenas reconhecidos pelo Estado, visto que, não raras vezes, o positivismo desconsidera a existência das diferenças próprias da identidade cultural indígena, não observando os valores consuetudinários indígenas e a sua diversidade cultural. Além disso, também será demonstrada a possibilidade de convivência harmônica entre o Direito Positivo

brasileiro e do Direito Consuetudinário indígena no mesmo ordenamento jurídico, possibilitado pelo reconhecimento do Pluralismo Jurídico.

O terceiro capítulo abordará a convivência conflituosa entre o Direito Penal e os povos indígenas, em especial no que se refere aos seus sistemas jurídicos próprios para a resolubilidade de infrações penais. Por conseguinte, a fim de oferecer um olhar distinto sobre a temática, serão apresentados 05 (cinco) casos concretos emanados pelo Poder Judiciário, os quais são capazes de demonstrar o respeito e a possibilidade de flexibilização do sistema positivista na adoção dos princípios consuetudinários indígenas, isto por meio da concretização dos dispositivos constitucionais numa perspectiva plural, multicultural e de reconhecimento.

No decorrer do trabalho, verificou-se que a temática proposta ainda é pouco explorada no campo jurídico e que há escassez de material bibliográfico que pudesse contribuir com a pesquisa. No entanto, visando atingir o escopo estabelecido com a problemática, utilizou-se a revisão bibliográfica baseada em livros e artigos científicos, em especial na legislação brasileira e internacional que pudessem colaborar com a proposta.

2 PRIMEIRO CAPÍTULO - OS POVOS INDÍGENAS E OS SEUS DIREITOS RECONHECIDOS PELO ESTADO BRASILEIRO

2.1 A CULTURA COMO CRIAÇÃO COLETIVA DE UMA COMUNIDADE

As sociedades e as culturas não são estáticas e quando mudam, conseqüentemente, o significado atribuído a elas também se altera, isto porque a cultura é o resultado do processo histórico de cada sociedade e em constante processo de reconstrução.

Com relação à cultura, os significados podem ser múltiplos dependendo das circunstâncias e ocasiões. Dessa forma, definir o que é cultura não é uma tarefa fácil, visto que evoca interesses multidisciplinares, sendo estudada em diversas áreas de conhecimento, por exemplo, na Sociologia, Antropologia, História, Comunicação, Administração, Economia, entre outras (CANEDO, 2007), razão pela qual se depara com vasta produção científica relativa ao tema, contudo, ainda subsistem controvérsias.

Segundo Malo González (2002, p. 15), predominam duas orientações básicas a respeito do termo “cultura”, sendo:

(...) una que tiene que ver con “cultivo” y desarrollo de facultades y otra con componentes no transmitidos genéticamente que dan a un conglomerado humano una característica que la distingue de otras similares y que se denomina identidad.¹

Para Amadou Mahtar M'Bow, ex-diretor da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura (UNESCO):

Cultura es a la vez aquello que una comunidad ha creado y lo que ha llegado a ser gracias a esa creación; lo que ha producido en todos los dominios donde ejerce su creatividad y el conjunto de rasgos espirituales y materiales que, a lo largo de ese proceso, ha llegado a modelar su identidad y a distinguirla de otras. (GIJÓN, 2006 apud MALO GONZÁLEZ, 1996, p. 9)²

¹Uma que tem a ver com o “cultivo” e desenvolvimento de facultades e outra com componentes não transmitidos geneticamente que dão a um conglomerado humano uma característica que a distingue de outras similares e que se denomina identidade. (tradução nossa)

²A cultura é tanto uma comunidade que criou e que se tornou, graças a esta criação; o que ocorreu em todos os domínios em que exerce a sua criatividade e o conjunto de traços espirituais e materiais que, ao longo deste processo, chegam para moldar a sua identidade e distingui-la das outras. (tradução nossa)

A cultura não pode ser considerada uma herança genética, mas sim o resultado da inserção do ser humano em determinados contextos sociais, incluindo a forma com que as pessoas se adaptam aos diferentes ambientes pelos quais passam e/ou vivem (OLIVEIRA, 2014). Cultura é a forma como cada sociedade se organiza simbolicamente sujeita a constantes transformações.

De acordo com Marconi e Presotto (2006), na concepção do antropólogo Edward Tylor, cultura é um conjunto complexo que inclui conhecimento, crença, arte, lei, costumes e várias outras aptidões e hábitos que podem ser adquiridos pelo homem que é membro de uma sociedade. A definição de Tylor buscava contrapor a ideia de cultura como aquisição inata, transmitida por mecanismos biológicos.

Dessa forma, acreditamos que cultura não é algo inerente ao ser humano, mas uma criação feita por ele. Essa criação é realizada por meio da ação coletiva de uma comunidade, a qual se distingue das demais existentes no globo pelo elemento denominado cultura.

Em ecossistemas iguais ou similares foram desenvolvidas culturas diferentes, as quais possuem características distintas e independentes, sendo este fator determinante para a incidência da diversidade cultural. Para Tosta (2015) é possível afirmar que não existem culturas superiores ou inferiores, todas as culturas, independente do local geográfico que se situam, das técnicas e dos valores que as regem, constituem fenômenos distintos e originais.

O ser humano nasce com uma série de características biológicas definidas que não fazem parte da cultura, porém servem de base para o seu desenvolvimento cultural. A cultura não aparece de maneira imediata, precisando ser estruturada e formada ao longo do tempo, através de um processo que ocorre por meio de uma sequência de acontecimentos e fenômenos inter-relacionados.

Vale dizer que toda a cultura possui uma lógica interna, mas para compreendê-la é necessário estar inserido nela ou recorrer a ela. Além disso, toda cultura tem sua própria identidade que se desenvolve de maneiras diferentes, ainda que em alguns aspectos sejam similares, sendo essas diferenças determinantes para a distinção com as demais culturas e comunidades existentes.

É por meio da cultura que uma comunidade se organiza em forma de sociedade e como tal, recebe incentivos, apoios, fomentos adequados e desenvolve o ser humano, de forma endógena, na e para a sua comunidade (RIBEIRO, 2015).

O comportamento humano é modelado pela cultura em que está inserido, a qual é responsável pela geração de personalidades. O surgimento da cultura supõe a interação entre o sujeito e o ambiente em que ele vive, bem como com a sociedade, sendo que esta, assim como os seus indivíduos não podem viver sem cultura, uma vez que essa é a sua identidade, a maneira dos grupos sociais e das pessoas que nele estão inseridos. A cultura é decorrente, portanto, da própria necessidade humana a fim de trazer resolubilidade aos problemas ambientais e sociais por meio da criação de regras e instruções governantes da conduta, sendo condição essencial para a existência humana e das comunidades.

Dessa forma, a cultura tem se transformado em um conceito central para a definição de identidades e de alteridades no mundo contemporâneo, revelando-se em um recurso para a afirmação da diferença e da exigência do seu reconhecimento e, especialmente, um campo de lutas e contradições.

2.1.1 Cultura Indígena no Território Brasileiro

O Brasil é um país constituído por inúmeras culturas, etnias, povos e comunidades. Os povos e comunidades indígenas possuem valores, filosofias, línguas e crenças, costumes e manifestações artísticas diferentes que os distinguem da sociedade nacional. É possível afirmar que a cultura indígena é um verdadeiro processo dinâmico, no qual as relações de sociabilidade se alteram e dão novos contornos às tradições e aos costumes indígenas.

Desse modo, podemos dizer que a cultura indígena é o condão da vida em comunidade, a qual baseada em usos e costumes, bem como em regras próprias não escritas, se organizam em sociedade. Indubitavelmente, o alicerce dos fundamentos jurídicos das relações sociais dentro de uma comunidade indígena, tem, por óbvio, suas nuances próprias, distinguindo-se das demais (RIBEIRO, 2015).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 215, outorgou ao Estado o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultural nacional, apoiando e incentivando a valorização das

manifestações culturais. Além disso, nos termos do artigo 215, § 1º, incumbe ao Estado também proteger as manifestações de culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, bem como, à luz do artigo 216, *caput*, da Constituinte, “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. E finalmente, a Constituição Federal reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (artigo 231, *caput*), conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Diante disso, é possível afirmar que as disposições trazidas por meio do § 1º do art. 215, 216, *caput* e 231, a Constituição Federal reconheceu a multiculturalidade no Brasil, prevendo como obrigação do Estado proteger as manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos formadores da sociedade brasileira (VILLARES, 2013).

Na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, a Organização das Nações Unidas ao disciplinar sobre o direito dos povos indígenas em praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais, em seu artigo 11, prevê:

1. Os povos indígenas têm o direito de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais. Isso inclui o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, tais como sítios arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas.
2. Os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes. (ONU, 2007)

Além das disposições legais acima elencadas, a Convenção n.º 169, ratificada pelo Brasil em 2002 por meio do Decreto n.º 5.051, impõe aos Estados a proteção das culturas indígenas, seus valores e práticas sociais, religiosas e espirituais e de suas terras como bases materiais de uma cultura, devendo ser adotadas todas as medidas necessárias para salvaguardar as culturas dos povos indígenas.

Embora haja várias medidas com o intuito de salvaguardar as culturas dos povos indígenas, ainda se faz necessário a implementação de providências que visem verdadeiramente à efetivação dos preceitos constitucionais, isto para que sejam definitivamente respeitadas as diferenças culturais e a diversidade cultural indígena.

2.1.1.1 Língua indígena

A língua é um fator essencial de identidade indígena, evidenciando a diferença entre os povos indígenas dos demais povos. Os quatro maiores grupos de línguas indígenas do Brasil são os troncos Tupi e Macro-Jê, e as famílias *Aruak* e *Karib*, que se distribuem por grande extensão territorial e são integrados por uma grande quantidade de línguas (NOBRE, 2011).

No que concerne ao tronco Tupi, este engloba a família Tupi-Guarani, que é a maior possuidora de línguas em grande parte da América do Sul, em especial no Brasil que atualmente possui 21 línguas vivas dessa família, sendo que quatro delas se concentram exclusivamente em Rondônia. Já o tronco Macro-Tupi, as relações de parentesco entre as línguas tidas como suas integrantes não são tão seguras, tendo como a mais importante a família Jê, subdividindo em quatro grupos: timbara, kayapó, akwén e kaingáng (MONSERRAT, 1994).

Há, no entanto, famílias que possuem pequena quantidade de línguas em uma extensão territorial menor, bem como há línguas ainda não descobertas, tendo em vista não apresentarem nenhum parentesco com as demais línguas indígenas existentes no território brasileiro.

O Brasil é um país de grande diversidade linguística, entretanto, muitas línguas indígenas foram extintas com a imposição do aprendizado exclusivo do português ou pela extinção dos seus povos. Assim, em que pese a constituinte reconhecer em seu artigo 231, *caput*, a importância das línguas em relação ao universo cultural dos povos indígenas, prevê em seu artigo 210, § 2º que o ensino fundamental deve ser ministrado em língua portuguesa, apenas assegurando às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Villares (2013) sustenta que a língua de ensino deve ser uma escolha do próprio povo indígena, sendo o bilinguismo uma manifestação da política

integracionista já ultrapassada, pois pressupõe que a educação na língua portuguesa é essencial. No entanto, permanecer na sua cultura e escolher ser educado apenas na língua tradicional são direitos previstos pela Constituinte. Inclusive, isso também é alvo de normatização na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU, onde se dispõe que:

Artigo 11

Os povos indígenas têm o direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições educativos, que ofereçam educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e de aprendizagem. (ONU, 2007)

Ou seja, incumbe ao Estado oferecer possibilidades em uma educação com base na língua e nas práticas tradicionais de determinado povo indígena, assegurando, inclusive, que tais atividades ocorram na própria aldeia. Sobre o assunto, a Convenção n.º 169 também traz uma importante regulamentação em seu artigo 28, ao afirmar que:

1. Sempre que for viável, dever-se-á ensinar às crianças dos povos interessados a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo a que pertençam. Quando isso não for viável, as autoridades competentes deverão efetuar consultas com esses povos com vistas a se adotar medidas que permitam atingir esse objetivo.
2. Deverão ser adotadas medidas adequadas para assegurar que esses povos tenham a oportunidade de chegarem a dominar a língua nacional ou uma das línguas oficiais do país.
3. Deverão ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas. (OIT, 1969)

Apesar das disposições legislativas serem favoráveis, o preconceito em relação às línguas indígenas ainda é bastante latente, sendo, muitas vezes, a língua indígena desconsiderada e imposta a língua portuguesa como idioma oficial.

2.1.1.2 Religião indígena

No Brasil, também a religião é bastante diversificada, sendo caracterizada pelo sincretismo que permite a fusão de diferentes cultos ou doutrinas religiosas. E assim como as línguas indígenas, as crenças e as formas de religiosidade também se apresentam de forma plural. Isto porque cada povo

indígena possui um conjunto de crenças e rituais religiosos distintos, os quais devem ser respeitados e protegidos.

Émile Durkheim (1999 apud WEISS, 2012), em seu livro *As Formas Elementares de Vida Religiosa*, afirmava ser a religião algo puramente social, caracterizada por ritos e crenças. Estes, de acordo com Weiss (2012, p. 104)

(...) são fenômenos religiosos que, articulados de forma sistemática, constituem uma religião, que resulta numa unidade coerente e singular, que não é parte de nenhum outro sistema de crenças, e que, portanto, funciona de acordo com sua própria lógica”

Segundo Villares (2013, p. 267), “crenças e religiões são aqueles atributos que situam o indivíduo na sociedade e no mundo, mexem com a espiritualidade, revelam um sentido da vida”.

Em respeito à multiculturalidade, bem como repúdio à discriminação e o menosprezo às religiões e crenças em sentido *lato sensu*, a Constituição Federal de 1988 assegura “a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, VI). Além de reconhecer aos povos indígenas as suas crenças e tradições (art. 231, *caput*). Entretanto, o respeito às religiões indígenas iniciou somente após a promulgação da Constituição Federal, uma vez que durante muito tempo houve a predominância de ações catequizadoras e a imposição religiosa aos povos indígenas.

Atualmente, as crenças e as religiões indígenas são frequentemente ameaçadas por atitudes intolerantes, em especial pelos seus rituais, tradições, utensílios indígenas e cerimônias. Tais atitudes são criminalizadas pelo Estatuto do Índio, que em seu artigo 58, preceitua que “escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradições culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo” constitui crime contra a cultura indígena e os índios.

Desta maneira, notamos que o preconceito com relação às crenças e religiões indígenas exige do Estado ações que visem promover a garantia constitucional da liberdade religiosa, bem como a efetivação de políticas públicas de conscientização sobre a convivência harmônica de indivíduos adeptos a religiões distintas, especialmente as dos povos indígenas.

2.1.1.3 Arte Indígena

A arte é um elemento presente em diversas culturas. Segundo Bosi (2001, p. 13), a arte pode ser considerada um “fazer” que se concretiza por “um conjunto de atos pelos quais se muda a forma, se transforma a matéria oferecida pela natureza e pela cultura”.

Diante da diversidade de grupos étnicos e culturais, o Brasil é composto por variadas representações de produções artísticas, especialmente as dos indígenas. Cada grupo indígena possui produções diferentes e exclusivas, com expressão e individualidade própria, que vão desde as visuais até a plumária, a pintura corporal, dança e música, performances, rituais etc.

Para os povos indígenas a arte está interligada ao cotidiano, que percorre todos os elementos da vida comum. Há arte nos objetos rituais e nos de caça, nos utensílios para cozinha, nas canoas, nos brinquedos etc., não há distinção de um espaço ou território que seja exclusivo de arte (BARBERO e STORI, 2010). As manifestações artísticas dos povos indígenas são capazes de explicar momentos vividos, os quais exprimem a visão de mundo e reproduzem forças sociais.

No entanto, tendo em vista a aproximação da cultura indígena e a busca de inserção do índio na sociedade nacional foi necessário que as artes indígenas recebessem uma atenção especial dos regimes jurídicos. E, por isso, atualmente as artes indígenas podem ser registradas como bens culturais de natureza imaterial, reconhecidas como patrimônio cultural brasileiro ou propriedade imaterial, incluindo nestes direitos de propriedade intelectual, direito autoral e direito de imagem.

2.2 CRITÉRIOS PARA RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL

Atualmente, conforme dados levantados no Censo Demográfico pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, a população indígena brasileira totalizava em 817.963 indígenas, dos quais 502.783 habitam na zona rural e 315.180 nas zonas urbanas. Além disso, de acordo com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), existem em torno de 69 grupos indígenas que ainda não foram contatados e outros grupos que estão buscando reconhecimento da sua condição

indígena junto ao órgão federal responsável. Os povos indígenas se encontram presentes nas cinco regiões do país, mas é na região do Norte, mais precisamente no Amazonas, que se concentra o maior número de habitantes nativos.

Foram registrados cerca de 274 línguas faladas pelos membros destas sociedades, as quais pertencem a mais de 30 famílias linguísticas diferentes. As línguas indígenas se apresentam como o meio básico de organização da experiência e do conhecimento humano, representando um fator importante para a cultura e a história desses povos.

Antes de adentrarmos ao assunto, é necessário explicitar que o termo “índio” é decorrente da denominação dada por Cristóvão Colombo aos homens e mulheres quando alcançou a região continental que acreditou ser as Índias, porém, na verdade, tratava-se do atual continente americano (LUCIANO, 2006). Essa nomenclatura dada após a primeira invasão dos europeus ao continente americano perdura até os dias atuais, razão pela qual são colocados sob a designação genérica de índios todos os grupos de ascendência pré-colombiana, independente das suas diferenças culturais e sociais.

No entanto, essa denominação atribuída aos povos encontrados, em 1500, pelos colonizadores é também alvo de críticas, visto que se acredita que o respectivo termo busca homogeneizar os diversos povos. Desta forma, Moonen (1983, p. 12) afirma que o termo “índio” é considerado

um nome genérico para designar todos os indivíduos aqui colonizados pelos indivíduos genericamente “europeus”, os colonizadores... o termo ÍNDIO não basta para identificar alguém, a não ser que seja acrescida a identificação política: índio potiguara, índio xavante, índio yanomami.

Em corroboração à crítica acima, o jurista Cretella Jr (1989, p. 454) também se opõe à utilização genérica deste termo afirmando que:

“o nome correto, para designar as pessoas, encontradas, aqui, em 1500, pelos descobridores, deve ser ‘indígena’ – vocábulo formado de dois elementos, o primeiro, indu (= endo, de intus = de dentro) [...]. Em grego, entós = dentro de, no interior de) e o segundo gena (=nascer, forma aparentada com ‘geno’ e ‘gigno’). Logo ‘indígena’ é o ‘ que nasceu no próprio solo, na própria terra’: nativo, o autóctone, o aborígene (= ab e origine, desde a origem).

Neste sentido, Viveiros de Castro em aula pública durante o ato **Abril Indígena** em 2016, realizado na Cinelândia/Rio de Janeiro, propõe a distinção das palavras “índios” e “indígenas” afirmando que “todos os índios do Brasil são indígenas, mas nem todos indígenas que vivem no Brasil são índios”. Na sua concepção:

Os índios são os membros dos povos e comunidades que têm consciência – seja porque nunca a perderam, seja porque a recobram – de uma relação histórica com os indígenas que viviam nesta terra antes da chegada dos europeus. Foram chamados de “índios” por conta do famoso equívoco dos invasores que, ao aportarem na América, pensavam ter chegado na Índia. “Indígena”, por outro lado, é uma palavra muito antiga, sem nada de “indiana” nela; significa “gerado dentro da terra que lhe é própria, originário da terra em que vive”.

Desse modo, a generalização de indivíduos com particularidades culturais distintas, incluindo crenças, valores e histórias de vida diferentes, reduz o índio a um estereótipo, tornando-o alvo de idealizações abstratas e genéricas. Portanto, índio pode ser definido como qualquer membro de uma comunidade indígena, reconhecido por ela como tal (VIVEIROS DE CASTRO, 2016).

Os povos indígenas se organizam por meio de comunidades e, de acordo com Cunha (2014, p. 248), “comunidades indígenas são pois aquelas que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-colombianas, se consideram distintas da sociedade nacional”.

Noutros termos, comunidade é aquela fundada em relações de parentesco ou vizinhança entre seus membros que mantém laços histórico-culturais com organizações sociais indígenas pré-colombianas, que compreendem dimensões históricas, culturais e sociopolíticas (VIVEIROS DE CASTRO, 2016). Destarte, é necessário evidenciar que as relações de parentesco ou vizinhança podem ser representadas por relações de afinidade, de filiação adotiva ou de parentesco, podendo este ser ritual ou religioso, bem como pelos vínculos interpessoais, os quais são fundamentais para existência da própria comunidade indígena.

No tocante aos critérios da identificação étnica, a antropóloga Cunha (2014) afirma que durante muito tempo acreditou-se que essa definição pertencesse tão somente à Biologia, que a concebia como grupo étnico os critérios de racialidade, identificável de forma somática ou biológica. Dessa forma, os grupos indígenas poderiam apenas ser identificados como aqueles que herdaram

descendência das populações pré-colombianas, o que seria apenas um critério criado pelo senso comum popular que perdura até os dias atuais. Pois, até em grupos isolados geograficamente pode ocorrer miscigenação no contato com outros grupos.

Para a autora, o conceito de raça somente foi substituído depois da Segunda Guerra Mundial, tendo surgido como identificação de grupo étnico o critério da cultura e, portanto, seria aquele que compartilharia valores, formas e expressões culturais. Contudo, em que pese ser considerado satisfatório o critério cultural, este seria insuficiente para estabelecer uma ligação com os seus ancestrais, visto que as linguagens simbólicas sofrem alterações com o passar do tempo, em especial pela própria contextualização dos ambientes sociais e naturais, bem como pelo contato intercultural. Por isso, a cultura seria um elemento adquirido e dinâmico.

Segundo Hall (2004), sociólogo com várias pesquisas sobre a temática, a identidade de um grupo é construída ao longo do tempo por meio de processos inconscientes, que se forma por meio da comunicação com diferentes grupos e da absorção de traços culturais e, portanto, dinâmica e em constante construção ou formulação.

Neste sentido, são inúmeras as tentativas para definir os critérios da identificação da população indígena, os quais normalmente repousam em características físicas, língua, identidade comunitária, costumes e tradições, entre outros, os quais são avaliados em conjunto ou isoladamente para definir a existência de um povo indígena ou a identificação de um indivíduo como pertencente a determinado povo (VILLARES, 2013). A preocupação a respeito dos critérios de identificação decorre principalmente dos Estados, os quais se utilizam de definições específicas para identificar um indivíduo ou um grupo de pessoas consideradas destinatárias de suas normas e políticas de proteção, visando especialmente delimitar o próprio alcance da legislação.

Dessa forma, a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, a fim de delimitar a aplicação dos seus preceitos, estabelece em seu artigo 1º a seguinte definição:

1. A presente convenção aplica-se:
 - a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade

nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção (OIT, 1969).

É válido ressaltar que o conceito de povo indígena trazido pela Convenção acima foi idealizado para uma aplicação mundial, visando abranger o maior número de povos cujos problemas sejam semelhantes e equiparáveis, o que justifica o alargamento de suas definições conceituais em comparação as previstas pela legislação brasileira.

No Brasil são vários os critérios para a identificação da condição indígena, tais como o critério racial, o cultural, o legal, de desenvolvimento econômico e da autoidentificação étnica. Este último é o mais comumente utilizado, inclusive sendo o critério inscrito no artigo 3º, inciso I, do Estatuto do Índio, que prevê as seguintes definições:

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

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados. (Lei 6.001, 1973)

Da análise das disposições acima, denota-se que, além do critério descrito no Estatuto do Índio ter sido admitido pela Constituição Federal de 1988, também se encontra em consonância com o estabelecido pela Convenção n. 169 da OIT. Villares (2013, p. 113), em sua tese, elaborou um quadro comparativo a fim de contextualizar a similaridade nas legislações, conforme pode ser observado abaixo:

	Convenção 169 da OIT	Estatuto do Índio
Origem	Populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização	Origem ou ascendência pré-colombiana
Identificação	A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental	Identifica-se e é identificado como pertencente a um grupo étnico
Cultura	Conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas	Características culturais o distinguem da sociedade nacional

Com base nessas informações, denota-se que os critérios de identificação indígena nos quais se pautam o Estatuto do Índio e a Convenção n.º 169 da OIT, baseiam-se necessariamente nos seguintes elementos: a) autoidentificação; b) reconhecimento da comunidade; e c) preservação de características que os distinguem dos demais.

2.3 OS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dentre os vários mitos que existem sobre a formação da nacionalidade brasileira, o bandeirante ocupa um lugar privilegiado, sendo posto nos livros de história como uma figura heróica. Entretanto, é necessário desmistificar essa afirmação construída na historiografia e, apesar de pouco citada, é importante mencionar a escravidão indígena, que desempenhou um papel de grande impacto não apenas sobre as populações nativas, mas especialmente na constituição da sociedade e economia coloniais.

A história dos povos indígenas apresenta uma verdadeira omissão de um ator significativo nos livros de história, visto que com a construção dos mitos da colonização, o papel histórico do índio foi apagado. A realidade é que a trajetória dos povos indígenas é marcada pela dizimação por epidemias, guerras e, principalmente pela escravização.

Diante das omissões, podemos dizer que a escravização indígena é uma das principais ocultações da história oficial. As origens da escravidão indígena ocorreram em meados do século XVI e perduraram até o século XVIII, quando os

colonizadores portugueses começaram a intensificar suas atividades econômicas, sendo que o cativeiro dos índios visava solucionar o suprimento da mão de obra necessária para a economia açucareira. John Monteiro (1994) afirma ainda que os grupos que se mostravam resistentes às pretensões dos europeus, vítimas dos portugueses e dos aliados indígenas, eram presos e depois vendidos como escravos.

Dentre vários episódios, a escravização foi um fator que contribuiu significativamente para o deslocamento e despovoamento forçado dos povos indígenas. Além disso, esses movimentos também contribuíram para o agravamento epidemiológico nas zonas de ocupação européia, por meio da introdução de elevados números de indígenas sem imunidade, aprofundando-as taxas de mortalidade.

As epidemias, portanto, colaboraram para a diminuição significativa da população indígena no Brasil, e esse ciclo só se esgotaria na medida em que a escravização indígena deixasse de ser uma proposta economicamente viável (MONTEIRO, 1994).

Foram anos de enfrentamento a uma política indigenista cada vez mais ameaçadora, com crises epidemiológicas cada vez mais intensas e uma demanda cada vez maior pela escravização de povos indígenas. Contudo, para que alguns grupos nativos pudessem preservar sua autonomia deveriam, conseqüentemente, fugir para terras longínquas ou colaborar com os interesses dos portugueses. Além disso, várias leis e decretos foram sancionados à época para, em vez de controlar a escravidão indígena, torná-la um direito tradicional dos colonos.

Diante dessas situações, os índios agiam com agressividade como forma de tentar combater a injustiça do cativeiro. Essas revoltas foram suficientes para abalar as bases da escravidão dos índios que, em prol de uma maior autonomia e liberdade fugiam do cativeiro, provocando declínio na escravidão indígena. Mas, conforme afirma Monteiro (1994, p. 119) “os atos de violência praticados pelos índios mostravam-se pequenos e relativamente ineficazes diante da violência do apresamento”.

No entanto, mesmo depois de haver um recuo na captura de índios escravos, o ciclo vicioso dos frequentes surtos de doenças contagiosas continuavam a prejudicar o bem-estar do índio colonial, tendo em vista a alta mortalidade e as crises epidemiológicas.

Diante disso, é visível como os grupos dominantes, detentores de um modelo econômico injusto, lidam com a população indígena, tratando-a como um povo conquistado ou colonizado, alvo de exploração de mão de obra e, por fim, totalmente excluído da história do Brasil.

De acordo com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), desde 1500 até a década de 1970 a população indígena decresceu muito, sendo muitos povos extintos. O desaparecimento dos povos indígenas passou a ser visto como uma contingência histórica, algo a ser lamentado, porém inevitável. Porém, a partir de 1990, este quadro começou a dar sinais de mudanças e a população cresceu em ritmo acelerado, quase seis vezes maior que o da população em geral.

A partir de 1970, as mobilizações em prol dos direitos indígenas começaram a ganhar notoriedade no cenário nacional e internacional. As mobilizações tinham como principal pauta a necessidade de demarcação das terras indígenas e ocorriam por meio das chamadas “Assembleias Indígenas”, que eram encontros e reuniões realizados em aldeias, pólos regionais e capitais (OLIVEIRA, 2001).

Segundo Evangelista (2004), os movimentos sociais lançados à época foram determinantes e possibilitaram avanços significativos em relação aos direitos indígenas. A terra foi a principal reivindicação, visto que não estando ela garantida, nenhum dos outros direitos poderia ser realmente vivenciado, inclusive a própria reprodução física, cultural, a diversidade indígena etc.

Depois da década de 90, as reformas constitucionais na América Latina foram muito importantes para a efetiva proteção da identidade étnica da população indígena. Em 1988, o Brasil por meio da promulgação da Constituição Federal, declarou-se um país pluriétnico e multicultural, caracterizado pela ruptura com a indiferença.

Para Garzón (2008), as mudanças constitucionais simbolizam o fim de um Estado autoritário sucedido por intermédio da renovação de regimes, da abertura democrática e da justiça histórica, bem como do reconhecimento de direitos diferenciados para os povos tradicionalmente excluídos dos acordos políticos.

A Carta Magna é o divisor de águas no que se refere aos povos originários no Brasil, isto porque se propõe a por fim na categorização do indígena, valorizando a diversidade cultural brasileira. Silveira (2011) salienta que as respectivas disposições constitucionais não nascem da vontade da constituinte, mas

representam a voz dos diversos movimentos sociais que atuaram em apoio à causa indígena, especialmente na década de 1980, durante o período de redemocratização do país.

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo n.º 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6/1994. Trata-se da Lei Maior do país, na qual são previstas diversas garantias constitucionais, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, permitindo a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Com a promulgação da respectiva Constituinte, a legislação indígena se moderniza e passa a ser referência internacional diante da preocupação do Estado brasileiro com os direitos dos povos indígenas. Ou seja, o Brasil saia de uma política indigenista marcada pela disparidade, reflexo de uma legislação integracionista que visava à integração dos povos indígenas à comunhão nacional, e adentrava em uma política, em regra, protecionista.

A Constituição foi a primeira a destinar um capítulo exclusivamente voltado para a disciplina dos direitos indígenas e a que mais tratou do tema, construindo, portanto, um sólido sistema de proteção à identidade cultural dos povos autóctones. Sendo assim, a partir da necessidade de preservação de uma minoria étnica nacional, a Carta Magna estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena (FEIJÓ, 2012). Pela primeira vez, uma constituinte no Brasil se declarou um Estado Plural, reconhecendo a contribuição cultural dos diferentes segmentos étnicos.

No capítulo VIII, Título VIII da legislação constitucional se dispõe exclusivamente sobre os povos indígenas, sendo considerada uma das inovações uma vez que passou a garantir aos índios o direito de perpetuarem sua cultura, não mais exigindo que eles sejam integrados à comunhão nacional.

Conforme já mencionado anteriormente, a Constituição Federal em seu artigo 231, *caput*, reconhece a alteridade dos povos originários, determinando que sejam a eles reconhecidos a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Esse artigo representa um marco à legislação indígena uma vez que pela primeira

vez na história do Brasil, o constituinte garantiu aos povos indígenas o direito de manterem sua organização social e seus costumes, reconhecendo, portanto, o direito à diferença.

Para Santilli (2005), a condição de índio deixou de ser transitória e tornou-se permanente, já que o objetivo constitucional é assegurar a diversidade cultural e não mais a homogeneidade. O Brasil abdicou da postura integracionista, não mais necessitando que o indígena fosse incorporado à sociedade brasileira, devendo esta respeitar os valores e concepções étnico-culturais de cada povo indígena existente no território brasileiro. Inclusive, isto pode ser evidenciado como uma das consequências jurídicas mais importantes advindas de todo o quadro normativo-constitucional, que é o fato de não ter sido recepcionado pela Constituição o antigo paradigma assimilacionista.

Dessa forma, é importante frisar que não há mais suporte constitucional para afirmar que a sociedade majoritária, cunhada de modelo ocidental, é uma forma superior de civilização, muito menos há raças superiores às demais. Portanto, não há mais espaço constitucional para que se sustentem juridicamente dispositivos ou normas que porventura reflitam o pensamento de uma hierarquia entre as diversas culturas, e que é necessário fazer avançar o desenvolvimento das pessoas que pertencem às culturas consideradas por alguns como atrasadas, como seria o caso dos povos indígenas (ANJOS FILHO, 2011).

No tocante às terras indígenas e, em que pese já ter sido alvo de previsão legal na Constituição Federal de 1937, estas passaram a ser consideradas um direito inalienável, indisponível e imprescritível (artigo 231, § 4º), atribuindo aos indígenas a sua posse permanente, bem como o usufruto exclusivo de seus solos e águas (art. 231, § 2º). A questão das terras indígenas passa a ser compreendida como direito originário fundado em um direito congênito, que decorre do reconhecimento de os índios terem sido os primeiros habitantes do Brasil, isto é, anterior à lei e ao próprio Estado. Noutras palavras, se reconheceu o instituto do indigenato.

O instituto do indigenato – fonte primária e congênita da posse territorial – deriva também do princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras (art. 231, § 5º da Constituição Federal). Este dispositivo dispõe sobre a vedação de remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou

no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

De acordo com Viveiros de Castro (2006), outro paradigma significativo pela constituinte foi a consagração do princípio de que as comunidades indígenas se constituem em sujeitos coletivos de direitos coletivos. Desta forma, o índio deu lugar à comunidade e, assim o individual cedeu passo ao relacional e ao transindividual.

Com a Constituição Federal de 1988, vários dispositivos previstos no Estatuto do Índio não foram recepcionados. Desde 1991, tramita o Projeto de Lei n.º 2.057/1991 no Congresso Nacional, que prevê a substituição do Estatuto do Índio pelo Estatuto das Sociedades Indígenas, contudo, ainda sem previsão de aprovação pela respectiva casa legislativa.

Apesar dos avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988, o Brasil poderia ter avançado mais, declarando-se como uma República Federativa multiétnica e plurissocietária, a fim de ter reconhecido explicitamente a questão da autonomia indígena. Neste sentido, Leitão (1993) levanta uma discussão sobre a abrangência do reconhecimento dos direitos culturais trazidos pela legislação constitucional, em especial sobre as instituições de direito interno de cada povo indígena e outras regulamentações, isto porque não se reconheceu a existência de um direito interno dos povos indígenas, pois é considerado subalterno em relação ao direito estatal.

Além das disposições constitucionais acima expostas, outro marco fundamental direcionado exclusivamente aos povos indígenas, é a Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência de Organização das Nações Unidas (L), chamada de Convenção da Organização Internacional n.º 169.

A Convenção n.º 169 representa um grande avanço no reconhecimento dos direitos indígenas coletivos, com repercussão em direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente por afirmar a relação especial dos índios com a terra, base de sua sobrevivência econômica e cultural (SILVEIRA, 2011).

Além do Brasil, a Convenção também foi ratificada pela Argentina, Bolívia, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Baixos (Holanda), Paraguai, Peru, Venezuela, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, República

Dominicana, Equador e Fiji. Nesses países, as normas da Convenção n.º 169 possuem força jurídica vinculante.

Não há liderança indígena ou documento dos povos indígenas no Brasil que, ao reivindicar os seus direitos, não façam menção à Convenção. Villares (2013) sustenta que o seu teor é plenamente conhecido pelos povos indígenas e seu texto tornou-se uma importante arma na luta por direitos indígenas no território brasileiro. E, apesar de ser facilmente possível identificar seguidos casos de não-observância das suas disposições, algumas decisões judiciais têm reconhecido a obrigatoriedade da aplicação da Convenção n.º 169, em especial sobre a consulta prévia do Estado aos povos indígenas.

A influência que a Convenção n.º 169 exerceu sobre as recentes mudanças constitucionais nos países da América Latina é indiscutível, pois muitas das normas constitucionais latino-americanas que reconhecem direitos dos povos indígenas tomaram como inspiração supracitada convenção.

Além disso, assim como a Constituição Federal de 1998, a Convenção n.º 169 em seus artigos 6º e 7º, também prevê a necessidade dos governos consultarem os povos indígenas, principalmente por meio de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas que possam afetá-los diretamente, possibilitando que os povos interessados escolham suas próprias prioridades no que diz respeito ao seu processo de desenvolvimento.

3 SEGUNDO CAPÍTULO - A CULTURA JURÍDICA NA SOCIEDADE: DIREITO POSITIVO E DIREITO CONSUETUDINÁRIO

As relações jurídicas entre as pessoas são inerentes à vida em sociedade e, por conseguinte, decorrentes da identidade cultural que as une pelas teias das relações sociais.

Desse modo, verifica-se que o direito surge quando a sociedade, a partir de um pacto regido por um contrato estabelecido entre os indivíduos, faz com que estes abandonem o estado de natureza e se organizem em sociedade. Ou seja, funda-se em convenções que determinam uma ordem social, que se torna um direito originário no qual todos os demais se baseiam.

3.1 DIREITO POSITIVO

Segundo Aristóteles, o homem é considerado um animal social, um ser naturalmente carente, que necessita de coisas e de outras pessoas para alcançar a sua plenitude, ou seja, necessita viver em sociedade e relacionar-se com os seus semelhantes. A convivência social é uma forma de não viver isolado, é o que efetivamente oferece a união entre grupos, o que é característica essencial da espécie humana.

Estabelecer um convívio em sociedade, no entanto, é uma tarefa extremamente difícil, pois é necessário estabelecer limitações para que o indivíduo não interfira na conduta dos seus semelhantes de forma prejudicial. Deste modo, a convivência em sociedade nem sempre é pacífica e, portanto, gera inúmeros conflitos e divergências que necessitam de solução, para que seja mantida a paz social e restabelecida uma convivência harmônica ou pelo menos aceitável. Por isso, o “indivíduo social” se viu compelido a criar o “Estado” a fim de que esse estabeleça os limites para a atuação humana.

Preliminarmente, o termo “Estado” é alvo de várias conceituações, tendo como concepção o significado de “estágio”, “fase” ou também “maneira de ser”. O termo Estado, de origem romana, deriva do substantivo latino “*status*”, que se origina do verbo “*stare*” e possui como significado “estar firme”. No entanto, o vocábulo Estado, sob o enfoque político, nos remete à ideia de estabilidade.

A ideia de Estado, que começa a surgir a partir do século XVI, é consequência do aumento considerável da complexidade da vida em sociedade e do conflito de comandos entre os vários nichos de poder até então existentes que ameaça a necessidade de se concentrar nas mãos de apenas uma pessoa.

O Estado pode ser definido como um ente caracterizado pela existência de três elementos: povo, território e governo. Sua existência decorre do suposto contrato social firmado pelos integrantes da sociedade que passa a representar, visando o controle social e a regulação de vida da população.

De acordo com De Cicco e Gonzaga (2007, p. 43), o conceito de Estado possui aspecto político, social e jurídico, podendo ser definido como:

(...) uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupada um território definido e, na maior das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e coerção.

Neste sentido, Figueiredo (2007, p. 44) preceitua que:

Estado é uma organização jurídico-política, formada de povo, território e soberania. Todo Estado é um organismo político. Sob o ângulo jurídico, titular de direitos e obrigações na órbita internacional e interna, fruto de sua criação e de seu direito.

Além dessas conceituações, em um aspecto jurídico, podemos dizer que o Estado é a organização responsável por manter, por meio da aplicação do direito, as condições universais da ordem social, tornando-se o único produtor do direito, devendo assegurar a plena eficácia das normas jurídicas. Ou seja, conforme sua própria denominação sugere, o Estado é considerado o elemento constituinte fundamental.

Dessa forma, é o Estado que organiza e governa um povo, soberanamente, em determinado território. É uma construção lógica e política, com clara densidade cultural e com reflexos jurídicos, baseada num pacto de não agressão e que gera um contrato de convivência (MARTINEZ, 2013). Portanto, por intermédio do Estado objetiva-se delimitar a atuação do indivíduo, criando normas que regulam condutas para que seja estabelecida a pacificação e a ordem social necessárias para uma vida em sociedade.

Nesse contexto, nasce o Direito, que pode inicialmente ser entendido como um conjunto de normas que visam garantir a manutenção da paz social, que luta pela convivência harmônica e pelo bem estar coletivo, buscando sempre a justiça social.

O Direito pode ser conceituado como o conjunto de regras e de instituições destinado a regular a vida humana em sociedade, o qual é regido por princípios próprios, como qualquer ciência. Segundo o filósofo Reale (2007), o direito é considerado a ordenação ética coercível, heterônoma e bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum ou até mesmo uma união objetiva de conduta que constitui e delimita exigências entre dois ou mais sujeitos, bem como atribui tanto direitos como deveres entre sujeitos da relação jurídica. Ainda segundo

Reale (2012, p. 2), o direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade.

Deste modo, o Direito surge como ferramenta para o reestabelecimento da harmonia social, interferindo diretamente nas condutas humanas, estabelecendo limites à atuação do homem, seja por meio da imposição de obrigações, seja por meio de punições.

Para Cavalcante (2004), o objetivo primordial do Direito é harmonizar e possibilitar a convivência social, devendo basear-se nas práticas culturais vigentes, sob pena de subverter seu escopo. Já para Bobbio (1995), o direito é um conjunto de regras consideradas obrigatórias em determinada sociedade em razão de sua possível violação gerar a intervenção de um terceiro que resolverá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma.

Na Idade Média, a sociedade era pluralista, formada por agrupamentos sociais que possuíam ordenamento jurídico próprio. Naquela época, era a própria sociedade quem produzia suas normas jurídicas, geralmente fundamentadas no direito romano compilado por Justiniano, modificado através dos séculos, o que acarretava incerteza jurídica. Na transição da Idade Média para a Moderna a sociedade reclamava limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano. Buscavam-se barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas. Os movimentos constitucionais modernos trouxeram consigo também um mito no sistema jurídico: a lei. Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos. Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos.

A lei e o primado da soberania popular ganham importância que são alçados a um patamar de dogma (MENDES, 2007). Roger Aguiar (2004, p. 146), afirma que “a colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo”.

A sociedade ansiava pela limitação do poder do soberano, a imposição de balizas às suas arbitrariedades, objetivando que a lei passasse a ser considerada a expressão máxima da soberania popular, soberania essa que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos. Aguiar

(2004) aduz que a colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo certamente atendia aos anseios da sociedade na época.

Naquele tempo, a sociedade necessitava afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais (jusnaturalismo), uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não) (FERNANDES e BICALHO, 2011). Nesse contexto, buscava-se segurança jurídica e objetividade do sistema e o direito positivado conseguiu cumprir esse papel.

Dessa forma, desenvolveu-se o projeto ocidental burguês de sociedade, caracterizado pela criação do Estado Nacional Soberano, fundado, sobretudo, no modo de produção capitalista e em uma nova forma de racionalidade livre de crenças e mitos, de índole estritamente técnico formal (FELISMINO, 2010). No campo jurídico, o respectivo projeto foi apresentado por meio do monismo jurídico, que se baseia na ideia de que em cada Estado há apenas um ordenamento jurídico, qual seja, o ordenamento jurídico estatal.

Em vista disso, com o surgimento do Estado Moderno, a sociedade torna-se monista e o Estado passa a deter todos os poderes, inclusive o de criar o Direito. O monismo estatal é o modelo jurídico adotado como regra, aprovado pela mudança do modo de produção feudal para o capitalista, a ascensão da burguesia, o liberalismo como visão sócio política do mundo e a estrutura onde o Estado forte absolutista e soberano centraliza o poder.

Surge como consequência o direito positivado, resultante do momento histórico traduzido pela ascensão da burguesia, classe vitoriosa da Revolução Francesa, que ao chegar ao poder, utiliza o instrumental jurídico para nele se perpetuar, por meio da positivação das normas. Ou melhor, o direito positivado nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva do Direito, e é representado pela codificação (Bobbio, 1995).

Nestes moldes, o direito estatal surge em contrapartida ao jusnaturalismo com vistas a buscar a objetividade do sistema e com o objetivo de equiparar o direito à lei. E assim, o Direito passa a ser produção da vontade humana a partir de sua criação pelo Estado por meio da lei. Lacerda (2009) afirma que o Direito Positivo consolidou-se com o objetivo de separar o Direito do divino, ou seja,

separar os aspectos racionais da religião (direito natural) e, principalmente, impor limitação ao poder soberano por meio da lei.

Essa corrente se traduz como uma concepção própria e exclusiva do Direito, a qual considera que existe apenas o positivismo enquanto norma do Estado. Isto é, leva o Direito Positivo ao extremo, no sentido de considerar a norma jurídica autossuficiente e autônoma. A cultura jurídica nacional, inclusive no período Colonial, do Império e da República, foi sempre marcada pela supremacia do oficialismo estatal, ou seja, sempre se acreditou na superioridade de um direito formalizado e dogmático.

Baseando-se nesses pressupostos, o direito é representado pelo Direito Positivo, decorrente de imposição do Estado e detentor do poder soberano, com normas gerais e abstratas representadas por intermédio da lei. E, por isso, está estritamente ligado ao surgimento da ideia de legislação com o objetivo de combater o caos. Repise-se, o modelo positivista parte do pressuposto da capacidade de prever condutas em abstrato, sendo que é a partir desta previsão sistematizada que surgem os estatutos escritos, devendo estar sempre em consonância com a constituição do país. Este modelo é uma das correntes dominantes do pensamento jurídico nos Estados Nacionais e, inclusive, prevalece na prática forense no Brasil até os dias atuais.

O Brasil elegeu o sistema positivista como modelo de criação das normas jurídicas por ser considerado o modelo mais dinâmico e flexível (RIBEIRO, 2015). No entanto, este sistema representa o verdadeiro processo de dominação das classes hegemônicas, visto que faz com que os juristas operem como reprodutores históricos de uma ordem positiva, ideológica, excludente e legitimadora dos interesses das classes dominantes. Atitude esta que induz muitos operadores do direito a atuarem sob uma visão limitada, positivista legalista, sem se preocupar com os conflitos emergentes e com o resultado advindo de determinado caso concreto, tornando seu aplicador em um profissional alheio às idiosincrasias e especificidades dos diferentes casos.

Kelsen (2000) sustentava que o direito deveria ser considerado suficiente e, por conseguinte, independeria de outras ciências, devendo as fontes do Direito serem buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes.

Desta maneira, podemos concluir que o direito positivado atende ao

mercado e, conseqüentemente, a um determinado tipo de desenvolvimento sob o ponto de vista meramente econômico, alicerçado em uma visão antropocêntrica e, sem dúvidas, concentrado na inobservância da diversidade cultural existente no território brasileiro. Diferente desse sistema é o Direito Consuetudinário, que visa atender à comunidade e ao desenvolvimento humano, especialmente à cultura, pois implica sua valorização e respeito.

Acreditamos que o direito baseado na estabilidade e racionalidade foi apenas um transplante burocratizado do modelo jurídico europeu, sem as devidas adaptações. Neste sentido, Wolkmer (2001, p. 333) afirma que:

o direito, no Brasil colonial, sofreu a mesma sorte da cultura em geral. Assim, "o direito como a cultura brasileira, em seu conjunto, não foi obra da evolução gradual e milenária de uma experiência grupal, como ocorre com o direito dos povos antigos, sendo que a condição dos colonizadores fez com que tudo surja de uma forma imposta e não contraída no dia-a-dia das relações sociais, no embate tardio e construtivo das posições e pensamentos divergentes, enfim, do jogo de forças entre os diversos segmentos formados do conjunto social.

Com possíveis dicotomias entre o Direito Positivo e o Direito Consuetudinário, a convivência desses dois sistemas se mostra possível, mesmo porque no direito positivado constituem-se como uma de suas principais fontes, além das leis e da jurisprudência, os usos e costumes (RIBEIRO, 2015).

Arruda Júnior (2006) sustenta que é necessário quebrar as barreiras do próprio sistema jurídico, isto para que seja ampliado o seu próprio horizonte e a sua própria experiência e, sobretudo, para enriquecer-se espiritualmente e descobrir seus próprios limites. Isto a fim de favorecer um novo olhar sobre o objeto desse trabalho, qual seja, o reconhecimento do Direito Consuetudinário indígena pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em que pese, entretanto, haver decisão do Supremo Tribunal Federal demonstrando existir maleabilidade suficiente no positivismo para a relativização da lei perante comportamentos sociais, não há amparo legal para a adoção ampla do Direito Consuetudinário, especialmente nos casos que envolvam relações internas das comunidades indígenas, nas quais os comportamentos regulados pelos usos e costumes são, inclusive, anteriores à própria existência do Brasil.

3.2 DIREITO CONSUETUDINÁRIO OU COSTUMEIRO

O Direito Consuetudinário ou Costumeiro é definido como um conjunto de normas tradicionais, criadas espontaneamente pelo povo, não escritas nem codificadas (CURI, 2011). Trata-se de um sistema jurídico fundado nos costumes e, por isso, também é reconhecido como “direito costumeiro”. Essa espécie de direito, alicerçado em costumes e hábitos tradicionais, é o inverso do direito positivado, uma vez que o primeiro se fundamenta na existência do Estado, instituição politicamente organizada e única fonte emanadora, e o segundo opera de forma independente, ou seja, sem a existência dessa instituição.

Segundo Aftalión e Vilanova (1990, p. 701 apud CAMPOS, 2010, p. 194), o costume pode ser definido como:

La repetición constante en un medio social de determinados modos de obrar, repetición acompañada de un profundo convencimiento de su obligatoriedad, en cuanto podría ser coactivamente exigida, en caso de transgresión por otros sujetos³.

Em outras palavras, trata-se de uma espécie de uso social ou a maneira cultural de uma sociedade manifestar-se que se repete, sendo que a partir dessa repetição criam-se regras que, embora não sejam escritas, são consideradas lei para determinada comunidade. No Direito Consuetudinário a norma é espontaneamente formada pelo meio social, sendo a própria comunidade responsável pela criação das diretrizes que expresse os costumes de determinado grupo.

Segundo Ribeiro (2015, p. 51), o Direito Consuetudinário se consubstancia num ambiente pluralista, pois parte do pressuposto de repetição de costumes por um grupo social, fundado constância e universalidade, mas de âmbito local. Desta forma, nota-se que o direito costumeiro está estritamente ligado ao direito à identidade cultural de determinado povo, isto como modo de preservar e respeitar a diversidade cultural existente no território brasileiro.

³A repetição constante em um ambiente social de certas formas de agir, acompanhado por uma repetição profundo convencimento da sua obrigação, como poderia ser coercivamente exigida, em caso de violação por outros assuntos. (tradução nossa)

Considerando que o sistema jurídico brasileiro em vigor atribui aos costumes um valor inferior, situação esta que coloca a norma consuetudinária em uma posição secundária, desfavorável e considerada, às vezes, atrasada. Posto que, as normas advindas do costume não são redigidas por órgãos considerados competentes e legítimos como as normas legais e se legitimam nas próprias relações sociais. Entretanto, diante das diversas culturas inseridas em um mesmo território, acreditamos que tal situação deve ser urgentemente superada.

Além disso, o Direito Consuetudinário é a fonte jurídica mais importante para resolver os conflitos sociais em determinadas sociedades, utilizando-se do poder natural para manter a tradição, usos e costumes vigentes. Por isso, acredita-se que o positivismo imposto pelo ordenamento jurídico brasileiro, que valoriza a norma jurídica como única fonte emanadora do direito, deve ser revisto a fim de que dê espaço para a vigência das normas costumeiras. Pois, sabe-se que os órgãos estatais, ainda que eleitos pelo Estado, não são os principais formadores do Direito, mas apenas os principais legitimados para declará-lo.

Para Curi (2011), o costume é uma fonte importante para o Direito, visto que boa parte das normas derivam dos modos de viver de uma sociedade. Entretanto, são aceitos apenas aqueles reproduzidos por uma sociedade dominante, ou melhor, derivados de uma cultura dominante e predominante, fazendo com que as culturas classificadas como subalternas sejam esmagadas, dizimadas e não respeitadas em suas especificidades e identidades.

As sociedades dominantes transformam a sua cultura em paradigma universal, bem como acreditam que os povos denominados originários não são detentores de um sistema jurídico capaz de criar leis ou normas escritas, pois não há a figura do Estado. Isto a fim de enfatizar que a criação do Direito se dá apenas por meio da codificação, enfraquecendo, portanto, as normas costumeiras.

A cultura indígena possui como sustentáculo as tradições, crenças, usos e costumes próprios, os quais são atinentes a suas relações sociais e culturais. Segundo Laroque e Silva (2013), o índio perpetua o seu modo de ser, nos seus costumes, na sua visão de mundo, nas relações com os outros, na sua religião. É por meio desses costumes que se estabelece a organização social dos povos indígenas e, principalmente, a contribuição para a criação das suas leis.

O Direito Consuetudinário indígena, baseado nos usos e costumes, além de representar um patrimônio cultural respeitável, apresenta soluções a

conflitos individuais e coletivos diferentes dos estabelecidos pela legislação positivista. Esse direito leva em consideração que os povos indígenas possuem a sua própria complexidade e suas normas que não se restringem a uma simplicidade determinada pela tradição e pela obediência servil, mas com características particulares, as quais não devem ser colocadas em um juízo de valor externo a comunidade (RIBEIRO, 2015). Segundo Alves (2015, p. 5), este direito se utiliza dos usos, práticas, costumes, crenças e princípios para:

(...) regular a convivência interna e que tenham sido transmitidos principalmente de forma oral e aplicados de maneira geral e consistente ao longo do tempo pelos povos indígenas, enquanto obrigatórios e sujeitos ao controle social por parte dos seus integrantes, autoridades tradicionais e organizações. O direito consuetudinário indígena se fundamenta no direito à autodeterminação e está intimamente relacionado com a identidade cultural dos povos indígenas.

O Direito Consuetudinário ou costumeiro dos povos indígenas procura superar a barreira autoritária imposta pelo direito positivado que tende a vincular o direito ao Estado, bem como a ideia de que somente as normas escritas e devidamente codificadas podem representar o Direito. Machado (2007, p. 1) afirma que “o Direito Positivo na concepção dos povos indígenas, é como um rio seco, sem vida, sem importância, que não foi construído a partir da necessidade da comunidade”. Essa interpretação deve-se ao fato de que os povos indígenas possuem uma maneira própria de expressar o seu direito, que é por intermédio dos costumes, oralmente e que sobrevive de geração em geração, por meio de um movimento vivo e contínuo.

Vislumbramos, por isso, a possibilidade do direito costumeiro indígena coexistir com outras fontes e métodos jurídicos, desde que haja uma coexistência baseada em respeito a cultura do outro, visando cumprir as disposições constitucionais. A Lei Maior é clara ao legitimar aos povos indígenas os seus direitos à alteridade cultural e, embora não se encontre mencionado, o reconhecimento ao direito costumeiro no artigo 231, da Constituição Federal, o legislador o estabeleceu de forma intrínseca.

Corroborando com a positivação constitucional acima, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) prevê explicitamente que a lei nacional deve considerar o Direito Consuetudinário indígena para que sejam conservados os costumes, as instituições próprias e as formas de resolutividade de

conflitos, conforme as regras internas desses povos.

Notamos, no entanto, que a realidade é outra perante o Poder Judiciário, uma vez que o entendimento não é pacífico, pois há juristas que entendem que o indígena quando perpetrar alguma conduta que seja reprovável no âmbito penal brasileiro, precisa necessariamente ser punido pelo Estado, ou seja, deverá passar obrigatoriamente pelo monopólio do *Jus Puniendi* Estatal. Ou pior, em outras situações, há juristas que entendem que os povos indígenas devem agir em consonância com a legislação brasileira, seja no âmbito cível ou penal, não sendo aceito que eles ajam conforme as normas costumeiras previstas por determinada tribo ou grupo indígena.

Muito embora os pensamentos predominantes em relação aos povos indígenas e aos seus direitos costumeiros sejam de preconceito e discriminação, existe um movimento crescente no âmbito do direito internacional de se criar instrumentos para o reconhecimento por parte do Estado dos direitos consuetudinários dos povos indígenas. Esse movimento crescente no direito internacional público tende a ganhar força, uma vez que esse ramo do direito considera o costume como sua fonte universal, pois não é comandado por um poder centralizador (CURI, 2011).

Ademais, é importante frisar que o Direito Positivo impõe a sua democracia como forma de promover justiça. Neste sentido, Caetano (2007, p. 49) assevera que:

a democracia nunca pode ser concebida como uma cultura única. A democracia é sempre um pacto de culturas. Não podemos construir democraticamente políticas culturais para sociedades integradas, se não for com base na solidariedade entre os diferentes e na reinvenção permanente da política. De modo que uma base absolutamente indispensável para uma política cultural democrática será isso, ambientar pactos entre culturas, ambientar um pluralismo efetivo e não simplesmente a “tolerância” resignada do diverso que não nos transforma nem interpela.

Resta evidenciado que os povos tradicionais possuem formas próprias para se organizar, inclusive para resolver situações consideradas conflitantes. Portanto, impor um modo de vida, uma cultura ou uma lei, objetivando que os povos originários se enquadrem nos padrões estabelecidos pelo Estado é inaceitável. Impor um direito àqueles que sempre tiveram seus regimentos locais e regras próprias não é passível de aceitação.

3.2.1 Costume como fonte do Direito e suas espécies

O jurista Cretella Júnior (2005), em sua obra *Primeiras Lições de Direito*, conceitua fonte como o vocábulo que designa concretamente o lugar onde brota alguma coisa, como fontes d'água ou nascentes, sendo a expressão fontes do direito o lugar de onde provém a norma jurídica, em especial de onde nascem as regras jurídicas. Já nos dizeres de Bobbio (1995, p. 161), fontes do Direito “são aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”. Ou melhor, é a passagem do direito de um estado de invisibilidade ao estado de clareza, que ocorre por meio da inserção de determinada norma jurídica positiva ao ordenamento jurídico pátrio, gerada ou baseada nas fontes.

O costume sempre possuiu grande importância para o Direito, inclusive no mundo romano era estabelecido como fonte do Direito, em que pese não ter recebido tratamento sistemático, o costume obteve importante papel e tinha força de lei onde esta não existia, apesar do direito escrito logo ter passado a ser dominante.

Verifica-se, deste modo, que dentre as fontes admitidas pelo ordenamento jurídico, o costume representa uma fonte importante para o Direito, tendo em vista que várias normas derivam do modo de viver se uma sociedade representada pela longa prática ou da geral e constante repetição de comportamentos que correspondam a uma necessidade jurídica.

Segundo a doutrina majoritária, as espécies de costume são definidas de acordo com a forma com que este se relaciona com a lei. Neste sentido, o costume pode ser *secundum legem*, *praeter legem* ou *contra legem*.

O costume *Secundum Legem* ou *Costume Interpretativo* é aquele cuja prática social corresponde à lei, não no sentido de determinado costume passar a ter uma efetividade jurídica, mas quando o costume é expressamente autorizado pela lei. Trata-se de uma imposição legal.

Já o costume *Praeter Legem* é aquele que se aplica supletivamente em hipótese de lacuna da lei, podendo ser apenas aplicado quando não for o caso de aplicação da analogia. Ou seja, é o costume que atua ou funciona quando a lei legislada não existe ou, ainda que exista, possua omissões. Essa espécie de

costume torna-se importante por força do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, disposto legal que possibilita que o magistrado recorra aos costumes para suprir a lei em casos omissos.

Por fim, o costume *Contra Legem* é caracterizado quando a prática social contraria as normas do direito codificado, ou seja, forma-se em sentido contrário ao da lei. Trata-se de uma espécie não aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que se acredita que apenas uma lei pode ser revogada por outra, não sendo um costume capaz de revogá-la.

3.3 ORGANIZAÇÃO SOCIAL E JURIDICA DOS POVOS INDIGENAS

O modo de vida dos povos indígenas é distinto dos demais grupos étnicos, uma vez que “cada comunidade ou aldeia indígena possui uma ordenação normativa própria, que rege sua organização social, ocupação territorial, manejo dos recursos naturais, religião, relações de parentesco, economia etc” (VILLARES, 2013).

No entanto, diferentemente do direito positivado, essa modalidade de organização social não se dá por meio de normas escritas, tampouco com a existência de órgãos legislativos ou tribunais e profissionais da área do Direito. Trata-se de leis que refletem as possibilidades e as necessidades práticas de cada grupo, regidas pelo dinamismo e flexibilidade.

As ordenações normativas dos povos indígenas no Brasil regem basicamente sobre conteúdos que envolvam a organização da vida da comunidade e as relações de parentesco, o comportamento dos indivíduos, as sanções devidas às condutas reprovadas, bem como no que se referem às crenças, religiões e rituais, e à solução de conflitos.

Anterior a Constituição Federal, o Estatuto do Índio, em seu artigo 1º, já previa em certa medida o reconhecimento e o respeito às formas de ordenação social e jurídica dos povos indígenas brasileiros, prevendo a proteção aos índios e às comunidades indígenas pela lei brasileira, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardando os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as suas condições peculiares. No artigo 6º, o mesmo diploma legal também prevê a necessidade de respeito à organização social dos povos indígenas “nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de

propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum". O artigo 57 do referido Estatuto, admite a aplicação do ordenamento normativo indígena de acordo com as suas instituições próprias nos casos que versem a repressão de delitos, sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que tais ordenações não revistam caráter cruel ou infamante, está proibida em qualquer caso a pena de morte. Posteriormente, as ordenações sociais e jurídicas dos povos indígenas também foram reconhecidas e protegidas pela Constituição Federal.

Assim, por força da promulgação da Constituinte, se rompeu expressamente o paradigma da incorporação na qual se baseava a legislação até 1988. Desse modo, este paradigma foi superado pelo respeito e proteção à diversidade étnica e cultural, propiciando aos povos indígenas condições ideais para o seu próprio desenvolvimento, especialmente visando observar e respeitar as peculiaridades culturais desses povos como legítimos possuidores de modelos próprios de organização social, política e cultural.

A Convenção n.º 169 também disciplina sobre o assunto, prevendo a necessidade de serem considerados os sistemas jurídicos indígenas quando da aplicação da legislação nacional em relação aos povos indígenas. Neste sentido, o artigo 34 da respectiva Convenção reforça sobre o direito dos povos indígenas em promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualmente, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos, reforçando por meio do artigo 35, o direito dos povos de determinarem as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades. Portanto, é uma prerrogativa das comunidades indígenas restringir, de forma autônoma e livre, os direitos dos indivíduos pertencentes a elas.

Diante da diversidade de grupos étnicos e sociais no Brasil, a realidade é que sempre existiram diversas formas de ordenações sociais e jurídicas. Entretanto, a aceitabilidade de aplicação de outras normas estatais e não estatais de organização jurídica sempre foram inferiorizadas frente à existência das normas criadas pelo próprio Estado.

Contudo, as normas jurídicas que regulam a sociedade brasileira são inadequadas para atender as situações vividas pelas comunidades indígenas, devendo deixar de ser aplicadas em favor das normas próprias dos povos indígenas.

Portanto, o reconhecimento e a proteção às ordenações dos povos indígenas não se trata de uma concessão do direito estatal, tampouco é a criação de uma esfera não-estatal cujo direito não necessita ser respeitado. Mas, trata-se do reconhecimento pelo Estado de que o desenvolvimento da sociedade inclui os povos indígenas, devendo respeitar as suas peculiaridades (RAMÍREZ, 1999).

Acreditamos que garantir aos povos indígenas a reconquista do controle de suas vidas e instituições não significa ignorar a existência de um Estado unitário, mas aceitar e compreender que cada comunidade deve viver conforme as suas práticas culturais, sem discriminação e, principalmente, em um ambiente de tolerância.

É importante frisar que, o reconhecimento das ordenações jurídicas dos povos indígenas é aceito em inúmeros países da América Latina por meio das suas normas constitucionais, inclusive com a adoção da Convenção n.º 169 da OIT, visando respeitar e proteger ao máximo as ordenações sociais indígenas. Neste sentido, Villares (2013) afirma que na Colômbia e no Equador, se atribui as normas da Convenção n. 169 da OIT *status* de norma constitucional de direito fundamental.

Como observa Lacerda (2007, p. 234-5) em sua dissertação de mestrado, continuam a serem implementadas as diversas formas de Direito indígena, porém, na prática, o Estado não toma conhecimento nem lhes reconhece existência ou validade. Ou seja, ainda nos dias de hoje as instituições jurídicas próprias das comunidades indígenas, conforme a sua organização social, seus usos, costumes e tradições “sofrem na verdade daquilo que Santos denomina de ‘produção de não existência’”.

As normas jurídicas brasileiras não podem ser aplicadas de forma automática e indiscriminada, tendo em vista a sua própria incompletude ou até mesmo frente à complexidade das relações da sociedade brasileira, devendo haver maior observância e visibilidade as formas de justiça criadas pelos povos indígenas para que não haja a subalternidade em relação à forma de justiça imposta pelo Estado.

3.3.1 Direito à Autodeterminação

No tocante à autodeterminação dos povos indígenas, este foi construído sobre os pilares constitucionais e internacionais, que visam romper os

paradigmas e transformar suas reivindicações numa práxis libertadora que dê continuidade em suas tradições e fazer perdurar para as próximas gerações.

Segundo Alves (2015), o direito à autodeterminação dos povos indígenas possui dupla dimensão: política e cultural. A primeira relaciona-se ao direito ao autogoverno e à autonomia, o direito à manutenção das instituições políticas e jurídicas próprias, o direito a terra e aos recursos naturais tradicionalmente utilizados. Com relação à dimensão cultural, o direito à autodeterminação relaciona-se com o direito ao uso da língua indígena, o direito à manutenção das práticas de caça e pesca, arte e da música, bem como das tradições religiosas, dentre outros direitos culturais.

Assim sendo, o direito à autodeterminação é responsável por viabilizar a continuidade da integridade cultural dos povos indígenas, especialmente para que haja a verdadeira sobrevivência da cultura desses povos.

A Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas (ONU) garante o direito à autodeterminação em seu artigo 3º, afirma que os povos indígenas possuem direito à autodeterminação, e “em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Em seu artigo 4º, prevê que:

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas. (ONU, 2007)

O direito à autodeterminação também é contemplado pelo direito brasileiro por meio da ratificação da Convenção n.º 169:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
 - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
 - b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
 - c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

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 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. (OIT, 1969)

De acordo com juristas que abordam o tema em questão, as disposições trazidas pela supracitada Convenção reforçam a eficácia ao conteúdo disposto no artigo 231 da Constituição Federal. Incluindo, principalmente o direito dos povos indígenas de serem regularmente consultados sempre que suas garantias constitucionais estiverem sob discussão ou ameaça, seja com relação aos territórios, meio ambiente, recursos naturais, política indigenista, relacionamentos interétnicos, educação, saúde, organização social e jurídica etc. A Convenção é a legítima prova do avanço dos direitos obtido pelos povos indígenas frente às lacunas ou interpretações divergentes quando se trata de princípios direcionados a esses povos.

Desse modo, podemos afirmar que o direito à autodeterminação é um dos aspectos da proteção da identidade indígena, da liberdade destes povos buscarem e escolherem livremente sobre o seu desenvolvimento social, econômico e cultural (VILLARES, 2013). É o direito de implantar seu próprio projeto de vida e de governar sobre assuntos internos, alicerçado em suas próprias normas, autoridades e procedimentos, especialmente sem qualquer intervenção externa.

3.4 PLURALISMO JURÍDICO

O Direito Consuetudinário se legitima pelas próprias relações interpessoais ocorridas no seio das comunidades indígenas, as quais são inteiramente margeadas pela cultura expressa em manifestações artísticas e religiosas, implicando nas diversas maneiras de resolução de conflitos internos, o que evidencia que o Brasil encontra-se em pleno conflito de sistemas jurídicos, explicitando a necessidade de reconhecimento do pluralismo jurídico para preservação da oralidade e costumes dos povos indígenas. Portanto, é preciso empreender esforços para alcançar outro paradigma de fundamentação da cultura jurídica existente no Brasil, isto a fim de que seja finalmente rompida a efetiva dominação da cultura burguesa das massas em favor da coexistência da diferença, da diversidade e da racionalidade formal impeditiva.

Considerando a diversidade cultural no país, reconhece-se que cada sociedade, incluindo os povos indígenas, possuem modos próprios de expressar e traduzir a realidade a sua volta, contrapondo a proposta de um Direito Estatal como forma de viabilizar a garantia das normas internas instituídas por essas sociedades (CURI, 2011). Portanto, a tentativa de repensar a ideologia centralizadora por meio do pluralismo jurídico nada mais é que buscar uma nova direção ou referencial que atenda as profundas transformações sociais, econômicas e, principalmente, à modernidade

Na década de 1970, a multiplicidade de ordenações sociais ou jurídicas que coexistiam e mantinham múltiplas relações ganhou o nome de pluralismo jurídico. O pluralismo jurídico surge da negação da modernidade, mas da sua necessária afirmação, conforme salienta Arruda Júnior (1997, p. 127):

o pluralismo jurídico emerge socialmente por consequência dos processos estruturais de difícil convergência para uma racionalização jurídica nos termos que resulta o colonialismo, da dependência e da marginalização. Denominamos essa primeira característica do pluralismo jurídico como exemplificativa de pré-modernidade da modernização capitalista tardia.

Sob esta ótica, percebe-se que o modelo normativo estatizante se encontra em crise, tendo em vista que o Direito Positivo ainda não superou o reducionismo dogmático-positivista. Neste sentido, consoante aos novos estudos da

sociologia jurídica, o Estado não pode mais ser visto como o único elaborador das normas jurídicas, devendo estender o seu objeto de estudo a outras formas de regulamentação de comportamento social, ainda que estes não sejam oficiais.

O jurista Wolkmer (2001) em sua obra *Pluralismo Jurídico* realiza duras críticas sobre a crise de racionalidade formal, em especial às novas condições globais das forças produtivas capitalistas, que permeiam a complexa cultura burguesa de massas e se difundem no saber sacralizado e hegemônico das estruturas lógico-formais e, por conseguinte, mantendo os velhos padrões de legalidade estatal. A necessidade de ruptura desse sistema dá luz à práxis normativa conhecida como “pluralismo”, devendo ser visto como um paradigma alternativo no âmbito da cultura jurídica brasileira, democrático e participativo, capaz de viabilizar-se como um instrumento de afirmação e resistência.

Os estudos sobre o pluralismo jurídico pelo direito brasileiro analisam as manifestações jurídicas nascidas dos movimentos sociais brasileiros e fortificadas no processo de redemocratização da década de 1980. Porém, é na Antropologia do Direito que o pluralismo tem interessantes pesquisas empíricas que envolvem o pluralismo jurídico, estado e direitos humanos, direitos coletivos, alteridade, violência, justiça criminal, polícias, questões de gênero e direitos sexuais, movimentos sociais, questões infanto-juvenis (VILLARES, 2013).

Portanto, ante aos recentes processos de dominação das sociedades periféricas, as quais são rigorosamente marcadas pela fragilidade, exclusão e pelo intervencionismo estatal, o pluralismo jurídico torna-se um novo método determinante para a regulação das práticas cotidianas e dos conflitos sociais. Noutros termos, as novas formas de representação e de legitimação podem ser alcançadas por intermédio de um viés interpretativo da pluralidade de fontes e por meio da produção alternativa de jurisdição.

É na área da Filosofia, Antropologia, Sociologia e Direito que o estudo sobre o pluralismo jurídico se concentra. Portanto, é nessas áreas das ciências sociais que trabalham com o respectivo fenômeno ou o conceito analítico de que toda sociedade possui, em maior ou menor quantidade e complexidade, várias dimensões de ordenação social e jurídica.

De acordo com Tamanaha (1993 apud VILLARES, 2013), as ordenações sociais discutidas nos estudos sobre o pluralismo jurídico podem decorrer dos sistemas jurídicos oficiais, dos sistemas normativos costumeiros, dos

sistemas normativos religiosos, dos sistemas normativos econômicos/capitalistas, dos sistemas normativos funcionais e, por fim, dos sistemas normativos comunitários. Neste sentido, vale dizer que o próprio Direito é uma dessas ordenações, representado pelos direitos ou ordenamentos jurídicos de cada Estado nacional.

O pluralismo jurídico surge como concepção antagônica ao monismo jurídico, promovendo paralelamente adversidades ao pensamento legalista, enfatizando a crítica do problema das fontes, tendo como objetivo central a negação do Estado como fonte única e exclusiva da criação das normas jurídicas. No entanto, não possui como essencialidade contrapor a doutrina do monismo jurídico, mas evidenciar a própria insuficiência da estatalidade mediante o surgimento de outros meios normativos não convencionais.

Nestes termos, o pluralismo jurídico é considerado uma corrente doutrinária com objetivos revolucionários, que tendem a romper o paradigma dominante identificado como monismo jurídico. Essa corrente decorre da permissibilidade de existência de dois ou mais sistemas jurídicos vigentes no ordenamento jurídico pátrio, dotados de eficácia, que são utilizados em uma mesma época em determinado espaço geográfico, legitimando os diversos centros de produção de norma jurídica, independentemente do Estado. Ou seja, baseia-se na ideia de que entre os diferentes grupos sociais existem diversas ordens jurídicas, que assim como o direito estatal, podem coincidir ou divergir.

Assim sendo, um dos principais desafios do pluralismo jurídico consiste em fixar os mecanismos que resolvam eventuais conflitos normativos entre o direito criado pelo Estado e o Direito Consuetudinário indígena. Para Catherine Walsh (2012, p. 7), uma das principais militantes envolvida durante muitos anos em processos e lutas pela justiça e transformação social:

El pluralismo jurídico pretende responder al problema del monismo jurídico: la nación de un solo sistema de derecho para todos, principio regidor del Estado moderno uninacional y monocultural, y su poder normativo que suprime e inferioriza la diferencia estableciendo una sola forma de estar, ser, saber y vivir que se moldea a partir del patrón e imagen europeo.⁴

⁴O pluralismo jurídico visa abordar o problema do monismo jurídico: a nação de um sistema de direito para todos, principal regidor do Estado uninacional e monocultural, e seu poder que suprime e inferioriza a diferença estabelecendo uma única forma de estar, ser, saber e viver que se molda a partir do padrão e imagem europeu. (tradução nossa)

Ao contrário do monismo (concepção unitária, homogênea e centralizadora), o pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, envolvendo o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si.

A existência desses sistemas caracteriza um direito múltiplo que podem resultar em soluções diferentes para a mesma situação, ou seja, ordenamentos jurídicos contraditórios, ou ordenamentos que se complementem, podendo ser visualizado como um fenômeno de possibilidades e dimensões de universalidade cultural, bem como um modelo que incorpora condicionantes inter-relacionados (formal e material) adequados às especificidades e às condições históricas de micro e macro sociedades políticas (WOLKMER, 2001).

A base para execução do pluralismo é a constituição de uma cultura jurídica que não seja assinalada pela formalidade, individualidade e pelo positivismo, mas fundada nos valores estabelecidos pela comunidade, estritamente vinculado aos critérios de legitimação social e promoção de um diálogo intercultural. Todavia, para que essa proposta tenha êxito é necessário estar concentrado no reconhecimento da identidade e diferença dos sujeitos que representam determinado grupo social minoritário ou comunidades étnicas, bem como nas necessidades básicas e de suas reivindicações por autonomia, objetivando uma dinâmica interativa e flexível de um espaço público acessível, compartilhado e democrático.

Entretanto, para se instituir uma cultura jurídica mais coerente na América Latina, é necessário pensar e forjar formas de produção do conhecimento que partam das práxis democrática pluralista como expressão do Direito à diferença, à identidade coletiva, à autonomia e à igualdade de acesso a direitos. Deve-se olhar o pluralismo jurídico não como possibilidade, mas como condição primeira.

Segundo Antonio Wolkmer (2001, p. 176):

o sistema pluralista provoca a difusão, cria uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos. Enquanto a ortodoxia monista mascara as contradições e diversidade, o pluralismo confirma as divisões e incita cada grupo, cada semigrupo e cada indivíduo a explicitar suas exigências e aceitar o conflito como condição de sua inserção social positiva.

Atualmente, o estudo do pluralismo jurídico parte da compreensão sobre as variadas sociedades como um mosaico de indivíduos e seus diversos grupos numa complexa rede de relações, sendo que a multiplicidade de sistemas legais, cujas disposições legais necessariamente diferem umas das outras, algumas vezes ao ponto de se contradizerem, reflete precisamente o padrão cultural dos subgrupos da sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro admite a aplicação do pluralismo jurídico em situações específicas, por exemplo, quando a Lei de Introdução ao Código Civil permite em certos casos que a legislação nacional seja afastada para a utilização da lei estrangeira. Isto ocorre especialmente em casos que envolvam a arbitragem e a aplicação de regras comerciais e costumeiras. Com relação aos sistemas jurídicos dos povos indígenas, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Índio, a Convenção da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas também prevê essa admissão quando reconhece aos indígenas a sua organização social, seus costumes e as suas tradições.

O direito, no entanto, ainda é considerado um sistema hierarquizado e completo. Inclusive, considera-se que o direito deve ser apenas aquele criado pelo Estado e destinado uniformemente a todos, sendo mais válido que qualquer outra norma. Porém, a complexidade das relações sociais provoca um sentimento de inadequação da ideia de onisciência do direito a quem observa e estuda o estado e a sociedade contemporânea (VILLARES, 2013).

A pluralidade de ordenações indígenas no Brasil é o que os diferencia da sociedade brasileira e do Estado brasileiro, e o pluralismo jurídico um ponto de partida para que os povos indígenas tenham seus direitos respeitados.

De acordo com Santos (2010), a Sociologia do Direito nas últimas três décadas tem investigado o pluralismo jurídico, destacando-o para a existência de direitos locais nas zonas rurais nos bairros urbanos marginais, no desporto, nas igrejas, nas empresas, nas organizações profissionais etc. São formas de direito, em que pese serem denominadas informais, infraestatais, não oficiais ou costumeiras.

O pluralismo jurídico introduz um sujeito de direito diferente do proposto pelo sistema em vigor para as sociedades indígenas. O Estado cria regras para o indivíduo, ao passo que as sociedades indígenas possuem normas coletivas próprias, bem como operadas e recriadas mediante a figura do sujeito coletivo. De

acordo com Curi (2011), esse coletivo, sujeito de direitos e deveres, é o que garante a autodeterminação dos povos indígenas, atribuindo a eles o direito de gerir a sua própria sociedade e decidir o seu próprio destino. A par disto, deve-se estabelecer um limite de interferência do direito estatal e centralizador, devendo o Estado, ao invés de intervir, assumir um papel de mediador de conflitos.

Ocorre que, o constitucionalismo brasileiro ainda está voltado para as teorias eurocentradas, simplesmente voltando suas costas para o processo de descolonização e interculturalidade, diferentemente do que ocorre em outros Estados Nacionais, como Bolívia e o Equador.

Para Walsh (2012), três problemas são considerados fundamentais para enfrentamento hoje no campo jurídico latino-americano. A primeira problemática está no monismo, que reduz todo e qualquer direito ao direito estatal, negando outros modos de produção jurídica. O segundo se fundamenta pela oposição hierárquica e irreconhecível entre o modelo positivista estatal de direito e os modelos de sistemas fundadores das normas consuetudinárias. O terceiro se consubstancia na dificuldade do Estado em reconhecer que pluralismo jurídico é inerentemente progressista, sendo a expressão máxima da diversidade cultural e jurídica.

Diante disso, verifica-se que se torna cada vez mais necessário que o Brasil reconheça que existem práticas e sistemas ancestrais para se exercer a justiça e a autoridade que não correspondem ao modelo positivista. É por meio desse reconhecimento que se admite a coexistência de diversas ordens jurídicas normativas.

O pluralismo jurídico não é um novo fenômeno, mas uma realidade histórica, sendo novo apenas o seu reconhecimento por parte dos Estados. Esse reconhecimento encontra-se previsto na Declaração dos Povos Indígenas, que destaca a urgente necessidade de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, os quais são provenientes das suas estruturas políticas, econômicas, sociais e culturais, bem como das suas tradições espirituais, da sua história e de sua concepção de vida, em especial dos direitos de suas terras, territórios e recursos. Assim, torna-se cada dia mais necessário que o positivismo e as outras ordens normativas respeitem os contextos locais e culturais dos indivíduos e grupos envolvidos.

É necessário que o sistema normativo por meio do Estado, seja repensado. Isto a fim de que não haja superioridade do Direito Positivo e estatal sobre o Direito Consuetudinário e, por conseguinte, para que as separações entre os modos de pensar e atuar sejam superadas.

Segundo Walsh (2012), o reconhecimento do pluralismo jurídico implica aceitar o conflito e a impossibilidade de convergências entre os sistemas jurídicos, dando o devido espaço a particularidade étnica e a diversidade cultural dos povos indígenas, sem que sempre se aplique o direito do ponto de vista étnico-dominante. Além disso, o reconhecimento do pluralismo jurídico demandaria a necessidade do poder judiciário atuar de forma intercultural, promovendo a análise dos delitos cometidos por intermédio de um contexto cultural, das diferenças culturais e das maneiras variadas de uma comunidade se constituir e viver em coletividade.

Acredita-se que a autonomia do sujeito coletivo deve ser respeitada, seja em termos políticos, econômicos, culturais e judiciais ou em âmbito externo ou interno à comunidade indígena. Korsbaek e Vivanco (2009 apud CURI, 2011, p. 153-4) salientam que o alcance da respectiva autonomia somente pode ser atingido por meio da observância dos seguintes aspectos:

- a) A possibilidade de decidir sobre os assuntos que afetam a sua comunidade, sem interferência e/ou pressão de mecanismos legais externos;
- b) a participação plena nos órgãos democráticos da Nação;
- c) o manejo e administração dos recursos dispostos em suas terras, conforme os seus próprios sistemas normativos;
- d) o reconhecimento da sociedade envolvente do seu território em sentido cosmogônico e material;
- e) controle sobre as suas formas de organização social;
- f) serviços educativos bilíngues nas comunidades indígenas;
- g) o reconhecimento da oficialidade das línguas de todas as etnias dentro de cada território indígena;
- h) respeito à cultura e à tradição indígena;
- i) a proibição da discriminação e do racismo;
- j) respeito à liberdade e condições para uma vida digna.

É evidente o conflito entre o sistema positivo vigente e as normas consuetudinárias indígenas e, na prática, as normas estatais sempre se sobressaem, desrespeitando a autonomia dos povos indígenas de impor suas regras e aplicar seu sistema de valores. Tais conflitos são comuns em várias áreas do direito, em especial no âmbito penal. Isto porque o Estado garante a promoção do

justo tratamento que deve ser dispensado no processo penal aos indígenas (agressores ou agredidos), seus familiares e as suas comunidades, visto que desconsidera sua organização social e sistema de valores (YAMADA e BELLOQUE, 2010).

Verifica-se que, em que pese a Constituição Federal reconheça a diversidade cultural no território brasileiro, a legislação vigente continua se baseando em valores etnocêntricos, tornando o fenômeno do pluralismo jurídico, por vezes, distante de ser algo aplicável, o que abre margens para as interpretações dúbias e equivocadas no tocante aos direitos indígenas. Ocorre que, a aplicação do pluralismo jurídico é fundamental para que haja participação da sociedade nas relações que as envolvem, isto para que determinados grupos sociais, especialmente os indígenas, possam buscar a ordem mais satisfatória de pacificação e bem-estar.

O pluralismo jurídico visa promover o preenchimento da lacuna promovida pela própria ausência do Estado que, muitas vezes, não consegue resolver os conflitos, reivindicações e anseios de grupos sociais vulneráveis. A exclusão, abandono e falta de atenção do Estado é, sem dúvidas, a principal razão para a adoção nas comunidades do ordenamento mais favorável e, principalmente, que possa atender as necessidades básicas de cada indivíduo.

Conforme Wolkmer (2006), em uma sociedade composta por comunidades e culturas diversas, o pluralismo fundado na democracia expressa o reconhecimento dos valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada sociedade. Acredita-se que a problematização e a relevância trazida pelo fenômeno pluralista conduz à necessidade das possibilidades de uma nova cultura jurídica, com legitimação assentada no reconhecimento da justa satisfação de necessidades básicas e na ação participativa dos sujeitos insurgentes, singulares e coletivos.

Em verdade, é cada vez mais necessário que as práticas normativas autônomas e autênticas sejam aceitas e respeitadas pelo Estado, possibilitando aos povos indígenas a efetividade dos seus direitos constitucionais de organização social e autorregulação previsto na Constituição Federal. O Estado deve garantir aos grupos etnicamente diferenciados o direito de viverem de acordo com os seus usos e costumes, incluindo a liberalidade de que estes grupos definam suas normas internas.

Além disso, é importante frisar que a própria ineficácia das instâncias legislativas e jurisdicionais criadas pelo direito positivado favorecem a expansão dos procedimentos extrajudiciais e práticas normativas não-estatais, exercidas por subjetividades sociais que, apesar de, por vezes, oprimidas e inseridas na condição de 'ilegalidade' para diversas esferas do sistema oficial, definem uma forma plural e emancipadora de legitimação (WOLKMER, 2006).

Diante do exposto, nota-se que a primeira etapa a ser obedecida para o efetivo reconhecimento e aplicação do pluralismo jurídico no Brasil é considerar a existência de uma diversidade de povos e, principalmente, a complexidade de relações entre eles, o Estado e a sociedade brasileira. Sendo assim, ao ser reconhecido essa diversidade, deve ser levado em consideração que ela traz consigo vários contextos culturais e históricos únicos que exigem, sobretudo, um tratamento individual e particularizado dessas relações.

Villares (2013, p. 53) aborda que

(...) ainda que o Direito estatal tenha como pressuposto ser construído em normas de caráter geral e indeterminado, a ser aplicado indistintamente a todos, é necessário que ele comporte mecanismos que consigam lidar com a diversidade e individualidade dos povos e indivíduos indígenas.

Neste sentido, Berman (2007 apud VILLARES, 2013) ensina que o conflito normativo é inevitável, mas procura lidar com ele por meio de mecanismos procedimentais, instituições e práticas que possibilitem chamar os participantes para o conflito em um espaço social comum. Isto é, não se deve impor aos povos indígenas, por meio do Direito, os valores da sociedade, muito menos enxergar sua forma de autorregulação como forma inferior do Direito.

Acreditamos em um Estado que efetivamente promova a proteção dos direitos indígenas, sobretudo, defenda o diálogo e a negociação em bases mais igualitárias através de vias democráticas, participativas e inclusivas.

3.4.1 Pluralismo Jurídico-Progressista

A conotação ideológica do pluralismo jurídico pode ser adjetivada e segmentada em abordagens conservadoras ou progressistas. O primeiro procura obstaculizar ao máximo a participação popular, restringindo-se à elite, bem como

consiste “no neocolonialismo em prática, atualmente, pelo grupo dos sete e capitaneado pelos EUA, impedindo que as forças populares e emancipatórias consagrem o seu Direito insurgente” (ALBUQUERQUE, 2003, p. 281). Já com relação ao segundo, caracteriza-se pelo incentivo à participação dos segmentos populares e dos novos sujeitos coletivos na efetivação de seus direitos e garantias constitucionais, ou seja, faz exatamente ao contrário do pluralismo conservador, já que objetiva aumentar a participação popular e organizada.

No entanto, diante da grande diversidade de preposições teóricas que versam sobre o Pluralismo Jurídico, privilegia-se aqui a análise sobre o pluralismo progressista, ou seja, aquele participativo e comprometido com a autodeterminação, sobretudo a dos povos indígenas, tendo em vista que as atuais exigências ético-políticas colocam a obrigatoriedade de busca de novos padrões normativos, visando trazer melhor resolubilidade às demandas específicas da produção e da concentração do capital globalizado, bem como das profundas contradições sociais (WOLKMER, 2001).

No Brasil, a proposta teórica progressista é encabeçada por Antônio Carlos Wolkmer por meio de sua obra *“Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito”*, que sugere um novo paradigma de validade para o atual Direito Estatal, de base democrático-participativa, fundamentado sobre um amplo processo de descentralização e participação direta dos sujeitos sociais na regulação das instituições.

Portanto, o modelo designado de “comunitário-participativo” se configura por meio de um espaço aberto e compartilhado democraticamente, onde o Direito é resultado das relações sociais de fontes normativas que não sejam obrigatoriamente estatais, embasadas nas exigências fundamentais de sujeitos sociais. Para Wolkmer (1997, p. 69), sob a égide de uma linha progressiva, a proposta pauta-se em:

um novo pluralismo jurídico (designado de comunitário-participativo) configurado num modelo aberto e democrático, privilegiando a participação direta dos sujeitos sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade e possibilitando que o processo histórico se encaminhe pela vontade e controle das bases comunitárias. Reitera-se nessa tendência, antes de mais nada, a propensão segura de se visualizar o Direito como um fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar uma outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade embasada nas ‘justas’ exigências fundamentais de atores sociais e, finalmente, de encarar a

instituição da Sociedade como uma estrutura descentralizada, pluralista e participativa.

Dessa forma, o pluralismo progressista busca demonstrar a urgência de um direito que possa ser fruto da criação de uma comunidade, desenvolvido com base em fundamentos materiais, relacionados ao surgimento de sujeitos coletivos da juridicidade, como os novos movimentos sociais e as populações indígenas ameaçadas e exterminadas. Segundo Wolkmer (2001, p. 158), os novos agentes coletivos são os sujeitos sociais “atingidos na sua dignidade pelo efeito perverso e injusto das condições de vida impostas pelo alijamento do processo de participação e desenvolvimento social, e pela repressão e sufocamento da satisfação das mínimas necessidades”.

Ademais, a supracitada teoria também reconhece como fonte de produção jurídica os movimentos sociais engendrados por novos agentes coletivos, por vontade própria e consciência de seus reais interesses, funcionando como vetor para criação e institucionalização de novos direitos. Esses “novos” direitos podem ser subentendidos pela materialização de novas necessidades individuais ou coletivas, que emergem informalmente em toda forma de organização social, as quais não necessariamente precisam estar previstas ou contidas na legislação estatal positivista em vigor.

O pluralismo considerado progressista é norteado pelos seguintes princípios valorativos: autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância. Nestes termos, coadunando com os dizeres acima, preconiza Wolkmer (2001, p. 343):

a ação dos novos movimentos sociais, das organizações populares voluntárias e dos demais corpos intermediários revela-se fonte autêntica de indícios, referências e diretrizes materiais e culturais do novo saber e da nova educação acerca do ‘legal’, do ‘jurídico’ e da ‘justiça’. A força desse processo educativo de socialização será plenamente eficaz quando for capaz de gerar não só novas formas de relacionamento entre poder societário e Estado, entre público e privado, entre informal e formal, entre global e local, mas também formas de vida cotidiana, estimuladoras de orientações baseadas em princípios comunitários, como ‘autonomia’, ‘alteridade’, ‘descentralização’, ‘participação’ e ‘autogestão’.

Isto posto, a autonomia se caracteriza por meio dos movimentos sociais independentes do poder governamental, sendo que sua eficácia dependerá do grau de liberdade de suas articulações e mobilizações em função de lutas que

objetivam reivindicações idealizadas. Já a descentralização objetiva propiciar um reforço dos espaços de poder local, em especial ampliar a participação dos grupos sociais considerados minorias. Por sua vez, o localismo visa garantir a organização e a articulação do poder local descentralizado a fim de favorecer condições próprias para a produção direta de processos decisórios. A valoração da diversidade traduz a própria concepção pluralista e fragmentada que privilegia a diferença e admite realidades díspares, permitindo a difusão das diferenças. Por fim, com relação à tolerância, esta se alicerça por meio das regras de convivência e moderação.

Com base nesses pressupostos, torna-se ainda mais perceptível a importância do pluralismo jurídico e da autodeterminação enquanto forma de reconhecimento da diferença, da diversidade cultural e, conseqüentemente, da busca de proteção e regulação jurídica dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, possibilitando o fortalecimento e reconhecimento das suas normas internas e do seu direito costumeiro e considerado não oficial.

Neste sentido, fala-se em uma cultura libertária e democrática capaz de gerar a inclusão e respeito pelas múltiplas práticas sociais e jurídicas fora do âmbito estatal, visando desestabilizar os conceitos arraigados da doutrina monista, entre os quais a concepção de que o costume trata-se de uma norma não-escrita que, na realidade, trata-se de um Direito não-escrito.

Por decorrência lógica do pluralismo jurídico, é possível estabelecer um regime de proteção que leve em consideração o sistema jurídico dos povos indígenas no que concerne à representação, à legitimidade e aos modos de organização coletiva desses povos (SANTILLI, 2005). Portanto, é inadiável o processo de desconstrução e descolonização do Direito de sua matriz eurocêntrica e colonialista, isto para que haja a libertação das amarras do positivismo jurídico em rumo ao reconhecimento do pluralismo jurídico.

3.5 A CRISE DO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO E O CONFLITO DE PARADIGMAS

A crise vivenciada pelo Direito Estatal pode ser traduzida como uma colisão de paradigmas culturais distintos, que ocorre “quando direitos emanados pelo Estado se contrapõem a direitos locais ou consuetudinários” (MENDES, 2009, p. 83). Essa colisão surge quando há um desencontro de horizontes morais de

compreensão de paradigmas culturais distintos a ponto de exigir que o Direito Consuetudinário esteja em uma escala inferior ao direito dito oficial, tornando incapaz um diálogo intercultural.

Além disso, diante da crescente globalização econômica, aliada ao aumento das tensões sociais da conseqüente intensificação das desigualdades econômica, cultural e social, aliadas ao surgimento de demandas por novos direitos, além de outras determinações, fez com que o paradigma da modernidade, que no campo jurídico é representado pela doutrina do monismo, entrasse em colapso (FELISMINO, 2010).

O Direito Positivo perdeu a sua legitimidade enquanto emanador da ordem jurídica, visto que não possui capacidades para acompanhar as reformatações do mundo contemporâneo, estando, em descompasso com uma de suas finalidades, ou seja, de regular as relações sociais. Segundo Griboggi (2009, p. 151)

A crise do monismo jurídico reside dentre outros fatos, na verificação de que suas regras deixaram de resolver os problemas emergentes, causando um descontrole perante a sociedade, por não responder à perspectiva das novas necessidades sociais, do modelo de produção capitalista, da integração de mercados, da descentralização e globalização do capital, dentre outros motivos que acarretam conflitos individuais e coletivos, principalmente este último, com suas demandas e novas necessidades.

A temática em voga é um assunto amplamente debatido por diversos teóricos, especialmente pelos operadores do Direito. Alguns apontam causas sociológicas e outros culturais para justificar a respectiva crise. Para Nascimento (2009), a crise é provocada pelo fenômeno denominado de “inflação jurídica”, que se traduz pelo crescimento desenfreado da criação de normas, códigos e leis, tornando-se impossível o acatamento destas pelos seus destinatários, inclusive impossibilitando a sua própria efetividade perante o Poder Judiciário. Estas situações fazem com que o Direito Estatal enfrente dificuldades no que diz respeito às edições das normas jurídicas para as esferas da vida socioeconômica, impossibilitando a eficiência de um sistema jurídico diante dos conflitos coletivos de caráter pluridimensional enquadrados em uma estrutura unitária, unidimensional, centralizada e interindividual do Direito imposto pelo Estado.

Dessarte, considerando que o desígnio do Direito é a regulação das relações sociais, não se pode ignorar o contexto social, político e econômico que

essas relações exprimem, sob pena de não produzir a sua verdadeira eficácia. Por isso, a mudança de paradigma exige um novo olhar dos intérpretes, juristas e juízes frente à aplicação e interpretação do Direito ou continuaram a ser reprodutores históricos de uma ordem positiva, ideológica, excludente e legitimadora dos interesses das classes dominantes.

Desta forma, é possível afirmar com veemência que, a profunda crise vivenciada pelo Direito ocorre principalmente por este permanecer profundamente apegado à legalidade formal escrita e, principalmente, por ser detentor do monopólio da produção normativa estatal, cada vez mais distante das práticas sociais cotidianas.

Segundo Chauí (2001), a crise está associada a divisões, submissões e conflitos no interior da sociedade e da política. É importante também sublinhar que a crise pode estar intimamente ligada com a ideia de “ruptura”, enquanto desconformidade estrutural de entre um processo e seu princípio regulador (WOLKMER, 2001), ou melhor, quando o comportamento entra em total conflito com a norma.

Boaventura de Sousa Santos (1994) assinala que a ideia de crise aparece somente quando as racionalidades parciais não se articulam umas com as outras, o que gera disfunções estruturais que atingem o equilíbrio social. Ou seja, é o momento em que há uma desordem real, na qual a ordem jurídica não é capaz de oferecer respostas eficazes. Nesse sentido, diante da visível intolerância à diversidade, da tecnização instrumental da razão e da alienação cultural, é notório que o Direito Estatal brasileiro está desvinculado das práticas sociais comunitárias.

Logo, a desagração dos conceitos e princípios que sustentam o Estado Moderno contribuíram para que houvesse o declínio do monismo jurídico, dando margem ao fenômeno do Pluralismo Jurídico (ALBUQUERQUE, 2003). Portanto, torna-se imperioso que o direito moderno seja repensado, reclamando que este se adéque às reivindicações normativas das práticas e grupos sociais considerados subalternos, em especial os povos indígenas, para que se permitam a existência das mais diversas práticas jurídicas, oficiais ou não, fundadas em suas necessidades existenciais, materiais e culturais. Assim, as manifestações da cidadania individual e coletiva objetivam conquistar e legitimar as ordenações sociais e jurídicas criadas pela própria comunidade, independentemente da produção e distribuição legal feito pelos canais oficiais, conforme ocorre no Direito.

Nesse sentido, acreditamos que a alternativa capaz de proporcionar segurança jurídica aos setores excluídos das camadas da população brasileira, se dá pelo reconhecimento estatal do pluralismo jurídico, propiciando a manifestação de ordens jurídicas paralelas e condutas alternativas de resolução de conflitos, as quais se diferem das imposições previstas pelo direito dogmático e positivista.

4 TERCEIRO CAPÍTULO - A CONVIVÊNCIA CONFLITUOSA ENTRE O DIREITO PENAL E OS POVOS INDÍGENAS

A relação entre grupos étnicos e sociais sempre foi marcada por conflitos sobre temas distintos, sendo que algumas questões possuem maior ou menor intensidade, sempre evidenciando a própria incapacidade do Estado em tratar adequadamente determinados assuntos, em especial quando nos referimos à questão indígena.

Conforme já esboçado no decorrer do trabalho, os conflitos entre o sistema positivo vigente e as normas consuetudinárias indígenas são constantes em várias áreas do direito, principalmente no âmbito do Direito Penal. Trata-se que questões complexas que desafiam os juristas desde a época colonial, dando origem a grandes problemáticas que perduram até os dias de hoje, em especial sobre a imputabilidade penal do índio criminoso e o reconhecimento das normas consuetudinárias praticadas historicamente pelas comunidades, incluindo as suas sanções penais.

Outra situação bastante polêmica que evidencia o conflito diz respeito às formas punitivas estabelecidas pelas próprias comunidades indígenas. Isto porque, não raras vezes, o infrator indígena além de ser punido pelas normas internas da comunidade em que vive, também é punido pelo Direito Penal por meio da intervenção estatal e, portanto, ocasionando a ocorrência da aplicação do princípio tão rechaçado do *non bis in idem*.

4.1 INFANTICÍDIO INDÍGENA COMO PRÁTICA CULTURAL

O vocábulo infanticídio é proveniente do latim *infanticidium*, define-se como a prática de homicídio intencional de crianças recém-nascidas. A prática tem origem entre os babilônicos e os caldeus, iniciada aproximadamente 4.000 a

2.000 a. C., tendo sido amplamente utilizada na Grécia e na Roma Antiga (OBERMAN, 2002 apud SILVEIRA, 2011).

Segundo este autor, ainda que o infanticídio seja comum em diversas culturas e épocas, a prática não é considerada pacífica, apenas um ato aceito pela comunidade que o pratica, nunca algo desejado. A temática é um assunto amplamente debatido por vários autores, resulta, portanto, em várias posições. Há teóricos que não reconhecem a prática como cultural e sustentam que os recém-nascidos se encontram na mesma escala que um adulto, consideram desrespeito a vida humana. Em sentido contrário, há quem defenda que o neonato sequer possuiria racionalidade ou autoconsciência e, por isso, não careceria de proteção especial.

No Brasil, o infanticídio é considerado crime e encontra-se disposto no artigo 123 do Código Penal Brasileiro, caracteriza-se pela conduta da mãe que, sob a influência do estado puerperal – fenômeno orgânico provocado por alterações hormonais que ocorrem logo após o parto –, provoca a morte do filho durante o parto ou logo após.

No que concerne ao infanticídio cometido pelos povos indígenas no Brasil, é importante frisar que não há dados oficiais, visto que a prática ocorre de forma isolada e é realizada por poucas comunidades indígenas, como por exemplo, os povos Kamaiurás, os Suruwaha, os Yanomani, os Kaiabi, os Kambeba, os Kaingang, além de outros povos localizados por todas as regiões do país (COUTINHO, 2007). Segundo Silveira (2011, p. 134), os motivos que ensejam essa prática são diversos e se modificam de acordo com cada povo, porém, normalmente existem três critérios específicos afins que fundamentam o ato, quais sejam:

- 1) a impossibilidade de a mãe dedicar atenção ao filho recém-nascido;
- 2) a incapacidade de o bebê, em razão das suas condições físicas ou mentais, sobreviver naquele ambiente físico e sociocultural;
- 3) a preferência por um determinado sexo.

O primeiro critério se pauta em casos em que o recém-nascido se configura como um empecilho para a mãe, em especial quando a genitora não consegue dispensar os cuidados necessários à criança e, concomitantemente, cumprir com as demais obrigações sociais. Neste caso, é possível abordar como exemplo as gestações gemelares ou múltiplas, os filhos de mães solteiras ou viúvas

etc. O segundo, diz respeito às condições biológicas da criança relacionada à doença ou deficiência, que limitaria o seu desenvolvimento e, conseqüentemente, sua autonomia. Por último, esse critério normalmente ocorre quando a comunidade indígena possui preferência pelo sexo feminino ou masculino.

O nascimento de filhos múltiplos ou gemelares é a justificativa mais comum para a prática do infanticídio nas comunidades indígenas, visto que “o tema dos gêmeos fundadores da humanidade é difundido em diversos povos indígenas, onde a gemelaridade evoca uma duplicidade, uma repetição, uma igualdade, que só cabe aos mitos” (HOLANDA, 2008, p. 55). Neste caso, procura-se eliminar sempre o neonato mais fraco.

A respectiva prática cultural também ocorre em casos de gravidez seguida, quando a mãe já possui outro filho pequeno. Além disso, filhos de mulheres solteiras ou frutos de relações ilegítimas também são alvo do infanticídio, pois para que haja a “feitura da humanidade do neonato” necessita da atuação do pai e da mãe, por isso, se não há um pai legítimo, não haverá possibilidade de afirmar o seu pertencimento ou estabelecer com o bebê uma rede de relações (SILVEIRA, 2011). Neste sentido, a comunidade Kamaiurá também não admite que mulheres solteiras tenham filhos, sendo necessário eliminá-los.

O infanticídio indígena como forma de controle populacional ou planejamento familiar é bastante comum entre as comunidades indígenas, em especial para os Yanomami e os Kamaiurás. Estes grupos tentam a eliminação do neonato por meio do aborto, mas quando há falhas, providenciam a morte do bebê logo após o parto. Neste sentido, Pagliaro (2007, p. 45) afirma que o infanticídio é considerado um “aborto terminal e não um homicídio”.

No entanto, várias campanhas difamatórias com fundamentalismo religioso têm sido pregadas contra os povos indígenas, colocando-os como povos que, de forma cruel, sacrificam suas crianças. O objetivo principal é transmitir a imagem de que “os indígenas brasileiros praticam atos bárbaros, o que exigiria uma intervenção imediata nessas comunidades, tanto por parte do Estado, quanto por parte dos grupos evangélicos que promoveriam a sua salvação” (CURI, 2011, p. 157).

Em 2007, a revista intitulada de “*Quebrando o Silêncio – um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*”, aborda o infanticídio como uma prática perversa que seria justificada pelo apelo à diferença cultural e

violaria os direitos básicos das crianças indígenas. Nesta perspectiva, é válido ressaltar que, visando à erradicação do infanticídio indígena no Brasil, a temática em voga também já foi alvo de vários projetos de lei perante o Congresso Federal, buscando criminalizar condutas consideradas nocivas praticadas pelas comunidades tradicionais.

A prática do infanticídio indígena está baseada na diferença no tratamento da vida do recém-nascido pelas comunidades indígenas, principalmente por existir outra concepção do que seja humano e suas obrigações sociais. A decisão sobre a prática nem sempre pertence à mãe, mas à comunidade. Ou seja, renuncia-se a um direito individual para que o direito coletivo da comunidade seja garantido.

Para Segato (2014), a concepção de direito à vida em que se baseia o discurso para a não aceitação do infanticídio indígena preocupa-se apenas com o sujeito individual de direito, diferentemente da preocupação dos povos indígenas. Neste sentido, a autora defende que entre o direito individual e o coletivo, é necessário que se priorize o segundo, visando “salvar a comunidade onde ainda há comunidade, e salvar o povo onde ainda persista um povo, porque um direito fundamental de toda pessoa é ter povo, pertencer a uma coletividade” (SEGATO, 2014, p. 82).

Para que isso se torne uma realidade para os povos indígenas, é necessária a existência de um Estado capaz de restituir os meios jurídicos e materiais, a autonomia e as garantias de liberdade de cada coletividade, isto para que os seus povos possam se organizar de acordo com a sua cultura, bem como conforme as suas formas particulares de organização social. Dessa forma, o Estado passaria a abandonar o seu papel punitivo e interventor, concentrando-se em “promover a deliberação interna entre os membros da aldeia sem restrições e em proteger e vigiar para que essa deliberação interna pudesse ter lugar” (SEGATO, 2014, p. 20).

De acordo com o entendimento majoritário dos juristas e antropólogos que discutem o infanticídio ou qualquer outro conflito entre culturas, busca-se propor um diálogo intercultural para superar os mecanismos coercitivos e punitivos que desrespeitam a diversidade cultural dos povos indígenas, buscando a abertura de diálogo entre as culturas, visando o respeito à diversidade.

Silveira (2011) defende que para se iniciar o diálogo é necessário que se observem as seguintes regras procedimentais:

1) regra da alteridade, compreendida como a capacidade de colocar-se no lugar do outro, em um exercício de abandono do etnocentrismo; 2) regra da reciprocidade, que supõe a cooperação entre as culturas, na busca por acordos e compromissos; 3) regra da autonomia, que indica a liberdade de cada cultura para estabelecer as relações interculturais que desejar; e 4) regra da argumentação, pautada na observância das regras objetivas internas do discurso habermasiano, adaptados às relações interculturais.

Segundo Santos (2010), o diálogo intercultural depende de uma proposta multicultural de direitos humanos, com expansão pelas diversas culturas da concepção da dignidade humana. Diferentemente de muitos autores que defendem a universalidade ou o relativismo, a autora defende que a diversidade cultural é fundamental para construir um novo paradigma dos direitos humanos, que permita a mediação de formas jurídicas distintas daquelas previstas pelo direito exclusivamente estatal.

Dessa forma, o diálogo intercultural se apresenta como uma ferramenta de grande importância, porém precisa ser realizado a partir da análise de cada comunidade indígena, bem como de cada caso concreto, isto a fim de que os povos indígenas ainda praticantes do infanticídio possam enxergar outras visões de mundo e, conseqüentemente, que por meio do diálogo e da conscientização sejam os resultados alcançados.

O pluralismo jurídico que preconiza a viabilidade de cada povo construir uma dinâmica própria para definir os seus conceitos e decidir o seu caminho, considera que a deliberação conjunta é o que verdadeiramente constitui um povo e contribui, inclusive, para que este delibere e modifique os seus costumes, em especial no que diz respeito à prática do infanticídio indígena.

4.2 SISTEMAS JURÍDICOS PENAIIS INDÍGENAS

O Direito Penal, alicerçado em regras e princípios que integram um campo específico do ordenamento jurídico, é um meio de controle social formal, representa a espécie mais aguda de intervenção estatal. Este controle é voltado para a defesa de bens juridicamente tutelados, entre os quais se destacam a vida, a

liberdade, a propriedade, a integridade física, a honra, o patrimônio público etc, é exercido por instituições, sanções sociais e estratégias que objetivam manter os indivíduos nos limites estabelecidos pelo Estado.

Segundo o professor alemão Hassemer (2003, p. 11), o controle social designa um conjunto de três elementos que podem ser sinteticamente definidos como: “a) viver de acordo com as normas sociais; b) aplicar sanções aos desvios em relação a estas normas; c) respeitar, para tanto, determinadas normas procedimentais”.

Noutras palavras, o Direito Penal se consubstancia em um instrumento controlador e disciplinador da sociedade, que ocorre por meio da criação de infrações penais e a aplicação de sanções em casos de descumprimento dos preceitos estabelecidos pelo Código Penal. Villares (2013), em sua tese, aponta que o poder de controlar a vida e a liberdade dos cidadãos é finalidade do Direito Penal, apoiado na proteção da sociedade e na garantia da paz, sendo dirigido à opressão dos excluídos, marginalizados, desprovidos de poder.

A relação entre a norma penal e os povos indígenas sempre foi permeada por embates, visto que é neste âmbito que ocorrem, com maior frequência, conflitos que evidenciam o desrespeito às particularidades culturais dos povos indígenas e seus direitos próprios. Isto porque, em que pese a Constituinte reconhecer a forma de organização dos povos indígenas, bem como “a coexistência de ordenações sociojurídicas indígenas (suas normas, autoridades e procedimentos) com o ordenamento brasileiro” (VILLARES, 2013, p. 302), a criminalização indígena nunca encontrou nenhum obstáculo no Brasil.

Por isso, não obstante ao reconhecimento da diversidade cultural pela Constituição Federal de 1988, principalmente no tocante à autonomia para dirimir as condutas e conflitos internos das populações indígenas no próprio âmbito de suas comunidades, constantemente o posicionamento estatal é o de querer ferir a autonomia dos povos indígenas ao impor suas regras e sistema de valores próprio.

É necessário frisar que o próprio Estatuto do Índio em seu artigo 1º, parágrafo único, estabelece que aos índios e às suas comunidades se estende a proteção das leis do país, resguardado os seus usos, costumes e tradições. Corroborando com a disposição acima, a Convenção 169 da OIT preceitua que havendo compatibilidade com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos a que tradicionalmente recorrem os

povos indígenas para repressão dos delitos cometidos por seus membros devem ser respeitado.

Em seu artigo 9º, a Convenção supramencionada também preceitua que quando da aplicação do Direito Penal em casos de cometimento de crimes por indígena, seja por opção da comunidade ou pelo fato de o crime ter ocorrido externamente à sociedade, as autoridades e os tribunais deverão observar os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Nesse sentido, convém salientar que ninguém possui melhor condição de julgar o indígena do que a própria comunidade indígena em ocorreu o conflito, sendo que tolerar que o indígena continue a ser julgado segundo o direito oficial é tão injusto e inadequado quanto o contrário: permitir que os não-índios fossem julgados de acordo com o direito indígena.

Ademais, nos casos em que as condutas reprovadas pelo Estado também são reprovadas pelas sociedades indígenas, ainda assim a penalização pode ser diversa da pena, inclusive podendo ser mais severa ao ofensor, como por exemplo, o próprio banimento. A título de exemplo, podemos citar as normas culturais Kamaiurá, as quais disciplinam pouquíssimos atos como infrações, os casos condenáveis com penas são verdadeiras exceções dentro do cotidiano dessa sociedade (CURI, 2011).

Segundo Villares (2013, p. 304)

A aplicação irrestrita do Direito Penal aos povos indígenas não é uma resposta satisfatória, pois impossível de ser aplicada a todos (e criando um sentimento de injustiça e perseguição daquele que foi política ou aleatoriamente escolhido para ser reprimido), além de impor a uma comunidade uma medida que não servirá como prevenção de futuros “crimes” e de não retribuir adequadamente a contrariedade social da ação.

Por conseguinte, denota-se que o direito individual do indígena e o direito coletivo de um povo constantemente são desrespeitados, tendo em vista que, ainda que seja nítida a existência de formas próprias de resolução de ações e conflitos no interior das comunidades indígenas, o Estado opta por sobrepor sua punição aos sistemas jurídicos indígenas, até mesmo impedindo ao indígena que se organize conforme seus costumes e tradições, especialmente ignorando as particularidades do fenômeno do pluralismo jurídico e da multiculturalidade.

Outra problemática que ameaça a autonomia cultural indígena diz respeito à legitimidade das formas punitivas estabelecidas pelas comunidades indígenas, tendo em vista que caso o infrator indígena já tenha sido punido pelas normas internas de sua comunidade, o Estado não poderia aplicar as suas regras punitivas. Assim, com base na própria legislação penal brasileira, não é permitida a repetição de punição pelo mesmo delito, conforme princípio do *no bis in idem*.

O princípio acima elencado é um dos princípios fundamentais e norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, bem como do Direito Penal, objetivando a vedação a dupla incriminação ou princípio *no bis in idem*. Dessa forma, proíbe-se que uma pessoa seja processada, julgada e condenada mais de uma vez pela mesma conduta.

Dessa forma, com relação à legitimidade das formas punitivas estabelecidas pelas comunidades indígenas, verifica-se que para cada caso concreto os povos indígenas estabelecem formas punitivas baseadas em seus costumes e tradições, sendo estas diversas das estabelecidas pelas normas penais. Ou seja, em que pese o Estatuto do Índio e a Convenção 169 da OIT preveja a obrigatoriedade de se respeitar os sistemas jurídicos, as instituições, os costumes tradições dos povos indígenas, bem como a sua competência na resolução dos conflitos internos e aplicação de suas normas, o Direito Estatal busca de forma incessante não reconhecer a aplicação das normas e costumes de algum povo indígena em detrimento da aplicação do Direito Penal.

Assim, os indígenas são julgados com profundo preconceito e, não raras vezes, negam-lhes tratamento específico que leve em consideração as peculiaridades sobre o conhecimento da lei, os condicionamentos culturais ou o entendimento do caráter ilícito de sua conduta (CALDERÓN, 2011). Por conseguinte, impõe-se aos indígenas uma legislação, um julgamento e um sistema punitivo que exclui as formas de organização e os costumes indígenas.

As decisões judiciais que desconsideram os sistemas jurídicos próprios dos povos indígenas normalmente repousam na concepção de que a exceção do direito de punir estatal prevista no artigo 57 do Estatuto do Índio somente seria aplicável para os indígenas não integrados à comunhão nacional, sendo que, havendo provas de que os agentes convivem há muito com o homem branco e já incorporaram hábitos e costumes da civilização deste, a eles se aplicam as regras comuns de direito. Ou ainda, respaldam-se na integração do indígena à

sociedade nacional pela sua fluência na língua portuguesa.

Assim, acreditamos que a falta de entendimentos, políticas públicas ou decisões jurídicas prevendo o respeito aos sistemas jurídicos indígenas ocorre pela própria discrepância de duas formas de ordenação social, a primeira caracterizada pelas normas escritas e de caráter formal, e a outra regida pela tradição oral e, especialmente, pela flexibilidade (VILLARES, 2013).

Em casos envolvendo indígenas como réus em processos criminais, as decisões judiciais e as obras doutrinárias preferem muitas vezes atribuir a inimputabilidade do deficiente mental para buscar uma saída para a não-responsabilidade criminal. Neste sentido, os juristas atribuem ao indígena a analogia da incapacidade de entender o caráter ilícito do fato eventualmente praticado, equiparando-o a um sujeito com desenvolvimento mental incompleto. Portanto, independentemente do grau de socialização, o índio é imputável, imputabilidade que há de ser apreciada segundo a sua tradição e não conforme os valores estabelecidos pela legislação brasileira.

Contudo, em que pese muitos povos indígenas optarem por não estabelecer contato com a sociedade brasileira, visando muitas vezes resguardar as suas próprias tradições e impedir a intervenção estatal, eles sempre estiveram no desenvolvimento absoluto de suas faculdades mentais, inclusive tendo condições suficientes para entender o mundo que os cercam e, por fim, torna a hipótese de inimputabilidade profundamente equivocada. Por essa razão, ser detentor de valores diversos não produz um indivíduo incompleto de desenvolvimento, seus valores, seus costumes, suas regras, seus hábitos e crenças são apenas diversos daqueles praticados pelos não-índios (VILLARES, 2013).

Diante disso, Ardito (1997 apud VILLARES, 2013) salienta que esses conflitos residem na incompatibilidade cultural e deve-se refutar a suposição de que as condutas culturalmente diversas sejam consideradas erradas e, conseqüentemente, reprovadas pelo ordenamento jurídico. Seguindo esse posicionamento, uma ação praticada por indígenas e considerada reprovável pelo Direito Penal, “pode ser interiorizada na cultura indígena como ato obrigatório, um ato lícito, que reside na esfera da liberdade individual, ou mesmo um ato moralmente tolerado” (VILLARES, 2013, p. 309).

Outrossim, conciliando com o posicionamento acima, a própria Convenção 169 da OIT dispõe em seu artigo 10, afirma que quando sanções penais

sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos indígenas, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. Ou seja, em casos que envolvam indígenas como réus, as instituições criminais devem avaliar a plena consciência do caráter ilícito, as peculiaridades sobre o conhecimento do significado da lei e, principalmente, os condicionamentos culturais.

Ocorre que, o Brasil não prioriza a criação de uma política criminal que atenda aos povos indígenas, em especial, que seja verdadeiramente multicultural e pluralista. Por isso, torna-se cada vez mais relevante que haja a aplicação do disposto na Constituição Federal para que sejam, de forma rigorosa, respeitados a forma de organização social, os costumes, as línguas, as crenças, as tradições e os direitos territoriais da sociedade indígena.

Para Rezende (2009), ao analisar o tratamento conferido pelo sistema penal estatal, conclui que é necessário pensar em três pontos específicos para que sejam os sistemas organizacionais indígenas reconhecidos e possibilitados de coexistir com o Direito Penal, sendo eles: 1) reconhecimento da jurisdição e Direito Penal indígena; 2) existência de uma justiça especial para indígenas e; 3) imputabilidade ou inimputabilidade do indígena frente à sanção penal. Isto porque, com base na autonomia e autodeterminação conferida pela Constituinte, a convivência indígena é regulada por ordenações próprias que se sobressaem as sanções previstas pelo sistema jurídico eleito no Brasil.

Por isso, no avançar dessa sistemática, o reconhecimento da ordenação dos povos indígenas e suas formas de lidar com a organização e o conflito interno, a não aplicação da sanção penal prevista pelo Direito brasileiro é a solução que adota o pluralismo jurídico, tendo em vista que os valores sociais que recebem proteção pelo ordenamento jurídico não são os mesmos compartilhados pelas sociedades indígenas.

4.3 CASOS CONCRETOS QUE EVIDENCIAM O CONFLITO ENTRE O DIREITO ESTATAL E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

Apesar dos significativos avanços obtidos na esfera constitucional no que tange aos direitos indígenas, o Poder Judiciário brasileiro continua influenciado pela carga positivista e, por consequência, proferindo decisões desfavoráveis ao

Direito Consuetudinário indígena, fruto de uma visão ainda assimilacionista consolidada na resistência à aceitação de alteridades.

Contudo, em que pese a existência de decisões judiciais que reflitam o desrespeito à cultura indígena, em especial as suas formas de organização social, costumes e tradições, nos pautaremos em decisões favoráveis à causa indígena, objetivando demonstrar aqui a possibilidade de coexistência do Direito Positivo e do Direito Consuetudinário indígena em um mesmo ordenamento jurídico, seja por meio do reconhecimento do Pluralismo Jurídico seja pela simples observação dos preceitos constitucionais.

4.3.1 CASO TUXAUA BASÍLIO ALVES SALOMÃO

Em março de 1986, o Ministério Público de Roraima denunciou o índio Basílio Alves Salomão, integrante do povo Macuxi, por homicídio contra Valdenísio da Silva, também Macuxi. O crime teria ocorrido na aldeia em que ambos envolvidos viviam.

A respectiva denuncia originou a ação penal n.º 92.0001334- 1, de competência da Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Roraima – em fevereiro de 1992. Em outubro de 1994, ouvidos o réu e as testemunhas, o Ministério Público Federal solicitou laudo antropológico, visando melhor avaliar a conduta perpetrada por Basílio. O laudo buscava elucidar os seguintes questionamentos: 1) como o fato criminoso praticado por Basílio repercutiu perante aquela comunidade indígena, tendo em vista seus usos e costumes; 2) o grau de imputabilidade do referido índio Basílio e; 3) se houve alguma punição ou qual o sistema primitivo adotado pela comunidade, levando em conta, especialmente, ser ele um tuxaua⁵ (SOUZA, 2008).

O laudo foi confeccionado por Jorge Luiz de Paula, antropólogo da Fundação Nacional do Índio, oportunidade em que foi elencada a relevância de um sistema de liderança para manter a identidade grupal e defender o território. Isto porque, Basílio era considerado “o Segundo Tuxaua do pólo mais importante de uma

⁵ o Tuxaua, parte do sistema de lideranças Macuxi, é eleito em assembléia comunitária, há um para cada maloca, e sem prazo para a duração do mandato. Há ainda o Segundo Tuxaua, a quem cumprir substituir o Tuxaua principal em suas ausências, ou cumprir missões por ele designadas, deve ajustar contas dos atos praticados.

das regiões do pólo Macuxi, o que abalou a comunidade e levou-a a rediscutir suas práticas de controle social” (SOUZA, 2008, p. 5).

O parecer técnico também trouxe à tona a informação de que Basílio já havia sido julgado por sua própria comunidade, aplicando-se ao índio a pena mais severa: o banimento do grupo social. Essa penalidade consistia especificamente na proibição da companhia de seus familiares e de iniciativa própria, devendo estar sujeito às ordens de outros líderes, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo.

No que diz respeito ao grau de imputabilidade questionado pelo Ministério Público, o perito declarou que:

Por ser um conceito jurídico, não estava tecnicamente habilitado para responder ao quesito; porém, alertou que a análise da imputabilidade não se poderia basear num suposto “grau de aculturação”, uma vez que este se baseia em um pressuposto etnocêntrico, isto é, de que existiriam determinados “estágios civilizatórios” e de que a sociedade “ocidental” seria o ápice deste processo de evolução; assim, o “estágio civilizatório” seria determinado pela existência ou não de certos traços culturais específicos da sociedade “ocidental”, revelando o etnocentrismo da sociedade envolvente, que toma a si própria como parâmetro de comparação. (RUFFEIL, 2009, p. 5)

Por fim, com relação à punição aplicada ao índio Basílio, o especialista destacou que, diante da vigência de um sistema penal próprio da comunidade, foi aplicada uma punição “cujo significado não se prendeu exclusivamente à reparação do crime, mas serviu também como referencial da autonomia e da ordenação das práticas sociais do grupo” (RUFFEIL, 2009, p. 5).

Conquanto, em que pese Basílio à época estar cumprindo a sanção imposta pela comunidade a que pertencia, o representante do Ministério Público manifestou-se pela sua pronúncia, sob a alegação de que o laudo técnico apresentado não cumprira a finalidade que se destinava, a respectiva tese foi aceita pelo juízo processante.

Depois de transcorridos mais de 14 (quatorze) anos do crime, Basílio foi submetido a Júri Popular. Na sessão do júri ocorrida em maio de 2000, os jurados que formavam o Conselho de Sentença, de forma unânime, votaram “sim” aos quesitos formados pelo juiz sobre a autoria e a materialidade do crime, julgando Basílio culpado pela morte de Valdenísio. Contudo, de forma consensual, os jurados consideraram que a penalidade aplicada segundo os costumes da comunidade

indígena a que pertencia era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado perante a Justiça Federal. Dessa forma, o juiz proferiu sentença absolutória em favor de Basílio, sob o fundamento da incidência de causa supra legal de exclusão de culpabilidade.

4.3.2 CASO MOISÉS DA SILVA NASCIMENTO E JÚNIOR DA SILVA

Em 23 de junho de 2010, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em contra Moisés da Silva Nascimento e Júnior da Silva, pela prática do crime furto, sob a alegação de que, no dia 11 de agosto de 2009, por volta de 02h30min, na localidade do Contão, região do Sumurú, Município de Pacaraima, os acusados tentaram subtrair materiais médicos do Posto da Fundação Nacional de Saúde - FUNASA.

A denúncia foi recebida pelo Juízo em 21 de julho de 2010, originando a Ação Penal n.º 0005735-10.2010.4.01.4200 perante a Justiça Federal de Roraima.

Ao ser interrogado, o indígena Júnior da Silva informou que os fatos narrados na denúncia eram verdadeiros, mas que o seu intuito era pegar somente o álcool na FUNASA para misturar com água e açúcar para beber. Além disso, relatou que Moisés quem teria pegado a bolsa, mas a soltaram e foram embora depois de serem surpreendidos. Após o episódio, os representantes da FUNASA teriam procurado o Tuxaua da Comunidade do Contão, Nicodemos Andrade Ramos, o qual estabeleceu como punição a Júnior e Moisés, a realização de limpeza mediante "capinagem" da área do posto de saúde da FUNASA onde ocorreu o delito, dentro do território indígena.

No interrogatório de Moisés, este ratificou as alegações feitas por Júnior, aduzindo que a bebida alcoólica que estavam tomando teria acabado e, por isso, foram até a FUNASA procurar por álcool, objetivando misturá-lo com água para bebê-lo. Com relação à bolsa furtada, Moisés alegou que ao perceber que dentro não havia nenhum recipiente com álcool, deixaram-na no local.

Nestes termos, o representante do Ministério Público ao redigir as alegações finais do respectivo processo criminal, manifestou que o caso em tela apresentava a nítida hipótese para aplicação do reconhecimento estatal da autonomia da esfera de juridicidade dos indígenas, na medida em que, para evitar o

no bis in idem, deveria ser conferido eficácia à punição estabelecida pelo então Tuxaua da Comunidade do Contão.

De forma brilhante, o *Parquet* fundamentou que a Convenção n.º 169 previa o reconhecimento dos métodos indígenas tradicionais para repressão de delitos cometidos por indígenas, além de que o reconhecimento estatal do método tradicional para repressão de delitos representaria a efetiva concretização do artigo 231 da Constituição da República. Ou melhor, para o representante ministerial, reconhecer a coexistência do direito penal indígena encontraria respaldo no pluralismo da própria Constituição da República de 1988 e na legislação internacional (Convenção 169/OIT), devendo as sanções aplicadas para repressão do delito cometido por índios ser imperioso ao Poder Judiciário. E, por fim, como resultado viável no presente caso, requereu a absolvição dos réus.

À vista disso, o juiz titular do juízo processante, Helder Girão Barreto, acolheu na íntegra a manifestação do Ministério Público Federal, absolvendo Moisés da Silva Nascimento e Júnior da Silva das imputações a eles atribuídas.

4.3.3 CASO DENILSON TRINDADE DOUGLAS

Em 20 de junho de 2009 na comunidade indígena do Manoá, terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, município de Bonfim-RR, o indígena Denilson Trindade Douglas após ingerir bebida alcoólica desferiu facadas em seu irmão Alanderson, também indígena, ocasionando-lhe a morte.

Com base nisso, o Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra o réu Denilson, acusando-lhe de incorrer nas penas do artigo 121, §2º, inciso II, do Código Penal. A denúncia informa que:

“...no dia 20/06/2009, por volta das dezenove horas, a vítima juntamente com sua esposa e filha estavam na sua própria casa quando chegou o denunciado, dizendo que queria conversar com a vítima, que a vítima pediu que o denunciado entrasse mas este não quis, chamando-o para conversar fora de casa. Ato contínuo, a esposa da vítima se afastou dos dois, retornando logo após e percebeu que o denunciado corria, já fora de casa, com uma faca na mão, momento no qual viu a vítima segurando-se na parede ao mesmo tempo em que falava que seu irmão havia lhe furado...” (BRASIL, 2013)

Em 26 de junho de 2009, depois de ocorrido o crime, reuniram-se os Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá para deliberar eventual punição ao indígena Denilson. Dessa forma, depois de realizada a oitiva do acusado e de seus pais, bem como de outras pessoas, concluíram pela imposição de várias sanções, determinando, em especial, pela construção de uma casa para a esposa a vítima, a proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos tuxauas.

Em 6 de abril de 2013 reuniram-se novamente as lideranças indígenas, Tuxauas de várias comunidades, entre elas: Anauá, Manoá, Wai Wai, também estiveram presentes alguns servidores da FUNAI, cuja participação se restringiria em prestar orientações no decorrer do procedimento, tendo em vista que a decisão deveria proceder apenas das lideranças indígenas presentes.

Neste sentido, posteriormente a oitiva das autoridades indígenas, foram impostas as seguintes penalidades a Denilson:

1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
3. Participar de trabalho comunitário;
4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvido pela comunidade;
5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;
6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai.
9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão. (BRASIL, 2013)

Neste íterim, o Ministério Público ofereceu denúncia em fevereiro de 2012, sendo a respectiva exordial recebida pelo juízo processante em março do mesmo ano. Baseada nas sanções aplicadas ao réu pela liderança indígena, a defesa alegou a existência do *no bis in idem*, bem como se manifestou pela declaração de incompetência em razão da matéria, haja vista o anterior julgamento do fato pela comunidade indígena a que pertence o acusado.

Ao proferir a sentença, o juiz de direito Aluisio Ferreira Vieira rechaçou os argumentos levantados pela defesa. Para ele, o deslinde do imbróglio

repousaria na própria ausência *in casu* ao direito de punir estatal, haja vista a previsão legal que descreve o respeito aos usos e costumes indígenas, bem como de suas leis internas e, por consequência, a autonomia tribal, conforme disposto no artigo 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) e no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Para tanto, o magistrado baseou a sua decisão em duas premissas:

- a) Nos casos em que autor e vítima são índios; fato ocorre em terra indígena, e não há julgamento do fato pela comunidade indígena, **o Estado deterá o direito de punir e atuará apenas de forma subsidiária**. Logo, serão aplicáveis todas as regras penais e processuais penais.
- b) Nos casos em que autor e vítima são índios; o fato ocorre em terra indígena, e **há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado não terá o direito de punir**. Assim, torna-se evidente a impossibilidade de se aplicar regras estatais procedimentais a fatos tais que não podem ser julgados pelo Estado. (BRASIL, 2013).

Além disso, de modo competente, o juiz ressaltou que:

(...) muito maior que o reconhecimento do direito de punir seus pares, as comunidades indígenas sentirão muito mais fortalecidas em seus usos e costumes, fator de integração e preservação de sua cultura, haja vista que o Estado estará sinalizando o respeito ao seu modo de viver e lhe dar com as tensões da vida dentro da comunidade. Há quem pense e diga que haja o temor da repercussão social da fragilização do Estado ou o potencial recrudescimento da violência dentro das comunidades indígenas. Digo o inverso, o Estado não estará fragilizado, pois caso as comunidades indígenas não julguem seus pares, mantém-se o Direito de Punir Estatal, de forma subsidiária. (BRASIL, 2013)

Por consequência, em face do julgamento do fato ocorrido pela comunidade indígena, o julgador não apreciou a denúncia em desfavor do indígena Denilson Trindade Douglas com o propósito de declarar a ausência do Direito de Punir do Estado, decisão esta rigorosamente amparada nas disposições legais previstas no artigo 57 da Lei nº 6.001/73 e artigo 231 da Constituição da República.

4.3.4 CASO VALMIR CLAUDINO POPÓ e MATILDE CAXIAS POPÓ

De acordo com a exordial acusatória, em 30 de janeiro de 2001, Michelli Caxias Claudino, filha de Valmir Claudino Popó e Matilde Caxias Popó, deu a luz a uma criança do sexo masculino, a qual nasceu, por volta das 11h40min, no Hospital Miguel Couto, em Ibirama/SC.

Após o nascimento da criança, os acusados a teriam registrado como filho de ambos, incorrendo, portanto, na conduta descrita no artigo 242 do Código Penal, que prevê como crime a conduta em “registrar como seu o filho de outrem” (BRASIL, 1940).

Durante a instrução probatória, foram inquiridas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público, bem como as solicitadas pela defesa. Ocorre que, no deslinde do procedimento, verificou-se que a conduta supostamente perpetrada pelos indígenas Valmir e Matilde se tratava de um costume indígena, no qual as mulheres que engravidam jovens e não possuíssem marido não poderiam registrar seus filhos, devendo entregá-los aos avós que registravam os netos como sendo seus filhos.

Dessa forma, em sede de alegações finais, o representante ministerial depois de analisar as provas carreadas aos autos, pugnou pela absolvição dos réus, uma vez que o evento teria ocorrido fundado em costumes indígenas. Assim, sob a mesma alegação, a defesa requereu o reconhecimento do disposto no artigo 6º do Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73) e, conseqüentemente, a absolvição dos acusados.

Ao proferir a sentença, o magistrado alegou ser a autoria do delito incontestado, porém, em que pese os acusados Matilde e Valmir admitirem a prática do ato ilícito, a conduta estaria fundada em costumes indígenas. Neste sentido, alegou que:

Tem razão a defesa, quando lembra da tutela dos interesses dos indígenas, através do Estatuto do Índio (Lei federal nº 6.001/73), que em seu art. 6º, prevê que devem ser respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, além de tal situação estar garantida em nossa Magna Carta, que reconhece a organização social, os costumes, a linguagem, as crenças e as tradições dos silvícolas (art. 231). Tenho que o Direito Penal deve ser utilizado como ultima ratio e em conformidade com os vetores, dentre outros, da adequação social (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO in *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 5 edição, página 131), da materialidade da conduta (AMILTON BUENO DE CARVALHO e SALO DE CARVALHO in *Aplicação da Pena e Garantismo*, 3 edição, Lumen Juris, páginas 28 a 29) e da lesividade a bem jurídico-penal (LUIZ RÉGIS PRADO in *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, Revista dos Tribunais, 2 edição, 1997). A utilização do tipo penal previsto no artigo 242 do Código Penal para conduta de indígena, que está conforme os costumes de seu povo, considerando a realidade econômica e social brasileira, numa interpretação sistemática do Direito (JUAREZ FREITAS in *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4 edição, Malheiros, 2004) contraria, em síntese, o objetivo do Direito Penal de preservação do homem em sociedade (sendo que a proteção não deve desproteger) e viola a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do

Estado Democrático do Direito (inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2005)

Nas disposições finais, o julgador asseverou ser atípica a conduta praticada pelos indígenas Matilde Caxias Popó e Valmir Claudino Popó, visto que os acusados teriam agido amparados por costumes e tradições indígenas, situação esta que culminou na absolvição da prática do delito descrito no artigo 242 do Código Penal.

4.3.5 CASO OLÍVIO GUILHERME E JOSÉ EKOR BONIFÁCIO

O Ministério Público Estadual de Londrina/PR denunciou Olívio Guilherme e José Ekor Bonifácio pela prática dos crimes previstos no artigo. 121, §2º, I, c/c o art. 29, ambos do Código Penal. Os acusados seriam responsáveis pela morte de João Dirceu Krigtánh Ribeiro, também indígena.

O processo tramitou pela Justiça Estadual, porém, o Ministério Público Federal, objetivando auxiliar na resolução do imbróglio, emitiu parecer ministerial. Este visava esclarecer o teor do artigo 231 da Constituição Federal, bem como o direito ao reconhecimento que a previsão constitucional assegurava.

O representante do Ministério Público Federal, João Akira Omoto, sustentou a necessidade de laudo pericial antropológico no caso em voga, tendo em vista a sua necessidade em processos envolvendo indígenas. O *Parquet* amparado em disposições constitucionais e infraconstitucionais, também salientou sobre a importância de serem observados os costumes e o Direito Consuetudinário daquela comunidade indígena.

Estas alegações foram importantes para embasar a declaração prestada pelo Cacique da Reserva Indígena do Apucarantina, Moisés Lourenço, em depoimento perante a Polícia Federal, onde afirma que “(...) gostaria de destacar que a lei dos índios diz que, se o índio matar o próprio parente e a polícia o prender, o Cacique quiser tirar o índio de dentro da cadeia do branco, pode fazê-lo e prendê-lo dentro da reserva indígena” (SANTOS, 2004, p. 21).

Segundo o parecer, a Comunidade Indígena do Apucarantina possuía uma espécie de ordenamento jurídico próprio, estando amparada pelas expressões da “organização social” e “costumes”, ambas protegidas pelo art. 231 da

Constituição Federal e pela Convenção n.º 169 da OIT. O Ministério Público Federal conclui que:

(...) tendo em vista o contido no art. 231, caput, da Constituição Federal de 1988, bem como o constante dos arts. 8º a 10, da Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, entende o Ministério Público Federal que os acusados Olívio Guilherme e José Ekor Bonifácio devem ser transferidos para a Cadeia da Reserva Indígena do Apucarantina, devendo a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) comprometer-se a apresentar os acusados em juízo sempre que para tanto forem intimados. Esse, portanto, o tratamento que entendemos deva ser dado no presente caso. (SANTOS, 2004, p. 22)

Em setembro de 2003, com base no parecer Ministerial Federal, o Ministério Público Estadual requereu a confecção do laudo pericial antropológico, bem como a transferência dos indígenas para a cadeia existente no interior da reserva onde habitam, tendo sido o requerimento prontamente deferido pelo juiz responsável pelo caso.

4.4. ANÁLISE JURÍDICA DOS CASOS CONCRETOS

Antes de tecer qualquer comentário acerca dos casos concretos trazidos neste capítulo, convém salientar que, ainda que se trate de decisões judiciais pontuais, são de extrema importância, tornando-se, inclusive, fortes precedentes para o reconhecimento do Direito Consuetudinário indígena. No entanto, lamentavelmente ainda não são capazes de esboçar uma consciência jurídica, apenas a aplicação das disposições constitucionais com fundamentações ainda com carga positivista e assimilacionista.

Desse modo, em que pese os casos apresentarem a concretização constitucional numa perspectiva plural, multicultural e de reconhecimento, o positivismo jurídico, por meio do Poder Judiciário, continua a ser o principal ditador das regras. Isto porque acreditamos que situações que envolvam a temática sequer deveriam perpassar pela apreciação das instituições jurídicas, uma vez que as conquistas realizadas no âmbito legislativo devem ter aplicação direta, dispensando, inclusive, a própria intervenção estatal.

Ademais, é imperioso sublinhar que o arcabouço legislativo nem sempre se encontra em consonância no âmbito do Poder Judiciário, o que por si só

torna-se o grande precursor de entendimentos discricionários, desfavoráveis e, sobretudo, discriminatórios no que diz respeito às causas indígenas e aos direitos indígenas assegurados pela Constituição Federal de 1988 e pelas demais legislações infraconstitucionais.

Com efeito, apesar da promulgação da Carta Magna de 1988, em pouquíssimos casos a prática judicial tem acompanhado o “espírito” da Constituinte ou, mais recentemente, da Convenção 169 da OIT. Segundo Feijó (2014), inúmeras decisões judiciais envolvendo direitos indígenas nas quais o texto constitucional e convencional, muitas vezes, sequer são mencionados.

Contudo, ainda que subsistam inúmeras decisões desfavoráveis acerca dos direitos indígenas, o Poder Judiciário brasileiro não tem sido composto apenas de exemplos não-concretistas. De outro modo, alguns juristas tornaram um dos seus maiores objetivos o respeito e a concretização da Constituição Federal e da Convenção, permitindo, assim, a realização da promessa constitucional.

Por conseguinte, os casos elencados nos itens 4.3.1 ao 4.3.5 são facilmente capazes de permitir um olhar diferenciado a respeito dos conflitos no atendimento à aplicação da letra fria da lei, nos possibilitando vislumbrar em um futuro próximo, um Judiciário que não trabalhe somente para fundamentar um anarquismo jurídico, mas que possa superar a hostilidade entre as normas consuetudinárias e a legislação nacional.

O “Caso Basílio” (descrito no item 4.3.1), como ficou amplamente conhecido, é claramente um evento de grande relevância e sinalização de respeito à Carta Constitucional, em especial para o reconhecimento dos sistemas jurídicos dos povos indígenas fundados em seus usos e costumes. Ocorre que, por meio de uma análise mais minuciosa do imbróglio, denota-se que o processo criminal teve o seu deslinde no repleto fundamentalismo, que consistia a todo o momento em insistir no grau de aculturação, de integração ou de civilização do acusado, além de desconsiderar o fato de Basílio, à época, estar cumprindo a pena imposta pela comunidade a que pertencia. Esse discurso era emitido tanto pelo Ministério Público quanto pelo juiz, os quais buscam incessantemente fixar a competência do Juízo para processar e punir o acusado.

Nesse aspecto, importante ressaltar que os termos “aculturação” e “integração”, normalmente atribuídos a acusados indígenas pelas instituições judiciárias, são terminologias consideradas preconceituosas, visto que prejudicam a

integridade e identidade das culturas indígenas. Na realidade, trata-se de uma alegação bastante recorrente no âmbito do judiciário brasileiro, tornando-se a prática mais comum em nossos tribunais.

A absolvição de Basílio perante o Júri Popular, sob o esteio da suficiência e validade da penalidade aplicada segundo os costumes da comunidade indígena a que pertencia, prática pouco comum perante o Poder Judiciário, tornou este caso um precedente e singular na prática jurídica brasileira.

Nos casos envolvendo os indígenas Moisés da Silva Nascimento e Júnior da Silva (descrito item 4.3.2) e Denilson Trindade Douglas (descrito no item 4.3.3), as decisões judiciais revelam a observância do artigo 57, do Estatuto do Índio e no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Os julgadores responsáveis pelos processos judiciais, fiéis ao texto constitucional e à legislação infraconstitucional, discorrem sobre a subsidiariedade do *Jus Puniendi* Estatal nos casos em que envolvem infratores indígenas, em especial quando há notícias sobre o julgamento do fato pela comunidade indígena. Assim, de maneira similar ao caso de Basílio, restou assegurada a aplicação do Direito Consuetudinário indígena dos povos indígenas envolvidos, bem como evidenciada a impossibilidade do Estado em aplicar as suas regras estatais.

No caso de Valmir Claudino Popó e Matilde Caxias Popó (item 4.3.4) vislumbra-se a exímia fidelidade do julgador em reconhecer as tradições e costumes da comunidade indígena envolvida. Por isso, com relação à trama disposta no item 4.3.4, denota-se que a conduta foi estritamente motivada por uma tradição da comunidade indígena onde vivem Valmir Claudino Popó e Matilde Caxias Popó, porém criminalizada pelo Direito Penal. Desse modo, com base no artigo 6º do Estatuto do Índio, onde se prevê o respeito aos usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, foi descaracterizada a ocorrência do crime descrito no artigo 242 do Código Penal, ensejando na absolvição dos acusados.

De forma semelhante, ocorreu o caso descrito no item 4.3.5, no qual Olívio Guilherme e José Ekor Bonifácio teriam sido indiciados pela morte de outro indígena e estariam em cárcere público. O processo criminal tramitou perante a Justiça Estadual, porém foi somente com a intervenção do Ministério Público Federal que se esclareceram algumas questões. João Akira Omoto, procurador federal, requereu a observância das normas consuetudinárias no que se referia ao local de

aprisionamento dos acusados, tendo em vista que aquela comunidade previa o encarceramento de seus membros em reserva indígena. Por consequência, em respeito aos costumes e tradições indígenas, determinou-se a transferência dos réus para a Reserva Indígena do Apucarantina.

Um fator crucial nos casos abordados é a importância do laudo pericial antropológico nos casos de judicialização de condutas que envolvam os povos indígenas, isto porque esse instrumento se revelou suficientemente capaz de levar à juízo importantes considerações até então desconhecidas pelo julgador, sobretudo pelo Poder Judiciário, especialmente por possibilitar a compreensão narrativa da vida e das tradições de determinada comunidade indígena.

Com base nas decisões judiciais supracitadas, verifica-se que é perfeitamente possível uma leitura pluralista e multicultural da Constituição Federal de 1988. Inclusive, para possibilitar um processo de consciência jurídica a respeito do efetivo reconhecimento da cultura dos povos indígenas e suas formas próprias de regerem suas relações sociais.

Desse modo, acreditamos que a concepção ocidentalizada da supremacia do direito estatal sobre os direitos indígenas deve ser amplamente questionada e repensada, essencialmente para que a visão estereotipada do índio seja superada. Assim, consideramos que esta ponderação seria bastante significativa para que as previsões prescritas pela Constituinte e pelas demais legislações infraconstitucionais sejam efetivamente respeitadas e aplicadas. Noutros termos, dar validade a aplicação das normas consuetudinárias indígenas permitiria a efetiva garantia constitucional e, desse modo, impossibilitaria que o Poder Judiciário pudesse interpretar de forma contrária ao texto constitucional.

Nesse viés, exige-se das instituições jurídicas um novo papel, baseado no descarte das noções e dos comportamentos preconceituosos da prática jurídica e dos tribunais, isto com a finalidade de que as garantias expressas na legislação e os direitos que emergem dos costumes e tradições dos povos indígenas sejam efetivamente concretizados. Por consequência, proporcionar a esses povos o direito de manterem suas tradições culturais significa necessariamente dar vida à jurisdição indígena, que se manifesta de forma paralela à estatal, além de ser o caminho imprescindível para a sobrevivência da diversidade cultural em território brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política de extermínio e integracionista perdurou por anos no Brasil, onde os povos nativos receberam um tratamento pautado no preconceito e na perspectiva de integração à cultura nacional. Nesse sentido, Marés de Souza (2001) avalia que nem toda legislação indigenista da história teria sido permeada pelo desrespeito, mas que muitas se deram porque seus atores jurídicos realmente acreditavam que viver em civilização era o melhor para esses povos, carregando consigo o emblema da tutela.

Assim, o paradigma integracionista somente foi rompido a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que se reconheceram a pluriétnicidade, à autonomia e as formas de organização destes povos. De forma inédita, a nova legislação apresentava uma ruptura a velhas normas e práticas, passando a assegurar aos índios a garantia de manterem a sua alteridade cultural, garantindo-lhes a liberdade de viver segundo seus usos e costumes.

Com o intuito de ampliar os direitos e a proteção dos povos indígenas existentes e expressos na respectiva Carta Magna, por meio do Decreto n.º 5.051, ratificou-se a Convenção n.º 169 da OIT. Atualmente, este instrumento é considerado o mais atualizado e abrangente em respeito às condições de vida e trabalho dos indígenas.

É evidente, desse modo, que os povos indígenas possuem ordenações próprias que regem a sua organização social, as quais se pautam em normas consuetudinárias. Contudo, diante da predominância da ideologia legalista no Brasil, acredita-se que os povos indígenas não possuem capacidade de criação e aplicação de seus sistemas jurídicos próprios, fortalecendo, portanto, a concepção de que somente o Estado possuiria legitimidade para tanto. Ou seja, em que pese os direitos indígenas estarem plenamente garantidos na legislação, a prática indigenista ainda é muito aquém das promessas dispostas pela Constituinte.

Dessa forma, o Estado sob a égide de um positivismo estritamente marcado pela homogeneização e centralização político-jurídico, desconsidera as particularidades étnicas e a diversidade cultural dos povos indígenas, o que resulta na aplicação das normas jurídicas de um ponto de vista étnico-dominante. Sendo

assim, a problemática trazida à baila está circunscrita ao conflito entre a autodeterminação jurídica dos povos indígenas no território de um país pautado juridicamente pelo Direito Positivo.

No campo jurídico, à luz da Constituição Federal de 1988 e da Convenção n.º 169 da OIT, figura-se plenamente possível o reconhecimento às normas consuetudinárias indígenas, isto a fim de viabilizar a própria concretização constitucional. Ou seja, independente de qualquer restrição, a legislação é nítida ao assegurar aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Sob essa ótica, a previsão constitucional confere a autonomia e a legitimidade desses povos em produzir suas normas, bem como em aplicá-las no interior de suas comunidades, ainda que esse processo não corresponda às normas previstas pelo atual sistema jurídico brasileiro.

Atualmente, a prática jurídica brasileira ainda é permeada pela resistência dos órgãos do Poder Judiciário em reconhecer as ordens jurídicas dos povos indígenas, as quais se apresentam paralelamente ao direito dogmático e positivista. Por isso, objetivando a ruptura dessa política ainda tutelar e intervencionista do Estado, bem como visando o respeito à diversidade cultural e o fortalecimento das instituições próprias dos povos indígenas, propõe-se que haja uma leitura multicultural e pluralista dos direitos indígenas a fim de instituir limites à intervenção estatal.

A perspectiva pluralista surge diante da necessidade de um repensar do próprio direito, é apresentada como um importantíssimo referencial para possibilitar uma convivência harmoniosa entre o positivismo e as normas consuetudinárias indígenas. Para tanto, se exige uma interpretação ousada, em especial da legislação constitucional, que deve ser vista além do convencional.

Nessa perspectiva, o Estado deve assumir um papel não de tutor, mas de colaborador, empreendendo esforços perante os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para que o reconhecimento da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições, deixe de ser apenas uma previsão constitucional e adquira validade e eficácia na vida cotidiana das comunidades indígenas.

Acreditamos que os direitos dos povos indígenas devem ser analisados além de concepções ocidentais e não-concretistas, onde a promessa constitucional deve servir de bússola para os intérpretes que estão à frente dos três

poderes, sobretudo do Poder Judiciário. Nestes termos, a plena garantia da pluralidade jurídica ocorre por meio da desmistificação da existência de uma sociedade una e correspondente a um único ordenamento jurídico estatal e, por isso, possibilite que outras formas e expressões possam existir, assim como ocorre no interior das comunidades indígenas, que por meios de normas consuetudinárias regulam a sociedade em que vivem.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian Do Lago. Multiculturalismo e o Direito à Autodeterminação Dos Povos Indígenas. 2003. Dissertação. Mestre em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. Diversidade cultural e o direito à autodeterminação dos povos indígenas. Revista Jurídica da Presidência, 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/54>. Acesso em: 30 de set. 2016.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal Federal e os Direitos dos Povos Indígenas) – Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica / Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet (coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima. Direito moderno e mudança social. Ensaios de Sociologia Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. Direito Alternativo e Contingência Histórica (esboço para uma crítica). Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho n. 25. Curitiba: ed. UniBrasil, 2006.

BARBERO, Estela; STORI, Norberto. “Artes indígenas”: diversidade e relações com a história da arte brasileira. 19º Encontro da Associação Nacional de Pesquisadores em Artes Plásticas “Entre Territórios” – 20 a 25/09/2010 – Cachoeira – Bahia – Brasil. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/2010/Arte/artigos/arte_indig.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOSI, Alfredo. Reflexões sobre a arte. 7. ed. São Paulo: Editora Ática, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Estatuto do Índio. Diário Oficial da União, 21 de dezembro de 1973.

CAETANO, Gerardo. Desenvolvimento e Política. Revista Observatório Itaú Cultural, n. 2. São Paulo: Itaú Cultural, 2007. Disponível em: http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000566.pdf. Acesso em: 01 jun. 2016.

CALDERÓN, J. Federico Campos. Los derechos indígenas y su situación frente al derecho penal: el caso del error culturalmente condicionado. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Ano 13. N. 19. Costa Rica, Agosto. 2013.

CAMPOS, Eduardo. Direito Consuetudinário, disputas familiares e vingança no sertão brasileiro do início do século XX: “abril despedaçado” à luz do conceito de modernidade. IV Colóquio de História: Abordagens Interdisciplinares sobre a História da Sexualidade de 16 a 19 de novembro – UNICAP, 2010. Disponível em: <http://www.unicap.br/coloiodehistoria/wp-content/uploads/2013/11/4Col-p.192.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CANEDO, D. Cultura é o quê? Reflexões sobre o Conceito de Cultura e a Atuação dos Poderes Públicos. V ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, 2009. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/enecult2009/19353.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2016.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Direito, moral e ética fiscal – Filosofia e Constituição – estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CHAUÍ, Marilena. Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Torno IX. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. Primeiras lições do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTINHO, Leonardo. Crimes na floresta: muitas tribos brasileiras ainda matam crianças e a Funai nada faz para impedir o infanticídio. VEJA, São Paulo, n. 2021, 2007. Disponível em: http://veja.abril.com.br/150807/p_104.shtml. Acesso em 15 fev. 2017.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Cultura com aspas e outros ensaios. 2ª Edição. São Paulo: Cosac Naify, 2014.

CURI, Melissa Volpato. Antropologia Jurídica: um estudo do direito Kamaiurá. 2011. Tese. Doutorado em Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Teoria Geral do Estado e Ciência Política. São Paulo: RT. 2007.

EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle. Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988. Rio de Janeiro, 2004. Dissertação (Mestrado em História Social). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2004.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva. A questão do petróleo em Terras Indígenas: uma análise constitucional à luz do desenvolvimento sustentável. 2012. Dissertação. Mestrado em Direito Constitucional. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2012.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 de jul. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. Atlas. 2ed. São Paulo. 2007

FELISMINO, Lia Cordeiro. Pluralismo Jurídico: Um Diálogo Entre Os Pensamentos Emancipatórios De Boaventura De Sousa Santos E Antônio Carlos Wolkmer, 2010. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3508.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

GARZÓN, Biviany Rojas. Os Direitos Constitucionais dos Povos Indígenas no Judiciário. Entre o direito falado e direito escrito. Uma perspectiva comparada do Brasil e da Colômbia. 2008. Dissertação. Mestrado em Ciências Sociais. Universidade de Brasília, 2008.

GIJÓN, Antonio. El patrimonio cultural como factor de desarrollo: estudios multidisciplinares. 1 ed. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

GRIBOGGI, Angela Maria. Pluralismo jurídico: uma realidade da sociedade e do direito do séc. XXI. 2009. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-Modernidade. 10a edição. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2004.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, ano III, n. 18, 2003, p. 144-157. Disponível em:
<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2003;1000651499>>Características e crises do moderno direito penal>. Acesso em: 15 dez. 2016.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena: UNB, 2008. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília,

Brasília, 2008.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o “positivismo” redescobertos. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, v. 17, n. 34, out. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/%20scielo.php?pid=S0104-%20-44782009000300021&script=sci_arttext&lng=in . Acesso em: 30 jun. 2016.

LAROQUE, Luís Fernando da Silva; SILVA, Juciane Beatriz Sehn da. Ambiente e cultura Kaingang: saúde e educação na pauta das lutas e conquistas dos Kaingang de uma terra indígena. Educ. rev., Belo Horizonte , v. 29, n. 2, p. 253-275, June 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982013000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2016.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas: aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

LUCIANO, Gersem dos Santos. O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Coleção Educação para Todos. Série Vias dos Saberes n. 1. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu, 2006.

MACHADO, Almiros Martins. Direito Indígena conquista dos povos indígenas. Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas – Desafios para uma educação superior no Brasil. Realização: UFPA. Belém, 2007. Disponível em http://www3.ufpa.br/juridico/documentos/DIREITO_INDIGENA_CONQUISTA_DOS_POVOS_INDIGENAS_-_Almiros_Martins_Machado.pdf. Acesso em: 17 maio 2016.

MALO GONZÁLEZ, Claudio. Justicia Indígena: aportes para un debate. 1 ed. Ecuador: Abya-Yala, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. Antropologia. Uma introdução, São Paulo: Atlas. 2006.

MARÉS DE SOUZA, Frederico. O renascer dos povos indígenas para o Direito. 1ª ed. Curitiba: Juruá. Editora, 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 16 jan. 2017.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. O que é o Estado?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3771, 28 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25616>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MELATTI, Julio Cezar. Índios do Brasil. São Paulo: ed. Da Universidade de São Paulo, 2007.

MENDES, Ana Beatriz Vianna. Conservação ambiental e direitos multiculturais : reflexões sobre justiça. 2009. Tese. Doutorado em Direito Ambiente e Sociedade. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONSERRAT, Ruth M. F. O que é o ensino bilíngüe: a metodologia da gramática contrastiva. Revista Em Aberto, MEC-INEP: Brasília, julho, 1994.

MOONEN, Francisco. Pindorama Conquistada – Repensando a Questão Indígena no Brasil. João Pessoa: Alternativa, 1983.

MONTEIRO, Jhon. O escravo índio, esse desconhecido. IN: Luís Donisete Benzi Grupioni (org.). Índios no Brasil. Brasília: Ministério da Educação e do Desporto, 1994.

NASCIMENTO, Carlos Francisco do. Direito fundamental ao tempo razoável do processo: limites e possibilidades de concretização no ordenamento jurídico. 2009. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2009.

NOBRE, Wagner Carvalho de Argolo. Introdução à história das línguas gerais no Brasil : processos distintos de formação no período colonial. 2011. Dissertação. Mestrado em Letras. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

OIT. Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, 1989. Disponível em: http://planalto.gov.br/consea/Static/documentos/Eventos/IIIConferencia/conv_169.pdf.

OLIVEIRA, João Pacheco. As Demarcações Participativas e o Fortalecimento das Organizações Indígenas. Rio de Janeiro: Museu Nacional, 2001.

OLIVEIRA, José Lisboa Moreira de. O conceito antropológico de cultura. Universidade Católica de Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.ucb.br/sites/000/14/PDF/OconceitoantropologicodeCultura.pdf>. Acesso em: 10 de jun. 2016.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf.

PAGLIARO, Heloisa. “Demographic dynamics of the Suyá, a Jê people of the Xingu Indigenous Park, Central Brazil, 1970-2004”. In: Saúde Soc. São Paulo, v.16, n.2, 2007.

RAMÍREZ, Silvina. Diversidad cultural y sistema penal: necessidade de um abordaje multidisciplinario. Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal. Ano 4, n. 4. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados em Ciencias Penales y Sociales. INECIP y Editores del Puerto, p. 65-78, 1999.

- REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.
- REZENDE, Guilherme Madi. Índio – tratamento jurídico-penal. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- RIBEIRO, Lamartine Santos. Direito Consuetudinário Indígena e Positivismo Jurídico: o respeito à alteridade cultural como elemento do desenvolvimento local. 2015. Dissertação. Mestrado em Desenvolvimento Local. Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2015.
- RUFFEIL, Marjorie Begot. Povos indígenas e direitos diferenciados na América Latina. V Encontro Anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade, 2009. Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt8/gt08p11.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.
- SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: FARIA, José Eduardo. Direito e justiça: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1994.
- SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o Pluralismo Jurídico em diálogo didático com legisladores. Revista de Direito da Universidade de Brasília, vol. 1, 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/download/19/16>>. Acesso em: 3 nov. 2016.
- SILVEIRA, Mayra. O Infanticídio Indígena: uma análise à luz da doutrina da proteção integral. 2011. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.
- SOUZA, Estela. Povos indígenas e o direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos, 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>
- TOSTA, Cíntia Gomide. Breve ensaio sobre Civilização e Cultura. Disponível em: <http://www.revistamuseu.com.br/artigos/art_.asp?id=27609>. Acesso em: 02 jun. 2016.
- VILLARES, Luiz Fernando. Estado Pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil. 2013. Tese. Doutorado em Direito e Direito do Estado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é. In: RICARDO, Carlos Alberto; FANY, Ricardo. Povos indígenas no Brasil: 2001/2005. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

_____. Os involuntários da pátria. Aula pública do antropólogo Eduardo Viveiros de Castro durante o ato Abril Indígena, Cinelândia, Rio de Janeiro 20/04/2016. Disponível em: <http://provocadisparates.blogspot.com.br/2016/04/os-involuntarios-da-patria-eduardo.html>. Acesso em: 20/12/2016.

WALSH, Catherine. El Pluralismo Jurídico: el desafio de la interculturalidad. Revista Nueva America, Rio de Janeiro, n. 133, p. 32-37, 2012.

WEISS, Raquel. O sagrado, a dualidade humana e a natureza social da religião: apresentação às traduções. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/103433/000873828.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 jun. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. Cultura jurídica moderna, humanismo renascentista e reforma protestante. Revista Sequência, São Paulo, n. 50, p. 9-27, 2005.

_____. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: ed. Alfa Omega, 2001.

YAMADA, Erika M.; BELLOQUE, Juliana G. Pluralismo Jurídico: Direito Penal, Direito Indígena e Direitos Humanos – Uma análise do art. 121 do Código Penal Brasileiro. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). Direito Penal e Povos Indígenas. Curitiba, Juruá, 2010.