

O DIREITO À MARGEM DO DIREITO. O DIREITO INDÍGENA: PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA E DIMENSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO

Tatiana Azambuja Ujacow

Per citar o enllaçar aquest document:
Para citar o enlazar este documento:
Use this url to cite or link to this publication:
<http://hdl.handle.net/10803/672254>



<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.ca>

Aquesta obra està subjecta a una llicència Creative Commons Reconeixement

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento

This work is licensed under a Creative Commons Attribution licence

TATIANA AZAMBUJA UJACOW

**O DIREITO À MARGEM DO DIREITO.
O DIREITO INDÍGENA: PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA E
DIMENSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO**


Universitat de Girona

**GIRONA, ESPANHA
DEZEMBRO, 2019**

TATIANA AZAMBUJA UJACOW

**O DIREITO À MARGEM DO DIREITO.
O DIREITO INDÍGENA: PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA E
DIMENSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO**

Tese apresentada ao curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação–Doutorado em Direito, Economia e Empresa na Universidade de Girona, como parte dos requisitos para obtenção do grau de Doutora em Direito, Economia e Empresa.

Área de Concentração: Direito

Orientador: Prof. Dr. Marco Aparicio
Wilhelmi.


Universitat de Girona

**GIRONA, ESPANHA
DEZEMBRO, 2019**

O DIREITO À MARGEM DO DIREITO.
O DIREITO INDÍGENA: PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA E DIMENSÃO
DO PLURALISMO JURÍDICO

El hecho fundamental de la existencia humana no es ni el individuo en cuanto tal ni la colectividad en cuanto tal. Ambas cosas, consideradas en sí mismas, no pasan de ser formidables abstracciones. El individuo es un hecho de la existencia en la medida en que entra en relaciones vivas con otros individuos; la colectividad es un hecho de la existencia en la medida en que se edifica con vivas unidades de relación. El hecho fundamental de la existencia humana es el hombre con el hombre. Lo que singulariza al mundo humano es, por encima de todo, que en él ocurre entre ser y ser algo que no encuentra par en ningún otro rincón de la naturaleza. El lenguaje no es más que su signo y su medio, toda obra espiritual ha sido provocada por ese algo. Es lo que hace del hombre un hombre; pero, siguiendo su camino, el hombre no sólo se despliega sino que también se encoge y degenera. Sus raíces se hallan en que un ser busca a otro ser, como este otro ser concreto, para comunicar con él en una esfera común a los dos que sobrepasa el campo propio de cada uno. Esta esfera, que ya está plantada con la existencia del hombre como hombre que todavía no ha sido conceptualmente dibujada, la denomino la esfera del “entre”.

Martin Buber

Dedico a presente tese aos meus pais, Josephino Ujacow e Sônia Maria Azambuja Ujacow (in memoriam), faróis norteadores da minha vida, presentes de Deus, que forjaram minha existência com suas personalidades inigualáveis, e me fizeram uma pessoa feliz, que acredita na força do amor na busca pela justiça social, e que tenta pautar a vida pelo princípio de que todos os seres humanos, independente das diversidades, têm direito ao mesmo olhar.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDB - Convenção sobre Diversidade Biológica

CIDOB - Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia

CLPI – Consentimento Livre, Prévio e Informado

CM - Coeficiente de Mortalidade

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CNPCT - Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura

CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional

DDPI – Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

FLACSO - Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

HC – Habeas Corpus

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

MNPCT - Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura

MPF – Ministério Público Federal

OMS - Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

OPCAT - Optional Protocol to the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment

OIT – Organização Internacional do Trabalho

PED - Penitenciária Estadual de Dourados

SPI - Serviço de Proteção ao Índio

SNPCT - Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura

SPILTN - Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJMS – Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

UnB - Universidade de Brasília

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

IWGIA - International Work Group for Indigenous Affairs

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

OS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS	22
1. O reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas	22
2. Interculturalidades e multiculturalismo	35
2.1 Direito à diferença cultural	35
2.2 O deslocamento do olhar: diálogo intercultural	38
2.3 Descolonização	42
2.4 Reconhecimento à dignidade cultural	51
3. Pluralismo jurídico	56
3.1 Conceitos doutrinários	57
3.2 Pluralismo cultural	64
4. Direito indígena e Direito indigenista	66
4.1 Distinções conceituais	67
4.2 Visão indígena sobre seu Direito	72

CAPÍTULO II

O ALCANCE DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS	86
1. Direito internacional	86
1.1 Evolução histórica do reconhecimento de direitos	86
1.2 Instrumentos de Direito Internacional específicos sobre os povos indígenas	92
1.3 A Convenção 107 da OIT	92
1.4 A Convenção 169 da OIT	94
1.5 A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas	100
1.6 Orientações dos instrumentos internacionais	105
2. O reconhecimento constitucional dos direitos indígenas na América Latina	107
3. O reconhecimento dos direitos indígenas no Direito Constitucional do Brasil	125
3.1 Evolução jurídico- histórica	125
3.2 Aplicabilidade	131
4. A realidade dos direitos indígenas no Brasil	135
4.1 Tutela Indígena	135
4.2 O Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI)	145
4.3 O Código Civil Brasileiro	154
4.4 Novos rumos e dificuldades	162

CAPÍTULO III

CONFLITOS ENTRE A NORMATIVIDADE ESTATAL E O DIREITO PRÓPRIO DA

COMUNIDADE INDÍGENA NO ÂMBITO PENAL	167
1. A punição à margem da lei	167
2. Indígenas encarcerados em Mato Grosso do Sul	178
2.1 Situação carcerária: considerações gerais	178

2.2 Situação do indígena encarcerado	182
2.3 Aspectos legislativos e jurisprudenciais sobre o encarceramento	184
2.4 Violação do direito a própria língua no sistema carcerário e no procedimento judicial ..	189
2.5. Isolamento familiar e cultural indígena	191
3 Direito punitivo indígena	193
4. Decisões judiciais considerando a prevalência do Direito Indígena	202
5. Decisões judiciais considerando a prevalência do Direito Indigenista	209
6. Delitos culturalmente motivados e Direito Punitivo Estatal.....	216
6.1 Considerações iniciais: a problemática.....	216
6.2. Possíveis soluções legais e doutrinárias	218
6.3. Modificação da legislação estatal.....	231

CAPÍTULO IV

PERSPECTIVAS PARA O CONVÍVIO ENTRE AS NORMAS DE DIREITO ESTATAL E AS

NORMAS DE DIREITO INDÍGENA	233
1.Considerações iniciais sobre as soluções apontadas	233
2. Foros de julgamento	233
3. Jurisdição pessoal e jurisdição territorial	240
4. Conflito jurisdicional.....	243
5. Critérios para resolução judicial entre as normatividades distintas	255
6. Fundamentação das soluções e dos critérios sugeridos.....	272

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXO

RESUMO

Um dos grandes embates, nos dias atuais, é a efetivação dos direitos humanos quando um país possui povos culturalmente diferentes como o Brasil, onde, além da falta de respeito e de reconhecimento pelo direito desses povos, que é peculiar a cada etnia indígena, convive-se com a ausência de legislação específica para consolidá-los. Fica-lhes, então, reservado um lugar à margem da sociedade e das leis que lhes dizem respeito, o que causa inúmeras situações conflitivas e conduz, muitas vezes, até a situação de restrição máxima da liberdade: o encarceramento. E a restrição da liberdade toca profundamente o ser humano, aniquilando sua dignidade, trazendo profundas transformações físicas e psíquicas. Isso ocorre com maior intensidade quando o encarceramento é ilegal ou dentro de uma legalidade hegemônica, sem respeito às diferenças culturais de um povo que tem como premissa maior de seu ser o ir e vir, o contato com a natureza e com a terra, mantenedora de sua força espiritual. As diferenças culturais foram contempladas na Constituição da República Federativa do Brasil, que rompendo com o paradigma da integração, reconheceu os direitos fundamentais dos povos indígenas. Assim, esses direitos constituem-se vetores a nortear qualquer interpretação que lhes diga respeito. Dentre esses direitos está o direito ao próprio direito: o Direito Indígena. Esse direito quase sempre se encontra marginalizado pelo Direito Estatal. Desta feita, a abordagem pela esfera criminal, trazendo a realidade da aplicação do Direito Estatal, com ênfase no direito punitivo aos conflitos entre a aplicação deste e do Direito Punitivo próprio das comunidades indígenas se justifica, pois tanto a interferência e a proibição de aplicação do direito próprio indígena, como a aplicação do Direito Punitivo Estatal, sem levar em conta a cultura peculiar de cada etnia, causam situações de crise. Soma-se a isso, o fato de existirem muitos indígenas encarcerados no estado de Mato Grosso do Sul, apesar de o sistema jurídico prever o regime de semiliberdade a esses povos. Desta forma, apresentam-se, no presente estudo, baseando-se nas legislações internacional, nacional e latino americanas, e no modo de resolver conflitos em países da América Latina, algumas soluções para que cessem os antagonismos causados por decisões judiciais, ora privilegiando o Direito Estatal, aqui nominado Direito Indigenista, ora, em expressiva minoria, acatando o Direito próprio das comunidades indígenas, aqui nominado de Direito Indígena. Busca-se, assim, sugerir que o processo interpretativo concretize os direitos fundamentais dos povos indígenas, os quais têm como corolário o direito ao seu próprio direito. Torna-se urgente o diálogo, sob o prisma da interculturalidade, para que, com o respeito às

diferenças culturais, o princípio da igualdade possa ter efetividade entre povos distintos, realizando, dessa forma, a justiça cultural.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Povos Indígenas, Direito Indígena, Direito Indigenista, Sistema Punitivo Indígena, Justiça Cultural.

ABSTRACT

One of the great conflicts, nowadays, is the effectuation of human rights when a country has culturally different peoples such as Brazil, where, in addition to the lack of respect and recognition by the right of these peoples, which is peculiar to each ethnic indigenous, there is also absence of specific legislation to consolidate them. It is then, reserved to them, a place on the sidelines of society and of the laws concerning to them, which causes countless conflicting situations and often leads to the situation of maximum restriction of freedom: incarceration. And the restriction of freedom deeply touches the human being, annihilating his dignity, bringing profound physical and psychic transformations. This occurs with greater intensity when incarceration is illegal or within a hegemonic legality, without respect to the cultural differences of people who have as a greater premise of their being, the coming and going, and the contact with nature and land which maintain their spiritual strength. Cultural differences were contemplated in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, which breaking the paradigm of integration, recognized the fundamental rights of indigenous peoples. Thus, these rights constitute vectors to guide any interpretation that concerns them. Among these rights, it is the right to the right itself: The Indigenous law. This right is almost always marginalised by the State Law. From this, the approach by the criminal sphere brings the reality of the application of Statal Law with emphasis on punitive right to the conflicts between the use of this law and the own is justified because both the interference and the prohibition of the application of the Indigenous own right as the application of State Punitive Right, not taking into consideration the peculiar culture of each ethnic group, causes crisis situations. In addition to that, the fact of having many indigenous incarcerated in Mato Grosso do Sul, although it is in the legal system the semi-open regime for these people. Thus, the present study presents, based on international, national and Latin American legislations, and on the way to resolve conflicts in Latin American countries, some solutions to cease the antagonisms caused by judicial decisions, sometimes privileging the State Law, here nominated Indigenist Law, now, in a significant minority, and sometimes, abiding by the indigenous peoples' own law, here named Indigenous law. Thus, we seek to suggest that the interpretative process concretize the fundamental rights of indigenous peoples, whose corollary is the right to their own right. Dialogue under the prism of interculturality is urgent, so that, with respect to cultural

differences, the principle of equality can be effective among different peoples, thereby achieving cultural justice.

Key words: Human Rights, Indigenous Peoples, Indigenous Law, Indigenist Law, Indigenous Punitive System, Cultural Justice.

RESUM

Un dels grans embats, actualment, és la materialització dels drets humans quan un país posseeix pobles culturalment diferents com al Brasil, on més enllà de la falta de respecte e reconeixement del dret d'aquests pobles, que és peculiar en cada ètnia indígena, es conviu amb l'absència de legislació específica per a consolidar-los. Els queda, llavors, un lloc reservat al marge de la societat i de les lleis que els afecten, la qual cosa causa innumbrables situacions conflictives i condueix, moltes vegades, fins a la situació de restricció màxima de la llibertat: l'empresonament. La restricció de la llibertat toca profundament a l'ésser humà, aniquilant la seva dignitat, portant-li profundes transformacions físiques i psíquiques. Això ocorre amb major intensitat quan l'empresonament és il·legal o dins d'una legalitat hegemònica, sense respecte a les diferències culturals d'un poble que té com a premissa major de la seva ser l'anar i venir, el contacte amb la naturalesa i amb la terra, mantenidora de la seva força espiritual. Les diferències culturals es van contemplar en la Constitució de la República Federativa del Brasil, que trencant amb el paradigma de la integració, va reconèixer els drets fonamentals dels pobles indígenes. Així, aquests drets es constitueixen com a vectors per a nortear qualsevol interpretació que els afecti. Entre aquests drets està el dret al propi dret: el Dret Indígena. Aquest dret gairebé sempre es troba marginat pel Dret Estatal. D'aquesta manera, es justifica l'enfocament per part de l'àmbit penal, portant la realitat de l'aplicació de la llei estatal, posant èmfasi en la llei punitiva als conflictes entre l'aplicació d'aquest i la llei punitiva pròpia de les comunitats indígenes, perquè tant la interferència com la prohibició de l'aplicació de la llei pròpia indígena, com l'aplicació de la llei punitiva estatal, sense tenir en compte la peculiar cultura de cada ètnia, provoca situacions de crisi. A més, hi ha molts indígenes encarcerats a l'estat de Mato Grosso do Sul, tot i que el sistema jurídic preveu el règim de semi-libertat per a aquests pobles. D'aquesta forma, es presenten, en el present estudi, basant-se en les legislacions internacional, nacional i llatinoamericanes, i en la manera de resoldre conflictes en països d'Amèrica Llatina, algunes solucions perquè cessin els antagonismes causats per decisions judicials, ora privilegiant el Dret Estatal, aquí denominat Dret Indigenista, ora en expressiva minoria, acatant el Dret propi de les comunitats indígenes, aquí denominat Dret Indígena. Es busca, així, suggerir que el procés interpretatiu concreti els drets fonamentals dels pobles indígenes, que tenen com a corol·lari el dret al seu propi dret. Es fa urgent el diàleg, sota el prisma de la interculturalitat perquè, amb el respecte a les diferències culturals, el principi de

la igualtat pugui tenir efectivitat entre pobles diferents, realitzant, d'aquesta forma, la justícia cultural.

Paraules clau: Drets Humans, Pobles indígenes, Dret indígena, Dret indígena, Sistema punitiu indígena, Justícia cultural.

RESUMEN

Uno de los grandes embates, actualmente, es la materialización de los derechos humanos cuando un país posee pueblos culturalmente diferentes como en Brasil, donde más allá de la falta de respeto e reconocimiento del derecho de esos pueblos, que es peculiar en cada etnia indígena, se convive con la ausencia de legislación específica para consolidarlos. Les queda, entonces, un lugar reservado al margen de la sociedad y de las leyes que les afectan, lo que causa innumerables situaciones conflictivas y conduce, muchas veces, hasta la situación de restricción máxima de la libertad: el encarcelamiento. La restricción de la libertad toca profundamente al ser humano, aniquilando su dignidad, trayéndole profundas transformaciones físicas y psíquicas. Ello ocurre con mayor intensidad cuando el encarcelamiento es ilegal o dentro de una legalidad hegemónica, sin respeto a las diferencias culturales de un pueblo que tiene como premisa mayor de su ser el ir y venir, el contacto con la naturaleza y con la tierra, mantenedora de su fuerza espiritual. Las diferencias culturales se contemplaron en la Constitución de la República Federativa de Brasil, que rompiendo con el paradigma de la integración, reconoció los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Así, esos derechos se constituyen como vectores para nortear cualquier interpretación que les afecte. Entre esos derechos está el derecho al propio derecho: el Derecho Indígena. Este derecho casi siempre se encuentra marginado por el Derecho Estatal. De esta manera el enfoque por la esfera criminal, trayendo a la realidad de la aplicación del Derecho Estatal, con énfasis en el derecho punitivo a los conflictos entre la aplicación del mismo y del Derecho Punitivo propio de las comunidades indígenas se justifica, pues tanto la interferencia y la prohibición de la aplicación de derecho propio indígena como la aplicación del Derecho Punitivo Estatal sin considerar la cultura peculiar de cada etnia, causan situaciones de crisis. Sumándose a ello, existen muchos indígenas encarcelados en el estado de Mato Grosso do Sul, aunque el sistema jurídico prevé el régimen de semi libertad a esos pueblos. De esta forma, se presentan, en el presente estudio, basándose en las legislaciones internacional, nacional y latinoamericanas, y en el modo de resolver conflictos en países de América Latina, algunas soluciones para que cesen los antagonismos causados por decisiones judiciales, ora privilegiando el Derecho Estatal, aquí denominado Derecho Indigenista, ora en expresiva minoría, acatando el Derecho propio de las comunidades indígenas, aquí denominado Derecho Indígena. Se busca, así, sugerir que el proceso interpretativo concrete los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, que tienen como

corolario el derecho a su propio derecho. Se hace urgente el diálogo, bajo el prisma de la interculturalidad para que, con el respeto a las diferencias culturales, el principio de la igualdad pueda tener efectividad entre pueblos distintos, realizando, de esa forma, la justicia cultural.

Palabras-clave: Derechos Humanos, Pueblos Indígenas, Derecho Indígena, Derecho Indigenista, Sistema Punitivo Indígena, Justicia Cultural.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são direitos básicos de toda pessoa humana. Através dos movimentos de luta, passando pelos diversos processos históricos de reconhecimento e especificação, encontram-se hoje plasmados na legislação dos países, recebendo a denominação de direitos fundamentais.

Um dos grandes embates, nos dias atuais, é a efetivação desses direitos quando os cidadãos de um país possuem culturas diferentes, ou seja, quando um Estado é pluriétnico e multicultural como o Brasil, onde, além da falta de respeito e de reconhecimento pelo direito próprio de cada etnia, convive-se com a ausência de legislação específica para consolidá-los. Dessa forma, fica reservado aos povos indígenas um lugar à margem da sociedade e das leis que lhes dizem respeito.

O problema jusfilosófico a ser enfrentado na presente tese é justamente esse direito próprio das comunidades indígenas: o Direito Indígena, apontando a situação de seu reconhecimento nas Constituições da América Latina e do Brasil, trazendo a realidade da aplicação desse direito, com ênfase no direito punitivo devido aos conflitos entre a sua aplicação e a do direito punitivo das comunidades indígenas. Daí emerge a relevância social e jurídica, pois se procuram soluções para a tensão existente entre o reconhecimento das formas de repressão de delitos praticados nas comunidades indígenas, dentro da punição baseada em costumes e princípios próprios, e a exclusividade do direito de punir do Estado.

Assim, a interferência e a proibição de aplicação do Direito próprio indígena, tanto como a aplicação do Direito punitivo estatal sem levar em conta a cultura peculiar de cada etnia, causam situações de crise e conflitos. Soma-se a isso, o número expressivo de indígenas encarcerados no estado de Mato Grosso do Sul e as situações degradantes a que são submetidos dentro dos presídios. Disso decorre a necessidade de se apontar os caminhos para a efetivação desse Direito.

O presente estudo teve como objetivo realizar uma leitura dos artigos da Constituição Federal do Brasil, da legislação infraconstitucional brasileira, das Constituições de países da América Latina e das Declarações e Convenções internacionais que trazem previsões legais a respeito do reconhecimento e aplicação do Direito Indígena.

Nesta pesquisa, incorporam-se casos de diversas comunidades indígenas da América Latina, expressos na doutrina e em decisões judiciais, onde se vislumbra a aplicação do direito próprio dos povos indígenas.

Ao trazer um relatório sobre a situação de indígenas encarcerados, procura-se abordar as condições sub-humanas dos presídios, em total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, nesse aspecto, trazer as reflexões no âmbito penal em razão de ser assunto pouco discutido a situação penal do indígena dentro do ordenamento jurídico brasileiro. As correntes doutrinárias tratam do tema de maneira superficial, e as decisões judiciais variam de posicionamento, gerando uma situação imprecisa e de insegurança jurídica.

Explica-se, dessa forma, a abordagem no Direito Penal, que, além de ser inquestionável a grande função de controle à sociedade exercida através do *jus puniendi* estatal que chega à restrição ao direito de liberdade do cidadão, e deve ser exercido com maior seriedade e responsabilidade quando se refere aos povos indígenas, detentores de cultura e modo de vida peculiares, e que têm reconhecido pela Constituição Federal seu direito à diferença.

A restrição da liberdade toca profundamente o ser humano, aniquilando sua dignidade, trazendo profundas transformações físicas e psíquicas. Isso ocorre com maior intensidade quando o encarceramento é ilegal ou dentro de uma legalidade hegemônica, sem respeito às diferenças culturais de um povo que tem, como premissa maior de seu ser o ir e vir, o contato com a natureza e com a terra, mantenedora de sua força espiritual.

Também, através de entrevistas, seguindo procedimentos metodológicos de pesquisa qualitativa, com indígenas de três etnias de Mato Grosso do Sul, Terena, Guarani-Nhandeva e Guarani-Kaiowá, no contexto urbano e nas aldeias, buscou-se apreender, pela voz dos indígenas, a situação do seu direito próprio com relação ao Direito estatal. Procurou-se, dessa forma, reduzir ao mínimo a intervenção no contexto observado através de entrevistas semiestruturadas.

Assim, com base em obras anteriores da autora, que irão subsidiar esta tese, como também baseada na doutrina, nas entrevistas, em relatórios, estudo de casos e decisões judiciais, procurou-se apresentar aspectos da realidade indígena brasileira, pois, com a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, iniciou-se, no Brasil, uma nova política indigenista, abandonando os ideais assimilacionistas e caminhando do paradigma da integração para o ideal da interação com a sociedade nacional envolvente.

Dessa forma, ao serem reconhecidos constitucionalmente, os direitos fundamentais dos povos indígenas constituem-se hoje vetores a nortear qualquer interpretação que lhes diga

respeito. Uma vez respeitados nas diferenças, os povos indígenas possuem direitos iguais aos de qualquer outro cidadão brasileiro, ou seja, têm o direito de ter direitos.

Apesar de o Estado brasileiro incluir no exercício de sua hegemonia certas práticas indígenas de resolução de conflitos, dada a peculiaridade cultural destes, o aspecto protetivo do Estado brasileiro, contraposto a aspectos identitários da comunidade indígena, tem revelado conflitos entre ambas as normatividades.

A opção pela abordagem na esfera criminal, trazendo a realidade da aplicação do Direito Estatal, com ênfase no direito punitivo, é devida aos conflitos entre a aplicação deste e do Direito Punitivo próprio das comunidades indígenas. E o foco no estado de Mato Grosso do Sul se justifica pelo fato de o estado possuir a segunda maior população indígena do Brasil, concentrando mais de 60% dos assassinatos de indígenas do Brasil, além do fato de existirem muitos indígenas encarcerados, apesar de seu direito ao regime de semiliberdade, vivendo em condições que muito se afastam de sua dignidade, de seu direito, o que motivou a autora a buscar dados comprobatórios de uma realidade muito clara em sua percepção na experiência vivida com as comunidades indígenas. Para comprovação dessa situação, analisou-se o Relatório do MNPCT (Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura) baseado em visitas técnicas na PED (Penitenciária Estadual) da cidade de Dourados, estado de Mato Grosso do Sul, levadas a efeito entre os dias 19 a 21 de setembro do ano de 2016.

Dessa forma, constata-se que, apesar dos novos preceitos constitucionais brasileiros e os de âmbito internacional, que apontam para o reconhecimento da diferença, ainda se continua com um sistema jurídico que não dá conta dessas mudanças.

Assim, como observadora *in loco* dos problemas que enfrentam os povos indígenas de Mato Grosso do Sul, e como pesquisadora da questão indígena, participante do Fórum Permanente da ONU para Questões Indígenas há quinze anos, a autora foi levada a estudar o direito punitivo aplicado aos indígenas, procurando seguir os princípios de exercício da cidadania e de combate às discriminações e ao genocídio sofridos por esses povos.

As indagações que motivaram a presente tese podem, pois, ser resumidas nos seguintes questionamentos: A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece e busca dar efetividade ao direito dos povos indígenas? O Estado brasileiro seria capaz de dar concretude à organização social e aos costumes dos povos indígenas, garantidos pela Constituição Federal? É possível que a estrutura jurídica do Estado conviva e respeite a estrutura jurídica dos povos indígenas?

Como tese, propõe-se, pois, além de procurar responder a essas indagações, sugerir mecanismos que possibilitem a realização da justiça cultural no cotidiano dos povos indígenas.

Sabe-se que, para que haja justiça cultural, é fundamental que ocorra justiça social, pois a igualdade entre etnias e povos distintos, o reconhecimento de suas regras de convívio e o respeito pela aplicação delas no seu cotidiano é consectário da aplicação de princípios de convivência que possibilitem o diálogo necessário para a realização da justiça social. E a justiça social só poderá ser plena se embasada na justiça cultural.

Para isso, procura-se trazer as possibilidades e os limites do convívio normativo das normas do Estado Brasileiro e as do Direito Indígena. Toma-se como referência a doutrina, bem como os artigos das Constituições da América Latina que reconhecem esse direito, além de decisões judiciais em que prevalece o direito indígena e outras em que prevalece o direito estatal, decisões que variam de orientação e fundamentação para entregar a prestação jurisdicional, mantendo a tensão existente entre correntes que estabelecem a tutela como marco para as decisões, e as que não se limitam a esta, guiando-se pelo novo enfoque constitucional.

Pretende-se, ainda, nesta tese, relatar como está garantido o Direito Indígena na legislação internacional e nacional, apresentando conceitos e normas de resolução de conflitos em diferentes comunidades indígenas da América Latina, fazendo um estudo comparativo com o que o Direito Positivo Brasileiro prevê para resolução desses conflitos.

As decisões judiciais que se menciona na presente tese são casos emblemáticos que envolvem povos indígenas de etnias distintas do território nacional, não se cingindo, portanto, às etnias do estado de Mato Grosso do Sul.

Objetiva-se que as decisões judiciais não sejam tomadas desconsiderando o direcionamento da Constituição Federal de 1988 e a normativa internacional. Busca-se, assim, sugerir que o processo interpretativo siga a orientação constitucional para que ocorra a concretização dos direitos fundamentais dos povos indígenas, os quais têm como corolário o direito ao seu próprio direito.

Assim sendo, torna-se indispensável o deslocamento do olhar para o Direito indígena, a prática da alteridade, a aproximação e o respeito por conhecimentos milenares, pois os direitos fundamentais dos povos indígenas têm que ser concebidos no contexto onde se realizam; de outra forma, ficarão esvaziados dos princípios que norteiam sua dinâmica e sua abrangência.

Nessa direção, urge salientar a necessidade do reconhecimento das diferenças culturais para que o princípio da igualdade possa ter efetividade entre povos distintos, realizando, dessa forma, a justiça cultural.

Para tanto, parte-se, no Capítulo I, da evolução ao reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas na normativa mundial, fazendo uma discussão sobre interculturalidade e multiculturalismo, até culminar nas distinções entre o direito próprio da comunidade indígena, nominado Direito Indígena, e o direito estatal, feito para o indígena, nominado Direito Indigenista.

No Capítulo II, aborda-se o alcance desse reconhecimento no âmbito internacional, em Constituições da América Latina e na Constituição brasileira e legislação infraconstitucional, além de se traçar um panorama da realidade dos direitos indígenas no Brasil, apresentando situações variadas onde emerge a forma como são tratados os primeiros habitantes da nação brasileira.

Já no Capítulo III, o presente estudo versa sobre os conflitos entre a normatividade estatal e o direito próprio da comunidade indígena. Em vista disso, mostra-se a situação dos indígenas encarcerados em Mato Grosso do Sul, e procura-se apontar a existência da punição à margem da lei e as decisões judiciais que variam de orientação, algumas vezes considerando a prevalência do Direito Indigenista ou estatal e, em outras, considerando o Direito Indígena. Nesse capítulo, aborda-se o direito punitivo indígena e os delitos culturalmente motivados, colacionando posições doutrinárias e jurisprudenciais que tratam das situações conflitivas pelas quais passam os povos indígenas. Apresentam-se, ainda, possíveis soluções legais e doutrinárias objetivando que não mais ocorram situações de agressão aos direitos desses povos com o desrespeito ao modo de ser e com a deslegitimação de suas práticas, de seu direito.

O Capítulo IV também propõe algumas alternativas de convívio entre as normas de direito indigenista e as normas de direito indígena, com sugestões de modificações dentro do direito estatal, tanto na legislação como na criação de instâncias de jurisdição, foros de julgamento e varas especializadas para que a justiça cultural seja feita, para que um país como o Brasil, pluriétnico e multicultural, assegure aos seus cidadãos o respeito pela diferença e, com isso, a consolidação da igualdade material, assegurada constitucionalmente a todos os brasileiros.

Com a presente tese, que procurou perseguir a característica de um projeto cívico, participativo e colaborativo, espera-se possa contribuir com subsídios para a formulação de políticas que levem à efetivação do Direito Indígena.

CAPÍTULO I

OS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

1. O reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas

Sabe-se que o ser humano, desde o instante em que nasce¹, tem importância na ordem jurídica, adquire personalidade e, por conseguinte, possui direitos que o acompanham pelo simples fato de existir, direitos naturais, que são intrínsecos à sua condição humana.

Apesar das diferenças entre os diplomas legais dos diversos países do mundo, existem princípios, valores considerados universais e, como tais, possuem força para direcionar todo o sistema jurídico, pois advêm da própria natureza humana e existem antes de qualquer lei.

A pretensão da universalidade dos direitos humanos se dá na transição para a modernidade.²

E, nesta época, caminha-se da sociedade teocrista em direção à sociedade antropocrista, individual e universal, em que a ideia da universalidade se fundamenta no jusnaturalismo racionalista e no contratualismo, os quais postulam faculdades jurídicas básicas e comuns a todos os seres humanos sem exclusão.³

De acordo com Habermas, o projeto de modernidade, formulado pelos filósofos do iluminismo no século XVIII, baseava-se em uma ciência objetiva, de uma moral universal, de uma lei e arte autônomas e reguladas por lógicas próprias.⁴

Nesse sentido, os direitos humanos consubstanciarão, segundo Antonio Enrique Perez Luño, um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, devendo ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacionalmente⁵.

¹ No que se refere ao momento da aquisição da personalidade, o Código Civil Brasileiro prevê o direito do nascituro, ou seja, do ser concebido, mas ainda não nascido, nestes termos: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

² A esse respeito, vide PECES-BARBA, G., *in Sobre el fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1989.

³ A esse respeito, vide PEREZ LUÑO, A. E., *in La universalidad de los derechos humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 137-138.

⁵ PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 48.

Jean Jacques Rousseau pensou não somente na igualdade civil, mas também na igualdade social. Defendeu a tese de um governo resultante da vontade geral, associando liberdade e igualdade.⁶ Segundo o filósofo genebrino,

[...] se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade, porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela.⁷

Além do direito à liberdade e à igualdade, há uma gama imensa de direitos que, por atingir os direitos básicos da existência de cada ser humano, são nominados direitos fundamentais, ao serem reconhecidos e plasmados na legislação dos países.

A propósito disso, Herkenhoff sugere ideias que podem ser definidas como Direitos Fundamentais da pessoa humana, tais como: a dignidade de todos os seres humanos, sem exceção; o sentido de igualdade a todas as pessoas e a recusa aos privilégios; a exigência de condições sociais concretas que efetivem a igualdade, de modo que não seja uma promessa vã; a proscrição de todos os preconceitos e exclusões; a proscrição de todas as marginalizações sociais; a proscrição da tortura e a afirmação dos direitos do preso; a repulsa a todas as formas de escravidão; o sentido de Justiça, na sua maior amplitude; o direito de todos à proteção da lei, o direito de asilo, a condenação da prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de acesso amplo aos tribunais; o direito à privacidade e à inviolabilidade da correspondência, da honra, da família e da casa ou do lugar onde alguém se abrigue; os valores democráticos; a defesa da vida; a liberdade de consciência, crença, expressão do pensamento, difusão de ideias sem sujeição a censura e todas as demais liberdades; o direito dos povos a relações de Justiça, no campo internacional com a eliminação de todas as formas de opressão e colonialismo, inclusive colonialismo econômico; os direitos das diversas minorias, no seio das sociedades globais; o direito à educação e à cultura; a dignidade do trabalhador e a primazia do trabalho como fator criador da riqueza; a paz e a solidariedade internacional; a fraternidade e a tolerância.⁸

Desde o primeiro registro dos direitos humanos na Declaração do Povo da Virgínia, estado pertencente aos Estados Unidos da América, em 12 de junho de 1776, percebe-se o

⁶ PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos ...*, cit., p. 187-201.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social II*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 66.

⁸ HERKENHOFF, João. *Curso de Direitos Humanos*, volume 1, Gênese dos Direitos Humanos, São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 186-187.

reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento de si mesmos. E a “busca pela felicidade”, que foi paradigma da Declaração de Independência dos Estados Unidos, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana, razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações, portanto, uma razão universal, como a própria pessoa humana⁹.

Nesse sentido, considera Oliveira Baracho que as sociedades humanas constituem a justaposição de indivíduos, para permitir sua felicidade. E, nesse tipo de sociedade, cada homem tem uma identidade, irreduzível àquela que pertence aos outros, sendo que o direito deve reconhecê-la e protegê-la. A primazia do indivíduo completar-se-ia, então, pela ideia de que todos os membros da sociedade são iguais por essência, sendo que essa igualdade, devido à natureza humana comum, é uma igualdade de direito ou de direitos, que deixa de lado a questão da igualdade de fato¹⁰.

Para o autor, essa confiança aparece na compreensão de que a organização da sociedade é dominada pelo princípio da liberdade dos cidadãos, levando em conta que a liberdade é natural ao homem, nos termos do Contrato Social e da Declaração de 1789, que proclama: os homens nascem livres. Disso decorre uma série de manifestações concretas, cuja listagem forma os direitos do homem: liberdade política (direito de escolher os governantes, tornar-se ele próprio governante, participar nas decisões e controlar o exercício do poder); liberdades individuais (segurança, proteção contra a arbitrariedade em sua pessoa e seus bens); liberdade de ir e vir; liberdade de pensamento; liberdade de se reunir¹¹.

A participação nas decisões, o controle do exercício do poder, o direito de escolher governantes e de ser governante expressam a liberdade do cidadão de inclusão efetiva nos processos que lhe digam respeito e na caminhada rumo à realização de cada ser humano enquanto cidadão.

Para Matteucci¹², com a promulgação de um texto escrito contendo uma declaração dos direitos humanos e da cidadania, o constitucionalismo tem um de seus momentos centrais de desenvolvimento e conquista, consagrando as vitórias do cidadão sobre o poder. O indivíduo passou a ser considerado um ser social que vive em um contexto preciso e para o qual a

⁹ COMPARATO, Fábio. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.38.

¹⁰ BARACHO, José. *Teoria Geral da Cidadania: A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1-2.

¹¹ *Ibidem*, p. 1-2.

¹² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale *et alii*. Coordenação da tradução: João Ferreira. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 353-354.

cidadania é um fato meramente formal em relação à substância de sua existência real. Nota-se que o indivíduo não é tão livre e autônomo como se pensava no Iluminismo, e sim um ser frágil, inseguro e indefeso.

Dessa forma, passa do Estado absentéista ao Estado assistencial, que garante novas liberdades, sendo, então, o individualismo substituído pelo reconhecimento dos direitos dos grupos sociais, particularmente significativo quando se trata de minorias (étnicas, linguísticas e religiosas), de marginalizados (enfermos, encarcerados, velhos e mulheres), e são consequências lógicas do princípio da igualdade, que foi o motor das transformações dos conteúdos da declaração, abrindo sempre novas dimensões aos Direitos Humanos e confirmando por isso a atualidade do texto setecentista.¹³

No ato de abertura da Revolução Francesa, a ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada, quando se dispõe, no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que “Os homens nascem livres e iguais em direitos”. Contudo o reconhecimento da fraternidade, ou seja, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, só ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos contemplou a universalidade dos direitos inerentes a todo homem, em meio à diversidade cultural, estabelecendo que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”¹⁴.

Essa Declaração é a afirmação solene do valor que é o fundamento da vida social: “a dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Considera-se, então, que as pessoas não são sombras, não são aparências, e sim realidade, e precisam de instrumentos jurídicos aptos a coibir e punir a transgressão das normas de convivência.

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ocorreu um processo de generalização da proteção do ser humano como tal no plano internacional¹⁵. Então, chegou-se a esse sistema jurídico particularizado, autônomo, e com características próprias chamado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esses direitos humanos internacionalmente protegidos estão resguardados nos distintos sistemas de proteção que se relacionam entre si e incluem mecanismos consagrados em convenções internacionais, além de outros que não constaram em nenhuma delas, como os

¹³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política...*, cit. p. 354.

¹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 19.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

direitos humanos dos povos indígenas, que são peculiares de cada etnia e perpetuados de forma oral.

Especificamente no que tange ao direito dos povos nas relações de justiça, este traduz a ideia de respeito aos padrões de justiça próprios de cada povo dentro do seu contexto cultural, englobando sua liberdade de crença, expressão e modo de vida peculiar.

Se esses direitos são direitos básicos de toda a pessoa humana, direitos sem os quais as pessoas ficariam sem proteção para seus valores fundamentais, como a dignidade, a saúde, a liberdade, ou seja, valores que são indispensáveis à sua vida¹⁶, são, portanto, direitos subjetivos, e o seu sujeito é toda a humanidade. E, se seu sujeito é toda a humanidade, esses direitos tocam a vida de povos distintos, com culturas, tradições e direitos peculiares.

De acordo com Mbaya, a concepção histórica dos direitos humanos é compatível com a que se baseia no direito natural, na medida em que pode implicar a noção de homem universal e, também, do mínimo de direitos básicos ligados às novas possibilidades que o desenvolvimento da sociedade moderna cria para qualquer indivíduo. Para ele, a maior questão teórica jamais consistiria na negação ou na defesa da variabilidade histórica do estatuto dos direitos humanos, mas, ao contrário, na questão de saber se existe ou não um limite extremo, um mínimo inalienável da situação autônoma do indivíduo, no qual são impensáveis tanto a vida do homem individual quanto a coexistência social¹⁷. Nesse sentido, a universalidade dos direitos humanos deve ser compreendida de modo absoluto, caso sua ideia não deva ser arbitrariamente adaptada, ou mesmo negada por inteiro, nos diversos países, conforme desenvolve a apreciação da situação histórica concreta.

Assim, para Clavero, foi necessário estabelecer uma ordem de direitos universais de todos os seres humanos como um passo para exatamente negar o direito à maioria deles, e contextualiza na questão indígena, considerando que:

O efeito é não a universalização do direito, mas a entronização do próprio universo jurídico, com expulsão radical de qualquer outro. Já não se trata simplesmente de que o indígena se encontre numa posição subordinada. Agora o resultado é que não possui lugar algum se não se mostra disposto a abandonar completamente seus costumes e desfazer inteiramente suas comunidades para integrar-se ao único mundo constitucionalmente concebido do direito.¹⁸

¹⁶ UJACOW MARTINS, Tatiana. Reflexões sobre Direitos Humanos. In: *Estudos de Direito Público*/ Marco Aurélio Borges de Paula, Campo Grande: CEPEJUS, 2009, p. 749.

¹⁷ MBAYA, Etienne Richard. Gênese, evolução e universalidade frente à diversidade de culturas. In: *Revista Estudos Avançados*, São Paulo. USP, v. 11, n. 30, maio/ago. 1997, p. 29.

¹⁸ CLAVERO, Bartomé. *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*. México. Siglo XXI. 1994, p. 25-26.

Segundo Colletti, a respeito do universalismo eurocêntrico, Hegel observa que povos que seriam portadores históricos da razão universal teriam sempre predominância sobre nações, ditas bárbaras, e seus povos, que carecem de soberania e autonomia nesse universalismo, e, em sua análise, Colletti esclarece que:

Un peuple n'est pas encore un État, et le passage d'une famille, d'une horde, d'un clan, d'une multitude, etc., à une situation d'État constitue la réalisation *formelle* de l'idée, en général, dans ce peuple. Sans cette forme, il manque au peuple en tant que substance éthique – autrement dit le peuple *tel qu'il est en soi* –, l'objectivité d'avoir dans les lois, un tant que déterminations pensées, une existence empirique pour vous et les autres, universelle et valable pour tous et, par conséquent, son autonomie n'est pas reconnue, car elle manque de légalité objective et de rationalité déterminée. L'autonomie n'est que formelle et n'est pas souveraineté.

[...] les nations civilisées considèrent les autres qui ont pris du retard dans les mouvements substantiels de l'État (les peuples bergers vis-à-vis des chasseurs, les agriculteurs vis-à-vis des deux autres, etc.) comme des barbares, avec la conscience d'un droit inégal, et d'un traitement formel à leur autonomie.¹⁹

Porém, após os processos de internacionalização e de generalização, os direitos humanos passaram por um processo de especificação para a determinação dos sujeitos titulares desses direitos. E essa especificação ocorreu com relação ao gênero, reconhecendo-se as diferenças específicas entre a mulher e o homem, com relação às fases da vida, com a progressiva diferenciação entre os direitos da infância e da velhice, e do homem adulto, com relação aos estados normais e excepcionais, fazendo valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes dentre outros.²⁰

Nesse processo de especificação, emerge um novo sujeito de direito: o sujeito coletivo de direitos, sendo que este é abalizado por um tipo de construção de direitos diferente das anteriores, que eram baseadas em pleitos de igualdade de direitos e de cidadania formal,

¹⁹ COLLETTI, Lucio. *Le marxisme et Hegel*. Paris: Éditions Champ Libre, 1976, p. 335. Disponível em: http://dedalus.usp.br/F/SBTURCE4TGUAP8R4A41GG5ELPHTBGVIGSDIG3JGAB5VQP69D96-31702?func=full-set-set&set_number=010022&set_entry=000001&format=999. Acesso em: 02/07/2019. “Um povo não é ainda um Estado, e a passagem de uma família, de uma horda, de um clã, de uma multidão, etc., a uma situação de Estado constitui a realização *formal* da idéia em geral nesse povo. Sem essa forma, carece, como substância ética que é *em si* (*an sich*), da objetividade de ter nas leis, como determinações pensadas, uma existência empírica para si e para os outros, universal e válida para todos e, portanto, não é reconhecida sua autonomia, já que carece de legalidade objetiva e de racionalidade firme para si, é apenas formal e não é soberania

[...] ocorre que as nações civilizadas consideram a outras que lhes ficaram para trás nos movimentos substanciais do Estado (os povos pastores face aos caçadores, os agricultores face a ambos, etc.), como bárbaros, com a consciência de um direito desigual, e tratam sua autonomia como algo formal”.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62-63.

fundados em um sujeito de direito individualizado. Esse novo sujeito de direito não pode ser confundido com os interesses difusos de sujeitos individuais, nem com o sujeito ainda individualizado dos direitos de origem comum. Ao invés do indivíduo do liberalismo, trata-se agora de minorias étnicas, culturais, raciais, sociais ou de gênero, as quais reclamam direitos para os respectivos grupos. Muda-se também o objeto de disputa de direitos desses grupos e o direito a uma identidade cultural autêntica e a um processo de subjetivação autônoma, ou seja, formação de identidades positivas, baseadas em critérios valorativos próprios. E essa nova configuração social torna-se um desafio para o campo jurídico, que deve enfrentar os impasses perpetrados pela contraposição dos sujeitos de direitos coletivos e do sujeito de direito individual.²¹

Dentro dessa nova configuração de direitos, é necessário que se esclareça sobre o conceito dos direitos individuais e direitos coletivos.

A distinção entre eles é estabelecida por Aparicio, que define os direitos individuais como o conjunto de direitos sociais, culturais, políticos e civis que tem como sujeito exclusivo as pessoas individualmente consideradas. Assim, a exigência de respeito dos direitos humanos individuais reconhecidos pelos textos internacionais segue sendo uma demanda constante das pessoas pertencentes aos povos indígenas. Apesar de sua declarada universalidade, a permanência de uma posição social de especial vulnerabilidade faz com que tais indivíduos se encontrem com enormes dificuldades para ver cumpridas as pretensões ou expectativas que tais direitos estão chamados a garantir²².

Enumera o autor, dentre esses direitos individuais, os mais constantemente descumpridos: o direito à educação, à saúde, aos direitos trabalhistas em geral, o direito de associação, o direito de acesso à justiça, os direitos linguísticos, dentre outros, e, como resumo, causa e resultado da vulnerabilidade do restante dos direitos, o direito a não discriminação. Aponta o autor que se trata de direitos de tipo universal, embora isso não implique que seu conteúdo, seu conjunto de faculdades deva ser idêntico para todo contexto e situação. Os direitos respondem a necessidades armazenadas e, embora existam necessidades universais, transculturais, sua concretude e o modo de efetivá-las dependerá do contexto espacial e

²¹ SOUSA, Rosinaldo. Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant de. *Antropologia e Direitos Humanos*. Niterói: EdUFF, 2001, p. 61.

²² APARICIO, Marco. El derecho de los pueblos indígenas a Libre determinación. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 400-401. (Série Derechos Humanos).

temporal em que produzem. No caso das pessoas pertencentes a povos indígenas, essa relatividade do conteúdo dos direitos universais é especialmente notória, pois sua satisfação exigiria uma adaptação especial às circunstâncias próprias de cada situação²³.

E, ao olhar para os povos indígenas, percebe-se a importância dos direitos coletivos no contexto cultural de cada etnia, pois a vida desses povos se realiza coletivamente.

Sobre os direitos coletivos, Aparicio tece a consideração que os direitos humanos não somente são direitos atribuídos a pessoas ou sujeitos individuais, também os grupos ou sujeitos coletivos podem, em razão de determinadas características compartilhadas, ter pretensões em torno de certos interesses ou necessidades comuns. Existem ocasiões nas quais determinada coletividade se manifesta por meio de uma instituição que o Direito contempla para a representação de interesses coletivos ou grupais²⁴.

Nessa perspectiva, o autor exemplifica que são direitos coletivos o direito dos sindicatos de negociar com os empregadores, o direito de uma associação de consumidores ou usuários de fazer valer suas pretensões frente a um prestador privado ou estatal de serviços. Mas também são direitos coletivos o direito de sujeitos coletivos não agrupados em torno de uma instituição jurídica de tipo associativo, como é o caso das minorias culturais em um determinado Estado e seu direito de manter e desenvolver a própria língua ou certos traços culturais que lhes permitam sobreviver como tais. Também se insere nessa exemplificação o direito dos povos à livre determinação²⁵.

No entanto, para Villoro, não há um direito coletivo que contradiga ou se oponha aos direitos humanos individuais. Nesse sentido, esclarece que o direito dos povos não tem por titular um sujeito separado da totalidade de indivíduos desse povo. Para ele, não existe um sujeito intencional à parte do indivíduo e somente a ele corresponde o valor da dignidade humana que requer a preservação de sua liberdade, mas as pessoas são sujeitos situados, e um elemento de sua condição humana é o pertencimento a um todo social. Então, o indivíduo não pode ser livre se não se garante seu direito a essa associação, o qual pressupõe a subsistência do todo social a que pertence²⁶. Para o autor:

El derecho de los pueblos no crea un sujeto moral supraindividual, garantiza una condición para respetar la dignidad de todo sujeto moral. Sin embargo, sí se refiere a un

²³ APARICIO, Marco. *El derecho de los pueblos indígenas* ..., p. 400-401.

²⁴ *Ibidem.*, p. 401.

²⁵ *Ibidem*, p. 401.

²⁶ VILLORO, Luis. Multiculturalismo y Derecho. *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. edición de Esteban Krotz. – 2a edición. – Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2014, p. 223.

sujeto jurídico colectivo. En efecto, cuando un conjunto de personas, unidas por una forma de vida y una tradición, se asocian para formar un Pueblo, crean instituciones sociales propias y aceptan fines y valores compartidos en un proyecto común, entonces contruyen una entidad colectiva que trasciende a cada individuo en particular.²⁷

Já Taylor sustenta que assegurar os direitos das minorias culturais exige estabelecer direitos coletivos e defini-los prioritariamente frente aos direitos civis e políticos²⁸.

Sobre a identidade cultural como direito coletivo dos povos se situar acima dos direitos e liberdades individuais, Real Alcalá considera que existe uma configuração doutrinária intolerante, cortando qualquer possibilidade de “*identidades compartidas*”, tão necessárias nas sociedades plurais. E, em razão dessa tendência intolerante, o direito à identidade cultural como direito coletivo, às vezes, está situado moral, política e juridicamente acima dos direitos individuais no Estado Constitucional. Para o autor, trata-se de um tema muito polêmico se os direitos coletivos hão de situar-se acima dos direitos individuais²⁹.

Assim, recorre Alcalá à opinião de Peces-Barba, para quem os sujeitos coletivos somente existem se estão regulados pelo Direito³⁰ a fim de salvaguardar a segurança jurídica, que é um dos valores constitucionais superiores do ordenamento jurídico³¹, respaldado, ainda, por A.E. Perez-Luño, que considera que os entes coletivos poderão ter direitos “mas nunca (poderão ser titulares) de direitos humanos”³², pois se trata - como afirma F. Llano - de “entes indeterminados, imprecisos ou difusos”³³.

Esclarece, porém, que para outro setor da doutrina, por exemplo, López Calera, os direitos coletivos são inquestionáveis³⁴, encontrando-se também nessa orientação Kymlicka, a

²⁷ VILLORO, Luis. Multiculturalismo..., p. 223.

²⁸ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo y “la Política del Reconocimiento”*. México: FCE, 1993, p. 68.

²⁹ ALCALÁ, J. Alberto. *El derecho a la identidad cultural: ¿derecho de persona o derecho de los pueblos?* Navarra: Thompson Reuters; Aranzadi, 2014. (Estudios E).

³⁰ PECES-BARBA, G. Los derechos colectivos. Madrid: Universidad Carlos III, p. 73 y ss, *apud* ALCALÁ, J. Alberto del Real. *El derecho a la identidad cultural...*, *cit.*

³¹ PECES-BARBA, G. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, *cit.*, p. 65, *apud* ALCALÁ, J. Alberto del Real. *El derecho a la identidad cultural...*, *cit.*

³² PÉREZ-LUÑO. A. E. Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos. *In: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos*, *cit.*, p. 266 e ss.

³³ LLANO ALONSO, F. H. Los derechos colectivos desde una perspectiva humanista-cosmopolita. *In: ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2001, *cit.*, p. 243-257, especialmente p. 248 e ss.

³⁴ LÓPEZ CALERA, N. M. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000, p. 102 e ss.

fim de compatibilizar direitos individuais e direitos coletivos³⁵, e J. Lucas³⁶, segundo o qual os direitos coletivos têm o *status* de autênticos “direitos”.

Todavia, para Clavero, muitas vezes o reconhecimento desses direitos coletivos ocorre apenas quando estes sirvam aos direitos individuais. Assim, adverte o autor:

[...] não se concebe apenas um direito individual, este direito privado. Direito, também se admite coletivo, de uma coletividade, mas só aquele ou somente daquela que corresponda ou sirva ao primeiro, ao direito de autonomia pessoal e de propriedade privada, a esta liberdade civil fundamental que assim se concebia. Dito de outro modo, só tem cabimento como público o direito não de qualquer comunidade, mas somente da instituição política constituída de acordo com o referido fundamento, com vistas a sua existência e asseveramento.³⁷

Para Mbaya, os direitos humanos, desde sua afirmação, que ocorreu na Segunda Guerra Mundial, ocupam um lugar à parte no direito internacional, sendo que os especialistas têm dificuldade em integrá-los ao seu esquema teórico e intelectual, de tal modo que as costuras são visíveis, e os artifícios abundantes, quando os internacionalistas se esforçam para incluí-los na sistemática de direito internacional geral, pois conduzem ao tema da universalidade dos direitos humanos frente à diversidade das culturas. Nesse sentido, a percepção dos direitos humanos está condicionada no espaço, no tempo, por múltiplos fatores de ordem histórica, política, econômica, social e cultural. Assim, seu conteúdo real será definido de modo diverso, e suas modalidades de realização variarão³⁸.

Há de se ter em mente que o mundo se apresenta com uma diversidade de culturas, que, nas palavras de Lévi-Strauss é “[...] *mucho más grande y rica que todo lo que estamos destinados a conocer jamás*”. Dessa forma, esclarece o autor:

[...] que son muy diferentes entre sí y tienden a generar fuerzas de inclusión o exclusión entre ellas. Esta diversidad cultural que se ubica dentro de los Estados propiamente establecidos, contiene una serie de elementos como ubicación geográfica, grupos, lenguas, costumbres, particularidades del medio, etc.³⁹

Neste sentido, Clavero expõe que tanto as comunidades tradicionais próprias como todas as estranhas, tais como as indígenas, sem soberano nem constituição, ficam excluídas de

³⁵ KYMLICKA, W. Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal. In: *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 14, México, DF, p. 5-36, 1996.

³⁶ LUCAS, O. J. *apud* LÓPEZ CALERA, N. M. *¿Hay derechos colectivos?: individualidad y socialidad en la teorí de los derechos*, cit., p. 102 e ss.

³⁷ CLAVERO, Bartomé. *Derecho Indígena...*, cit., p. 27.

³⁸ MBAYA, Etienne-Richard, *Gênese, evolução...*, cit., p. 29.

³⁹ LÉVI-STRAUSS, C. *Raza e Historia*. Madrid: Altaya, p. 38. In: Global Policy Forum (s.f). *Cultural Relativism vs. Universalism*, 1999<https://www.globalpolicy.org/home/163-general/29441.html>

um nível paritário do ordenamento jurídico ou mesmo do campo do direito; o primeiro no que diz respeito às próprias, o segundo, o mais excludente, no que diz respeito às alheias, as que não respondam à forma estatal.⁴⁰

Há de se considerar que, segundo Mbaya, os direitos humanos, entendidos como direitos inalienáveis do ser humano estão, assim, relacionados a padrões culturais de cada povo. Estes são direitos sem os quais não pode o homem alcançar a felicidade, a qual sempre está condicionada a uma vida digna. Indaga, então, se estariam os direitos humanos embasados em exigências morais⁴¹. Dessa forma, como estabelecer uma moral pública que nortearia o que é considerado direito humano em sociedades pertencentes a povos diferentes?

Apesar de não se deter a respeito da diversidade étnica e cultural, sobre a questão da pluralidade moral, John Rawls observa que a pluralidade é tão inevitável como desejável. Inevitável porque os seres humanos, utilizando suas capacidades racionais, formam concepções diferentes e igualmente plausíveis do que consideram uma vida digna. E desejável porque se constata o fato de que cada um possui talentos e oportunidades diferentes e necessita dos demais para levar adiante essa parte de si mesmo que não havia sido capaz de cultivar por si próprio⁴².

Os povos indígenas, detentores de uma grande diversidade moral, étnica e cultural, que difere em muitos aspectos da sociedade ocidental, são titulares de direitos individuais e, inquestionavelmente, de direitos coletivos, pois cada etnia forma um grupo com forma de vida, costumes, línguas distintas e reivindicações pelas terras tradicionalmente ocupadas por esses grupos.

E, nesse sentido, discorda-se de Pérez-Luño, para quem os entes coletivos não podem ser titulares de direitos humanos, exemplificando com o direito às terras tradicionais dos povos indígenas, pois o direito à terra, para os indígenas, é equiparado à sua própria dignidade; portanto, é seu direito fundamental e coletivo, como se observa pelo depoimento do indígena Guarani-Nhandeva, quando, ao ser indagado sobre o que seria uma vida digna para o índio hoje, o Cacique Guarani-Nhandeva P. chorou e respondeu que eles precisam de terra, que, quando tiverem as suas terras:

[...] aí eu vou ver meu povo feliz. Vários morreram na luta pela terra. Eu não sei se eu vou conseguir ver, eu acredito, eu tenho que acreditar. A terra para nós, eu não sei se a senhora ficou na chuva, ou em algum lugar que tem terra desse jeito, quando começa a garoar, bem fininho, quando aquela poeira começa a subir, já sentiu o cheiro da terra,

⁴⁰ CLAVERO, Bartomé. *Derecho Indígena...*, cit., p. 27.

⁴¹ MBAYA, Etienne-Richard, *Gênese, evolução...*, cit., p. 29.

⁴² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, p. 4 e ss.

dessa poeira? Esse cheiro é que é a nossa vida, acreditamos que é esse cheiro que sustenta a nossa alma, então terra é essencial para nós, a terra é nós. Mas eu acredito que não vou ver essa demarcação das nossas terras. Nós precisamos de terra, é só isso que a gente precisa.⁴³

Assim sendo, enquanto a terra no ordenamento positivo tem um sentido privatista com disposições sobre a forma de compra e venda, sempre visando às relações comerciais entre os indivíduos, a relação do índio com a terra está em patamar superior, é direito coletivo e, ao mesmo tempo, poderia ser traduzido como um de seus direitos da personalidade e, dessa forma, seria inalienável, impenhorável, imprescritível. O direito à terra faz parte de seu conceito de direitos humanos, pois, quando este lhe é negado, é como se lhe retirassem uma parte de seu ser, é como se lhe fosse negado o direito à vida⁴⁴.

A luta que é travada atualmente é justamente para a efetivação desses direitos inerentes aos seres humanos e aos grupos de seres humanos que compartilham direitos coletivos, perpassando todas as dimensões e enfrentando as vicissitudes entre a normatização e a concretização desses direitos, levando-se em conta realidades culturais muito distintas.

As relações entre as sociedades indígenas e a sociedade majoritária são mediadas pelos direitos fundamentais⁴⁵. Vale lembrar que, através do diálogo com realidades diferenciadas, os direitos humanos, sejam eles individual ou coletivamente considerados, podem migrar do plano abstrato para a concretude necessária à realização da justiça em cada contexto étnico.

Nesse sentido, de acordo com John Rawls, pode-se entender a justiça como a primeira das instituições sociais, em que a verdade se liga aos sistemas de pensamento. Para o autor, embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se injustas. Nessa linha de pensamento, cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros⁴⁶.

A noção de justiça social não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, numa sociedade

⁴³ Cacique Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo: o princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 142.

⁴⁴ UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo ...*, cit., p. 149.

⁴⁵ SILVA, Paulo. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015, p. 206.

⁴⁶ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça ...*, cit., p. 3-4.

justa, as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. Quanto a isso, nas palavras de Rawls:

A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis.⁴⁷

Ao esclarecer sobre justiça, Michael Walzer considera que a justiça é invenção humana, e duvida-se que seja feita de uma só maneira. Assim, as questões apresentadas pela teoria da justiça distributiva admitem uma série de respostas, e há espaço dentro dessa série para a diversidade cultural e as opções políticas. Não é só questão de implementar algum princípio singular ou conjunto único de princípios em diversas circunstâncias históricas. Ninguém negaria que existe uma série de implementações moralmente permissíveis. Para ele, os princípios da justiça são pluralistas na forma, os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos, e essa diversidade provém de interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural⁴⁸.

Nessa particularidade, no âmbito da efetivação dos direitos dos povos indígenas, deve-se buscar a concretização da justiça cultural no cotidiano desses povos para, então, garantir a proteção plena de seus direitos humanos.

Os direitos humanos, para Amartya Sen, são representação de uma pauta ética universal, cristalizada na demanda de que todas as pessoas em posição de fazer algo para defender esses direitos têm uma boa razão para fazê-lo⁴⁹.

Dessa forma, considerando as evoluções da proteção dos direitos fundamentais no plano do direito constitucional, especialmente em função das inovações introduzidas pelas novas Constituições latino-americanas, e da proteção dos direitos humanos no plano internacional e transnacional, os direitos relativos aos povos indígenas se inserem em um horizonte mais amplo

⁴⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça ...*, cit., p. 4.

⁴⁸ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias Araújo. Coleção justiça e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 4-5.

⁴⁹ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Lisboa: Editora Almedina, p. 409.

de lutas pela emancipação humana, que contempla novos direitos e novos sujeitos de direito na proteção do patrimônio natural e cultural da humanidade.⁵⁰

Assim, os direitos humanos dos povos indígenas vão além de seus valores individuais, consubstanciam-se nos valores coletivos que perpassam dimensões distintas daquelas dos não índios, no seu modo de ser que expressa a cosmovisão, a exemplo do sentimento em relação à terra, que para eles é asseguradora de sua própria existência.

2. Interculturalidades e multiculturalismo

2.1 Direito à diferença cultural

Com a ocorrência da redefinição de sujeitos de direito – do indivíduo à coletividade – a disputa por direitos passa a depender de interpretações das necessidades grupais enquanto merecedoras de direitos específicos, e o que decide a legitimidade da concessão diferenciada de direitos é o *ethos* cultural do grupo que clama por direitos diferenciados, baseados na sua identidade particular. E, então, nesse caso, a diferença cultural ou de gênero toma dimensões políticas bem definidas, constituindo assim as bases de uma política cultural.⁵¹

Para assim se constituir essa política, faz-se necessária a participação de todos, e daí é que nasce a legitimidade das decisões, ao considerar que, de acordo com Enrique Dussel, o poder que reside sobre o povo é poder compartilhado simetricamente, e a legitimidade permite a convicção interna das decisões tomadas: “Tenho que obedecer às leis, mas, se participo das decisões (se sou origem da lei), obedeço a mim mesmo. Se não participo, vejo a lei como estrangeira”. Se os direitos mudam ao longo da história, mudam, também, conforme a cultura local. Mas é necessária a compreensão de que nenhuma cultura tem todos os direitos, a fim de que se estabeleça um diálogo intercultural com mútuo aprendizado⁵².

No que se refere aos povos indígenas, na maioria das vezes, não lhes é garantida nenhuma participação nas decisões, as leis se afiguram alienígenas e não são resultado dos seus anseios, pois eles não são origem da lei.

⁵⁰ MELO, Milena; BURCKHART, Thiago. Direito indígena e inovações constitucionais na América Latina: uma leitura a partir da teoria crítica do direito. *Revista Jurídica – CCJ*, v. 17, n. 34, p. 97-120, jul./dez. 2013, p. 100.

⁵¹ YUDICE, George. O Multiculturalismo e novos critérios de Valoração Cultural. *In: Revista Sociedade e Estado*, v. IX, n. 1-2, jan./dez., 1994, p. 11 *apud* SOUSA, Rosinaldo Silva, cit., p. 61.

⁵² DUSSEL, Enrique. Palestra proferida por ocasião da I Semana de Educação em Direitos Humanos, na Universidade Metodista de São Paulo, sob o tema “Educação e Religião na América Latina: Memória, Justiça e Libertação”. Disponível em: <http://www.metodista.br/fateo/noticias>. Acesso em: 25 jan. 2014.

Apoiar os novos direitos, que eclodem em toda a América Latina, é apoiar o processo da história, tal como esclarece o professor Enrique Dussel, para quem “A América Latina vive hoje uma ‘segunda independência’, com movimentos de emancipação e afirmação de novos direitos”. Completa afirmando que: “Vivemos uma época muito bonita, muito criadora. Há tudo a ser pensado”⁵³.

Nesse sentido, é preciso, porém, espaço entre as decisões com um olhar sobre as diferenças culturais, para possibilitar a conquista de direitos que de fato se efetivem, pois nasceriam das aspirações próprias de cada povo.

Conforme esclarece Antonio Carlos Wolkmer, o lastro de abrangência dos “novos” direitos, legitimados pela consensualidade das forças sociais emergentes, não está rigidamente estabelecido ou sancionado por procedimentos técnico-formais, porquanto diz respeito a direitos concebidos pelas condições de vida e pelas exigências de um devir, direitos que “só se efetivam se conquistados”. Porém, pode-se descortinar, a partir de algumas necessidades imperiosas, justas e indispensáveis, a justificativa para a eficácia e a legitimidade dos direitos do novo tipo. Dentre eles, o autor menciona: direito a satisfazer as necessidades existenciais: alimentação, saúde, água, ar, segurança etc.; direito a satisfazer as necessidades materiais: direito à terra (direito da posse, direito dos sem-terra), direito à habitação (direito ao solo urbano, direito dos sem-teto), direito ao trabalho, ao salário, ao transporte, à creche etc.; direito a satisfazer as necessidades sociopolíticas: direito à cidadania em geral, direito de participar, de reunir-se, de associar-se, de sindicalizar-se, de locomover-se etc.; direito a satisfazer as necessidades culturais: direito à educação, direito à liberdade de crença e religião, direito à diferença cultural, direito ao lazer etc.; direito a satisfazer as necessidades difusas: direito à preservação ecológica, direito de proteção ao consumo etc.; direito das minorias e das diferenças étnicas; direito da mulher, direito do negro, do índio, da criança e do idoso⁵⁴.

Conforme relata Yrigoyen, na última década do século XX, emerge o que poderíamos chamar de “horizonte pluralista” como um novo modelo de gestão da multiculturalidade. No contexto do questionamento internacional aos quinhentos anos do “Descobrimento/ Invasão”, dá-se a adoção da Convenção 169 da OIT, os movimentos de reivindicação de direitos dos povos indígenas e as reformas constitucionais em mais de uma quinzena de países na América Latina⁵⁵.

⁵³ DUSSEL, Enrique. *Educação e Religião na América Latina...*, cit.

⁵⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 166-167.

⁵⁵ YRIGOYEN, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El*

Esse movimento ocorreu entre 1987 e 2001, quando a maior parte dos países latino-americanos empreendeu o caminho do que Van Cott denominou de “constitucionalismo multicultural”⁵⁶, quando vários textos constitucionais incorporaram referências ao caráter multicultural ou multiétnico da “sociedade nacional”.

Segundo Yrigoyen, o centro dessas mudanças é que questiona três heranças fundamentais dos períodos anteriores. Em primeiro lugar, busca-se o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos políticos, e não somente como objetos de políticas que ditam os outros, isto é, como sujeitos com direito a controlar suas próprias instituições e autodefinir seus destinos. Isto significa a ruptura da ideologia da inferioridade e da suposta necessidade de tutela estatal cunhada pela Colônia para legitimar a subordinação política e a exploração econômica dos povos originários. Em segundo lugar, questionam-se as heranças centrais da juridicidade republicana: os binômios Estado-nação e Estado-direito. Quebra-se a ideia de que o Estado representa uma nação homogênea (com uma só identidade cultural, idioma e religião), e passa a reconhecer-se a diversidade cultural, linguística e legal. Ao questionar-se o monopólio da produção jurídica pelo Estado, admitem-se diversos graus de pluralismo legal, reconhecendo-se aos povos e comunidades indígenas e campesinas o direito de ter seu próprio direito, autoridades e formas de justiça⁵⁷.

Apesar desse reconhecimento, Bobbio destaca que embora existam cada vez mais leis para a proteção dos direitos do homem, direitos sempre novos e que estão cada vez mais especificados, uma coisa é falar desses direitos e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva, pois à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas se torna cada vez mais difícil⁵⁸. Como se sabe, os direitos sociais são mais fáceis de proteger do que os direitos de liberdade. Contudo se sabe que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente em um Estado de direito.

Salienta-se que a proteção efetiva dos direitos somente se dará de forma plena se for respeitada a especificidade do direito de cada indivíduo, mas também de cada grupo social.

Torna-se, então, fundamental para o estabelecimento dos direitos coletivos ou grupais que se contemple o direito das minorias étnicas, culturais, raciais, sociais e de gênero e lhes

Outro Derecho, Bogotá, n. 30, p. 172-173, jun. de 2004.

⁵⁶ VAN COTT, D. L. *The Friendly Liquidation of the Past: the Politics of Diversity in Latin America*, University of Pittsburg Press, 2002, *apud* YRIGOYEN, Raquel. *Pluralismo jurídico, derecho indígena...*, cit., p. 173.

⁵⁷ YRIGOYEN, Raquel. *Pluralismo jurídico, derecho indígena ...*, cit., p. 173.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos ...*, cit., p. 63.

assegurem plena cidadania, levando em consideração a diferença, pois somente através dessa negociação entre Estado e minorias é que se poderá administrar o dilema do direito à diferença e a igualdade de direitos⁵⁹.

O direito à diferença cultural, apesar de expresso nas legislações e tratados, não é priorizado no trato da coisa pública nem na implantação de programas governamentais que acolham e contemplem a especificidade dos povos indígenas.

Apesar do reconhecimento da pluralidade étnica e cultural nas declarações e constituições, verifica-se que a efetividade dos direitos de povos culturalmente distintos depende da criação de outras leis que lhes deem concretude por parte do Estado.

2.2 O deslocamento do olhar: diálogo intercultural

Observa-se, assim, que, a partir desse novo direcionamento expresso nos textos legais, ocorreu um novo movimento: o do deslocamento do olhar para o diferente, condição essencial para que a solidariedade entre os povos se concretizasse⁶⁰.

Sob esse enfoque, compreende-se, hoje, uma nova abrangência dos Direitos Humanos: da visão subjetivista para a cosmovisão, contexto em que a prática da alteridade é de importância fundamental para a sua consolidação, pois a alteridade significa ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro.

Contudo o problema fundamental em relação aos direitos do homem, de acordo com Bobbio, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, pois não se trata de um problema filosófico, mas político⁶¹.

Nessa direção, salienta-se a necessidade do diálogo intercultural para que os direitos humanos deixem o plano abstrato e se concretizem, para que sejam uma realidade para todos os povos, pois, conforme já pontificava Protágoras, “o homem é a medida de todas as coisas”, e esse homem tem muitos rostos, culturas e viveres totalmente diferenciados, somente através do diálogo pode se compreender as distintas mundividências.

Conforme Esquirol, no contexto da interculturalidade, uma das palavras mais utilizadas, sem dúvida, é o “diálogo”, pois todo mundo se propõe dialogar, celebram-se suas virtudes e deplora-se a falta de diálogo que supostamente há na maioria dos conflitos⁶². Assim, basta o

⁵⁹ SOUSA, Rosinaldo. *Direitos humanos...*, cit., p. 63.

⁶⁰ UJACOW MARTINS, Tatiana. *Reflexões sobre Direitos...*, cit., p. 752.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos...*, cit., p. 24.

⁶² ESQUIROL, Josep M. *Diálogo y Encuentro: uno mismo y los otros: de las experiencias existenciales a la*

que se sabe pelo sentido comum para defender a conveniência do diálogo para muitas situações da vida em geral e, também, para os temas e as situações relativas à interculturalidade: a relação entre grupos culturais distintos.

Entre esses grupos culturais distintos, Habermas destaca que o problema das minorias “inatas”, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, torna-se mais agudo nessas sociedades multiculturais⁶³. Para ele, quando essas sociedades estão organizadas como Estados democráticos de direito, apresentam-se, ademais, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão “com sensibilidade para as diferenças”: a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias. Através disso, dentro de determinados territórios e em determinados campos políticos, mudam as totalidades fundamentais dos cidadãos que participam do processo democrático, sem tocar nos seus princípios⁶⁴.

Porém, no âmbito das comunidades indígenas, onde os conhecimentos e valores se transmitem de forma oral, na maioria das situações de fricção com o posicionamento ocidental, não lhes é reconhecida a autonomia cultural.

Ao que foi exposto, complementam as palavras de Touraine, para quem:

El multiculturalismo solo tiene sentido si se define como la combinación, en un territorio dado, de una unidad social y de una pluralidad cultural (...) mediante intercambios y comunicaciones que utilizan diferentes categorías de expresión, análisis e interpretación⁶⁵.

Em termos gerais, o multiculturalismo refere-se a uma postura moral e politicamente favorável ao pluralismo cultural e aos modelos de integração social e de gestão política que persigam seu desenvolvimento. Os princípios da tolerância e do respeito seriam, pois, essenciais à estrutura normativa do multiculturalismo. Sua institucionalização corresponde, pelo lado

interculturalidad. Barcelona: Helder Editorial, 2005, p.69.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astot Soethe [UFPR]. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 166.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro ...*, cit., p. 166.

⁶⁵ TOURAINE, A. Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas.. *In: Claves de Razón Práctica*, n. 56/10, p. 16. 1995.

jurídico, ao âmbito dos direitos cidadãos; se postos em prática, correspondem aos programas de políticas públicas do Estado intervencionista.⁶⁶

É mister, além do reconhecimento da pluralidade de culturas, uma reforma nas organizações institucionais e nos modos de produção jurídica para que se contemple a diversidade de povos e culturas.

Contudo, no contexto indígena, para a professora indígena Pinto de Ângelo, da etnia Pareci, está ocorrendo uma perda do referencial coletivo e necessita-se de um “avivamento”, baseado nas premissas: conhecimento – identidade – reconhecimento⁶⁷. Precisa haver o retorno do pensamento voltado para a comunidade, a ligação de memória coletiva, de povo, de etnia.

Quando se fala de integração social, segundo a professora, a palavra integrar sempre foi usada, porém é inadequada, pois, na política indigenista, tem o significado de desaparecer. Ela acredita que deve ocorrer a interculturalidade, ou seja, o índio pode fazer uso dos dois conhecimentos; deve apropriar-se de novos conhecimentos, mas não se integrar, para manter sua identidade. É fundamental o diálogo entre os dois conhecimentos: o da sociedade ocidental e o da sociedade indígena. Dessa forma, o conhecimento não será fragmentado, pois os índios vão ter uma visão do “todo”⁶⁸.

Dessa forma, Pinto de Ângelo acredita na necessidade de uma ressignificação dos conhecimentos, mas sem perder o referencial mítico. Diz ela: “a educação indígena é voltada para o coletivo. A avó já sabe o modelo de educação. É preciso que ocorra um reforço no referencial mítico, das origens, para que haja uma reafirmação da identidade, da memória coletiva, da memória oral”⁶⁹.

Os direitos humanos têm que ser reconceitualizados como interculturais para poderem operar como forma de cosmopolitismo insurgente, como globalização contra-hegemônica, segundo Santos, para quem, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais em abstrato, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica⁷⁰.

⁶⁶ COLOM, Francisco. *Razones de identidad: Pluralismo cultural e Integração política*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 1998, p. 105.

⁶⁷ Francisca Novantino Pinto de Ângelo é índia pareci, de Mato Grosso, tem 40 anos, é professora e membro do Conselho Nacional de Educação, entrevista. In: UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Direito ao Pão Novo: o princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁸ ÂNGELO, Francisca Novantino Pinto *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão...*, *cit.*, p. 177.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 441-442. (Coleção Para Um Novo Senso Comum, v. 4).

Em vista disso, torna-se mister explicar que os termos interculturalismo, multiculturalismo e pluralismo cultural podem levar a diferentes juízos valorativos e a diferentes graus de indeterminação semântica.

Existem autores que, fazendo diferença entre o plano descritivo e normativo, conforme Garzón López, concebem o termo multicultural fazendo referência ao fato da diversidade cultural, sendo que o conceito multiculturalismo se refere à resposta normativa a este fato⁷¹. Outros autores concebem o multiculturalismo como fato e o interculturalismo ou o pluralismo cultural como a resposta normativa. Nesse sentido, Garzón López cita Soriano, para quem:

“El interculturalismo es un término que tiene el mismo significado que despierta para muchos autores la expresión “multiculturalismo”. Sin embargo, creo que sería más apropiado reservar esta segunda expresión para la constatación empírica de la coexistencia de las culturas, en tanto que interculturalismo tiene una pretensión normativa o prescriptiva y alude a la exigencia de un tratamiento igualitario dispensable a las culturas”⁷².

Sobre essa distinção, Garzón López cita, ainda, Mauricio Beuchot, que considera o multiculturalismo como “o fenômeno da multiplicidade de culturas que se dá no mundo” e como modelo que trata de explicar esse fato, o “pluralismo cultural”⁷³. López conclui que, em todos os casos, os autores mencionados coincidem na necessidade de “uma alteridade dialógica” entre as culturas, sendo que o ponto de inflexão se baseia em saber quais são os instrumentos, critérios e procedimentos para alcançá-lo⁷⁴.

Conforme a afirmação de Habermas, os cidadãos não são indivíduos abstratos, amputados de suas relações de origem, e o Direito, por intervir em questões ético-políticas, toca a integridade das formas de vida dentro das quais está enfronhada a configuração pessoal de cada vida⁷⁵.

Dessa forma, as relações de origem, que podem se traduzir nas relações com a cultura própria de cada povo, devem nortear o arcabouço do direito que diga respeito a esse povo. Isso nem sempre tem sido respeitado, conduzindo assim a um processo de afastamento da própria cultura, reforçando a hegemonia do colonizador.

⁷¹ GARZÓN LÓPEZ, Pedro. *Ciudadanía indígena: del multiculturalismo a la colonialidad del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, p. 38.

⁷² *Ibidem*, p. 38.

⁷³ BEUCHOT, Mauricio, in GARZÓN LÓPEZ, Pedro. *Ciudadanía indígena ...*, cit., p. 38.

⁷⁴ GARZÓN LÓPEZ, Pedro. *Ciudadanía indígena ...*, cit., p. 38.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe [UFPR]. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 164-165.

2.3 Descolonização

Vive-se, hoje, uma crise de paradigmas em uma sociedade pluralista e multifacetada, contexto em que se devem buscar convergências que levem ao respeito à cultura alheia e à assimilação de práticas, de vivências há muito desprezadas e desrespeitadas sob o manto do processo colonizatório, pois, à época da conquista, exploração e colonização do Novo Mundo, o colonizador impôs suas práticas jurídicas, educacionais e culturais, recusando-se a assimilar qualquer conceito diverso de seus paradigmas e cultura, tanto quanto a acatar outros saberes.

Assim, os conquistados, sobretudo os indígenas, de cultura milenar, vistos como seres exóticos, predestinaram-se à incorporação progressiva à sociedade ocidental. Imbuídos de uma pretensa superioridade cultural, os então soberanos abstiveram-se de saberes únicos e próprios de povos que, então, já se organizavam em sociedade e se estruturavam politicamente de forma diferente da do colonizador.

Para se efetivar o diálogo intercultural nas várias culturas dos povos de tradição milenar e resgatar suas necessidades e aspirações, é fundamental que ocorra um processo que se assemelha a uma “descolonização”, ou seja, é necessário que ocorra o resgate, a valoração e efetivação de conhecimentos tradicionais, há muito coibidas e anuladas pelo manto e pelo jugo do processo civilizatório. Essa seria uma forma de se permitir a esses povos a possibilidade de ser reconhecido seu direito à sua própria organização e se reorganizarem depois de tanto tempo de imposição cultural.

Seria necessária a ocorrência da chamada descolonização epistemológica, que Quijano define como *“un intento que [...] busca la gestación de un pensamiento en diálogo con conocimientos de la periferia que han sido despreciadas y/o silenciadas por la superioridad autoasignada de la cultura europea”*⁷⁶.

Sobre o termo descolonização, Prada Alcoreza aponta, ainda, que quer dizer muitas coisas: independência política das ex-colônias, luta anticolonialista, soberania, condições de igualdade e de equidade nas relações de intercâmbio, desestruturação das estruturas coloniais, reconstituição das instituições pré-coloniais e reterritorialização, desconstrução da institucionalidade da colonialidade e de seu âmbito de relações hierárquicas e discriminadoras, desmontagem do Estado colonial, emergência e erradicação de projetos civilizatórios e culturais encobertos, suspensão dos mecanismos de dominação, suspensão da dominação masculina,

⁷⁶ QUIJANO, A. Bien vivir: entre el “desarrollo” y la des/colonialidad del poder. *Viento Sur*, n.122, p. 46-56, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S0103-4014201800030037300063&lng=en. Acesso em: 15 dez. 2019.

destruição do Estado patriarcal, reconhecimento das identidades proliferantes, circulação de saberes, emergência de modernidades alternativas, pluralistas e heterogêneas.⁷⁷

Conforme explica Aparicio, descolonização é a superação das dinâmicas seculares de dominação e exclusão sociocultural.⁷⁸

Nesse sentido, além do reconhecimento dos direitos indígenas na legislação, necessária se torna a participação dos povos indígenas na construção de políticas públicas com o seu protagonismo, nas quais não sejam meros espectadores de um processo que lhes diga respeito, mas sujeitos que decidam sobre os direitos que devam ser efetivados no seu contexto. É necessária, então, uma reconfiguração do sistema político, através da participação e representatividade dos povos indígenas.

Isso seria alternativa, nas palavras de Silvia Cusicanqui, para articular “*la diversidad de un modo inédito y descolonizado*”⁷⁹.

Para Ela Castilho, falta aprofundar sobre os direitos dos povos à sua identidade cultural. A insuficiente delimitação do conteúdo dos direitos culturais deve-se ao fato de que a codificação desses direitos não se encontra sistematizada em um só tratado, mas, sim, dispersa em instrumentos universais e regionais⁸⁰, e acredita que a verdadeira razão seja o temor dos Estados de que o reconhecimento do direito às diferentes identidades culturais possa pôr em risco as unidades nacionais.

A autora ainda considera que esse temor revelaria a força do fenômeno histórico da colonialidade, que é constituída em um sistema eurocêntrico, embasado na inferiorização naturalizante de grupos humanos, lugares, saberes e subjetividades não ocidentais. E essa inferiorização se apoia na extração dos recursos e na exploração da força de trabalho em uma lógica de reprodução estendida do capital⁸¹. A colonialidade sobreviveu ao colonialismo (situação de submissão de povos por meio de um aparelho administrativo e militar metropolitano) e continua se reproduzindo por meio de discursos e tecnologias do desenvolvimento e da globalidade. Quanto à sua abrangência, a colonialidade abarca uma

⁷⁷ ALCOREZA, Prada. ¿Que és la descolonización? *Periódico Cambio*, 24 mar. 2010b. Disponível em: <http://www.cambio.bo/index.php?pag=leer&n=108366>. Acesso em: 29 jun. 2019.

⁷⁸ APARICIO, Marco. Ciudadanías intensas. Alcances da refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera Crisis (Coord). *La democracia y nuevas formas de participación*. Valencia: 2013. https://www.academia.edu/7226991/Crisis_de_la_democracia_y_nuevas_formas_de_participación. Acesso em: 30 maio 2019.

⁷⁹ CUSICANQUI, Silvia Rivera. *Violencias (re) encubiertas em Bolivia*. La Paz: Piedra Rota, 2010b, p. 68.

⁸⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Diversidade Cultural, esquecida da Justiça*, p. 1. Disponível em: <http://www.reformapolítica.org.br>. Acesso em: 30 jan. 2014.

⁸¹ *Ibidem*.

dimensão ontológica (colonialidade do ser) e uma dimensão epistêmica (colonialidade do saber)⁸².

A nossa identidade se molda em parte pelo reconhecimento ou por falta deste, conforme aponta Charles Taylor; frequentemente, também, pelo falso reconhecimento de outros, e assim, um indivíduo ou um grupo de pessoas pode sofrer um verdadeiro dano, uma autêntica deformação se as pessoas ou a sociedade que o rodeiam lhe mostram, como reflexo, um quadro limitativo, degradante ou depreciável de si mesmo. O falso reconhecimento ou a falta de reconhecimento pode causar dano, pode ser uma forma de opressão que aprisione alguém em um modo de ser falso, deformado e reduzido. A exemplo disso, de modo similar, as mulheres nas sociedades patriarcais, segundo sustentam algumas feministas, foram induzidas a adotar uma imagem desdenhosa de si mesmas. Internalizaram, assim, uma imagem de sua própria inferioridade, de modo que, ainda quando se suprimam os obstáculos objetivos aos seus avanços, podem ser incapazes de aproveitar as novas oportunidades, e elas estão condenadas a sofrer a dor de uma baixa autoestima. Estabeleceu-se, também, um ponto análogo em relação aos negros: que a sociedade branca lhes projetou durante gerações uma imagem deprimente de si mesmos, imagem que alguns deles não puderam deixar de adotar. Segundo essa ideia, sua própria autodepreciação se transforma em um dos instrumentos mais poderosos de sua própria opressão. Sua primeira tarefa deverá consistir em liberar-se dessa identidade imposta e destrutiva⁸³.

Com relação à depreciação imposta aos indígenas, Taylor aponta que:

Hace poco tiempo se elaboró un argumento similar en relación con los indios y con los pueblos colonizados en general. Se sostiene que a partir de 1492 los europeos proyectaron una imagen de tales pueblos como inferiores, "incivilizados" y mediante la fuerza de la conquista lograron imponer esta imagen a los conquistados. La figura de Calibán fue evocada para ejemplificar este aplastante retrato del desprecio a los aborígenes del Nuevo Mundo⁸⁴.

Concluindo, Taylor⁸⁵ considera que, dentro dessa perspectiva, o falso reconhecimento não somente mostra uma falta de respeito devido, como pode infligir uma ferida dolorosa, que causa às suas vítimas um ódio mutilador a si mesmas. Assim, o reconhecimento devido não somente é uma cortesia que devemos aos demais: é uma necessidade vital.

⁸² CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Diversidade Cultural*, cit., p. 1.

⁸³ TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo...*, cit., p. 20-21.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 21.

Quanto a essa falta de reconhecimento devido, é importante transcrever a fala do indígena Guarani-Nhandeva A.⁸⁶:

Veja por onde passa a dignidade. Índio é uma expressão que os brancos inventaram, não fomos nós que criamos isso. Nós somos Terena, Guarani, Kaiowá, Xavante, mas não somos índios. Por aí já deixaram a nossa dignidade de lado.

Nesse sentido, Wabua Xavante⁸⁷ adverte que:

Ninguém respeita aquilo que não conhece. Precisamos mostrar para os brancos quem somos, a força da nossa cultura. Só assim eles vão respeitar nosso direito, porque vão entender e admirar o que temos.

A falta do reconhecimento devido, a intromissão e o desrespeito à cultura dos povos indígenas levam a situações de perda da própria vida, como é o caso de muitos suicídios que foram cometidos na Reserva Indígena de Dourados, estado de Mato Grosso do Sul, Brasil.

O alto índice de suicídio registrados entre os Guarani-Kaiowá e os Guarani-Nhandeva chamou a atenção dos pesquisadores para agentes causadores desse fato..

Dados apresentados pelo Ministério da Saúde em 2017 demonstram que o Coeficiente de Mortalidade (CM) por suicídio entre os povos indígenas no Brasil foi quase três vezes maior que o CM por suicídio entre a população geral no país. Entre 2011 e 2015, o CM de suicídios entre a população brasileira foi de 5,5/100 mil hab., enquanto para as populações indígenas foi de 15,2/100 mil hab. A taxa de suicídios entre indígenas no Brasil é maior até mesmo que a taxa no mundo apresentada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2014, que era de 11,4/100 mil habitantes. O estado de Mato Grosso do Sul (MS), destaca-se a nível nacional por seus números elevados quanto às mortes de indígenas por suicídio. De acordo com o Ministério da Saúde (2017), o CM por suicídio em MS, correspondente ao período de 2011 a 2015, foi de 8,5/100 mil hab., maior que a média nacional de 5,5/100 mil hab. para o mesmo período⁸⁸.

Especificamente, na Reserva Indígena de Dourados, observou-se que as causas do suicídio, na maioria das vezes, são atribuídas à bebida, às drogas, ao feitiço, a fatores sobrenaturais ou à desesperança. Porém, esses fatores estão intrinsecamente ligados à morte da cultura indígena. Toda a interferência do não índio na vida do índio resultou em um etnocídio. Hoje, o índio não se percebe mais, não sabe mais quem ele é. Nota-se, também, que a bebida

⁸⁶ Guarani-Nhandeva A, *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 190.

⁸⁷ UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 191.

⁸⁸ STALIANO, Pamela; MONDARDO, Marcos Leandro; LOPES, Roberto Chaparro. *Onde e como se suicidam os Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul: confinamento, Jejuvy e Tekoha*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v39nspe/1982-3703-pcp-39-spe01-e221674.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

serviria como fator encorajador do suicídio. Constatou-se que os suicídios acontecem em todos os pontos da reserva indígena, pois existe pelo menos um caso de suicídio ocorrido em cada núcleo familiar. Percebe-se que os índios vivem uma crise de identidade e autoimagem, o que leva a pensar que, quando se suicidam, não estão matando eles mesmos, porque não existe mais eu. O ego cultural se foi, junto com seus rios, com suas matas, com sua terra⁸⁹.

Assim sendo, é fundamental pensar na efetivação de medidas que levem em conta essa realidade, respeitando o multiculturalismo existente, para o resgate da autoestima, da força e da beleza da cultura própria de cada etnia.

Porém, conforme Garzon López, o debate do “multiculturalismo” corresponde a uma questão de justiça relativamente recente, surgida nas últimas décadas do século passado. Isso traz consigo uma história de dominação e opressão de umas culturas sobre as outras, quando a política do reconhecimento aparece institucionalizada a partir da ideia moderna de Estado-nação, que tem a finalidade de desmistificar a política assimilacionista direcionada em homogeneizar a diversidade preexistente⁹⁰. Para ele:

“Así, desde la dimensión normativa del multiculturalismo surgen planteamientos que pretenden explicar o dar respuestas a desigualdades existentes entre sociedades culturalmente diferentes que conviven en un mismo espacio socio-político, siendo algunas cuestiones invocadas al respecto las siguientes: ¿Por qué algunas sociedades, culturas o grupos tienen más privilegios, poder o competencia que otros? ¿Por qué culturas asentadas en un mismo territorio desde tiempo inmemorial, como el caso de los pueblos indígenas, siguen subordinadas a la cultura central?⁹¹”.

Essas indagações são fundamentais para a tomada de decisões a respeito da concretização dos direitos dos povos indígenas, buscando-lhes a inclusão com sensibilidade para as diferenças.

Talvez a resposta a essas perguntas seja tal como se configura no depoimento do indígena Guarani-Nhandeva A., quando, em um desabafo, explica o que os não índios impuseram na sua aldeia:

Hoje, os políticos que se envolvem aqui dentro querem prestigiar um grupo que vai apoiá-los futuramente e desprestigiam outro, enquanto que em nosso meio tudo era discutido, se é bom para todos, tudo bem, se é bom só para um, vamos deixar de lado. Quando tiraram o prestígio do Capitão, menosprezaram o nhanderu, o rezador, eles desligaram a gente de toda a nossa crença, de todo o nosso princípio de vida. Quem pode ter dignidade se nem história tem? Se nem identificação tem, se ele perdeu a

⁸⁹ UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao pão novo...*, cit., p. 248.

⁹⁰ GARZÓN LÓPEZ, Pedro. *Ciudadanía indígena...*, cit., p. 39.

⁹¹ *Ibidem.*, p. 39.

cosmovisão, se ele perdeu a identidade? Ninguém tem dignidade sem identidade⁹².

Ao impor práticas alheias à cultura indígena e desprezar os seus líderes, seus religiosos, na tentativa de desligar da cultura, com o não índio imiscuindo-se no cotidiano das comunidades indígenas, ocorre uma pressão invencível para manter os povos indígenas subordinados à cultura não índia. Ao invés de incluí-los, respeitando as diferenças e a riqueza cultural desses povos, buscam aniquilar e desligar-lhes da cultura milenar que os sustentou até os dias de hoje.

No que tange à inclusão, de acordo com Habermas:

Los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho constituyen (...) los puntos de cristalización para una cultura política que incluya a todos los ciudadanos; esta cultura política es, a su vez, el fundamento de la coexistencia igualitaria de diferentes grupos y subculturas, cada uno de ellos con un origen y una identidad propios⁹³.

Dessa forma, Habermas inclina-se a uma política de reconhecimento igualitário dos indivíduos pertencentes a grupos culturais, no marco comum de uma democracia deliberativa e participativa.

Também Taylor respalda uma política de reconhecimento igualitário das culturas minoritárias, considerando que:

Es razonable suponer que las culturas que han aportado un horizonte de significado para gran cantidad de seres humanos, de diversos caracteres y temperamentos, durante un largo periodo (...) casi ciertamente tienen algo que merece nuestra admiración y nuestro respeto, aun si este se acompañara de lo mucho que debemos aborrecer y rechazar. Tal vez podemos decirlo de otra manera: se necesitaría una arrogancia suprema para descartar a priori esta posibilidad.⁹⁴

Taylor aponta que o pleno reconhecimento público como cidadãos iguais requer duas formas de respeito: o respeito à identidade única de cada indivíduo, qualquer que seja seu sexo, raça ou etnicidade, e o respeito àquelas atividades, práticas de modo de ver o mundo que são objeto de uma valoração singular ou que são inseparáveis dos membros dos grupos em desvantagem⁹⁵.

Segundo os nacionalistas liberais, de acordo com Kymlicka e Straehle, a relação entre autonomia individual e cultura nacional é mais complexa. A participação em uma cultura

⁹² Guarani-Nhandeva A., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão...*, cit., p. 205.

⁹³ *Ibidem*, p. 205.

⁹⁴ TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo...*, cit., p. 106 *apud* VALLESCAR, Diana de. *Cultura, multiculturalismo e interculturalidad*. Madrid: Editorial Covarrubias, p. 172.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 7.

nacional, longe de inibir a eleição individual, é o que converte a liberdade individual em significativa. Portanto a ideia básica é a seguinte: a modernidade se define (em parte, pelo menos) pela liberdade de eleição individual. Por que supostamente a eleição individual? As pessoas realizam eleições entre as práticas sociais de seu entorno, baseando-se em suas crenças sobre o valor dessas práticas. E a própria cultura nacional não só aporta tais práticas, também as dota de significado⁹⁶.

Esclarecem os autores⁹⁷ que, como indicam Margalit e Raz, o pertencer a uma cultura nacional proporciona opções significativas, no sentido de que "a familiaridade com uma cultura determina os limites do imaginável". Portanto, se uma cultura sofre um processo de decadência ou está discriminada, "as opções e oportunidades abertas a seus membros diminuirão, perderão seu atrativo e sua persecução terá menos probabilidades de êxito" ⁹⁸. Por essa razão, o compromisso liberal fundacional com a liberdade individual pode estender-se para gerar um compromisso com a viabilidade continuada e a prosperidade das culturas nacionais. Isto explica por que as pessoas necessitam ter acesso a sua própria cultura nacional, em lugar da integração em alguma cultura nacional, quiçá mais próspera. Porém os nacionalistas liberais oferecem várias razões acerca de por que é difícil para os membros de uma cultura em decadência integrar-se em outra.

Segundo Margalit y Raz, a opção de integrar-se é difícil não somente porque é "um processo realmente muito lento", senão também pelo papel que desempenha o pertencimento cultural na identidade das pessoas. Esse pertencimento tem um "alto perfil social", pois afeta a maneira em que os demais nos percebem e nos respondem, o que, por sua vez, molda nossa identidade. Por outro lado, a identidade nacional é especialmente adequada para servir como "foco de identificação primária", porque se baseia na associação, não na realização. Por conseguinte a identidade cultural proporciona um "ancoradouro para a autoidentificação (das pessoas) e a segurança de um pertencimento estável sem ter que realizar esforço algum". Mas isto, por sua vez, significa que o autorrespeito da pessoa está estreitamente ligado à estima que se tenha a seu grupo nacional. Se uma cultura não goza de respeito generalizado, então a dignidade e o autorrespeito de seus membros também se verão ameaçados⁹⁹. Taylor e Tamir

⁹⁶ KYMLICKA, Will; STRAEHLE, Christine. *Cosmopolitismo Estado-nación y nacionalismo de las minorias*. Um análisis crítico de la literatura reciente, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México. p. 56. (Serie Ensayos Jurídicos).

⁹⁷ *Ibidem*, p. 57.

⁹⁸ MARGALIT e RAZ, 1990, p. 449 *apud* KYMLICKA, Will; STRAEHLE, Christine. *Cosmopolitismo, Estado-nación...*, cit., p. 57.

⁹⁹ MARGALIT e RAZ, 1990, p. 449 *apud* KYMLICKA, Will; STRAEHLE, Christine. *Cosmopolitismo, Estado-*

sustentam argumentos similares acerca do papel que desempenha o respeito à “*pertenencia nacional*” como elemento de reforço da dignidade e identidade individuais¹⁰⁰.

Porém, Del Real Alcalá considera que o direito à identidade cultural, concebido como um direito coletivo fundamental, mostra-se como um direito bastante *ineficaz* na hora de proteger as liberdades culturais de toda a sociedade civil, porque não nos garante proteger as liberdades culturais de todos e é incapaz literalmente de levar adiante as de alguns ou mesmo as de muitos; razão pela qual o autor rejeita a concepção da identidade cultural como um direito coletivo dos povos, por corresponder-se a uma configuração certamente *primitiva e incompleta*, com numerosas *lacunas* que leva a um resultado incerto e contraproducente (excessivamente conflitivo) no exercício desse direito¹⁰¹. O resultado dessa concepção não é positivo, porque não tem conseguido resolver a identidade cultural como direito. Para ele:

Desde un punto de vista democrático, la identidad cultural de una comunidad no puede venir definida sino como un *resultado* que sea consecuencia del ejercicio de la libertad cultural por cada una de las personas que la habitan. Parece deseable que en el siglo XXI, en un contexto de derechos y libertades, la identidad cultural pasara de la sede de los pueblos (como derecho colectivo) a la sede de las personas (como libertad individual), y que asumiéramos que la identidad cultural de la comunidad debe limitarse a una identidad colectiva "derivada" de los individuos, dejando de constituir un *apriori*¹⁰².

Na opinião do autor¹⁰³, a consolidação da identidade cultural como direito somente pode vir por via da versão individualista, isto é, se a identidade se configura como uma liberdade do indivíduo (a liberdade cultural), que é parte integrante de sua liberdade pessoal e que, como tal, vale a pena tutelar.

As exigências de reconhecimento vão muito além da busca por tolerância, segundo aponta Parekh, fazendo uma leitura a respeito das diferenças relacionadas com a identidade cultural, o que os grupos distintos como povos indígenas, minorias nacionais, dentre outros, demandam é a aceitação, o respeito e a afirmação pública de suas diferenças, querem que a sociedade os trate em plano de igualdade ao resto e não lhes discrimine ou lhes coloque em situação de desvantagem, que, afinal, respeitem suas diferenças¹⁰⁴. Esclarece, ainda, que a busca

nación..., cit., p. 57.

¹⁰⁰ TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition in Multiculturalism and the "The Politics of Recognition"*, New Jersey Princeton Univ Press, 1992.

¹⁰¹ ALCALÁ, J. Alberto del Real. *El derecho a la identidad cultural: ¿derecho de Persona o derecho de los pueblos?* Navarra: Thompson Reuters; Aranzadi, 2014. p. 142. (Estudios E).

¹⁰² DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto del Real. *El derecho a la identidad cultural*, cit., p. 142.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 143.

¹⁰⁴ PAREKH, Bhikhu. *Repensando el Multiculturalismo: diversidad cultural y Teoría Política*. Madrid: Ediciones Istmo, S. A., 2005, p. 13-14. (Colección Fundamentos n. 222).

é para que se entenda sua forma de organizar os aspectos relevantes de sua vida ou de viver a sua vida, tanto individual como coletivamente, em igual validade com as demais.

A par desses direcionamentos, a cultura preponderante do colonizador até hoje tenta impedir que os povos indígenas expressem os seus direitos, que sejam os protagonistas de sua história. Muitas comunidades indígenas que buscam a demonstração e a efetivação de seu Direito, de suas regras de conduta, sofrem restrições e retaliações, veem-se em caminhos que não lhes asseguram nenhuma escolha e que representam rumos desconhecidos ou não desejados.

Conforme lembra Rodrigues Brandão, a educação do colonizador, que contém o saber de seu modo de vida e ajuda a confirmar a aparente legalidade de seus atos de domínio, na verdade não serve para ser a educação do colonizado, pois este, embora dominado, também possui sua educação em seu mundo, dentro de sua cultura. Se a educação existe no imaginário das pessoas e na ideologia dos grupos sociais, e se sua missão é transformar sujeitos e mundos em algo melhor, de acordo com as imagens que se têm de uns e de outros, na prática, a mesma educação que ensina pode deseducar e correr o risco de fazer o contrário do que pensa que faz ou do que inventa que pode fazer¹⁰⁵.

A construção de um conhecimento multicultural — lembra Santos — tem duas dificuldades: o silêncio e a diferença. O domínio global da ciência moderna como conhecimento regulação acarretou consigo a destruição de muitas formas de saber, sobretudo daquelas que eram próprias dos povos que foram objeto do colonialismo ocidental. Essa destruição produziu silêncios que tornaram impronunciáveis as necessidades e as aspirações dos povos ou grupos sociais cujas formas de saber foram objeto de destruição e, sob a capa dos valores universais autorizados pela razão, foi de fato imposta a razão de uma “raça”, de um sexo e de uma classe social¹⁰⁶.

No que tange aos povos indígenas, esse silêncio seguramente foi mais profundo e mais devastador. Muitos pesquisadores, tentando explicar os fenômenos sociais, culturais e jurídicos dos indígenas, procuravam adaptar suas descobertas a conceitos acadêmicos prévios e amoldar o que encontravam às suas próprias visões sobre o contexto indígena, o qual domina um conteúdo de sabedoria intangível e cujo viver não se desagrega da espiritualidade, da integração com a natureza, da cosmovisão que lhe é ínsita.

¹⁰⁵ RODRIGUES BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação?* 25. ed. São Paulo. Ed. Brasiliense, 1989. p. 11-12. (Coleção Primeiros Passos).

¹⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 30-31

2.4 Reconhecimento à dignidade cultural

A dignidade cultural para os povos indígenas deve ser resgatada desde a forma como são nominados, sempre em sentido muito genérico, não se respeitando seu modo de ser enquanto inserido em uma cultura peculiar, única em seus saberes e tradições. Desconsideram-se, ainda, as suas particularidades até na maneira como se definem as distintas etnias indígenas.

O Conselho Mundial de Povos Indígenas, uma das organizações de âmbito universal de maior presença nos debates internacionais sobre os direitos dos povos indígenas, destacando a especificidade e originalidade das identidades indígenas, apresenta a seguinte definição de povos indígenas:

“[...] grupos poblacionales como los nuestros que desde tiempos inmemoriales, habitamos las tierras en que vivimos, conscientes de poseer una personalidad propia, con tradiciones sociales y medios de expresión vinculados al país heredado de nuestros antepasados, con un idioma propio y con características esenciales y únicas que nos dotan de la firme convicción de pertenecer a un Pueblo, con nuestra propia identidad, y que así nos deben considerar los demás”.¹⁰⁷

Assim, conforme se extrai da definição, mas de maneira resumida, os povos indígenas têm uma personalidade própria, costumes transmitidos pelos antepassados, forma oral de expressão desses costumes, e consciência de pertencimento a um povo.

Nessa tentativa de definição, José R. Martínez Cobo, Relator Especial da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, em seu famoso “Estudo sobre o Problema de Discriminação contra Populações Indígenas”, apresentou uma definição de “comunidades indígenas, povos e nações”¹⁰⁸. Na oportunidade, expressou uma série de ideias básicas para fornecer o quadro intelectual para esse esforço, que incluiu o direito de os próprios povos indígenas definirem o que e quem é indígena, nesses termos:

The working definition reads as follows: Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing on those territories, or parts of them. They form

¹⁰⁷ OLIVA, J. Daniel. *Los Pueblos Indígenas a la Conquista de sus Derechos*: fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Agência Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 2012, p. 737.

¹⁰⁸ UN Doc.E/CN.4/ Sub.2/1986/7 and Add.E / CN.4 / Sub.2 / 1986/7 e Adicionar.1-4.1-4. The conclusions and recommendations of the study, in Addendum 4, are also available as a United Nations sales publication (UN Sales No. E.86.XIV.3). As conclusões e recomendações do estudo, na agenda 4, também estão disponíveis como publicação de vendas das Nações Unidas (número de venda ONU E.86.XIV.3). The study was launched in 1972 and was completed in 1986, thus making it the most voluminous study of its kind, based on 37 monographs. O estudo foi lançado em 1972 e foi concluído em 1986, tornando-se o estudo mais volumoso desse tipo, com base em 37 monografias.

at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal system¹⁰⁹.

Segundo Cobo, essa continuidade histórica pode consistir na continuação, por um longo período até atingir o presente, de um ou mais dos seguintes fatores:¹¹⁰ ocupação de terras ancestrais, ou pelo menos de parte delas; ancestralidade comum com os ocupantes originais dessas terras; cultura em geral, ou em manifestações específicas (como religião, viver sob um sistema tribal, pertencer a uma comunidade indígena, vestir, meios de subsistência, estilo de vida, etc.); idioma (seja usado como o único idioma, como língua materna, como o meio habitual de comunicação em casa ou na família, ou como língua principal, preferida, habitual, geral ou normal); residência em certas partes do país, ou em certas regiões do mundo, além de outros fatores relevantes¹¹¹:

“On an individual basis, an indigenous person is one who belongs to these indigenous populations through self-identification as indigenous (group consciousness) and is recognized and accepted by these populations as one of its members (acceptance by the group).“This preserves for these communities the sovereign right and power to decide who belongs to them, without external interference”.

Lopes da Silva lembra que as sociedades indígenas compartilham um conjunto de traços e elementos básicos, que são comuns a todas elas e as diferenciam de sociedades de outro tipo. A lógica e o modelo societal compartilhado pelos grupos indígenas são diferentes do nosso, ao que se seguem os seguintes questionamentos: o que faz com que uma sociedade seja indígena e o que as diferencia uma das outras?¹¹³ Para a autora, o modo de viver, de organizar as relações entre as pessoas e destas com o meio em que vivem e com o sobrenatural é o que faz que uma sociedade seja indígena. Sociedades indígenas são sociedades igualitárias, não estratificadas em classes sociais e sem distinções entre possuidores dos meios de produção e possuidores de

¹⁰⁹ As comunidades indígenas, os povos e as nações são aqueles que, tendo uma continuidade histórica com a pré-invasão e as sociedades pré-coloniais que se desenvolveram em seus territórios, se consideram distintos de outros setores das sociedades que prevalecem nos territórios ou partes deles. Eles formam atualmente setores não dominantes da sociedade e estão determinados a preservar, desenvolver e transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência contínua como povos, de acordo com seus próprios padrões culturais, sociais, instituições e sistema jurídico.

¹¹⁰ UN Doc.E/CN.4/ Sub.2/1986/7 and Add.E / CN.4 / Sub.2 / 1986.

¹¹¹ UN Doc.E/CN.4/ Sub.2/1986/7 and Add.E / CN.4 / Sub.2 / 1986.

¹¹² Supra 1, paragraphs 379-382. Supra1, parágrafos 379-382. Sobre uma base individual, um indígena é aquele que pertence a essas populações indígenas através da autoidentificação como indígena (consciência grupal) e é reconhecido e aceito por essas populações como um de seus membros (aceitação pelo grupo). Isto preserva para essas comunidades o direito soberano e o poder de decidir quem lhes pertence, sem interferência externa.

¹¹³ LOPES SILVA, Aracy, *apud* GRUPIONI, Luís Donisete Benzi, cit., p. 18.

força de trabalho. São sociedades que se reproduzem a partir da posse coletiva da terra e dos recursos nela existentes e da socialização do conhecimento básico indispensável à sobrevivência física e ao equilíbrio sociocultural dos seus membros.

Os povos indígenas são detentores de uma cultura diferenciada, uma sabedoria que foi passada de geração em geração. E a cosmovisão, que lhes é ínsita, é o novo enfoque dos direitos humanos, é o desafio que deve ser incorporado nas mentalidades e nas leis para a salvação da natureza, para o desenvolvimento com sustentabilidade, e para a própria sobrevivência da espécie humana. Nessa linha de pensamento, Ruiz Vieytez, esclarece que:

“La solidaridad colectiva también hace referencia a la armonización para el desarrollo de la persona. Armonización de lo que deba entenderse por medio ambiente adecuado. No en vano, uno de los objetivos primordiales del derecho al ambiente es la búsqueda de mayor igualdad en las condiciones de vida de todos los ciudadanos”¹¹⁴.

Os povos indígenas possuem seu sistema jurídico próprio, seu Direito, baseado em costumes, tradição, o qual independe de leis escritas, pois são transmitidos e aplicados oralmente, reconhecidos e compartilhados pela coletividade.

Portanto, se os direitos humanos, expressos em legislações dos mais variados países, têm a pretensão de reconhecer a dignidade própria de cada ser humano, não poderão ter efetividade se não se propiciar a interculturalidade, sob pena de serem desprezados direitos específicos de cada povo, direitos sem os quais não se pode falar em vida digna.

E vida digna, para os povos indígenas, passa pela dignidade de seu grupo social, significa ter saúde, educação de acordo com o seu processo educacional, meio ambiente equilibrado; ter o seu espaço, a terra de onde não somente retira o seu sustento, mas na qual afirma a sua espiritualidade; ter condições de viver a sua cultura e participar da sociedade envolvente em igualdade de condições e oportunidades, se assim o desejar, sem que isso signifique desaparecimento da cultura, mas intercâmbio de experiências.¹¹⁵

A terra, para os povos indígenas, é a grande mãe e, como tal, possui um valor infinitamente maior do que para a comunidade não índia, pois é o local onde eles reproduzem sua espiritualidade, seus conhecimentos ancestrais. Portanto a terra faz parte de seus direitos naturais e, dessa forma, o direito à terra pode ser considerado como um de seus direitos da

¹¹⁴ RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier. *El Derecho al Ambiente como Derecho de Participación*. Bilbao: Editora Arateko, 1992, p. 81.

¹¹⁵ UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 191.

personalidade, constituindo-se, então, um direito fundamental, inalienável, impenhorável e imprescritível.¹¹⁶

Para Walsh, a interculturalidade indica uma política cultural e um pensamento opostos aos baseados simplesmente no reconhecimento ou na inclusão, e seriam direcionados à transformação estrutural e sócio-histórica. Para a autora, é preciso uma política e um pensamento que parta e confronte a colonialidade do poder, mas que proponha outra lógica de incorporação, uma lógica radicalmente distinta da que orienta as políticas da diversidade estatal, que não busque a inclusão no Estado-Nação como está estabelecido, senão que, em vez disso, conceba uma construção alternativa de organização, sociedade, educação e governo em que a diferença não seja aditiva, mas constitutiva¹¹⁷.

Porém, no Brasil, ao invés de se realizar a interculturalidade, a troca de experiências, o respeito pelas diferenças e possibilitar o agregar de conhecimentos milenares dos povos indígenas, quando suas regras, valores e princípios divergem da cultura imposta pelo não índio, há pressões externas que impedem que os povos indígenas busquem soluções adequadas para seus próprios conflitos e, sem um consenso para o bem viver com respeito mútuo à cultura alheia, oprime-se esse povo que se sujeita novamente à vontade do “mais forte”.

Assim, não ocorre a efetivação do Direito, pois a interculturalidade, que poderia ser agente de transformação e de busca de soluções, não é praticada, emergindo os resquícios do processo colonizatório, e não se realizando a justiça.

E justiça, conforme Roberto Lyra Filho, é antes de tudo, justiça social, é atualização dos princípios condutores, emergindo das lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem¹¹⁸. Para ele, o Direito não é uma coisa acabada, é um “vir-a-ser”, é um processo, dentro do processo histórico, que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que enfraquece nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.

Portanto não se pode conceber o Direito como uma ordem engessada, aprisionado em seus próprios dogmas, distanciado da realidade social e da diversidade cultural dos povos

¹¹⁶ UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Direito ao Pão Novo...*, p. 142.

¹¹⁷ WALSH, Catherine. *Interculturalidad y Colonialidad del Poder*. In: WALSH, Catherine; LINERA, Garcia; MIGNOLO, Walter. *Interculturalidad, descolonización del Estado y del Conocimiento*. Buenos Aires: Del Signo, 2006, p. 34. (Colección El Desprendimiento: Pensamento crítico y giro Des-Colonial).

¹¹⁸ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 86. (Coleção Primeiros Passos, n. 62). p. 86.

indígenas. Os direitos humanos têm que ser concebidos no contexto onde se realizam, sob pena de os povos ficarem totalmente privados dos princípios que norteiam sua dinâmica e sua abrangência.

Na 2ª sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em 1947, Jacques Maritain asseverou que cada povo deve empenhar-se em compreender a psicologia, o desenvolvimento e as tradições, as necessidades materiais e morais, a dignidade própria e a vocação histórica dos outros povos; que esse despertar da compreensão mútua corresponde a uma necessidade de salvação num mundo que, daqui por diante, é um só para a vida e para a morte¹¹⁹.

Segundo Habermas, uma cultura majoritária, no exercício do poder político, ao impor às minorias sua forma de vida, está negando aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos¹²⁰.

De acordo com Nascimento, a proposta de diálogo intercultural deve partir de dois pressupostos: o reconhecimento de que existem conflitos e a necessidade de se reconhecer o diálogo como forma de trabalhar esses conflitos¹²¹.

A outra dificuldade do conhecimento multicultural, de acordo com Santos, é a diferença. Para ele, só existe conhecimento e, portanto, solidariedade nas diferenças, e “a diferença sem inteligibilidade conduz à incomensurabilidade e, em última instância, à indiferença”¹²², daí a necessidade da teoria da tradução para que uma necessidade, uma aspiração, uma prática numa dada cultura possa ser tomada compreensível e inteligível para outra cultura.

Quando se despreza a diferença, impedindo o diálogo, não se possibilita a realização da interculturalidade. Ao se imputar regras da cultura majoritária a povos culturalmente distintos, ignorando seu Direito, estão se estabelecendo padrões que não partem de sua cultura e, portanto, não terão legitimidade. Isso afasta a própria cultura e desvirtua princípios milenares, provoca uma ruptura na estrutura social, que se sedimenta em valores coletivos, valores salientados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos legislativos correlatos, contexto em que há uma evolução na discussão e adoção de novos princípios

¹¹⁹ MARITAIN, Jacques. Discurso na Segunda Sessão da Conferência Geral da UNESCO, 1947. In: UNESCO. *O Direito de ser homem*. Rio de Janeiro: Conquista, 1972.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro...*, cit., p. 164.

¹²¹ NASCIMENTO, José do. *Direitos humanos, multiculturalismo e as diversidades culturais*. Campo Grande: IDHMS, 2010, p. 87.

¹²² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão...*, cit., p. 30-31.

concernentes aos direitos humanos e com isso aos direitos fundamentais dos povos indígenas.

Assim, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiça.¹²³

Conforme lembra Aparicio:

La interculturalidad del Estado conlleva que no baste el reconocimiento de la existencia de múltiples culturas (multiculturalidad), sino que los distintos poderes de dimensión pública queden obligados a garantizar unas condiciones equitativas de participación en el diálogo entre dichas culturas (interculturalidad). Sin la promoción de dichas condiciones, que apuntan también a la construcción de identidades inclusivas, se abona el terreno de la dominación de la cultura o culturas hegemónicas sobre las minoritarias, por mucho que estén reconocidas constitucionalmente¹²⁴.

Face ao exposto nas palavras de tão consagrados autores, o que se pode perceber é o fato de que, no contexto das populações indígenas, apesar do reconhecimento constitucional, ainda não se vislumbra a participação efetiva e um diálogo intercultural, sendo-lhes imposta a ordem da sociedade não indígena, o predomínio de uma legislação em dissonância com seus direitos fundamentais, sem nortear-se o ordenamento jurídico estatal por um pluralismo jurídico. Não se vê, assim, uma transformação na estrutura societária que incorpore e respeite valores diferentes. Portanto, não se garante a dignidade cultural aos primeiros habitantes da Nação brasileira.

3. Pluralismo jurídico

Imperioso dizer que, para ser efetivada a interculturalidade no cotidiano dos povos de países pluriétnicos, é mister que essa interculturalidade se expresse no ordenamento jurídico Estatal. Este deve estar em conexão com os ordenamentos indígenas. Será desse relacionamento entre o ordenamento jurídico Estatal e os ordenamentos indígenas, que nascerá a possibilidade

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 59.

¹²⁴ APARICIO, Marco. La construcción de la autonomía indígena: hacia el Estado intercultural como nueva forma de Estado. In: SALAVADOR, Martí i Puig (Ed.). *Pueblos indígenas y política en América Latina: El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*. Barcelona: Fundació CIDOB, 2007, p. 271.

de haver justiça cultural no âmbito de um país, podendo falar-se, então, na existência de pluralismo jurídico.

3.1 Conceitos doutrinários

Sobre o pluralismo, Bobbio¹²⁵ afirma que três são as correntes que se autodefiniram como pluralistas e nasceram de três sistemas ideológicos: o socialismo, o cristianismo social e o liberalismo democrático.

O socialismo que se autodefine como pluralista é o do inglês Hobson, de Cole, de Laski, conhecido principalmente como *guild-socialism*, ou socialismo sindicalista, que tem uma de suas matrizes no socialismo autonomista e libertário de Proudhon. Num ensaio de 1941, Cole escreve: “A democracia real que existe na Grã-Bretanha deve ser procurada não no Parlamento, nem nas instituições do governo local, mas nos grupos menores, formais e informais [...] É nessas comunidades, na capacidade de se formarem rapidamente sob a pressão das necessidades imediatas, que reside o verdadeiro espírito da democracia”¹²⁶.

Em continuidade, Bobbio¹²⁷ esclarece ainda que a descentralização territorial de onde deriva a distinção entre governo central e governo local deve ser complementada pela descentralização funcional, através da qual o indivíduo é protegido não mais como mero cidadão, mas como produtor e consumidor. Quanto ao pluralismo da doutrina cristã-social, este está bem definido no *Códice di Malines*, onde se lê que “a vida humana se desdobra num certo número de sociedades”, as quais são, além do Estado — que constitui a sociedade política —, a família, as associações profissionais e de qualquer outra natureza, a Igreja e a sociedade internacional. A multiplicidade das sociedades naturais e não naturais é aduzida como uma prova contra as duas falsas doutrinas opostas entre si: o individualismo que deifica o indivíduo e o coletivismo que deifica o Estado.

Já o pluralismo liberal-democrático, segundo refere Bobbio, é a ideologia mais representativa da sociedade norte-americana, apesar de contestado muitas vezes no país¹²⁸. Um dos mais autorizados cientistas políticos americanos, Robert Dahl entende que a Constituição americana se inspirou nestes três princípios: a autoridade limitada, a autoridade equilibrada e o

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 17.

¹²⁶ COLE, *apud* BOBBIO, Norberto. *As ideologias ...*, cit., p. 17.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *As ideologias ...*, cit., p. 17-18.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 18.

pluralismo político. Em seguida, define este último: “Uma vez que os próprios mecanismos jurídicos e constitucionais podem ser subvertidos quando alguns cidadãos ou grupos de cidadãos ganham parcelas desproporcionadas de poder com relação a outros cidadãos, o poder potencial de um grupo deve ser controlado pelo poder potencial de outro grupo”. E enuncia-lhe o princípio fundamental com estas palavras:

Em lugar de um centro singular de poder soberano, devem existir muitos centros, mas nenhum deles deve ou pode ser inteiramente soberano. Na perspectiva do pluralismo norte-americano, o único soberano legítimo é o povo, mas o povo não deve nunca ser um soberano absoluto. A teoria e a prática do pluralismo norte-americano tendem a afirmar a existência de uma multiplicidade de centros de poder, sem que nenhum deles seja inteiramente soberano, ajuda a controlar o poder e a assegurar o consentimento de todos para a solução pacífica dos conflitos¹²⁹.

Conforme descreve Bobbio, como todas as palavras da linguagem política, também “pluralismo” é uma hidra de muitas cabeças. As várias formas de pluralismo, respeitando-se a base comum – qual seja, a valorização dos grupos sociais que integram o indivíduo e desintegram o Estado –, podem ser identificadas com base em dois critérios: existe um pluralismo arcaizante e outro modernizante. A polêmica contra o Estado-Leviatã pode ser mantida com o olhar voltado para o passado ou para o futuro. Olhando o passado, descobrimos a pequena comunidade, a corporação dos artesãos, o núcleo familiar ainda estreitamente agregado; numa palavra, o particularismo. Olhando o futuro, descobrimos a força brotando de novas formações sociais produzidas pela sociedade industrial, a vitalidade perene da sociedade civil que tende a absorver a sociedade política¹³⁰.

Da mesma forma, se esses dois aspectos do pluralismo são frequentemente inseparáveis, também são, por outro lado, perfeitamente distinguíveis.

O segundo critério de distinção entre os vários pluralismos é de natureza estrutural. Baseia-se na forma de conceber a estrutura da sociedade, interpretada ou projetada antes como um multiverso do que como um universo. Confrontando as diversas doutrinas pluralistas, encontra-se a distinção entre os dois modelos tradicionais do sistema social, o modelo orgânico e o modelo mecânico. Existe um pluralismo organicista e funcionalista, de um lado, e um pluralismo mecanicista e conflitualista, do outro. Enquanto pluralismos, os dois partem da constatação ou da exigência da sociedade desarticulada, mas a articulação é feita de maneira diferente.

¹²⁹ Dahl, Robert *apud* BOBBIO, Norberto. *As ideologias ...*, cit., p. 18-19.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. *As ideologias ...*, cit., p. 20.

O primeiro, organicista, concebe os vários entes dispostos num sistema hierárquico e finalístico. Cada parte tem sua colocação no todo, a partir da função que nele desenvolve com base numa ordem e num grau. O segundo, mecanicista, os concebe na relação de conflito que existe entre eles, e considera o todo como o resultado jamais definitivo de um equilíbrio de forças que se cindem e se recompõem continuamente. No primeiro caso, a ordem social é, por assim dizer, preestabelecida. É o caso do organismo humano, onde cada órgão executa a função que lhe é própria sem poder assumir outra, sob pena de destruir o todo de que faz parte. No segundo, a ordem social é o efeito do movimento interno dos corpos que o compõem e o renovam continuamente. O primeiro modelo é mais estático, o segundo, mais dinâmico.

O pluralismo da doutrina cristã-social é, pelo menos na origem, do primeiro tipo; o pluralismo liberal-democrático, do segundo. La Pira, que defendeu na Constituinte os direitos dos grupos primários, particularmente os da família, comenta: "O ideal a ser proposto numa sociedade pluralista é precisamente este ideal orgânico onde cada homem tenha uma função e um lugar no corpo social, função e lugar que deveriam ser definidos pelo assim chamado estado profissional que fixa a posição de todos no corpo social"¹³¹.

A utilidade dessas distinções está em permitir traçar as linhas divisórias no universo dos pluralismos e fazer compreender a razão pela qual, em cada forma de pluralismo, podem-se verificar juízos de valor contrastantes. Os conceitos políticos são não só descritivamente ambíguos, mas também emotivamente polivalentes.

Existem, ainda, para alguns doutrinadores, as distinções entre pluralismo jurídico e pluralismo jurídico-antropológico, sendo que o primeiro se caracteriza pela existência simultânea, no seio de uma mesma ordem jurídica, de regras de direito diferentes aplicando-se a situações idênticas, além da coexistência de ordens jurídicas distintas estabelecendo ou não relações de direito entre si.¹³² Já o pluralismo jurídico-antropológico¹³³ consiste na corrente doutrinária que insiste no fato de que à pluralidade dos grupos sociais correspondem sistemas jurídicos múltiplos compostos que seguem relações de colaboração, coexistência, competição ou negação; o indivíduo é um ator do pluralismo jurídico na medida em que ele se determina em função de suas vinculações múltiplas a essas redes sociais e jurídicas.

Para Santos, a ideia de pluralismo jurídico nos países pluriétnicos não seria de um sistema unitário, mas unificado, onde deve haver ao menos dois sistemas jurídicos: um

¹³¹ LA PIRA *apud* BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder...*, cit., p. 20.

¹³² BELLEY, Jean-Guy, *apud* SILVA, Paulo Thadeu, in *Os Direitos dos Índios ...*, cit., p. 175.

¹³³ ROULAND, Norbert, *apud* SILVA, Paulo Thadeu, in *Os Direitos dos Índios ...*, cit., p. 175.

eurocêntrico e um indocêntrico, que não estão totalmente separados. Há que se criar, então, formas de convivência.¹³⁴

Concluindo sua análise sobre pluralismo, Bobbio dispõe que pluralismo evoca positivamente um estado de coisas no qual não existe um poder monolítico e, pelo contrário, havendo muitos centros de poder bem distribuídos territorial e funcionalmente, o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito, o que é a quintessência da democracia¹³⁵. Negativamente, dá a imagem de um estado de coisas caracterizado, de um lado, pela falta de um verdadeiro centro de poder e, de outro, pela existência de inúmeros centros de poder continuamente em luta entre si e o poder central, ou seja, pela prevalência dos interesses particulares, setoriais e grupais sobre o interesse geral, das tendências centrífugas sobre as centrípetas, pela fragmentação do corpo social em vez de sua benéfica desarticulação.

No contexto brasileiro, onde se vive em um Estado Democrático de Direito, entende-se que o pluralismo jurídico seja a forma mais eficaz para obstacularizar o domínio exclusivo do Estado nas tomadas de decisões que direcionam a vida de milhões de cidadãos que vivem em um país pluriétnico e megadiverso como o Brasil.

Conforme doutrina Sgarbi:

Consequência óbvia de admitir-se a existência de organizações políticas sem Estado que possuem “direito” é a de haver “pluralismo jurídico”. Porque, por “pluralismo jurídico”, define-se a situação de respeito entre ordens normativas jurídicas distintas, em um mesmo território, as quais reclamam obediência. Nesse sentido, tem-se: distinção de ordens normativo-jurídicas; identidade territorial; pretensão de obediência de ambas as ordens jurídicas¹³⁶.

Reale traz a reflexão sobre se pode haver ou não positividade jurídica sem Estado, ou seja, se poderia haver Direito sem positividade, já que a marca do Direito Estatal é a positividade. E, nesse sentido, o pluralismo jurídico não associa Direito com Direito Positivo, considerando até mesmo a possibilidade de Direito sem o Estado e, ainda assim, equivalente a este.¹³⁷

¹³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *La reinvenção del Estado y el Estado Plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia: Alianza Interinstitucional CENDA/CEJIS/CEDIB, 2007, p. 24.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder ...*, cit., p. 21.

¹³⁶ SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 46. (Coleção Filosofia e Direito).

¹³⁷ REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. X, fasc. IV, p. 463, out./dez. 1960, p. 206.

Nessa perspectiva de dogmatização do Direito moderno, é que se podem retomar as preocupações de Reale no que tange a ser possível ou não a positividade jurídica sem Estado.

Ora, a problematização no que diz respeito se há ou não "Direito sem positividade" e/ou se a "positividade só resulta do Estado", encontra resposta diferente em duas tendências tradicionalmente antagônicas: o monismo e o pluralismo jurídico. Não obstante algumas interpretações mais atenuantes, a rigor o monismo jurídico consagra que todo Direito é criação do Estado e, por conseguinte, todo Direito Estatal é Direito Positivo. A positividade, enquanto processo de formulação, generalidade e validade objetiva, é o traço essencial do Direito Estatal. Por outro lado, o pluralismo jurídico não só deixa de associar o Direito com o Direito Positivo, como, sobretudo, admite a existência do Direito sem o Estado e, mais ainda, que pode existir até Direito positivo sem Estado equivalente ao do Estado. A soberania, destarte, não é uma, mas múltipla, sendo a soberania do Estado, quando muito, um superlativo relativo.¹³⁸

A construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, pluralista e sem preconceitos, como aquela inaugurada pelo Preâmbulo da Constituição da República de 1988, passa necessariamente pelo respeito aos direitos dos índios e exige o reconhecimento dos interesses indígenas individuais e coletivos; a participação desses povos nas tomadas de decisões que os afetem e, fundamentalmente, a efetivação do pluralismo jurídico que, no ordenamento jurídico brasileiro, é a coexistência com outros sistemas ou ordens jurídicas fundadas em normas, usos, costumes e tradições que regulam a vida social de um grupo de pessoas.¹³⁹

De acordo com Yamada e Belloque, o pluralismo jurídico é admitido na ordem jurídica brasileira, não só com relação aos sistemas jurídicos indígenas. Já de longa data, o ordenamento jurídico nacional, através da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, exige – em certos casos – que a aplicação da lei brasileira seja afastada para a utilização de lei estrangeira¹⁴⁰. Além disso, é possível o afastamento da legislação brasileira por meio da arbitragem e da aplicação dos costumes e regras comerciais.

Ehrlich concebe o Direito como um produto espontâneo da sociedade, e esta é formada por organizações bem diversificadas ou associações humanas inter-relacionadas, a exemplo dos grupos, comunidades religiosas, corporações, classes, partidos políticos e famílias, que

¹³⁸ REALE, Miguel. *Fundamentos ...*, cit., p. 206.

¹³⁹ 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, Luis Fernando (Coord.). *Direito penal e povos indígenas*. 1. ed. 3. imp. Curitiba: Juruá, 2014. p. 123-124.

¹⁴⁰ YAMADA, Erika M.; BELLOQUE, Juliana G. *Pluralismo jurídico: direito penal ...*, cit., p. 124.

interagem entre si e conservam, parcial ou totalmente, a autonomia diante do Estado¹⁴¹. Cada uma dessas associações cria sua própria ordem jurídica interna sem qualquer vínculo com outras formas de organização, podendo, ou não, haver influência recíproca¹⁴².

Na ordem interna dessas associações, é que se revelaria a primeira e a mais fundamental forma do Direito.¹⁴³

No pensamento de Ehrlich¹⁴⁴, a função primordial do Direito em todos os lugares não é a resolução dos conflitos, mas sim a instituição de uma ordem pacífica interna das relações sociais de qualquer associação humana. E o centro gerador do Direito, em qualquer época, não deve ser procurado "na legislação nem na jurisprudência, nem na doutrina ou tampouco no sistema de regras, senão na própria sociedade".

Assim, de acordo com Ehrlich, o verdadeiro Direito é o "Direito vivo", que não se prende a dogmas, doutrinas, normas de decisão ou prescrições estatais, mas provém da "vida concreta e diária das pessoas", das relações entre os homens¹⁴⁵. Para ele, é um "Direito vivo" que se contrapõe ao Direito vigente dos tribunais e dos órgãos estatais, e domina a vida de forma originária e realista, não precisando impor-se através de fórmulas técnicas e regras fixas, sendo que a eficácia repousa em sanções não formalizadas institucionalmente¹⁴⁶.

Portanto o que seria levado em consideração no aspecto de efetividade seria a legitimidade que essas regras da vida costumeira dos indivíduos têm perante essa mesma sociedade que as estabelece e as aceita como obrigatórias.

Nesse sentido, Gurvicht entende que a legislação estatal não é a única nem a principal fonte do mundo jurídico, existindo numerosos grupos sociais ou sociedades globais, independentes do Estado e capazes de produzir formas jurídicas, pois cada grupo possui uma estrutura que engendra sua própria ordem jurídica autônoma reguladora de sua vida interior¹⁴⁷. Para ele, existem diferentes ordens jurídicas se limitando reciprocamente na esfera de sua independência e colaborando sob um plano de igualdade¹⁴⁸.

¹⁴¹ Cf. EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986, p. 27-29 e 286.

¹⁴² *Ibidem*, p. 34, 36 e 39.

¹⁴³ WOLKMER, Antonio. *Pluralismo jurídico...*, cit., p. 192.

¹⁴⁴ Cf. EHRLICH, Eugen. *Fundamentos...*, cit., p. 25; GURVITCH, Georges. *Sociología del derecho*. Rosario: Editorial Rosário, 1945. p. 165; FRIEDMANN, W. *Théorie générale du droit*. 4. ed., Paris: LEDJ, 1965. p. 199.

¹⁴⁵ EHRLICH, Eugen, *apud* Wolkmer, Antonio Carlos in *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, 3. ed., São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 193.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 193.

¹⁴⁷ GURVICH, Georges, *apud* Antonio Carlos in *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, 2001, p. 195.

¹⁴⁸ TOULEMONT, René. *Sociologie et pluralisme dialectique*. Introduction a l'oeuvre de Georges Gurvitch. Louvain/Paris: Nauwelaerts, 1955. p. 80-82.

Examinando a obra de S. Falk Moore, Griffiths enaltece a postura inovadora de seu trabalho para o pluralismo jurídico, identificando, nas pretensões daquela, dois intentos muito claros. Primeiramente, ao contrário de outras versões mais recentes, o fato de S. Falk Moore inclinar-se a um pluralismo de matiz horizontal, "resultante de interações entre campos sociais que não são colocados numa posição hierárquica"¹⁴⁹. Por outro lado, opondo-se à visão instrumental do "centralismo legal" dos juristas que reduzem todo Direito à vontade de um órgão legislativo, a antropóloga prioriza a normatividade determinada por campos sociais que estão em "autonomia parcial" frente à ordem estatal, que determina, por conseguinte, que o indivíduo não obedeça "tão somente ao Direito estatal, mas igualmente às regras - jurídicas ou não - emanadas de entidades múltiplas e coordenadas nos campos sociais semiautônomos"¹⁵⁰.

Ainda que tenha priorizado esses aspectos, na realidade, como pondera Griffiths, S. Falk Moore teria dado demasiada ênfase à "ação do Direito estatal na esfera de cada campo social semiautônomo" quando poderia ter privilegiado a análise "das relações existentes entre campos não estatais".¹⁵¹

Por fim, cabe mencionar um dos resgates teóricos mais auspiciosos do pluralismo jurídico feito por Griffiths, em seu artigo *What is Legal Pluralism?*, de 1986. Trata-se de um texto fundamental no qual o autor faz uma crítica contundente a algumas das mais destacadas formulações pluralistas que acabam, no seu entender, não conseguindo romper definitivamente com o Estado. Assevera Griffiths que a ideologia do "centralismo jurídico" tem sido o maior obstáculo para o desenvolvimento da moderna teoria do Direito. Ora, enquanto o pluralismo jurídico é fato decorrente de qualquer campo social vinculado a condutas persuasivas, o "centralismo jurídico" é um "mito, um ideal, um clamor e uma ilusão". Além disso, o poder dessa ideologia que concebe o Direito como ordem exclusiva e unificada numa hierarquia de proposições normativas, está fortemente introjetado na imaginação dos juristas positivistas, cabendo ao "pluralismo jurídico" desbancá-lo, contribuindo com uma proposta empírica mais clara que redefina o lugar do Direito na vida social¹⁵².

¹⁴⁹ Cf. GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism* n. 24, 1986, p. 38; ROULAND, Norbert, *Pluralismo Jurídico...*, cit., p. 90.

¹⁵⁰ ROULAND, Norbert, *Pluralismo Jurídico...*, cit., p. 88; GRIFFITHS, John, *What is legal ...*, cit., p. 36-37; FALK MOORE, Sally, cit., p. 745.

¹⁵¹ Cf. GRIFFITHS, John. *What is legal...*, cit., p. 38; ROULAND, Norbert, *Pluralismo Jurídico...*, cit., p. 90.

¹⁵² Cf. GRIFFITHS, John, *What is legal...*, cit., p. 3-5; GUEVARA-GIL, Armando; THOME, Joseph. Notes on legal pluralism. *Beyond Law*, Bogotá: ILSA, v. 2, jul. 1992, p. 85-87.

Especificando o conjunto dessas questões, assevera criticamente Griffiths, que é necessário distinguir duas modalidades de pluralismo legal: aquele permitido pelo próprio Estado e outro realmente autêntico, que consegue desgarrar-se de seu controle.

3.2 Pluralismo cultural

Ao transcrever a posição dos doutrinadores, transpondo para a realidade brasileira, indaga-se: Qual seria o pluralismo cultural vigente no Brasil entre as diversas comunidades indígenas? Qual seria o pluralismo jurídico assegurado aos povos indígenas na Constituição Federal de 1988?

De acordo com Aparicio, como é sabido, a democracia não somente assegura uma sociedade de iguais, senão também uma sociedade livre. E não há sociedade livre sem pluralismo cultural, pois o monismo cultural não só bloqueia e dificulta o desenvolvimento do modo de vida dos grupos humanos não dominantes, senão de toda a sociedade em conjunto, assim como de seus membros, pois acaba com a possibilidade de optar entre “horizontes de sentido” diversos. Assim, o reconhecimento do pluralismo cultural leva, necessariamente, ao reconhecimento da livre determinação dos grupos culturais. A livre determinação é precisamente isso, livre; e, por isso, pode adotar formas múltiplas. Se estivermos diante de um grupo cultural territorialmente assentado que não pretende romper as fronteiras da estatalidade, falaremos de direito de autonomia¹⁵³.

Quanto ao pluralismo jurídico, Aparicio expõe que:

El pluralismo jurídico es una de las dimensiones del pluralismo cultural. El pluralismo jurídico, entendido en su entera dimensión, no es cuestión de grados sino de naturaleza y exige una reformulación de las mismas nociones de Derecho y de poder político, que deben desprenderse de su esencial y determinante unidad. No es mera adaptación de las instituciones jurídicas y políticas existentes para hacerlas más flexibles al dato cultural; se trata de una transformación del concepto de Derecho, de sus fuentes, y del concepto de poder político, de sus espacios y sus protagonistas¹⁵⁴.

Portanto isso implicaria ter que falar de uma nova forma de Estado, pois o que se modifica não é a configuração e a relação que os poderes políticos tenham entre si, senão os vínculos entre os três elementos que conformam o Estado: poder político, população e território¹⁵⁵.

¹⁵³ APARICIO, Marco, La construcción de la autonomía..., cit., p. 269-270.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 270.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 270.

No Brasil, com a Constituição de 1988, abre-se caminho para o reconhecimento do pluralismo jurídico, mas a falta de efetivação, de oportunidade de debate, de reconhecimento da legitimidade do direito dos povos indígenas, além da ausência de incorporação de seu direito próprio pela ordem jurídica, conduzem à resposta das perguntas formuladas anteriormente, ou seja, o pluralismo aceito e reconhecido é apenas o cultural, pois somente se dá efetividade às normas indígenas no âmbito interno de suas comunidades. Assim sendo, o pluralismo jurídico distanciado está no que se refere aos povos indígenas brasileiros, evidenciando, dessa forma, o caráter colonialista ainda vigente.

Wolkmer lembra que, nas suas reflexões, Boaventura de S. Santos deixa transparecer que o colonialismo impulsionou tanto a sociologia quanto a antropologia, para resgatar o problema do pluralismo jurídico¹⁵⁶. Na realidade, examinando mais atentamente o fenômeno, assinala o professor de Coimbra que o surgimento do pluralismo legal reside em duas situações concretas, com seus possíveis desdobramentos históricos: "origem colonial"; "origem não colonial". No primeiro caso, o pluralismo jurídico desenvolve-se em países que foram dominados econômica e politicamente, sendo obrigados a aceitar os padrões jurídicos das metrópoles (colonialismo inglês, português etc.). Com isso, impôs-se, forçosamente, uma unificação e administração da colônia, possibilitando a coexistência, num mesmo espaço, do "Direito do Estado colonizador e dos Direitos tradicionais", autóctones, convivência que se tornou, em alguns momentos, fator "de conflitos e de acomodações precárias"¹⁵⁷.

No segundo caso, Santos ressalta que devem ser consideradas, no âmbito do pluralismo jurídico de "origem não colonial", três situações distintas. Primeiramente, países com cultura e tradições normativas próprias, que acabam adotando o Direito europeu como forma de modernização e consolidação do regime político. E, por fim, aquela situação em que populações indígenas ou nativas, não inteiramente dizimadas e submetidas às leis coercitivas dos invasores, adquirem a autorização de manter e conservar seu Direito tradicional (população autóctone da América do Norte e da Oceania etc.)¹⁵⁸.

Conforme lembra Villares, se o Direito ignora o pluralismo jurídico e a existência de formas indígenas próprias de resolução de conflitos, são colocados em risco o direito individual do índio e o direito coletivo de todo um povo¹⁵⁹. Ou seja, ao não respeitar o pluralismo jurídico, impede-se que os índios vivam e se organizem conforme seus costumes e tradições.

¹⁵⁶ WOLKMER, Antonio. *Pluralismo jurídico...*, cit., p. 219.

¹⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da...*, cit., p. 73-74.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 74-75.

¹⁵⁹ VILLARES, Luiz. *Direito Penal na ordem jurídica pluriétnica. In: Direito Penal e Povos Indígenas*, 1. ed.,

A forma própria de resolução dos problemas ocorridos na comunidade indígena é expressão da existência de um Direito Indígena, e constitui os instrumentos que asseguram a manutenção da ordem e do controle da comunidade.

Nessa linha, esclarece Wolkmer que cada sociedade se esforça para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Constata-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social¹⁶⁰.

A forma própria de resolução dos problemas ocorridos na comunidade indígena, a obediência às suas próprias normas, estabelecidas e transmitidas por gerações, aceitas e efetivas no âmbito da sua comunidade, são expressão da existência de um Direito Indígena e constituem instrumentos que asseguram a manutenção da ordem e da paz social. Esse direito é, portanto, um dado fático, porém desconsiderado, abrangido apenas no denominado pluralismo cultural da Nação Brasileira.

Existem caminhos para que o pluralismo jurídico se faça presente no âmbito legal brasileiro, considerando o novo caminho aberto pelos ditames constitucionais. Porém, é preciso muito mais do que isso. É necessário o engajamento das instituições estatais, da incorporação das demandas das lutas sociais pela concretização dos direitos expressos na Constituição e nas leis dela decorrentes.

4. Direito Indígena e Direito Indigenista

As normas de reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos indígenas somente poderão migrar do plano abstrato para a concretude necessária à realização da justiça cultural por meio do diálogo com realidades diferenciadas, tais como a realidade desses povos, que se realiza no coletivo.

Dentre os direitos fundamentais dos povos indígenas, destaca-se o direito ao seu próprio Direito: o Direito Indígena.

3ª reimpr. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 24.

¹⁶⁰ WOLKMER, Antonio. *Fundamentos de história do direito: O direito nas sociedades primitivas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 20.

4.1 Distinções conceituais

Ao abordar essa questão, é importante que se faça a distinção¹⁶¹ entre Direito indigenista e Direito indígena: Direito indigenista é aquele constituído por leis criadas para os índios, sem sua participação, ou seja, direito estatal para regular a situação jurídica dos povos indígenas. Direito indígena é o conjunto de regras da comunidade indígena; seria o direito próprio dos povos indígenas, que é transmitido de forma oral, de geração a geração.

De acordo com Anaya, os direitos dos povos indígenas não se afloram isoladamente, senão, como se demonstrou com os instrumentos de direitos humanos de aplicação geral, derivam de princípios de direitos humanos previamente aceitos, tais como a não discriminação, a autodeterminação, a integridade cultural e a propriedade. Os processos multilaterais que constroem um entendimento comum do conteúdo dos direitos dos povos indígenas também geram expectativas de comportamentos em conformidade com estes direitos. E, sob as modernas teorias jurídicas, esses processos que geram consenso e expectativas internacionais sobre os direitos dos povos indígenas são processos que constroem o Direito Internacional Consuetudinário. Assim, a existência de normas de Direito Internacional Consuetudinário é significativa porque os Estados, em geral, se encontram sujeitos a essas normas, inclusive aqueles Estados que não têm ratificado os tratados relevantes¹⁶².

Quanto às normas do direito consuetudinário, Anaya descreve que estas surgem quando um grupo preponderante de Estados e de outros atores com autoridade convergem em uma mesma maneira de entender o conteúdo das normas e, portanto, esperam que os comportamentos futuros se deem em conformidade com essas normas¹⁶³. E sobre a existência e conteúdo das normas de direito consuetudinário, explica Anaya que os pontos tradicionais de referência para determinar a existência e os conteúdos das normas consuetudinárias são as pautas relevantes da conduta atual de parte das agências estatais.

Para ele, atualmente, porém, a conduta atual dos Estados não é o único indício determinante necessário das normas consuetudinárias pois, com a chegada das modernas instituições intergovernamentais de caráter internacional e a melhora dos meios de comunicação, os Estados e outros atores têm entabulado um diálogo prescritivo que está aumentando, especialmente em cenários multilaterais, uma comunicação explícita que pode

¹⁶¹ Sobre essa distinção, ver UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 222-223.

¹⁶² ANAYA, James. Los derechos de los pueblos indígenas. *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Serie Derechos Humanos. Mikel Berraondo (Coord.). Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 54.

¹⁶³ ANAYA, James. “Los derechos ...”, cit. p. 54.

resultar em uma convergência de formas de entender e de ter expectativas sobre as normas, estabelecendo nessas normas um avanço para a aprovação, inclusive antecipadamente à generalização da pauta correspondente de atuação prática¹⁶⁴. Dessa maneira, o autor esclarece que se considera cada vez mais aceito que a comunicação explícita, do tipo que se realiza nas Nações Unidas e em outros foros internacionais com relação aos direitos dos povos indígenas, é em si mesma uma forma de prática que serve para construir normas consuetudinárias.

Sobre o conceito do Direito estatal que trata dos direitos dos povos indígenas, o nominado Direito Indigenista, Lobo o conceitua como:

“Um conjunto normativo que, informado de princípios e institutos próprios, constitui um emergente ramo autônomo de direito público, objetivando proteger as sociedades indígenas e seus integrantes, em suas relações interétnicas com a sociedade nacional envolvente”.¹⁶⁵

O autor considera como princípios diretivos do Direito indigenista os seguintes: a proteção dos índios e de suas comunidades é de interesse e dever do Estado; às populações indígenas reconhece-se o direito a serem reconhecidas como nações; o direito a seus territórios de acordo com suas necessidades sociais, culturais e econômicas; e o direito de decidir se desejam ou não se articular com a sociedade nacional dominante.¹⁶⁶

Para o autor, esses princípios refletem as necessidades sociais indígenas, que surgiram com a colonização, a qual estabeleceu uma sociedade dominante diferente da existente no Brasil. Ele destaca, ainda, como instituto jurídico muito próprio do Direito indigenista, a admissibilidade legal da coexistência de ordens jurídicas distintas da sociedade dominante. Tais princípios são aplicáveis entre os índios (cidadãos brasileiros). Também, os ordenamentos jurídicos consuetudinários desenvolvidos pelas comunidades indígenas são válidos e têm aplicação garantida, sendo reconhecidos seus efeitos, hoje, em toda a sua plenitude¹⁶⁷. Por essa razão, este seria um ramo do Direito Público.

Diverge-se do autor acima citado no que se refere à admissibilidade legal da coexistência de ordens distintas da sociedade dominante, pois as duas ordens jurídicas foram emanadas do Estado, sem que se incorporasse às que se referem aos povos indígenas o seu conceito de norma, o seu Direito. Reconhece-se apenas o que o legislador não indígena

¹⁶⁴ ANAYA, James. *Los derechos ...*, cit., p. 54.

¹⁶⁵ LOBO, Luiz. *Direito Indigenista Brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTR, 1996, p. 91.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 92.

¹⁶⁷ LOBO, Luiz. *Direito Indigenista Brasileiro...*, p. 93.

estabeleceu como adequado, característica do direito indigenista, para então coexistir com as normas estatais.

Sobre o direito indígena, Borja Jiménez esclarece que as regras procedem do costume, da tradição. Daí apresentam uma característica muito distinta do direito ocidental, pois, enquanto nos sistemas oficiais a principal fonte de delitos e penas é a lei, como instrumento normativo procedente de Assembleia Nacional, nos povos originários da América Latina as regras jurídicas de solução de conflitos provêm do direito consuetudinário¹⁶⁸.

Deve-se levar em conta, tratando-se de direito indígena das comunidades, a realidade de populações indígenas que diferem entre si, pois possuem línguas, tradições, costumes totalmente diferenciados. No Brasil, são 305 etnias com 274 línguas distintas¹⁶⁹.

Segundo relato do Instituto Socioambiental, estima-se que existam hoje no mundo pelo menos 5 mil povos indígenas, somando mais de 370 milhões de pessoas (IWGIA, 2015). Na listagem de povos indígenas no Brasil, elaborada pelo ISA, sete deles têm populações entre 5 e 40 indivíduos, sendo que, dos 247 povos listados, 48 têm parte de sua população residindo em outro (s) país (es). Assim, quando há informações demográficas a respeito disso, essas parcelas são contabilizadas e apresentadas separadamente, segundo a fonte da informação, e não são consideradas na estimativa global para o Brasil. Segundo o CENSO IBGE 2010, são mais de 240 povos indígenas que somam 896.917 pessoas. Destes, 324.834 vivem em cidades, e 572.083 em áreas rurais, o que corresponde aproximadamente a 0,47% da população total do país.¹⁷⁰

Conforme revelou o CENSO do IBGE 2010, a distribuição da população indígena por grupos de idade apresenta estrutura diferenciada conforme a sua localização. A pirâmide dos que vivem fora das Terras Indígenas denota um número menor de pessoas nas idades mais jovens, ao contrário do que ocorre dentro das Terras Indígenas, indicando, ainda, uma alta taxa de natalidade. A presença masculina é predominante dentro dessas terras (51,6%), enquanto que a feminina predomina fora delas (51,3%).¹⁷¹

¹⁶⁸ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Existe un Derecho Penal Indígena?* Conferencias Magistrales núm. 13. México DF: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, p. 13-14.

¹⁶⁹ Dados disponíveis em <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>. Acesso em 28 nov. 2019.

¹⁷⁰ Dados disponíveis em <https://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/populacao-indigena-no-brasil>. Acesso em 28/11/2019.

¹⁷¹ Dados disponíveis em <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>. Acesso em 28 nov. 2019.

Revelou, ainda, o CENSO que um total de 37,4% dos indígenas de 5 anos ou mais falavam no domicílio uma língua indígena, sendo que 17,5% não falavam o português. Já o percentual de indígenas que falava a língua indígena aumenta para 57,3% se considerados somente aqueles que vivem dentro das Terras Indígenas, aumentando, da mesma forma, o percentual daqueles que não falam o português (28,8%)¹⁷². No CENSO do IBGE/2010, observa-se a classificação dos indígenas do Brasil, segundo o tronco linguístico, família linguística, etnia ou povo.¹⁷³ Assim sendo, é necessário olhar para essa realidade e entender o caráter heterogêneo do direito de cada etnia.

Sobre essa heterogeneidade do Direito Indígena, explica Borja Jiménez que há de se ter presente que não nos encontramos ante um sistema sancionador homogêneo, pois existem tantos ordenamentos ameríndios como povoados das distintas etnias que os conservam e aplicam, isto é, vamos encontrar certos elementos comuns na maioria dos conjuntos normativos originários¹⁷⁴. Não obstante, para o autor, a heterogeneidade é uma característica que deriva da rica diversidade de culturas aborígenes, e essa diversidade cultural mostra cosmovisões, folclores, ritos, línguas, costumes e tradições, formas de vida que vão variando de etnia para etnia, de povoado em povoado, de aldeia em aldeia. Sendo o direito um mecanismo de regulação da própria coexistência dos grupos humanos integrantes de cada povo, deveria se falar já não em direito indígena, mas de direitos indígenas, na medida em que se encontram tantos sistemas jurídicos na América Latina quantas comunidades originárias diferenciadas com certa autonomia jurídica existam.

Esclarece o autor sobre a hierarquização ou valoração desses direitos:

“Esta característica se ha utilizado políticamente para hablar de un sistema de justicia de los pueblos indígenas de clase inferior, o de segunda categoría frente al estatal. No. No hay derechos de primera (normas escritas), y derechos de segunda (consuetudinario). [...] tan sólo significa que la fuente de creación de normas penales es distinta, en un caso es la ley, y en otro, la costumbre”¹⁷⁵.

Sobre essa distinção e sobre a característica da oralidade do Direito Indígena, esclarece, ainda, Borja Jiménez:

¹⁷² Dados disponíveis em <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>. Acesso em 28 nov. 2019.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica en Derecho Penal y Pluralidad Cultural*. Anuário de Derecho Penal 2006, disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2006_09.pdf. Acesso em: 16 jun. 2016, p. 110.

¹⁷⁵ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Existe un Derecho ...*, cit., p. 14.

Aunque excepcionalmente encontramos algunas normas de los pueblos originarios que se hallan reglamentadas, dichas normas no se pueden confundir con la legislación que el Estado elabora en relación con comunidades indígenas. Este es derecho estatal indígenista, pero no es derecho indígena, que es el que ahora nos ocupa. Estos supuestos de derecho indígena escrito, sin embargo, son excepcionales¹⁷⁶.

Para Villares, as normas reunidas ou sistematizadas das mais diversas comunidades e etnias indígenas são sistemas normativos que organizam a vida da comunidade, como as relações familiares e intergrupais, as crenças, as religiões e a organização do trabalho. As trocas, as deliberações e resoluções, as instituições, o exercício do poder, a arte, cumprem também a função de normatizar as relações dessa comunidade com o restante da sociedade, inclusive na relação desses próprios sistemas com a sociedade brasileira e sua manifestação jurídica¹⁷⁷.

O Direito Consuetudinário poderia, então, ser definido como um conjunto de normas, usos e costumes que, transmitidos de geração em geração, são exercidos por autoridades e instituições próprias dos povos indígenas em seus territórios e que constituem sistemas jurídicos reconhecidos, aceitos e respeitados por uma coletividade e que integram o pluralismo legal dos países com população indígena¹⁷⁸.

Porém, sobre os âmbitos do Direito Consuetudinário Indígena, Stavenhagen considera que, se o direito consuetudinário não é de nenhuma maneira um corpo estável e eterno de normas e regras jurídicas, formalmente reconhecidas, e se é possível supor que existem tantos direitos consuetudinários como etnias indígenas específicas e diferenciadas, também é certo que, no conjunto do mundo indígena latino-americano, certos temas ressaltam com maior frequência como próprios do direito consuetudinário. Estes são: o direito à terra, incluindo acesso, usufruto, distribuição, propriedade e transmissão, pois tradicionalmente, entre os povos indígenas, a terra é propriedade coletiva da comunidade ou do núcleo social; a persecução de delitos ou direito penal, pois é sabido que o conceito e a identificação de um delito é resultante de circunstâncias históricas e contextos culturais. Por isso, não é surpreendente que, com frequência, o que a lei nacional tipifica como um delito não o é para uma comunidade indígena ou, ao contrário, uma infração social sujeita a um castigo em uma comunidade indígena ou, sem

¹⁷⁶ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Sobre los ordenamentos...*, cit., p. 121.

¹⁷⁷ VILLARES, Luiz. *Direito penal na ordem...*, cit., p. 17.

¹⁷⁸ Definição proposta no Taller Regional sobre el Rol del Derecho Consuetudinario en la Reglamentación del Acceso a los Recursos Genéticos, distribución de Beneficios y Protección de los Conocimientos Tradicionales, realizado na cidade de Quito, Equador, nos dias 09 e 10 de Janeiro de 2006, *apud* DE LA CRUZ, Rodrigo. *Conocimientos Tradicionales y Derecho Consuetudinario*. Documento revisado. UICIN – Unión Mundial para la Naturaleza, 12 de Fevereiro de 2006.

linguagem jurídica, um delito pode não ser reconhecido como tal pela legislação penal vigente¹⁷⁹.

Esclarece, ainda, Stavenhagen sobre os procedimentos de administração da justiça, uma diferença muitas vezes assinalada na ampla literatura etnográfica sobre as formas com que os povos indígenas manejam e resolvem conflitos e distribuem justiça. Essa diferença seria a de que, na justiça do tipo ocidental, se busca castigar o culpado enquanto que, nas comunidades indígenas, busca-se reconciliar e chegar a um compromisso entre as partes, com o objetivo de conservar a harmonia interna do grupo¹⁸⁰.

Segundo pondera o autor, o órgão jurisdicional ou Tribunal como espaço privilegiado para expor queixas, dirimir conflitos e exigir justiça é um produto do Estado de Direito, mas com frequência é estranho aos costumes e valores das comunidades indígenas. Nestas, ao contrário, pode funcionar a autoridade política tradicional, a exemplo do conselho de anciões, não reconhecido pelas leis nacionais, ou algum intermediário aceito pelas partes para reconciliar diferenças. Sendo que, nessa área da administração de justiça, percebe-se mais nitidamente o fato de que, nas sociedades ocidentais, o jurídico se distingue formalmente de tudo aquilo que não o é. Ao contrário, nas comunidades indígenas, o jurídico está totalmente imbricado no restante da estrutura social, e somente um observador externo, utilizando suas próprias categorias descritivas e analíticas, poderá separar um do outro¹⁸¹.

4.2 Visão indígena sobre seu Direito

Ao abordar o tema do Direito Indígena imagina-se como seria a sua concretização no universo indígena, quais seriam as instâncias de poder e como seria compartilhada a aplicação da justiça para a manutenção da paz social.

Quanto às formas utilizadas na administração da justiça no contexto de sua aldeia, a Aldeia Jaguapiru, na cidade de Dourados, estado de Mato Grosso do Sul, o Cacique Guarani-Nhandeva P. explica que, entre sua etnia, não são conferidas a uma autoridade apenas e esclarece que “o poder é sempre no coletivo, é sempre a coletividade que resolve, jamais teve

¹⁷⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo y ITURRALDE, Diego, compiladores. *Entre la ley y la costumbre: el Derecho Consuetudinario indígena em America Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 39-43.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 42-43.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 43.

uma autoridade sozinha, a comunidade que vem e marca uma reunião, às vezes sem o Cacique saber de nada, e ele tem que participar”¹⁸².

Explica Stavenhagen que os observadores apontam que as sociedades pequenas, onde existem vínculos diversos entre todos os seus membros (de parentesco, reciprocidade econômica, etc.), caracterizadas por relações *multiplex*, as pessoas não são afeitas a se socorrer aos tribunais, mesmo quando estes se encontram disponíveis, e essa atitude contrasta com a daquelas sociedades (urbano-industriais), onde a proteção legal e o aparato judicial são considerados como remédio obrigatório para dirimir conflitos entre pessoas vinculadas por relações *simplex*, a exemplo do conflito entre um vendedor e um comprador¹⁸³.

De acordo com Cuevas Gayosso, o direito costumeiro para os povos indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. É formado por regras aceitas e aplicadas pela sociedade porque a consciência coletiva diz que são benéficas para a comunidade. Para que estas sejam aplicadas, não é necessário que estejam expressas em textos normativos, já que o que as torna legítimas é a consciência comum do grupo, sendo que o conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas é o que sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos¹⁸⁴.

Quanto a isso, é fundamental para a aplicação das penas, quando da infringência dessas normas de conduta, que exista legitimidade para tanto. Havendo legitimidade do aplicador, a comunidade indígena aprova e não questiona, pois a considera necessária para a pacificação social.

Nesse sentido, Habermas lembra que a legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social como a obediência fática variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e essa fé, por sua vez, apoia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas¹⁸⁵.

Para Clastres, o poder normal, civil, fundado sobre o *consensus omnium*, e não sob pressão, é de natureza profundamente pacífica; a sua função é igualmente “pacificante”: o chefe

¹⁸² Cacique Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao pão novo...*, cit., p. 175.

¹⁸³ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Entre la ley y la costumbre...*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸⁴ CUEVAS GAYOSSO, José Luis. *La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas en la Constitución Del Estado de Vera Cruz, México, de la Norma a la Práxis*. Ciudad del México: Universidad Veracruzana, 2000, p. 29.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*, v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 50.

tem a tarefa da manutenção da paz e da harmonia no grupo, “ele deve também apaziguar as disputas, regular as divergências, não usando de uma força que ele não possui e que não seria reconhecida, mas fiando-se apenas nas virtudes de seu prestígio, de sua equidade e de sua palavra. Mais que um juiz que sanciona, ele é um árbitro que busca reconciliar”¹⁸⁶.

Porém o direito indígena não é um direito estanque, pois, como todo direito, está sujeito às modificações, inovações trazidas por suas próprias práticas e usos.

Conforme descreve o indígena Almiros, cada etnia tem sua crença, organização social e cultura distinta (desde que preservadas), e estas são continuamente recriadas em qualquer sociedade, pois é a solidificação de usos, hábitos, costumes no tempo e no espaço, não havendo modelos históricos, e sim hábitos e usos transformados com o passar dos tempos, principalmente quando há um intenso contato com outra cultura diferente¹⁸⁷.

Sobre o direito próprio dos indígenas Terena, M. revela como se apresenta na Aldeia Bananal, Terra Indígena de Taunay, município de Miranda, estado de Mato Grosso do Sul:

O indígena oriundo das áreas de conflito, seja com outros povos ou entre países como Brasil e Paraguai, valeu-se do regime da honra e do equilíbrio homem/mulher para sua união e sobrevivência. As regras eram estabelecidas na prática, onde o Líder tribal estabelecia sua autoridade. Nas soluções de conflitos onde havia a figura do acusado e do acusador, essa mesma autoridade fazia o papel de Juiz e, quase sempre, sob o aconselhamento de outros líderes ou de Anciãos homens ou mulheres. Uma das punições mais aplicáveis era o castigo público de serviços comunitários, que tinha o peso da exposição pública e, assim exposto, muitas vezes o penalizado não tinha mais moral de viver na comunidade. Era então o seu direito de optar em se mudar para outra comunidade ou formar uma nova com aqueles que o apoiavam.¹⁸⁸

Para Carneiro da Cunha, a organização social e as regras de determinada comunidade não provêm de uma elaboração social completamente autônoma. São sistemas mutáveis, influenciados por diversas outras etnias e sociedades. Sem dúvida, a maior influência dos sistemas normativos indígenas hoje é o Direito brasileiro. Se, por um lado, há uma difícil relação entre os sistemas normativos indígenas e o Direito, por outro, os sistemas indígenas extraem deste muitas de suas normas¹⁸⁹.

¹⁸⁶ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: Pesquisas de Antropologia Política*. Tradução de Theo Santiago. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 23.

¹⁸⁷ MACHADO, Almiros Martins. *Função social do Ministério Público Federal como o fiscal da lei em relação à comunidade indígena de Dourados*. Monografia apresentada ao Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN), em 30/11/2004, p. 44-45.

¹⁸⁸ M. é indígena Terena, tem 60 anos de idade, vive na Aldeia Bananal, Terra Indígena de Taunay, no estado de Mato Grosso do Sul.

¹⁸⁹ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. El Concepto de derecho Consuetudinario y los Derechos Indígenas en la nueva Constitución de Brasil. In: STAVENHEGEN Rodolfo; ITURRALDE Diego (Org.). *Entre la ley y la costumbre*. El derecho consuetudinario indígena in América Latina, Instituto Indigenista Interamericano,

Segundo descreve Santilli, as sociedades tribais não se estruturam politicamente da forma vertical e hierarquizada das nossas sociedades. Jamais tiveram necessidade de organizar Estados. As decisões sobre o cotidiano da vida nas aldeias, a exploração de recursos naturais ou as relações intergrupais e de contato são tomadas em nível local, na relação direta entre lideranças tradicionais e as próprias comunidades¹⁹⁰. Relata que:

Há grupos em que nem sequer existe a figura de um chefe, cacique ou *tuxaua*, e que decidem de forma bastante coletivizada. Há lideranças naturais para cada coisa: decisões administrativas da aldeia, sobre questões religiosas, de guerra ou de organização da produção são tomadas por pessoas diferentes. Em outros casos, há sistemas de chefia mais verticais, que se reproduzem por relações de parentesco mais ou menos complexas. Assim, de modo geral, a representatividade política das lideranças indígenas locais é muito mais efetiva e orgânica.¹⁹¹

Porém, esclarece o autor, além da persistente manipulação de conflitos entre povos indígenas, o processo de colonização promoveu toda sorte de interferência nas formas tradicionais de organização política dos índios. Cooptação, substituição e destruição de lideranças indígenas foram práticas seculares e regulares das agências de contato. As relações de contato geralmente promovem líderes mais jovens, que dominam o português e regras básicas da sociedade envolvente (como o dinheiro), em detrimento dos velhos, os verdadeiros líderes tradicionais¹⁹².

Nas pesquisas que se realizaram nas comunidades indígenas, Aldeias Jaguapiru e Bororó¹⁹³, com povos de etnias distintas, pode-se perceber as diferenças do Direito Indígena, próprias, peculiares a cada povo, mesmo na hierarquia do poder, onde se pode notar até as influências da cultura do não índio.

Exemplo disso é o sistema hierárquico de poder dos povos Guarani-Kaiowá, dos Guarani-Nhandeva e dos Terena, habitantes das Aldeias Bororó e Jaguapiru, na cidade de Dourados, estado de Mato Grosso do Sul, onde residem cerca de 16.000 indígenas, local em que existe a figura do Capitão como chefe político.

Machado, explicando a respeito de como nasceu essa figura, expõe que:

México, 1990, p. 302.

¹⁹⁰ SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. Coordenação Abdala Junior e Isabel Maria M. Alexandre. Série Ponto Futuro; 1. São Paulo: Editora SENAC, 2000, p. 18-19.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 18-19.

¹⁹² *Ibidem*, p. 19.

¹⁹³ As Aldeias Jaguapiru e Bororó compõem a Reserva Indígena Francisco Horta Barbosa, no município de Dourados, estado de Mato Grosso do Sul, onde convivem os Guarani-Kaiowá, os Guarani-Nhandeva e os Terena. Tem dimensão territorial de 3.600 hectares e é habitada por 3.500 famílias, totalizando cerca de 16.000 indígenas. O estado de Mato Grosso do Sul tem a segunda maior população indígena do Brasil.

Nas aldeias indígenas de Mato Grosso do Sul, sempre se conheceu duas figuras de expressão: o *mboruvixa* (chefe político) e o *nhanderu* (chefe religioso). Foi no passado e ainda o é no presente, em todas as aldeias do sul do estado onde há Guaranis e Kaiowás, o chefe político é o capitão.¹⁹⁴

Nesse sentido, relata o Capitão L. que o sistema de escolha do Capitão é por eleição, mas que ele foi colocado como Capitão ainda no tempo em que este era indicado, e a comunidade da Aldeia Bororó não quis que houvesse eleição, preferiu que ele continuasse. O mandato do Capitão é de quatro anos. Na Aldeia Jaguapiru, houve eleição e o Capitão R. voltou, depois de exercer o cargo por três mandatos. Diz ele: “De primeiro, na cultura não tinha essa eleição, porque eles falavam que a eleição era do branco, mas, como o pessoal vem aprendendo muitas coisas na democracia, então vai acompanhando, aí faz eleição”.¹⁹⁵

A respeito dessas eleições, Maia aponta que, embora sejam diversos, ao longo da história da humanidade, os fundamentos reais do poder e da obediência pelos membros da comunidade, há uma tendência da sociedade envolvente de interferir nos critérios de legitimação adotados pelas comunidades indígenas, sendo frequentes os casos em que foram sugeridas, e aplicadas, sistemáticas de “eleições diretas” para “caciques”, além da orientação para criação de “conselhos tribais” eleitos pelas comunidades indígenas. Também com relação aos órgãos responsáveis pela aplicação da política indigenista oficial, antes o SPI, agora a FUNAI, há registro de “nomeação” de caciques e representantes indígenas, produzindo interferência concreta e indevida em sua organização social.¹⁹⁶

Sobre a distinção entre Capitão e Cacique, o Cacique Guarani-Nhandeva P. esclarece:

Antes de tudo, a história que eu tenho dos Guarani, pelo que minha avó me conta, meu avô era chamado de “Papai-Velho”, que é o mais velho da aldeia. Na aldeia, antes, como até hoje ainda, a gente respeita muito os caciques, os pajés, os *cha'ndaros*, que são os guardas da aldeia. Aconteceu que muito tempo atrás, contava meu avô como que os brancos chegaram nas nossas terras. Com a chegada da Missão¹⁹⁷, os capitães vieram junto. Eles andavam a cavalo para dar injeção, vacina, os enfermeiros, pastores. Ele falava que foi nesse tempo que vieram junto com a Missão esses capitães, porque eles pegavam muitos índios que iam para lá para se tratar por lá e fugiam para cá, aí começaram a surgir os capitães. Eles escolhiam os que eles manipulavam, aí já foi crescendo. Aqui no Sul, entre os Guarani/Kaiowá, todos têm Capitão. Aonde não têm

¹⁹⁴ MACHADO, Almiros. *Função social do Ministério...*, cit., p. 37.

¹⁹⁵ Capitão L., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 158.

¹⁹⁶ MAIA, Luciano Mariz. *Os direitos indígenas ...*, cit., p. 268.

¹⁹⁷ A Missão a que o Cacique Guarani-Nhandeva P. se refere é a Missão Evangélica Caiuá, criada em 1928, pela Igreja Presbiteriana do Brasil, onde funciona um hospital (antigamente para tratamento de tuberculosos, hoje para tratamento de doentes em geral), uma igreja, um seminário e uma escola.

Capitão é só na Amazônia. Na época, os capitães tinham revólver, tinham espingarda. O branco já ia destruindo, não queria mais a cultura. Quando tinha uma reza, um canto indígena, eles iam lá e destruíam e levavam bebida.¹⁹⁸

Quanto ao sistema de administração da comunidade indígena, o Capitão da aldeia Bororó, L.¹⁹⁹, explica que, até 1995, ele e um grupo de índios eram os responsáveis pelo sistema de controle interno da aldeia no que se referia a coibir delitos e aplicar punições. Existia o conselho, formado por índios da comunidade, que ajudavam a administrar as questões, controlar a reserva, porém seus membros não andavam armados, só carregavam bordunas²⁰⁰. Andavam a cavalo, a pé, faziam o serviço de desarmamento dentro da reserva, tiravam a bebida dos índios que a traziam para a aldeia, faziam o serviço da polícia. Como conheciam os limites da reserva, andavam por todas as divisas. Existiam muitos grupos por vários pontos da aldeia. Quando achavam pessoas com faca, tomando “cachaça”, mesmo à noite, levavam-nas ao Capitão, ou tomavam a faca e diziam para que se apresentassem no outro dia ao Capitão. Quando pegavam pessoas estranhas na reserva, levavam-nas até a casa do Capitão, e ele decidia. Ele perguntava de onde vieram, o que estavam fazendo ou se tinham parentes lá. Quando encontravam índios brigando, ou armados, bebendo e carregando bebida alcoólica, levavam-nos para suas casas. No outro dia, estes eram levados até o Capitão, que os aconselhava e aplicava punições, como roçar mato e beira da estrada com o enxadão, limpar em volta do colégio, fazer algum serviço de um dia, meio dia.

Ainda sobre a figura do Capitão, o Cacique Guarani-Nhandeva P. explica que “o Capitão não se envolve muito na questão cultural, ele foi escolhido, ele é neutro”. Para ser da forma tradicional, seria:

Aqui dentro existiria um grupo que cuidaria só apenas de brigas, assassinatos, daí eles cuidariam e iam ver com os conselheiros ou a própria comunidade e vinham, conversavam e levavam isso para os caciques, para os pajés, e escolhiam mais pais de

¹⁹⁸ Cacique Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, *cit.*, p. 158.

¹⁹⁹ L. é índio Guarani-Kaiowá, é Capitão da Aldeia Bororó, tem 48 anos, é casado com D., índia Guarani-Nhandeva, tem 6 filhos. Exerce a capitania há dez anos. Para a Aldeia Bororó, não houve eleição nesse período. O Capitão L. foi indicado e permanece até hoje. A comunidade na Aldeia Bororó não quis a eleição que se realiza de quatro em quatro anos. Segundo o Capitão, essa eleição é coisa do branco e não da tradição deles, porém diz não ser contra.

²⁰⁰ Borduna: Arma indígena de ataque, defesa ou caça, ger. cilíndrica e alongada, feita de madeira dura; tacape, clava [É tb. us. como bengala, como remo (as espatuladas) e objeto perfurante (as de ponta aguçada)]. https://www.google.es/search?newwindow=1&sxsrf=ACYBGNQktXTG2HTZjiR9—LHohLB4v1w0%3A1569265464074&source=hp&ei=OBeJXeiGAvWM0Aa7tp3QDg&q=borduna&oq=borduna&gs_l=psy-ab.3..0i203110.709.4029..6857...0.0..0.198.950.0j7.....0....1..gws-wiz.....35i39j0i67j0i10i203.49Iv6v2MGdA&ved=0ahUKEwjogqu00efkAhV1BtQKHTtbB-oQ4dUDCAU&uact=5. Acesso em: 23 set. 2019.

família, para ver quem ia cuidar ali, ou aqui, sempre juntos com os caciques, com os pajés e conselheiros, dando as decisões, se tem um grupo de dez aqui, quinze ali, grupos de cinco ali, sempre por área, cada um cuida aquela área. Assim que seria a tradição. Se acontecer um problema, eles vêm aqui, mas só se for coisa grande, coisa pequena eles resolvem por lá. Agora está difícil.²⁰¹

Nas Aldeias Jaguapiru e Bororó, o poder de chefia é exercido pelo Capitão e, pelo costume tradicional, seriam os conselheiros que o ajudariam na tarefa de aconselhamento e aplicação de punições nos casos necessários. Porém hoje o quadro é outro. Observa-se o fim do poder coletivo, com a introdução da hierarquia branca, seja na denominação “Capitão”, inserida na realidade do índio, seja na eliminação dos Conselhos, em que existia a participação da comunidade.

Como pode ser observado, com a interferência do não índio, esse conselho e a autoridade do Capitão foram suprimidos, e o fato de “jogar para a justiça dos brancos” faz com que os problemas aumentem, e que a situação fique fora de controle. Na cultura dos índios, toda autoridade somente é exercida enquanto há legitimidade, desde a relação familiar, passando pelo líder religioso até o poder do chefe sobre as pessoas da comunidade. A partir do momento em que há uma impossibilidade de exercício da autoridade do líder indígena, associada à interferência do não índio no sistema de controle dentro da reserva, seja negando e impedindo o Direito Indígena, seja por meio da bebida ou da droga inserida no cotidiano do índio, há uma desordem social de tal tamanho que culmina nos crimes mais bárbaros, e nos suicídios.

Sobre o Direito Indígena, Almiros Martins Machado, indígena Guarani-Nhandeva, esclarece que:

Os povos ágrafos transmitiam sua cultura pela oralidade e a memória social da tribo geralmente perpetuava-se com os grafismos, isto não implicava não se ter um direito, pois toda sociedade necessita de normas para reger o convívio social, no caso indígena, é o Direito Consuetudinário.

[...] Cada sociedade tribal tinha o seu Direito Consuetudinário, desenvolvido conforme o local de existência e a tribo em questão. Não havia direito único, bem como não há uma só nação dada a grande variedade de dialetos, tal e qual as nuances do Direito Indígena.

Esse direito era estável até a influência externa dos índios se fazer presente e desmerecer a práxis social em voga, a prática cultural de uma vivência professada por todos os seus membros.

²⁰¹ Cacique Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 159.

A lei do não índio é uma invenção, uma criação para regularizar a sociedade, e não a sociedade regularizar sua vivência. Os legisladores, não raro, legislam contra os interesses de quem os elegeram, que não é o caso do indígena no contexto da sua tribo.²⁰²

Os indígenas brasileiros têm o seu próprio direito, de acordo com as diferentes etnias, e esse direito está presente e é eficaz em sua comunidade.

Acercado Direito Indígena e da previsão legal para sua aplicação, Lobo explica que o Direito Indígena é distinto do nacional. Para o autor, esse direito é válido e tem aplicação garantida, e seus efeitos são reconhecidos pelos artigos 6º e 57 da Lei 6.001, de 19/12/1973, desde que não tenha caráter infamante, da mesma forma se reconhecem no art. 231 da Constituição Federal de 1988, os usos, costumes e tradições de cada povo²⁰³.

Apesar do reconhecimento legal da existência desse direito, sabe-se que até a efetivação das práticas que realmente possam garantir a sua aplicabilidade, há uma grande distância, e se sabe que maior distância existe quando o culturalmente dominante é incapaz de ver e aceitar que os povos de cultura diferente devem ser respeitados e devem ter seus direitos reconhecidos.

A vida dos povos indígenas se realiza no coletivo, sendo a terra a grande mantenedora da força espiritual. Portanto sua relação com a terra é de filiação, fazendo a terra parte de seus direitos fundamentais.

É o que se pode perceber pelo relato do Cacique Guarani-Nhandeva P., morador da Aldeia Jaguapiru, em Dourados, Mato Grosso do Sul, que, ao ser indagado sobre o que seria uma vida digna para o índio hoje, chorou e respondeu que eles precisam da terra, que quando tiverem as suas terras:

[...] aí eu vou ver meu povo feliz. Vários morreram na luta pela terra. Eu não sei se vou conseguir ver. Eu acredito, eu tenho que acreditar. A terra para nós... Eu não sei se a senhora ficou na chuva, ou em algum lugar que tem terra desse jeito: quando começa a garoar, bem fininho, quando aquela poeira começa a subir, já sentiu o cheiro da terra, dessa poeira? Esse cheiro é que é a nossa vida! Acreditamos que é esse cheiro que sustenta a nossa alma. Então terra é essencial para nós, a terra é nós! Mas eu acredito que não vou ver essa demarcação das nossas terras. Nós precisamos de terra, é só isso que a gente precisa.²⁰⁴

Os povos indígenas são os titulares desses direitos humanos fundamentais e não meros expectadores para vê-los realizados na cultura do colonizador.

²⁰² MACHADO, Almiros. *Função social do Ministério...*, cit., p. 31-32.

²⁰³ LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996, p. 92.

²⁰⁴ Cacique Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 142.

Nas palavras de Cardoso de Oliveira:

[...] já é tempo do Estado brasileiro assumir de vez essa responsabilidade, assegurando o direito dos diferentes povos indígenas resguardarem suas identidades tribais, sem que com isso tenham de se sentir estrangeiros em seu próprio País. Eu diria que o princípio aqui contido poderia ser expresso no respeito da *pluralidade étnica e da diversidade cultural*, sem que se fira com isso o ideal da nacionalidade brasileira: em nosso País ela não poderá ser senão a unidade da cidadania na multiplicidade de suas manifestações étnicas e culturais.²⁰⁵

Nesse cenário brasileiro, para a consolidação dos direitos humanos, levando em conta a diversidade étnica que compõe o país, torna-se urgente a prática da alteridade, o exercício de respeito pelo outro, que, apesar de ser culturalmente diferente, é igualmente detentor dos direitos fundamentais de todo ser humano.

Sobre a alteridade e desnaturalização de estereótipos, importante lembrar o pensamento de Foucault. Afinal, com ele houve uma abertura dos espaços heterogêneos e incentivou-se a pesquisa sobre minorias, ocorrendo o deslocamento do olhar de estereótipos para a cultura dos considerados “diferentes”. Assim, de acordo com Foucault,

[...] os códigos fundamentais de uma cultura – aqueles que regem sua linguagem, seus esquemas perceptivos, suas trocas, suas técnicas, seus valores, a hierarquia de suas práticas – fixam, logo de entrada, para cada homem, as ordens empíricas com as quais terá de lidar e nas quais se há de encontrar. Já em outra extremidade de pensamento, teorias científicas ou interpretações de filósofos explicam por que há em geral uma ordem, a que lei geral obedece, que princípio pode justificá-la, por que razão é esta a ordem estabelecida, e não a outra.²⁰⁶

Esclarece o filósofo que, entre essas duas regiões, existe ou reina um domínio que, apesar de ter um papel intermediário, não é menos fundamental, e sim mais obscuro e mais difícil de analisar. É aí que uma cultura, afastando-se insensivelmente das ordens empíricas que lhes são prescritas nos códigos primários, instaurando uma primeira distância em relação a elas, fá-las perder sua transparência inicial, cessa de se deixar passivamente atravessar por elas, desprende-se de seus poderes imediatos e invisíveis, libera-se o bastante para constatar que essas ordens não são talvez as únicas possíveis nem as melhores, de tal sorte que se encontre

²⁰⁵ CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *A crise do indigenismo*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1988, p. 63.

²⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Tradução de Salma Tannus Muchail, 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. XVI-XVII. (Coleção Tópicos).

diante do fato bruto de que há, sob suas ordens espontâneas, coisas que são em si mesmas ordenáveis, que pertencem a uma certa ordem muda, em suma, que há ordem.²⁰⁷

Foucault considera que, em nome dessa ordem, é que se construirão as teorias gerais da ordenação das coisas e as interpretações que esta requer. Dessa forma, entre o olhar já codificado e o conhecimento reflexivo, há uma região mediana que libera a ordem no seu ser mesmo: é aí que ela aparece, segundo as culturas e segundo as épocas. Essa região mediana, na medida em que manifesta os modos de ser da ordem, pode se apresentar como a mais fundamental, pois é anterior às palavras, às percepções e aos gestos; mais sólida, sempre mais verdadeira que as teorias que lhes tentam dar uma forma explícita, um fundamento filosófico.²⁰⁸ Assim, “em toda cultura, entre o uso do que se poderia chamar os códigos ordenadores e as reflexões sobre a ordem, há a experiência nua da ordem e de seus modos de ser”.²⁰⁹

O “modo de ser”, na língua guarani, tem a mesma significação de lei, e é representado pela palavra *teko*, que, traduzida, significa, conforme descreve Meliá: “ser, estado de vida, condição, estar, costume, lei, hábito”.²¹⁰

Quanto ao modo de ser dos indígenas guaranis entrevistados, é necessário que se esclareça em que contexto eles se encontram desde que trazidos para a situação do aldeamento.

O estado de Mato Grosso do Sul conta com a 2º maior população indígena do país (cerca de 3% do contingente demográfico do estado), formada pelas etnias Guató, Ofaié-Xavante, Kadiwéu, Terena, Kinikinawa, Guarani-Kaiowá, Guarani-Nhandeva.

A população do Posto Indígena de Dourados é formada pelos seguintes grupos: Guarani-Kaiowá, Guarani-Nhandeva e Terena. Estes, os Terena²¹¹, foram introduzidos na reserva há menos tempo, vindos de outra região do estado, para ensinarem aos demais práticas agrícolas, por iniciativa do órgão de proteção ao índio.²¹²

A reserva recebe o nome de Francisco Horta Barbosa; ocupa uma área de 3.600 hectares e conta hoje com uma população de 16.000 índios: 1.925 famílias, entre as três etnias, divididas

²⁰⁷ FOUCAULT, Michel. *As palavras...*, cit., p. XVI-XVII.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. XVII.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. XVIII.

²¹⁰ MELIÁ, Bartomeu S. J. El “modo de ser” Guarani en la primera documentación jesuítica: 1594-1639. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 24, 1981, p. 7.

²¹¹ A Associação Brasileira de Antropologia (ABA) determina que os nomes dos grupos indígenas devem ser usados apenas no singular.

²¹² UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Diálogo Intertextual entre o Direito Kaiowá/Guarani e o Direito Positivo Brasileiro em uma perspectiva da dignidade da pessoa humana*. 2002. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UnB, Brasília, p. 116.

em duas aldeias; a aldeia Jaguapiru (Terena e Nhandeva) e a aldeia Bororó (de maioria Kaiowá).²¹³

A localização da reserva, nos limites da zona urbana da cidade de Dourados, Mato Grosso do Sul, hoje com aproximadamente 200.000 habitantes, expõe a comunidade indígena à influência do não índio em seu modo de vida, aspirações e hábitos.²¹⁴

Cardoso de Oliveira vale-se do termo fricção interétnica para enfatizar a característica básica dessa situação de contato. Como exemplo, cita a expansão da sociedade não indígena sobre os territórios tribais, a qual resulta na redução, dispersão, desorganização ou desagregação das populações tribais. Segundo ele, “a sobrevivência de algumas sociedades tribais, se bem que descaracterizadas, não é suficiente para esconder o sentido destruidor do contato”.²¹⁵

Os conflitos gerados pelo contato entre etnias, com língua, costumes, religiões e direitos diferentes em um pequeno espaço geográfico, e a presença e intromissão do não índio no modo de ser do indígena resultam na desagregação do núcleo familiar, alcoolismo, consumo de drogas, culminando, muitas vezes, na prática de homicídios, suicídios e outros crimes. Surgem desavenças na disputa pelo poder, que levam à desarticulação das lideranças tradicionais e ao desrespeito à tradição.

Assim, nas aldeias indígenas de Dourados, esse modo de ser indígena sofre a interferência do não índio e do fato de várias etnias, com grande aumento populacional, estarem “confinadas” em um único local, conforme relata Machado, quando, abordando a questão do direito próprio das comunidades indígenas, esclarece:

Não existe grupo, sociedade ou tribo autênticas, dadas as aglomerações ou confinamentos de duas ou mais tribos em uma mesma área. Os casamentos intertribais e a necessidade de existir transformaram o Direito Consuetudinário Indígena. As ordenanças sociais mesclaram-se e transformaram-se em outras, sempre tendo em vista o social.

Os equívocos deram-se por querer impor um só direito, uma só língua, uma só sociedade, pois toda cultura tem aspecto normativo que delimita as regras, os padrões e condutas comunitárias voltadas quase que exclusivamente para o coletivo.

Não existiam tribunais, mas um conselho de velhos; inexistia a figura do juiz, mas sim a do chefe *mboruvixa* ou, nos dias atuais, o capitão, que é o chefe político, enquanto os líderes religiosos atêm-se ao mundo imaterial, espiritual.

²¹³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Relatório do Núcleo de Apoio Local de Dourados*. Dourados: FUNAI, [s.d.]

²¹⁴ UJACOW MARTINS, Tatiana. *Diálogo Intertextual...*, cit., p.129.

²¹⁵ CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *O índio e o mundo dos brancos*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1996, p. 46-47.

Há diferenças entre homens e mulheres, velhos e jovens, adultos e crianças. Diferenças sócio-políticas ocorrem, bem como as diferenças psíquico-sociais, acentuadas pela diversidade de relacionamentos intertribais.

Há normas pré-estabelecidas que devem ser respeitadas, levando em conta o respeito aos tabus, estes, por vezes, delineavam o delito, assim como o direito da comunidade prevalece sobre o individual.²¹⁶

Continuando o relato sobre a realidade da efetivação do Direito Indígena na sua Aldeia, esclarece Machado:

O Direito Penal Público é a censura da comunidade, o desprezo pelo ato, pois todos são atingidos, já os delitos individuais são ditados pelo conselho dos velhos e homologados pelo capitão, embora a justiça pessoal fosse evocada e praticada, ou seja, entre os parentes não havia reprimendas e entre eles mesmos podiam corrigir seus membros. Não se objetivava castigar ou apenar o infrator, mas desencorajá-lo a reincidir no delito. O furto que antes não existia entre os membros de uma determinada sociedade indígena, hoje é comum.

[...] Para o infrator, no passado, era comum compensar a vítima, desde que não fosse grave o delito cometido.

Hoje, nas aldeias Jaguapiru e Bororó, a propriedade privada é um fato, cada indivíduo tem seu lote, seus bens, suas casas, para tanto, a invasão de propriedade ou adentrar na mesma já implicaria sanções, conforme a intenção do invasor, furtar sem necessidade ou o famélico, ou se furta para vender.²¹⁷

Sobre os crimes contra os costumes e contra a família, e a forma de organização desta, explica Machado:

Os crimes contra os costumes quase sempre são apenados pela ridicularização onde o indivíduo é considerado um *tavy*, ou seja, um idiota, bobo.

Os crimes contra a família eram sopesados conforme a situação. Sempre houve liberdade sexual. A fidelidade surge após o casamento. A infidelidade conjugal é castigada com “surras” tanto no marido como na mulher, os casos variam, dessas situações resultam, e resultaram, em muitos suicídios, ou atribui-se o fato ao poder de feitiçarias, tendo claro quem é o autor e o praticante da magia.

A família é o que mais importa. Ela é o pilar de toda a comunidade, as famílias extensas dominam e influenciam no convívio social. As regras vão se aperfeiçoando conforme a necessidade do convívio, priorizando a solidariedade.

As relações internas são fortes conforme o parentesco ou de acordo com o ramo familiar ao qual pertence o indivíduo, devendo observar o direito vigente internamente.

²¹⁶ MACHADO, Almiros. *Função social do Ministério...*, cit., p. 32-36.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 34.

O trabalho ainda é, na maioria das vezes, uma relação de troca; a força de trabalho por outro tipo de serviço ou mercadoria, podendo até ser dinheiro.

Na sucessão dos bens de família, cada qual recebe sua parte da herança, sendo filho adotivo ou não, tanto filho homem ou mulher, não há distinção quanto ao sexo.

O pai ou a mãe viúvo passa a conviver com um dos filhos ou sob os cuidados de todos da família, no entanto, dada a explosão demográfica e a grande concentração de índios por metro quadrado, nessas duas aldeias, os mais velhos já não estão recebendo as devidas atenções.

As crianças têm muita liberdade, crescem sem limites. São levadas a respeitar as crenças, mas devido à alta taxa de natalidade e à diminuição da mortalidade infantil, já está havendo problemas com os quais a comunidade não sabe como resolver, tais como drogas, delinquência infantil, prostituição, e as crianças que antes estavam nas ruas hoje são crianças de rua, vivendo de restos nos lixões, feiras e há quem seja flanelinha em busca de R\$ 0,50 (cinquenta centavos) ou algo mais. Hoje, o direito da criança não prevalece dado o fato de que o poder público é o primeiro a desrespeitá-lo.²¹⁸

As sociedades indígenas que têm ou que tiveram contato com o não índio fazem uma reinterpretação dos seus costumes, da própria cultura, para se adaptar à nova situação, principalmente se o contato for intenso. O modo de vida antes sofre mudanças e o cotidiano é adaptado segundo as necessidades atuais.²¹⁹

As relações de poder emergem de cada etnia, mas não da mesma forma que na cultura tradicional dos índios. Em decorrência da proximidade das Aldeias Jaguapiru e Bororó com a zona urbana, e da convivência com os não índios dentro da própria reserva, há intromissões graves no sistema de distribuição e legitimidade desse poder.

Arendt considera que a convivência entre os homens se constitui como único fator material indispensável para a geração do poder, sendo que os homens só podem reter poder quando vivem tão próximos uns dos outros que as potencialidades de ação estão sempre presentes. A única limitação do poder é a existência de outras pessoas, e essa limitação não é acidental, pois o poder humano corresponde à condição humana da pluralidade²²⁰.

Conforme lembra Stavenhagen, o reconhecimento da existência do direito consuetudinário por parte do Estado, abrindo um espaço para a aceitação de um pluralismo legal e jurídico, aportaria um elemento indispensável para a melhor defesa dos direitos humanos dos povos indígenas²²¹.

²¹⁸ MACHADO, Almiros. *Função social do Ministério...*, cit., p. 35.

²¹⁹ *Revista Consulex*, ano V, n. 102, 15 abr. 2001, p. 13.

²²⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 213.

²²¹ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Entre la ley ...*, cit., p. 43.

Assim, se os povos indígenas têm o seu modo de ser específico, traduzido no seu direito, o Direito indígena, eles possuem seus sistemas próprios que se realizam independentemente de normas escritas, é necessária uma garantia de respeito a esses direitos por parte da sociedade não indígena, para que não sejam mais cometidos tantos abusos contra os povos indígenas, para que eles não mais sejam vítimas de discriminação e, acima de tudo, sejam os verdadeiros donos de seus direitos, de sua história, de sua vida.

CAPÍTULO II

O ALCANCE DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

1 Direito internacional

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas percorreu um longo caminho rumo a sua efetivação. Assim, é necessário que se faça uma abordagem do conjunto de passos dessa construção, passando pela parte histórica até os instrumentos de Direito Internacional específicos sobre os direitos dos povos indígenas.

1.1 Evolução histórica do reconhecimento de direitos

É necessária uma digressão pelo Direito Internacional no que se refere aos direitos humanos para que se aponte o nascimento e o alcance do reconhecimento dos direitos das minorias, dentre eles o dos povos indígenas.

Para esse objetivo, tratar-se-á sob o aspecto dos direitos humanos individuais para poder inferir, tanto pela lei como pela doutrina, o reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas como tais. Esse reconhecimento é fundamental, pois não se pode conceber o direito individual do indígena separado do direito coletivo da etnia à qual pertence, como já explicitado no capítulo anterior.

Historicamente, a respeito dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas, várias leis, de âmbito internacional, dispõem de forma particularizada seus direitos.

Nesse sentido, os direitos dos grupos minoritários já eram previstos em 1919 no Tratado de Versalhes e, em 1920 na Sociedade das Nações²²², os quais, pactuados na Primeira Guerra Mundial, estabeleceram junto aos direitos civis e políticos, direitos especiais para as minorias étnicas.

²²² A Liga das Nações ou Sociedade das Nações era organizada de uma maneira bem semelhante à da atual ONU, sendo composta de um Secretariado, Assembleia Geral, e um Conselho Executivo (semelhante ao Conselho de Segurança atual da ONU).

Dentre os novos direitos contemplados, a parte XIII, do Tratado de Versalhes, dispôs sobre a criação da OIT²²³, documento internacional elaborado pelas nações vitoriosas na primeira guerra mundial (1914- 1918), com o objetivo de promover a paz social e enunciar a melhoria das relações empregatícias por meio dos princípios que iriam reger a legislação internacional do trabalho, e no plano político como o mais importante organismo internacional responsável em assegurar bases sólidas para a paz mundial e obter melhores condições humanas para a classe trabalhadora. A OIT funda-se no princípio da paz universal e permanente, como instrumento de concretização e universalização dos ideais da justiça social e proteção do trabalhador no mundo internacional do trabalho. Como a Organização das Nações Unidas apenas surgiu no ano de 1945, à luz dos efeitos da segunda guerra mundial (1945), para que não houvesse dois organismos internacionais com as mesmas funções e atribuições, declarou-se a OIT integrante da ONU. Por isso, a OIT é considerada como um organismo internacional associado às Nações Unidas, ou melhor, a uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas.

A Liga das Nações ou Sociedade das Nações era o nome de uma organização internacional criada em 1919, com sede em Genebra, tinha como objetivo reunir todas as nações da Terra e, através da mediação e arbitragem entre estas em uma organização, manter a paz e a ordem no mundo inteiro, evitando assim conflitos desastrosos como o da guerra que recentemente devastara a Europa.

Em 1945, representantes de 51 países se reuniram para a Conferência de São Francisco. Essa conferência fora denominada “Conferência das Nações Unidas”. Os EUA, Reino Unido e URSS negociaram durante a conferência um texto básico, apresentado pelo presidente americano Roosevelt, que se transformou no projeto da “Carta das Nações Unidas”²²⁴, cuja

²²³ A OIT funda-se no princípio da paz universal e permanente como instrumento de concretização e universalização dos ideais da justiça social e proteção do trabalhador no mundo internacional do trabalho. Como a Organização das Nações Unidas apenas surgiu no ano de 1945, à luz dos efeitos da segunda guerra mundial (1945), para que não houvesse dois organismos internacionais com as mesmas funções e atribuições, declarou-se a OIT integrante da ONU. Por isso, a OIT é considerada como um organismo internacional associado às Nações Unidas, ou melhor, a uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas.

²²⁴ Em seu preâmbulo, a Carta das Nações Unidas – documento de fundação da Organização - expressa os ideais e os propósitos dos povos cujos governos se uniram para constituir as Nações Unidas:
“Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz uns com os outros, como bons vizinhos, unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força

essência reside na luta pelos direitos humanos; no respeito a autodeterminação dos povos e na solidariedade internacional. A Carta foi assinada em 26 de junho de 1945 e ratificada por 51 países em 24 de outubro de 1945. A partir dessa conferência, fundou-se a Organização das Nações Unidas, por 51 países, o Brasil entre eles. A primeira Assembleia Geral celebrou-se em 10 de janeiro de 1946, em Londres.

Os direitos humanos fundamentais já encontravam previsão na Carta das Nações Unidas (art. 1º a 55), na qual estavam plasmados o princípio da autodeterminação dos Povos, o princípio da não discriminação e o princípio da igualdade.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos se encontra a orientação do dever de cumprimento pelos Estados signatários dos direitos ali estabelecidos e consolidados. Essa Declaração já estabelecia, no seu preâmbulo, que os Estados membros se comprometeriam a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, prevendo, expressamente, no seu artigo 2º, que:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Assim sendo, ao determinar, já no seu preâmbulo, que todos os seres humanos têm direito a invocar os direitos ali elencados, sem qualquer distinção por questão de raça, de cor, de sexo, vedando, assim, a discriminação em razão da etnia da pessoa, a Declaração já trazia o embrião do que seria mais tarde o reconhecimento das diferenças culturais dos povos.

No Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, já se encontra, no artigo 1º, a vedação à discriminação, pois, além dos direitos humanos ali reconhecidos, o Pacto vincula, também, as nações signatárias a se comprometerem com o respeito aos direitos e liberdades reconhecidos nessa Convenção, dentre eles a garantia de livre e pleno exercício dos

armada não será usada a não ser no interesse comum, e empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. – Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de 'Nações Unidas' ". Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/conheca_hist.php, acesso em 24 set. 2019.

direitos elencados, sem qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.²²⁵

A respeito dos direitos coletivos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seus artigos 1º, igualmente dispõem sobre o direito à livre determinação de todos os povos, assim estabelecendo:

Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude deste direito estabelecem livremente a sua condição política e, desse modo, providenciam o seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Como se pode perceber, o direito à autodeterminação é consectário do direito à liberdade de escolha de condição política e também de liberdade para direcionar o desenvolvimento em todos os seus aspectos.

Quando se trata, ainda, de liberdade e igualdade dos povos indígenas, há que se fazer uma referência às Declarações de Barbados, sendo que a Primeira Declaração de Barbados de 1971, subscrita por um grupo de especialistas em questões indígenas, juristas, antropólogos e sociólogos, promoveu em grande parte a renovação conceitual rumo à defesa da sua livre determinação e reconhecimento dos seus direitos coletivos. Essa Declaração teve repercussão imediata na doutrina indigenista e uma projeção internacional além do âmbito interamericano e que coincidiu com o nascimento do movimento índio transnacional, cujas organizações integrantes vão desenvolver uma importante consciência política.²²⁶

Do teor da Declaração (apartado 3), transcreve-se:

“Reafirmamos aquí el derecho que tienen las poblaciones indígenas de experimentar sus propios esquemas de autogobierno, desarrollo y defensa, sin que estas experiencias tengan que adaptarse a los esquemas económicos y socio-políticos que predominen en un determinado momento. La transformación de la sociedad nacional es imposible sin que estas poblaciones no sientan que tienen en sus manos su propio destino. Además, en la afirmación de su especificidad socio-cultural las poblaciones indígenas [...], están representando claramente vías alternativas a los caminos ya transitados por la sociedad nacional. El elemento aglutinador debe ser la cultura propia, fundamentalmente para crear conciencia de pertenecer al grupo étnico y al pueblo indoamericano [...]. La

²²⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de San Jose da Costa Rica, artigo 1º, 1.

²²⁶ OLIVA, J. Daniel. *Los Pueblos Indígenas a la Conquista de sus Derechos: fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, 2012, p. 461. (Colección Monografías, v. 61).

liberación de las poblaciones indígenas es realizada por ellas mismas, o no es liberación”.²²⁷

Oliva esclarece que a Declaração de Barbados afirma o direito dos povos indígenas a organizar-se e reger-se segundo sua própria especificidade cultural e o dever dos Estados de garantir esse direito e conceder a mesma assistência econômica, social e sanitária conferida ao resto da população, preservando-lhes da exploração a que historicamente foram submetidos²²⁸. No teor da Declaração, já se nota um discurso renovado que logo começará a se estruturar em torno da demanda dos direitos coletivos dos povos indígenas.

Alguns anos mais tarde, em decorrência da denúncia de práticas etnocidas levadas a efeito pelo integracionismo indigenista, ocorreu a I Reunião de Barbados, que tem sua continuidade no II Encontro em 1977, processo que se complementará com a Convocatória da Reunião sobre Etnodesenvolvimento e Etnocídio na América, organizada pela UNESCO e a FLACSO em dezembro de 1981, em San José da Costa Rica. Assim, a II Declaração de Barbados, de cuja elaboração participou um grupo de representantes indígenas de organizações de todo o continente, tornou-se uma declaração de princípios. No teor dela, tem-se o reconhecimento da dominação física e cultural a que estão submetidos os indígenas e faz uma clara alusão aos seus direitos ancestrais, dispondo que:

La dominación física se expresa, en primer término, en el despojo de la tierra. Este despojo comenzó desde el momento mismo de la invasión europea y continúa hasta hoy. Con la tierra se nos han arrebatado también los recursos naturales: los bosques, las aguas, los minerales, el petróleo. La tierra que nos queda ha sido dividida y se nos han creado fronteras internas e internacionales, se ha aislado y dividido a los pueblos y se ha pretendido enfrentar a unos con otros [...]. La dominación física es una dominación económica. Se nos explota cuando trabajamos para el no indio, quien nos paga menos de lo que produce nuestro trabajo. Se nos explota también por el comercio y [...], por las grandes empresas transnacionales [...].²²⁹

Dois meses depois da II Declaração de Barbados e paralelamente ao início de Martinez Cobo no seu *Estudio sobre la situación de la discriminación contra los pueblos indígenas en el mundo*, aconteceu a convocatória da Conferência Internacional de Organizações Governamentais sobre a Discriminação dos Povos Indígenas nas Américas, celebrada em Genebra de 20 a 23 de setembro de 1977. Essa reunião, na opinião de autores como Burguete Cal y Mayor e Ruiz Hernandez, constitui um marco histórico no processo de

²²⁷ OLIVA, J. Daniel. *Los Pueblos Indígenas*, cit., p. 462.

²²⁸ *Ibidem*, 462-463.

²²⁹ *Ibidem*, p. 463.

internacionalização dos direitos dos povos indígenas e teve um caráter pioneiro e revolucionário.²³⁰

Assim como assinalou Anaya, o encontro contribuiu para constituir a identidade indígena transnacional e ajudou a estabelecer marcos de coordenação entre os povos indígenas com o resto do mundo para a formulação e comunicação de suas demandas, um marco de coordenação que se consolidou em numerosos encontros internacionais que se celebraram posteriormente²³¹.

A Conferência iniciou um processo de maturação orgânica no âmbito das Nações Unidas, e a criação da Subcomissão de Prevenção para a Discriminação das Minorias foi resultado desse processo. Essa Subcomissão guiou, desde o início, a sua operatividade a partir de dois eixos: a prevenção da discriminação e a proteção das minorias. Assim, a atenção aos direitos dos povos indígenas e a constituição do Grupo de Trabalho se encontram nessa segunda área de ação. A criação desse Grupo de Trabalho foi precedida de um volumoso estudo acima citado, elaborado pelo Relator Especial da Subcomissão, José R. Martínez Cobo, em que se abarcou uma diversidade de temas, incluindo a saúde, a cultura, a religião, o emprego, a terra e os direitos políticos.²³²

Dessa forma, a partir de 1982, por decisão do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e da Comissão dos Direitos Humanos, começou a reunir-se, anualmente, esse Grupo de Trabalho, constituindo-se um importante foro internacional em que se encontram representadas as organizações indígenas, os governos, os organismos especializados das Nações Unidas e das organizações não governamentais reconhecidas como entidades consultivas, para examinar os acontecimentos relativos à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais das populações indígenas. Denomina-se Fórum Permanente para Questões Indígenas, que se constitui o órgão mais elevado das Nações Unidas para tratar de povos indígenas, tendo recebido competência para examinar direitos humanos, desenvolvimento econômico e social, educação, cultura, saúde e meio ambiente.

²³⁰ ANAYA, James. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press, New York, 1996, *apud* OLIVA, J. Daniel Oliva, cit., p. 555-556.

²³¹ *Ibidem*, p. 556.

²³² *Ibidem*, p. 564.

1.2 Instrumentos de Direito Internacional específicos sobre os povos indígenas

Com a evolução das leis internacionais de proteção às minorias e aos povos que representam essas minorias, surgem marcos do reconhecimento dos direitos indígenas.

Conforme lembra Paulo Silva, a história do direito internacional, no que se refere aos direitos indígenas, é marcada por três momentos históricos que acabaram por produzir documentos da maior relevância para a sua compreensão: a Convenção 107, da OIT, em 1959, a Convenção 169, da OIT, em 1988, e a Declaração sobre os direitos dos povos indígenas da ONU de 2007²³³.

Verificam-se a seguir as especificidades de cada um desses documentos no caminho da construção da efetivação dos direitos indígenas.

1.3 A Convenção 107 da OIT

O primeiro momento histórico é marcado pela Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, sobre a proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, adotada em 26 de junho de 1957, durante a 40ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, que, contemplando o direito das minorias, trouxe em seu conteúdo aspectos relevantes para o reconhecimento das sociedades tribais: ratificou a necessidade de empreender medidas protetivas, objetivando a preservação de seus valores culturais, inclusive de direito consuetudinário; reconheceu o direito de propriedade das terras que os índios tradicionalmente ocupam e, ainda, a necessidade de implementar medidas protetivas à relação trabalhista, formação profissional especial, segurança social, saúde, educação e informação.

A Convenção n. 107 foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 20, de 1965, e promulgada pelo Presidente Castelo Branco em 14 de julho de 1966, pelo Decreto n. 58.824. O Brasil fez o depósito de ratificação da Convenção em 18 de junho de 1965, na Repartição Internacional do Trabalho, e esta entrou em vigor no Plano Nacional, de acordo com seu Art. 31, § terceiro, em 18 de junho de 1966, ou seja, 12 meses após a data do registro da ratificação brasileira. Essa Convenção mereceu alusão no Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/73,

²³³ SILVA, Paulo Thadeu. *Os Direitos dos Índios ...*, cit., p. 132.

em seu Art. 66, em que se encontra estabelecida a previsão de divulgação e respeito às essas normas, reforçando então o caráter vinculante dessa norma internacional.²³⁴

Apesar de ser este o mais importante instrumento de proteção internacional indigenista, ele continha alguns conceitos muito controvertidos, de caráter etnocêntrico e assimilacionista, incompatíveis com a natureza material do tratado.

Por essa razão, a própria Organização Internacional do Trabalho empreendeu revisão da Convenção n. 107, a fim de que os Estados-Partes no texto original procedessem à sua ratificação. A revisão proposta incluiu, dentre outros pontos: direitos aos índios de participar da elaboração de medidas legislativas e decisões governamentais que lhes digam respeito, decidir sobre seu desenvolvimento econômico e social, estabelecer relações recíprocas com a “sociedade envolvente” em igualdade de condições, manter a inalienabilidade de suas terras e respectiva demarcação; submete ao consentimento dos índios a remoção das populações com compensação equivalente e, sobretudo, suprime os aspectos assimilacionistas do texto da Convenção n. 107. Na votação, o texto recebeu o n. 169.

Alguns aspectos conclusivos de relatórios da reunião de peritos da Organização Internacional do Trabalho, realizada em setembro de 1986 para reexame da Convenção n. 107:

Devem existir garantias inequívocas de igualdade de tratamento, combinadas com o reconhecimento do direito à diferença, que deveria também incluir o direito de escolha individual dos membros dos grupos em questão. [...] Considerando que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirma a importância fundamental de direitos à livre determinação, assim como o direito de todos os seres humanos de buscarem o seu desenvolvimento material, cultural e espiritual em condições de liberdade e dignidade; [...] Reconhecendo que esses direitos são fundamentais para a sobrevivência e o desenvolvimento futuro dos povos indígenas e tribais enquanto sociedades distintas viáveis; [...] Em cooperação com os povos indígenas e tribais, caberá aos governos a responsabilidade de desenvolver uma ação coordenada e sistemática para assegurar: a) que os povos indígenas e tribais possam gozar plenamente dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem empecilho ou discriminação; b) que sejam reconhecidos e protegidos os direitos territoriais dos povos indígenas e tribais, seus direitos econômicos e suas instituições políticas, sociais, culturais e religiosas; c) que seja respeitada a faculdade dos povos indígenas e tribais de determinar por si mesmos os processos de desenvolvimento na medida que afetem suas vidas e instituições.²³⁵

²³⁴ Luiz Felipe Bruno. *Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996, p. 84-85.

²³⁵ Informe Jurídico, ano I, n. 2, set. 1989, *apud* LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro...*, cit., p. 85-86.

A orientação contida no relatório, visando, cada vez mais, propiciar autonomia aos povos indígenas, incorporou as alterações propostas, que foram contempladas na nova Convenção da OIT.

1.4 A Convenção 169 da OIT

O segundo momento histórico foi a aprovação da Convenção 169, pois, apesar de a Convenção 107 da OIT se constituir, à época, um instrumento que representou inúmeros avanços, abrigava contradições que se desvirtuavam da sua gênese. E, em razão do crescente consenso, em nível internacional, sobre as limitações da Convenção 107, e devido à necessidade de se elaborar um novo instrumento internacional que responderia mais adequadamente às necessidades e demandas atuais dos povos indígenas e tribais do mundo, a OIT empreendeu a revisão da Convenção 107, que, além de suprimir os aspectos assimilacionistas, incluiu, dentre outros pontos: direitos dos índios de participar da elaboração de medidas legislativas e decisões governamentais que lhes digam respeito, de decidir sobre seu desenvolvimento econômico e social, de estabelecer relações recíprocas com a “sociedade envolvente” em igualdade de condições, de manter a inalienabilidade de suas terras e respectiva demarcação, de submeter ao consentimento dos índios a remoção das populações com compensação equivalente. O texto foi aprovado em 1989 e recebeu o n. 169. Essa Convenção tem sido ratificada pela maioria dos países com população indígena.²³⁶

Com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, descortinou-se um novo horizonte para a realização dos direitos dos povos indígenas, pois as previsões contidas na Convenção se constituem instrumento para a realização da justiça social a esses povos, para o resgate de sua dignidade e para a ressignificação de sua cultura.

Os conceitos básicos da Convenção 169 são: respeito e participação. Respeito à cultura, à religião, à organização social e econômica e à identidade própria. Essa Convenção tem uma orientação voltada à proibição de discriminação, ao pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, à necessidade de que sejam adotadas medidas para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, a cultura e o meio ambiente dos povos indígenas, e essas medidas não devem ser contrárias aos desejos dos povos, livremente expressos. Ao ser aplicada

²³⁶ LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro...*, cit., p. 85-86.

a Convenção, terão que ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais próprios desses povos; com a participação e cooperação dos povos interessados, terão que ser adotadas medidas voltadas para aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentar novas condições de vida e de trabalho.

A Convenção 169 da OIT assegurou a autodeterminação dos povos indígenas, o direito de que não mais lhes imponham práticas que não partam de sua cultura. Essa lei assegurou, também, o respeito à identidade indígena, e o dever de os Governos promoverem a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas, respeitando sua identidade social e cultural, seus costumes, suas tradições e suas instituições, impôs a necessidade do consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas em qualquer ação que lhes diga respeito.

Conforme explica Aparicio:

La autonomía se debe entender a la vez como fin y como medio. El fin es el reconocimiento de la libre determinación y muchas veces el medio es la misma práctica cotidiana del autogobierno.

[...] El derecho de autonomía no solo es un derecho ancestral cuyo reconocimiento deriva de tal carácter y de la necesidad de una reparación histórica. Va más allá de depender exclusivamente del fundamento que le puede ofrecer el a menudo invocado principio de soberanía inherente, en la presencia previa, en el “nosotros estábamos antes”.²³⁷

Assim, conforme dispõe a Convenção no artigo 8º, na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração, estabelecendo também que esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias.

No artigo 2º, a Convenção 169 da OIT assegurou o respeito à identidade indígena, estabelecendo que os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e garantir o respeito pela sua integridade, incluindo medidas que lhes assegurem o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; promover a plena efetividade dos seus direitos sociais, econômicos e culturais, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; ajudar a eliminar as diferenças socioeconômicas que possam existir entre os membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas

²³⁷ APARICIO, Marco. *La construcción de la autonomía indígena...*, cit., p. 256.

aspirações e formas de vida.

Representando um completo instrumento de direito internacional com caráter vinculante sobre povos indígenas e tribais no mundo, nasceu, então, um novo modelo de coordenação política entre Estados e povos indígenas com a Convenção 169 se constitui um dos mais importantes instrumentos sobre os direitos dos povos indígenas.

Marco fundamental, também presente na Convenção 169, foi a previsão da consulta prévia, do consentimento livre, prévio e informado das populações indígenas como princípio de relacionamento político destes com os Estados nacionais, antes de serem tomadas decisões que possam afetar seus direitos.

O direito de consulta prévia nasceu, assim, em meio ao debate sobre autodeterminação dos povos e, diante da oposição radical de vários Estados à adoção desse princípio, chegou-se a uma fórmula jurídica que, se por um lado afastava a possibilidade de “independência” desses povos com relação aos Governos Nacionais, por outro, garantia que não mais seriam adotadas medidas jurídicas, políticas e econômicas a sua revelia, como historicamente ocorria. Assim, nessa polêmica entre a negação da autodeterminação e o abandono do paradigma assimilacionista, surgiu o direito de consulta prévia como um instrumento de intermediação política entre os Estados independentes e os povos indígenas e tribais.

Sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT entre os Governos Nacionais, estabelece o Artigo 6º que, ao aplicar as disposições da Convenção, os governos deverão: 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; estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população, 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; estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

Estabelece também a previsão de respeito aos povos indígenas na aplicação da lei. Assim, conforme dispõe o artigo 8, 1, da Convenção²³⁸, na aplicação da legislação nacional aos

²³⁸ Convenção 169, da OIT, artigo 8, 1: “Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”.

povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração.

Prevê, ainda, o artigo 6º da Convenção que as consultas realizadas na aplicação dessa 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.

A consulta prévia como direito dos povos e como princípio de relacionamento político destes com os Estados nacionais foi, então, incluída em repetidas oportunidades no texto da Convenção 169 da OIT, como um princípio geral e transversal da atuação do Estado com relação aos povos interessados.

No artigo 6º da Convenção 169, está definido o que se pode considerar a cláusula geral da consulta, que descreve seus principais elementos de forma sucinta: os eventos nos quais a consulta deve ser cumprida (medidas administrativas e legislativas que afetam diretamente os povos indígenas e tribais); a oportunidade para sua realização (antes da adoção de qualquer decisão); os interlocutores legítimos para a execução da consulta (as instituições representativas dos povos interessados); a qualificação do processo consultivo (mediante procedimentos adequados às circunstâncias e de boa-fé); e o objetivo final da consulta (chegar a um consenso).

Além dessa cláusula geral, a Convenção também estipula a obrigação de consulta em algumas situações específicas, quase que exemplificando e detalhando o princípio geral. Dessa forma, dispõe expressamente sobre a obrigatoriedade da consulta quando se trata de explorar recursos naturais pertencentes aos povos interessados, mesmo quando esses recursos sejam de propriedade dos Estados (Art.15), mas seu uso por terceiros venha a afetar os povos indígenas e tribais (Arts. 13 e 14).

Nesse sentido, é o teor dos artigos 15, 16 e 17. O Artigo 15 estabelece que os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. No caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos existentes nas terras, dispõe o artigo que os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas

terras. Prevê, ainda, que os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e devem receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

No artigo 16 da Convenção 169, há a previsão de que os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam, a não ser nos seguintes casos: quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, e só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa; quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

Dispõe ainda expressamente o artigo 16 que, sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento. E que, quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais àqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam suprir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. No caso em que os povos interessados preferiram receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas. E, ainda, que deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

Já o Artigo 17 regula as formas de transmissão dos direitos sobre a terra, nos seguintes termos: deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos; os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade; dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes.

Da mesma forma, a Convenção 169 diz ser obrigatório o consentimento prévio, livre e informado dos povos quando houver a intenção do Estado em retirá-los temporária ou definitivamente de seus territórios.

Por último, a Convenção dispõe sobre a obrigação de participação direta e cooperação com os povos sempre que se trate do desenvolvimento de estudos sobre eles mesmos ou seus territórios, estabelecendo, no artigo 7, que 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.

O artigo 4, 1 e 2, se refere à necessidade de se conciliar as iniciativas dos Estados com os interesses dos povos, estabelecendo natureza vinculante ao conteúdo das consultas a esses povos com relação às medidas especiais, assim dispondo que deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados; que tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

Também pode ser encontrado o direito de consulta prévia na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que estabelece como obrigatório o consentimento prévio e informado referente ao acesso aos recursos genéticos e conhecimento tradicional²³⁹ associado, além da repartição de benefícios, como se vê do teor do artigo 8, “J”, que trata da conservação *in situ*, estabelecendo que cada parte contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse

²³⁹ Os conhecimentos tradicionais, segundo definição da Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI, são os sistemas de conhecimento, criações, inovações e expressões culturais que se transmitem de geração em geração. Geralmente, pertencem a um povo em particular ou a seu território, e evoluem constantemente em resposta às mudanças que se produzem em seu entorno. Entre as categorias de conhecimentos tradicionais estão os conhecimentos agrícolas, científicos, técnicos, ecológicos, medicinais, incluindo as expressões de folclore em forma de música, baile, canção, artesanato, desenhos e modelos, histórias e bens culturais móveis (WIPO; GRTKF; IC; 7;6, parágrafo 48).

conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

A Convenção 169 da OIT instituiu assim o direito de consulta prévia como um instrumento político diretamente relacionado à participação dos povos indígenas nas decisões políticas e econômicas mais importantes para suas terras e entorno.

Já em nível jurisprudencial, o direito de consulta prévia, também chamado de consentimento livre, prévio e informado (CLPI), tem sido reconhecido e aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito regional. No âmbito nacional, tem sido frequentemente aplicado pela Corte Constitucional da Colômbia e a Corte Suprema da Bolívia.²⁴⁰

Essa Convenção, ao reconhecer a existência de vários povos no interior de um mesmo Estado e novas formas de relação entre o Estado e os povos indígenas, baseadas na consulta, participação e respeito, inaugura uma nova política de tratamento e possibilita a construção de estados pluralistas.²⁴¹

Insta lembrar que, como princípio, dispôs a Convenção 169, no artigo 8, 2, que os povos indígenas deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, e que deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação desse princípio.

1.5 A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas

O terceiro grande marco no reconhecimento dos direitos indígenas deu-se em 7 de setembro do ano de 2007, quando foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, afirmando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo, ao mesmo tempo, o direito de todos os povos a serem diferentes, a considerarem-se diferentes, e que sejam respeitados como tais. E declara-se, ainda, consciente da urgente necessidade de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas

²⁴⁰ Disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/. Acesso em 08/11/2017.

²⁴¹ YRIGOYEN, Raquel. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, organizador Ricardo Verdum. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 21.

e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente os direitos a suas terras, territórios e recursos.

O projeto da Declaração foi proposto pelo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias da ONU, e teve como motivação a preocupação crescente com a situação e necessidade de proteção dos povos indígenas no sistema das Nações Unidas. Esse fato, aliado às pressões feitas pelos povos e organizações indígenas, inclusive nos Fóruns da ONU, e somado à necessidade da mudança de ênfase dos direitos universais individuais para direitos humanos coletivos levaram à aprovação da Declaração, constituindo um novo espaço internacional para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

O texto, considerado extremamente avançado, reflete o conjunto das reivindicações dos povos indígenas em todo o mundo acerca da melhoria de suas relações com os Estados nacionais e estabelece parâmetros mínimos para outros instrumentos internacionais e leis nacionais. Na declaração constam princípios como a igualdade de direitos e a proibição de discriminação, o direito à autodeterminação e a necessidade de fazer do consentimento e do acordo de vontades o referencial de todo o relacionamento entre povos indígenas e Estados.

Da leitura do teor da Declaração, podem-se extrair os seguintes pontos, considerados verdadeiros princípios a serem seguidos na sua aplicabilidade: o direito à autodeterminação, pois os povos indígenas têm o direito de determinar livremente seu status político e perseguir livremente seu status político e perseguir livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, incluindo sistemas próprios de educação, saúde, financiamento e resolução de conflitos, entre outros; o direito ao consentimento livre, prévio e informado, pois os povos indígenas devem ser adequadamente consultados antes da adoção de medidas legislativas ou administrativas de qualquer natureza, incluídas as obras de infraestrutura, mineração ou quanto ao uso de recursos hídricos; o direito à reparação pelo furto de suas propriedades, estabelecendo que os Estados nacionais reparem os povos indígenas com relação a qualquer propriedade cultural, intelectual, religiosa ou espiritual subtraída sem consentimento prévio informado ou em violação a suas normas tradicionais, podendo incluir a restituição ou repatriação de objetos cerimoniais sagrados; direito a manter suas culturas, que inclui, entre outros, o direito de manter seus nomes tradicionais para lugares e pessoas, e o direito à tradução e intérpretes para que possam e se façam entender em procedimentos políticos, administrativos ou judiciais; direito à comunicação, pois os povos indígenas têm direito de manter seus próprios meios de comunicação em suas línguas originárias, bem como ter acesso a todos os meios de

comunicação não indígenas, garantindo que a programação da mídia pública incorpore e reflita a sua diversidade cultural.

A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas está repleta de orientações e direcionamentos sobre a necessidade do respeito à cultura dos povos indígenas, assegurando o seu direito à diferença, tal como as afirmações que se encontram no seu preâmbulo.

Tal como acima abordado e reforçado no próprio preâmbulo dessa Declaração, fica claro que todos os povos, dentre eles os povos indígenas, contribuem para a diversidade e riqueza das civilizações e culturas, e que constituem patrimônio comum da humanidade.

Ainda, Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu artigo 1º, estabelece que os indígenas têm direito, como povos e como pessoas, a desfrutar plenamente de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais, reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela normativa internacional dos direitos humanos.

Em continuidade, também em seu artigo 3 dispõe sobre o direito dos povos indígenas à autodeterminação nos seguintes termos: os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Assim, esse artigo 3 contempla a demanda dos povos indígenas pelo direito à autodeterminação, que se constitui em marco jurídico-político nas suas relações com o Estado. Nesse sentido, Aparicio destaca o teor da Declaração de Quito de 1990, na qual representantes indígenas de todo o continente expuseram que:

La autoderminación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía en los marcos nacionales. La autonomía implica el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el manejo de todos los recursos naturales del suelo, subsuelo y espacio aéreo [...]. Por otra parte, la autonomía significa que los pueblos indios manejaremos nuestros propios asuntos, para lo cual constituiremos democráticamente nuestros propios gobiernos (autogobierno).²⁴²

Conforme expõe Aparicio, o direito à autonomia é direito instrumental do direito à própria cultura, o direito à identidade cultural²⁴³.

²⁴² Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas “500 años de resistencia indígena, negra y popular”, *Resoluciones*, CONAIE-ECUARUNARI-CDDH, Comisión de Prensa, Quito, 1990, *apud* APARICIO, Marco, *La construcción de la autonomía indígena...* cit., p. 255.

²⁴³ APARICIO, Marco. *La construcción de la autonomía indígena...*, cit., p. 262.

Nessa mesma natureza, o artigo 5º da Declaração estabelece que: “Os povos indígenas têm direito a conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo por sua vez seu direito de participar plenamente, se desejarem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado”.

É importante lembrar que o reconhecimento do direito à autodeterminação foi uma questão polêmica na discussão acerca da sua previsão na Convenção 169, e se constituiu em um dos principais pontos de discórdia entre os países. Os que foram contrários a ele alegavam que esse reconhecimento poderia levar à possibilidade de se fundarem nações indígenas dentro de um território nacional, comprometendo a soberania do Estado, sendo isto um medo infundado.

Afinal, é consenso entre especialistas em direito internacional que o princípio da autodeterminação não fere nem ameaça, sob nenhum aspecto, a soberania dos Estados nacionais²⁴⁴. A própria Declaração, no artigo 46, enfatiza que nada de seu conteúdo pode autorizar ou fomentar ações voltadas ao desmembramento ou redução da unidade territorial de uma nação soberana e independente.

O exercício da autodeterminação dos povos indígenas se dá por meio do que a DDPI define como autonomia ou autogoverno, isto é, a capacidade de deliberar e decidir livremente sobre seus assuntos internos e locais, sem a submissão ao jugo de outros grupos (sejam outros povos, classes sociais ou quaisquer segmentos de uma população). O conceito define que os povos indígenas não podem ser submetidos a decisões e ações que firam suas condições de existência coletiva, livre e digna, assim como quaisquer outros povos ou indivíduos. A garantia de tal liberdade é acompanhada do direito de “conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas sociais e culturais” (DDPI, Artigo 5), o que não exclui em hipótese alguma o direito de participar plenamente de um Estado nação (DDPI, Artigos 5 e 6). Cabe aos Estados nacionais estabelecerem os mecanismos pelos quais a autodeterminação pode ser exercida dentro de seus territórios, segundo seus ordenamentos jurídicos e instituições políticas. Há interpretações sobre o direito à autodeterminação que o entendem, de forma

²⁴⁴ GRAHAM, Lorie; WIESSNER, Siegfried. *Indigenous Sovereignty, Cultural and International Human Rights Law* (2011). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1980835. Acesso em 30 nov. 2019.

alargada, como uma garantia à plena participação em um regime democrático, permitindo a grupos minoritários a atuação efetiva em processos políticos que afetem suas vidas²⁴⁵.

Similarmente ao previsto na Convenção 169 da OIT, também a Declaração, em seu artigo 19, dispõe que os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece, ainda, em seu artigo 23, como direitos dos povos indígenas o de determinar e elaborar prioridades e estratégias para o exercício do seu direito ao desenvolvimento. Em especial, os povos indígenas têm o direito de participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde, habitação e demais programas econômicos e sociais que lhes afetem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio de suas próprias instituições.

Além disso, também no artigo 31,1, se reconhece que os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais.

Estabelece, ainda, no item 2 do artigo supracitado, que os Estados adotarão, em conjunto com os povos indígenas, medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos.

Ainda em se tratando do reconhecimento dos direitos indígenas, também essa Declaração da ONU, em seus artigos 33, 34 e 35, traz previsões de respeito à identidade indígena, aos seus costumes e tradições, além de assegurar o respeito ao seu direito de determinar e eleger suas instituições.

O artigo 33 dispõe que os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou composição conforme seus costumes e tradições, sendo que isso não prejudica o

²⁴⁵ ANJOS FILHO, R. N. DOS. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, R. N. (Ed.). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 588-620.

direito dos indígenas de obterem a cidadania dos Estados onde vivem. Reconhece o direito dos povos indígenas de determinarem as estruturas e de eleger a composição de suas instituições em conformidade com seus próprios procedimentos.

O direito dos povos indígenas de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos, encontra-se estabelecido no Artigo 34.

E no artigo 35, encontra-se estabelecido o direito que os povos indígenas têm de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades.

Tem-se então que a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas objetiva garantir, entre outros direitos, a conservação da cultura e das instituições jurídicas dos povos indígenas e, assim sendo, reconhece a existência do Direito Indígena. Traz em seu interior, portanto, a consolidação de muitos direitos dos povos indígenas.

1.6 Orientações dos instrumentos internacionais

A Convenção 169 veio para propor um novo modelo de coordenação política entre Estados e povos indígenas, mais simétrica e justa, representando o mais completo instrumento de direito internacional com caráter vinculante sobre povos indígenas e tribais no mundo e, necessariamente, deve ser interpretado no contexto dos demais instrumentos relativos a direitos humanos do sistema internacional, especificamente a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.²⁴⁶

Conforme esclarece Luiz Rodríguez-Piñero Royo, a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas compartilham muito mais do que seu conteúdo em si. Ambas são produto de um processo mais amplo de estabelecimento de normas em relação aos direitos dos povos indígenas, exigindo-se, assim, uma interpretação da Declaração consoante a Convenção 169, que segue sendo o instrumento internacional mais avançado em relação aos povos indígenas com efeitos legalmente vinculantes para aqueles países que o ratificaram formalmente²⁴⁷.

²⁴⁶ Disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁴⁷ RODRIGUÉZ-PINERO, Luiz. Cuando Proceda: vigilancia y aplicación de los Derechos de los Pueblos Indígenas según la Declaración. In: *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígena*. p. 345. Disponível em: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/not/internacional/707-libro-declaracion-onu.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

Nesse sentido, o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da Convenção 169 da OIT em 25 de julho de 2002, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, com os seguintes objetivos: eliminar a orientação para a assimilação, existente em normas anteriores, reconhecer as aspirações dos povos indígenas e tribais para assumir o controle de suas próprias instituições, formas de vida e desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões.

Já a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, para ser aplicada no Brasil, não precisa se tornar lei, nem ser ratificada pelo Congresso Nacional porque o Brasil se manifestou favorável à Declaração na Assembleia Geral da ONU. Dessa forma, na aprovação de leis que abordem os direitos indígenas e a relação dos indígenas com o Estado, o Brasil deve observar os parâmetros estabelecidos na Declaração, com os quais se comprometeu.

O artigo 35, da Convenção 169 da OIT²⁴⁸, proporciona um acesso formal para considerar a interpretação de suas disposições com referência à Declaração, ao incluir uma cláusula interpretativa que a relaciona com outros instrumentos internacionais, constituindo-se, juntamente com outros instrumentos de direitos humanos da ONU, ferramentas de interpretação que deveriam guiar o processo de supervisão dos direitos indígenas²⁴⁹.

Nessa direção, de acordo com Rodríguez-Piñero, o regime internacional de direitos humanos se deu conta de que a eficácia das normas internacionais de direitos humanos depende de uma ampla variedade de técnicas, e implica a participação de vários atores-chave, distintos dos organismos internacionais, mas complementares a eles, para que se apliquem as normas legalmente vinculantes, destacando-se, assim, a importância de se empoderar os titulares dos direitos e fortalecer o conjunto de condições de quem tem a obrigação e o papel de cooperação técnica²⁵⁰.

Porém adverte Rodríguez Piñero que a supervisão internacional dos direitos humanos é uma coisa, mas a aplicação dos direitos humanos na vida cotidiana é algo totalmente diferente, pois as décadas transcorridas de elaboração de normas e práticas pelos mecanismos internacionais têm demonstrado a triste realidade do impacto do regime de direitos humanos: as violações seguem sendo massivas, mesmo com a sofisticação dos meios empregados para protegê-los, o que traz o debate de que não basta que a Declaração seja supervisionada, mas

²⁴⁸ OIT, Convenção 169, artigo 35: “A aplicação das disposições da presente Convenção não deverá prejudicar os direitos e as vantagens garantidos aos povos interessados em virtude de outras convenções e recomendações, instrumentos internacionais, tratados, ou leis, laudos, costumes ou acordos nacionais”.

²⁴⁹ RODRIGUÉZ-PIÑERO, Luiz. *Cuando Proceda ...*, cit, p. 346.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 352.

como os direitos específicos, nela afirmados, podem fazer-se efetivos, melhorando a vida dos povos e pessoas indígenas e evitar que continuem as graves violações desses²⁵¹.

O grande dilema do reconhecimento de direitos, plasmados em instrumentos legais, é realmente a efetivação, a concretização e aplicação de seus preceitos como forma de coibir as agressões e constantes violações aos direitos neles consubstanciados.

Nesse sentido, as declarações de Victoria Tauli-Corpuz, relatora especial da ONU para os direitos dos povos indígenas, Mariam Waleet Aboubakrine, presidente do Fórum Permanente da ONU para Questões Indígenas, e o Mecanismo Especializado da ONU para os Direitos dos Povos Indígenas, por ocasião dos dez anos da Declaração:

“A Declaração, que levou mais de 20 anos para ser negociada, aparece hoje como um farol para o progresso, uma diretriz para a reconciliação e uma referência de direitos”.

“Mas após uma década, precisamos reconhecer os vastos desafios que permanecem. Em muitos casos, os povos indígenas enfrentam agora dificuldades e violações de direitos ainda maiores do que enfrentavam dez anos atrás”.

“Apesar de alguns países terem tomado medidas constitucionais e legislativas para reconhecer seus direitos e identidades, a exclusão, a marginalização e a violência continuam disseminadas”.²⁵²

Em vista disso, vejamos, pois, como o comprometimento dos países se dá no âmbito da América Latina.

2. O reconhecimento constitucional dos direitos indígenas na América Latina

A busca pela autonomia indígena aparece em distintas formas por toda América Latina. Podem-se tomar como exemplo as lutas anticoloniais dos povos. Porém, foi na década de 80 que intelectuais e povos dão lugar a uma autonomia que se proporia como lei estatal.

Assim, surgem movimentos pela busca da autonomia na Nicarágua e territórios da costa atlântica, direito que se incorpora à Constituição desse país em 1987. No México, aconteceram importantes debates sobre a forma que a autonomia deveria ter, étnica, pluriétnica, regional ou comunal. Entre os zapatistas, ocorre um desenvolvimento independente do Estado, com os

²⁵¹ RODRIGUÉZ-PIÑERO, Luiz. *Cuando Proceda ...*, p. 352.

²⁵² Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-protoger-os-direitos-dos-povos-indigenas-e-protoger-os-direitos-de-todos/> Acesso em: 24 set. 2019.

“*Caracoles y Juntas del Buen Gobierno*”, depois que os diálogos de San Andrés, a proposta da “*Ley Cocopa*” e da reforma constitucional fracassaram como caminho para o reconhecimento de uma autonomia política. Aparecem também no México versões de autonomia como forma incorporada à estrutura estatal, especialmente em estados como Oaxaca, onde há maior concentração indígena e a autonomia é reconhecida na Constituição local²⁵³.

Na Colômbia, México e Peru a autonomia se associa também a experiências de seguridade comunitária e autodefesa campesina. Entre os Mapuches e outros povos, é mais nada do que uma luta por uma autonomia negada e combatida pelo Estado, com perseguição de líderes, avanço de empresas florestais e do agronegócio, com fragmentação dos territórios, etc²⁵⁴.

No cenário latino americano, de acordo com Bartolomé Clavero, por via convencional de tratado internacional, antes que constitucional, tem-se estabelecido pela América Latina o direito à consulta aos povos indígenas como regra para as relações entre eles mesmos, enquanto sujeitos políticos reconhecidos, e os respectivos Estados, mas as Constituições vêm respondendo de forma desigual a um compromisso internacional que interessa tanto ao exercício dos direitos de cidadania como das funções normativa, jurisdicional e governamental²⁵⁵.

Segundo Cletus Barié, haverá muitos argumentos que afirmam a revalorização da esfera jurídica no tratamento dos problemas atuais da América Latina em geral e da etnicidade em especial:

El significado simbólico implica el reconocimiento de la pluriculturalidad en las Cartas fundamentales más actuales y el auge del tema de las autonomías culturales entre juristas, historiadores, publicistas e intelectuales – entre ellos muchos indígenas²⁵⁶.

Porém, Barié observa que, se as Constituições latino-americanas tivessem vida própria, seguramente encarnariam em forma de elefantes, pois sua excelente memória, seu corpo volumoso, seu estado evolutivo um tanto fora de moda e a larga expectativa de vida são

²⁵³ SCHAVELZON, Salvador *apud* Díaz Polanco (1997), Lopez y Rivas (2004), Sánchez (1999), Anaya (2006).

²⁵⁴ SCHAVELZON, Salvador. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolívia: Etnografía de una Asamblea Constituyente*, p. 27. [https://www.iwgia.org/images/publications//0606 El nacimiento del estado.pdf](https://www.iwgia.org/images/publications//0606%20El%20nacimiento%20del%20estado.pdf). Acesso em: 30 jun. 2019.

²⁵⁵ CLAVERO, Bartolomé. *Consulta Indígena Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos in Convención 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Organizadora Deborah Duprat. Brasília-DF: ESMPU, 2015, p. 11-12.

²⁵⁶ BARIÉ, Cletus Gregor. *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales em América Latina: um panorama*. 2ª edición actualizada y aumentada. Bolivia: Instituto Indigenista Interamericano (México), Comisión Nacional para el desarrollo de los Pueblos Indígenas (México) y Editorial Abya-Yala (Ecuador), 2003, p. 27-28.

características que comparam essas Cartas com os paquidermes. Mudar de Constituição é um dos procedimentos mais complicados que se conhece nos regimes democráticos, pois a busca de consensos interpartidários, o apoio dos cidadãos, as discussões na Assembleia Constituinte e o laborioso processo de redação impedem a promulgação rápida e conjuntural desse documento. Assim, as modificações específicas no âmbito constitucional se realizam através de emendas ou reformas específicas²⁵⁷.

As mudanças constitucionais, no âmbito dos direitos dos povos indígenas, segundo esclarece Yrigoyen, ocorreram em três ciclos de reformas constitucionais em matéria indígena e multicultural.

O primeiro ciclo de reforma constitucional multiculturalista teve início nos anos oitenta do século XX e caracteriza-se pela introdução do direito individual e coletivo, ou seja, à identidade cultural, junto com a inclusão de direitos indígenas específicos. Após a primeira adoção do constitucionalismo multicultural pelo Canadá em 1982, seguiram-se a Guatemala, em 1995, a Nicarágua, em 1987, e o Brasil, em 1988²⁵⁸.

Durante os anos noventa do século XX, dá-se o segundo ciclo, que incorpora os direitos contidos na Convenção 169 da OIT, e afirma o direito (individual e coletivo) à identidade e diversidade cultural, já introduzido no primeiro ciclo, porém, desenvolve mais o conceito de “nação multiétnica” e “estado pluricultural”. Ocorre a qualificação da natureza da população e avança rumo ao caráter do Estado, e reconhece, ainda, o pluralismo jurídico, assim como novos direitos indígenas e de afrodescendentes. Esse modelo se expande nas Américas Central e do Sul (Colômbia 1991, México 1999, Paraguai 1992, Peru 1993, Bolívia 1994, Argentina 1994, Equador 1996 e 1998, Venezuela 1999).²⁵⁹

Já o terceiro ciclo, que se deu durante a primeira década do século XXI, colocou no cenário um debate ainda não resolvido por dois processos constituintes (Bolívia 2007-2008 e Equador 2008) sobre o “Estado Plurinacional” e um modelo de pluralismo legal igualitário, baseado no diálogo intercultural. A demanda indígena então, após a crise do modelo de ajuste estrutural e políticas neoliberais, além da mudança política na maioria dos países latino-americanos, é a de que os povos indígenas sejam reconhecidos não apenas como “culturas diversas”, mas como nações originárias ou sujeitos políticos coletivos com direito a participar nos novos pactos do Estado, que se configurariam como Estados plurinacionais. Reclamam ao

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 28.

²⁵⁸ YRIGOYEN, Raquel. *Aos 20 anos do Convênio...*, cit., p. 25.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 26.

Estado, ainda, direitos sociais e um papel frente às transnacionais e poderes materiais tradicionais.²⁶⁰

Sabe-se que os direitos, quando plasmados nas Constituições, têm mais garantia de concretude e existência no mundo jurídico, pois, de acordo com o observado por Lassalle²⁶¹, uma Lei Fundamental constitui-se por fatores jurídicos advindos de fatores reais que, por sua vez, constituem-se a partir de fatores do poder que regem o país. Caso esses fatores não sejam elevados ao nível constitucional, ou seja, se essa composição de poderes não estiver expressa em uma constituição escrita, seguramente esse documento terá muito pouco tempo de vida.

Sobre a situação do Direito Consuetudinário dos povos indígenas nas leis fundamentais, ou seja, nas Constituições dos países da América Latina, de acordo com Stavenhagen²⁶², tal direito quase não está contemplado, pois a maioria da legislação dos países prevê a aplicação das leis nacionais às comunidades indígenas; somente em alguns textos legais existem referências aos costumes e valores dos povos indígenas, que devem ser promovidos ou protegidos pelos governos, sendo que, em alguns casos, aplicam-se leis específicas da Corte Indigenista.

Referindo-se às tendências constitucionais atuais na América Latina no que se refere ao reconhecimento dos direitos de seus povos históricos, Barié reparte os países em três grupos: o primeiro grupo, composto de cinco países, Belize, Chile, Guiana Francesa, Suriname e Uruguai, que não se preocupam em absoluto em suas leis fundamentais com as minorias étnicas, seja porque suas tradições legais são essencialmente anglo-saxônicas, seja porque o liberalismo individualista do século XIX não foi renovado ou complementado com outras correntes sociais. Nesses cinco países não figura o conceito “indígena” ou um sinônimo, exceto perifericamente a exemplo do preâmbulo de Belize.²⁶³

No segundo conjunto de nações latinoamericanas, formado por Costa Rica, El Salvador, Guiana e Honduras, aponta Barié que estes outorgam constitucionalmente alguma proteção pontual a seus grupos étnicos dentro de um marco legal incompleto ou pouco articulado, e geralmente com um enfoque evolucionista e integracionista.²⁶⁴

²⁶⁰ YRIGOYEN, Raquel. *Aos 20 anos do Convênio...*, p. 26.

²⁶¹ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.17-23. (Coleção Clássicos do Direito).

²⁶² STEVENHAGEN, Rodolfo. Derecho consuetudinario indígena. *In: Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 36.

²⁶³ BARIÉ, Cletus Gregor. *Pueblos Indígenas y derechos ...*, cit.,p. 87.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 87.

Já no terceiro grupo de países, composto pela Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela, se desenvolve uma extensa legislação indigenista no plano constitucional, ainda que a amplitude desses direitos se diferencie segundo o caso concreto. Esclarece Barié que estas Cartas se responsabilizam por suas comunidades e fixam certas regras para permitir a sobrevivência de sua cultura e a proteção de suas terras. O multiculturalismo constitucional é um fenômeno recente que se inicia em 1986 com a promulgação das Cartas Constitucionais da Guatemala e da Nicarágua. Porém o alcance desta nova visão plural, em todo caso, não depende, segundo Barié, somente das formulações concretas nos ordenamentos jurídicos.²⁶⁵

Analisando a situação nas Américas, Aparicio considera que, no continente americano, apesar de não contar com previsões normativas específicas de âmbito regional, nos últimos anos a Comissão e a Corte Interamericana têm desenvolvido um trabalho muito relevante. Uma etapa que se abre com a sentença da Corte Interamericana no caso *Awás Tingni*, de 31 de agosto de 2001, primeiro pronunciamento de um tribunal internacional de direitos humanos que reconhece os direitos coletivos dos povos indígenas sobre terras e recursos naturais²⁶⁶.

Esse caso foi apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 4 de junho de 1998, tendo origem na demanda de nº 11.577, recebida na Secretaria da Comissão em 2 de outubro de 1995. Em 4 de junho de 1998, a Comissão apresentou a demanda à Corte invocando os artigos 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante "a Convenção" ou a "Convenção Americana") e 32 e seguintes do regramento da Corte. À Corte coube decidir se houve violação dos seguintes artigos da Convenção: 1 (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial). A Comissão também pediu à Corte para declarar que o Estado é obrigado a estabelecer e implementar um procedimento legal para demarcar as terras da Comunidade, que se abstenham de nela fazer concessões até que a emissão de posse seja resolvida e para indenizar a Comunidade. A Comissão pede, ainda, que se condene a Nicarágua a pagar os custos e as despesas desse processo.²⁶⁷

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 87.

²⁶⁶ APARICIO, Marco. Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas. *Revista de Antropología Social*, n. 24, 2015, p. 128.

²⁶⁷ Disponível em: <https://ifg.jusbrasil.com.br/noticias/2006686/cidh-caso-n-29-comunidad-mayagna-sumo-awas-tingni-vs-nicaragua>. Acesso em: 8 out. 2018.

Sobre o âmbito interno, Aparicio esclarece que devem destacar-se as reformas empreendidas por boa parte dos países latino-americanos. Nesse sentido, somente em cinco dos vinte e um textos constitucionais não aparece menção alguma aos direitos dos povos indígenas. Em alguns casos, porém, as previsões se limitam a enunciados gerais de tipo bem mais simbólico ou a um grau programático. Mas em outros se reconhecem autênticos direitos, de maneira inclusive pormenorizada, como nos casos da Colômbia (1991), Venezuela (1999), Bolívia (reforma de 1994 e Constituição de 2009) e Equador (1998 e 2008)²⁶⁸.

As três últimas constituições promulgadas na América Latina (Venezuela, Equador e Bolívia), sendo frutos do trabalho de assembleias nacionais constituintes participativas, são caracterizadas pela analiticidade dos textos, tendo positivados inúmeros artigos: Venezuela possui 350 artigos; Equador, 444 artigos; e Bolívia, 411 artigos.²⁶⁹

Em 1998, a Constituição do Equador registra os princípios de equidade e igualdade das culturas como cânones orientadores da ordem constitucional e da prática política (art. 62). Em 1999, segue a Constituição da Venezuela registrando o princípio da igualdade das culturas como diretriz da interculturalidade que haverá de se constituir em guia do direito e da política (art. 100).

Já a Constituição do México, em 2001, proclama: “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía”.

Estabelece, ainda, no artigo 2, parágrafo e 2.A, parágrafo, o seguinte princípio: “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional”.²⁷⁰

No ano de 2004, a Bolívia procedeu a uma reforma constitucional do tipo procedimental, visando a uma mudança da Constituição (art. 232: “La Reforma Total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley especial de convocatoria...”), concede a entrada aos povos indígenas como agentes autônomos de representação política, assim dispendo: “La representación popular se ejerce a través de los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas que concurren a

²⁶⁸ APARICIO, Marco. *Derechos y pueblos indígenas...*, cit., p. 128.

²⁶⁹ MELO, Milen; BURCKHART, Thiago. *Direito indígena e ...*, cit., p. 111.

²⁷⁰ CLAVERO, Bartolomé. “Novedades Constitucionales Y Continuidades Constituyentes: Ecuador, Venezuela, México, Bolívia (1998-2004). In: *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*. APARICIO, Marco (coord.). Girona: Publicacions de la Universitat de Girona, 2005, p. 12. (Col·lecció Diversitas. n. 53).

la formación de la voluntad popular son personas jurídicas de derecho público” (arts. 222 y 223). assumindo, assim, o princípio da própria determinação dos povos indígenas.²⁷¹

Contudo ficou fora do texto final da Constituição Boliviana a existência de instâncias mistas interculturais para resolver conflitos de interlegalidade a partir de um pluralismo igualitário.²⁷²

Importante assinalar que houve na Bolívia, em 2003, uma proposta de autonomia indígena, apresentada por García Linera como sistema combinado com formas diferentes para territórios de terras baixas, departamentos “mestizos” e de uma grande nacionalidade aymara no Altiplano com um avançado esquema de autogoverno com instituições próprias e participação em todos os níveis do Governo central, sendo que, em sua proposta de autonomia estatal, García Linera chegava inclusive a propor que as autonomias étnicas de quechuas e aymaras tivessem um Executivo e uma Câmara Legislativa Nacional Indígena com jurisdição territorial urbana e rural contínua e competências totais em educação, titulação de terras, impostos, recursos naturais não renováveis etc. (2003, reeditado em 2005 e 2008). Porém, ao tempo da Assembleia, a autonomia foi incorporada pelos campesinos e indígenas e formava parte da proposta do “Pacto de Unidad”, visto que cada povo pensava sua autonomia de um modo específico.²⁷³

As Constituições do Equador e da Venezuela também guardam semelhança no que tange à formulação do princípio e do direito, à igualdade entre as culturas e ao direito à identidade. Vê-se do teor do parágrafo 24 do artigo 23 do texto da Constituição do Equador, registro desse direito referente à pluralidade reconhecida de culturas com atenção particular ao artigo 84, que registra o “direito coletivo” dos povos indígenas a manter, desenvolver e fortalecer sua identidade e tradições no âmbito espiritual, cultural, linguístico, social, político e econômico. Assim também se vê registro equivalente no texto da Constituição da Venezuela que dispõe: “Os povos indígenas têm direito a manter e desenvolver sua identidade étnica e cultural, cosmovisão, valores, espiritualidade e seus lugares sagrados e de culto” (art. 121).²⁷⁴

O direito à identidade cultural está presente em grande parte do corpo constitucional latino-americano, a teor do que prevê a Constituição da Guatemala, que data de 1985, e

²⁷¹ CLAVERO, Bartolomé. *Novedades Constitucionales...*, p. 13.

²⁷² YRIGOYEN, Raquel. *Aos 20 anos do Convênio...*, cit., p. 27.

²⁷³ SCHAVELZON, Salvador. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: Etnografía de una Asamblea Constituyente*, 2015, p. 195-196. Disponível em: https://www.iwgia.org/images/publications/0606_El_nacimiento_del_estado.pdf. Acesso em: 30 jun. 2019.

²⁷⁴ YRIGOYEN, Raquel. *Aos 20 anos do Convênio...*, cit., p. 14.

estabelece: “Se reconhece o direito das pessoas e das comunidades a sua identidade cultural de acordo com seus valores, sua língua e seus costumes” (art. 58). Também se encontra registro sobre a identidade indígena nas Constituições do Panamá, 1972, da Nicarágua, 1987, da Colômbia, 1991, do Paraguai, 1992, do Peru. 1993, da Argentina, 1994. Encontra-se, ainda, nessas e em outras Constituições, registros de multiculturalismo como reconhecimento da coexistência de culturas.²⁷⁵

Clavero resume o que dispõem alguns Estados Latino-americanos em matéria de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas:

Guatemala reconhece un derecho a la propia cultura, el derecho de las comunidades a su identidad cultural. Nicaragua también se refiere a un derecho a la identidad de las comunidades indígenas. Colombia lo que reconoce es la diversidad étnica y cultural; México, una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, Perú, la pluralidad étnica y cultural, como un derecho de toda persona a su correspondiente identidad. Bolivia se declara ella misma como multiétnica y pluricultural. Lo propio hace Ecuador asignándole los atributos de pluriculturalidad y multietnicidad al Estado mismo. Panamá ha reconocido la pluralidad de lengua en términos que, porque la impliquen, no parecen extenderse a la de culturas, pues asume al tiempo como objetivo constitucional un cambio cultural de dirección previsible. Posición similar presenta Argentina con una referencia a la educación intercultural o de transición entre culturas en sentido igualmente imaginable.²⁷⁶

E, concluído esse resumo, Clavero aponta:

Ecuador se ha referido igualmente a la castellana como lengua intercultural y a una cultura nacional en singular, pero también a la cultura respectiva de cada lengua, añadiendo ahora dicha profesión de multiculturalidad, esta confección del propio Estado. La de una sola cultura, la que tiene por nacional, no hace falta que conste igualmente en unos mismos pasajes, como en Panamá y en Nicaragua, para que se entienda y opere. Las Constituciones comienzan por hacerse en castellano, un indicio de que profesan, aunque no confiesen, una determinada cultura.²⁷⁷

Dessa forma, a maioria das Constituições latino-americanas reconhece às populações indígenas a sua livre forma de organização. Nesse sentido, Stavenhagen esclarece que o artigo 66 da Constituição Política da Guatemala estabelece que “O Estado reconhece, respeita e promove suas formas de vida, costumes, tradições, formas de organização social...”. Já a Constituição da Nicarágua afirma, no seu artigo 89, que as comunidades da Costa Atlântica têm o direito de: “[...] dotar-se de suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais conforme as suas tradições[...]”, sendo reiterado no Estatuto da Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua, que dispôs, em seu artigo 11, que os habitantes das comunidades da Costa Atlântica têm direito a “desenvolver livremente suas organizações

²⁷⁵ YRIGOYEN, Raquel. *Aos 20 anos do Convênio...*, cit., p. 14.

²⁷⁶ CLAVERO, Bartolomé *apud* BARIÉ, Cletus Gregor *Pueblos Indígenas y derechos ...*, cit., p. 29.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 29.

sociais e produtivas conforme os seus próprios valores”.²⁷⁸

Existem, ainda, na América Latina, constituições de diversos países, que trazem, expressamente, a previsão de jurisdição indígena. A exemplo disso, a Constituição da Colômbia, em seu artigo 246, dispõe que:

As autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, de conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrários à Constituição e leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional.²⁷⁹

Da mesma forma, também a Constituição Peruana, prevê, em seu artigo 149, que as autoridades das Comunidades Camponesas e Nativas, com o apoio das Rondas Camponesas, podem exercer as funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial de conformidade com o direito consuetudinário, sempre que não violem os direitos fundamentais da pessoa. A lei estabelece as formas de coordenação de dita jurisdição especial com os Tribunais de Paz e com as demais instâncias do Poder Judicial.²⁸⁰

Dentre as constituições da América Latina que reconhecem os direitos dos povos indígenas, merece destaque a Constituição da Bolívia, que traz, logo no seu primeiro artigo, o reconhecimento do pluralismo político e econômico e a orientação de respeito pela pluralidade de seu povo:

Artículo 1

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, autonómico y descentralizado, independiente, soberano, democrático e intercultural. Se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

El Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario tiene como máximo valor al ser humano, y asegura el desarrollo equitativo mediante la redistribución de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación y cultura.

A Constituição Boliviana traz, ainda, um Capítulo referente aos direitos das nações e povos indígenas originários camponeses, conceituando nação e povo indígena originário e estabelecendo, no artigo 30:

²⁷⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Entre la ley y la...*, cit., p. 36.

²⁷⁹ Disponível em: <http://classroom.orange.com/pt/constituicao-de-colombia-de-1991.html>. Acesso em: 8 ago. 2018

²⁸⁰ Disponível em: <http://classroom.orange.com/pt/constituicao-politica-do-peru.html>. Acesso em: 8 ago, 2018.

Artículo 30.

I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparte identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos gozan de los siguientes derechos:

[...] 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.²⁸¹

Além disso, a Constituição da Bolívia, em seu art. 5, traz também o reconhecimento expresso como idioma oficial, além do castelhano, de trinta e seis idiomas das diversas nações indígenas.

Artículo 5

I. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, que son aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machayuwa, machineri, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, quechua, maropa, sirionó, tacana, tapieté, toromona, puquina, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

Sobre o novo paradigma do Estado Plurinacional Comunitário, contemplado na Constituição da Bolívia, explica Aparicio:

[...] la Constitución boliviana dibuja los elementos de un nuevo paradigma constitucional basado en la definición del Estado como “Estado plurinacional comunitario” (art. 1). La *plurinacionalidad* es el concepto que sirve para superar la referencia, común en los textos constitucionales reformados a lo largo de los 90’, a la *pluriculturalidad*. Con ello, se pretende asentar la dimensión política y prescriptiva del reconocimiento de la existencia de distintas culturas o grupos culturales. Frente a la comprensión descriptiva de la existencia de distintas culturas, la plurinacionalidad empujaría a transformaciones de las estructuras institucionales y jurídicas del Estado.²⁸²

Insta lembrar, que esse novo paradigma boliviano foi resultado de uma mudança ocorrida no campo político, decorrente da articulação dos movimentos sociais e indígenas e, sobretudo, pela ação desses movimentos, que foram ocupando espaços de poder estatais, a exemplo da eleição de Evo Morales em 2005, que culminou na convocação da Assembleia Constituinte, em março de 2006.

²⁸¹ Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 8 ago. 2018.

²⁸² APARICIO, Marco. *Derechos y pueblos indígenas...*, cit., p. 133.

Conforme expõe Tapia, as rebeliões contemporâneas na Bolívia se desenvolveram a partir da composição de estruturas sociais e políticas que em momentos críticos passam a ser organizadoras da vida social e, neste sentido, também da ordem política.²⁸³

Assim sendo, as organizações indígenas, camponesas e entidades expressaram, através do documento intitulado *Propuesta de las Organizaciones Indígenas, Originarias, Campesinas y Colonizadores hacia la Asamblea Constituyente*, de 2006, consenso e unidade em relação à proposta do Estado Plurinacional, como:

... un modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo nuestra autonomía territorial, para alcanzar la vida plena, para vivir bien, con una visión solidaria, para que de esta manera sea los motores de la unidad y el bienestar social de todos los bolivianos, garantizando el ejercicio pleno de todos los derechos.²⁸⁴

Analisando o substrato da plurinacionalidade na Constituição da Bolívia, Aparicio esclarece que o artigo segundo dispõe sobre o reconhecimento de suas instituições, direito à autonomia, à livre determinação, ao autogoverno dentre outros direitos, nos seguintes termos:

“Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.²⁸⁵

A partir dessa nova Constituição, é possível identificar os pilares centrais do projeto plurinacional do Estado Boliviano nos âmbitos político, através de uma democracia intercultural (artigo 11) e das circunscrições legislativas especiais para os povos indígenas (artigos 146-VII, 147); econômico, pelo reconhecimento da economia plural (artigo 306); jurídico, na institucionalização da jurisdição indígena (artigos 190 a 192); cultural, através do princípio da interculturalidade, respeito às formas de organizações e visões de mundo tradicionais e reconhecimento de direitos coletivos e educação, pela proposta intercultural e plurilíngue do sistema educativo (artigos 78 e 80).²⁸⁶

²⁸³ TAPIA, Luis. Bolívia: ciclos y estructuras de la rebelión. In: SVAMPA, Maristella; STAFANONI, Pablo (Org.) *Bolívia: memoria, insurgencia y movimientos sociales*. Buenos Aires: CLACSO, 2007b, p. 171.

²⁸⁴ El Pacto de Unidad, 2007, p. 192. <https://www.youtube.com/watch?v=yOtmujhjpl0>. Acesso em: 29 jun. 2019.

²⁸⁵ APARICIO, Marco. *Derechos y pueblos indígenas...*, cit., p. 133.

²⁸⁶ BESSA, Juliana Pinheiro Nogueira. *Por Nações Afirmativas: O Estado Plurinacional na Constituição Boliviana de 2009 e o papel da Confederación de Pueblos Indígenas de Bolívia (CIDOB)*. Dissertação (Mestrado) - Centro de Pesquisa e Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas – PPG/CEPPAC. Brasília: UnB, Instituto de Ciências Sociais, 2015, p. 114-115.

A Constituição Boliviana ainda estabelece no art. 9.1, que se encontra entre os fins e as funções essenciais do Estado “constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales”.²⁸⁷

Continuando a análise do que dispõe a Constituição Boliviana dentro desse novo paradigma, Aparicio destaca que existe um capítulo específico de direitos indígenas (“das nações e povos indígenas originários ou campesinos”), onde estão contemplados direitos em sintonia com a Declaração da ONU (DDPI), como os direitos: “a existir livremente” (art. 30.II.1), “a sua identidade cultural”(30.II.2), “à livre determinação e territorialidade” (30.II.4), “à consulta prévia mediante procedimentos adequados e em particular através de suas instituições, cada vez que se preveem medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar-lhes”(30.II.15), ou “à gestão territorial indígena autônoma” (30.II.17)²⁸⁸.

Esclarece, ainda, Aparicio que outro dos aspectos centrais da Constituição Boliviana é o da concretude do direito dos povos indígenas à livre determinação que, segundo o texto constitucional, consiste: “en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias” (art. 289)²⁸⁹.

Segundo aponta Aparicio, apesar do fato de que o direito à livre determinação não seja o elemento que defina uma mudança ou trânsito paradigmático, deve-se ter em conta que se trata de um direito que tem logrado ser encaixado com certa comodidade na estrutura monocorde do Estado liberal, a partir de sua compreensão limitada ao plano da autonomia local sem afetação da lógica territorial de raiz colonial²⁹⁰.

Barié traz o problema de ausência de norma para regulamentar os direitos reconhecidos constitucionalmente, pois a delegação a leis específicas pode ser uma forma de debilitar uma Constituição quando a legislação secundária é elemento indispensável à ordem legal. Afinal, nem todos os direitos cabem em uma Carta Magna. Em muitas Constituições os direitos indígenas somente poderão se efetivar mediante uma legislação posterior, e os legisladores tardam em regulamentar a Constituição.²⁹¹

²⁸⁷ APARICIO, Marco. *Derechos y pueblos indígenas...*, cit., p. 134.

²⁸⁸ *Ibidem*, p.134.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 133.

²⁹⁰ APARICIO, Marco. *Derechos y pueblos indígenas...*,cit., p. 134.

²⁹¹ BARIÉ, Cletus Gregor. *Pueblos Indígenas y derechos ...*, cit., p. 552-553.

Conforme conclui Aparicio sobre a Constituição da Bolívia, o direito que viria a anunciar um horizonte distinto é o que se refere a que as instituições indígenas sejam parte da estrutura geral do Estado (artigo 30.II.5). Trata-se de uma previsão nova, transcendente, porque modifica a lógica da contraposição Estado *versus* povos indígenas. Esta é a lógica em que se move a dimensão garantista dos direitos, vistos como ferramentas contramajoritárias, barreiras nas mãos dos povos indígenas frente ao poder da sociedade dominante, articulado no Estado e no Direito Estatal. Assim, entendidos os povos indígenas, suas instituições como parte do Estado, forçosamente se reconfigura a organização política que deve dar espaço aos distintos sujeitos coletivos. Desde esse ponto de partida se projeta a reformulação do edifício estatal em seu conjunto, posto que, uma vez incorporadas como próprias as instituições indígenas, o seguinte passo consiste na articulação de instituições comuns chamadas a encaixar a participação das distintas coletividades²⁹².

Nesse sentido, Barié demonstra preocupação com a efetivação dos direitos, explicando que, entre os elementos que podem invalidar ou desvirtuar qualquer regramento indigenista, cabe mencionar a falta de mecanismos básicos para o exercício da cidadania, leis ou estipulações que destroem um dos fundamentos do direito indígena – “como la tierra comunal” – sob o pretexto de liberação do indígena e a falta de verdadeira vontade política de fazer efetiva uma Constituição que ofereça garantia a suas minorias.²⁹³

A representação política e jurídica dos povos indígenas, seguramente faz parte dos avanços da Constituição da Bolívia, conforme descreve Aparicio, concretamente, se configuram a Assembleia Legislativa Plurinacional e o Tribunal Constitucional Plurinacional. A regulação constitucional da Assembleia Legislativa Plurinacional exige para a eleição de seus integrantes a existência de circunscrições especiais indígenas (indígena originário campesino, de acordo com a terminologia constitucional), conferindo seu desenvolvimento a uma legislação posterior, com o limite que não transcendam as fronteiras locais e que, conforme o artigo 146 VII, se estabeleçam somente em área rural, e nos locais em que esses povos e nações indígenas originariamente campesinos constituam uma minoria populacional. A respeito do Tribunal Constitucional seu caráter plurinacional se estabelece constitucionalmente de modo muito breve, prevendo que seus membros serão eleitos com critérios de plurinacionalidade, com

²⁹² APARICIO, Marco. *Derechos y pueblos indígenas...*, cit., p. 134.

²⁹³ BARIÉ, Cletus Gregor. *Pueblos Indígenas y derechos ...*, cit., p. 87.

representação do sistema ordinário e do sistema indígena originário campestre, conforme dispõe o artigo 197 I, e mediante sufrágio universal, a teor do artigo 198²⁹⁴.

Fagundes considera que a mobilização popular por uma constituinte é um dos traços que caracteriza a nova constituição boliviana²⁹⁵, dentro daquilo que vem sendo denominado de novo constitucionalismo latino-americano, e a estratégia utilizada pelos movimentos populares descontentes se traduziu na escolha do campo jurídico constitucional, para mobilizar e transformar as estruturas de poder a partir do próprio modelo em crise, superando suas contradições históricas vinculadas aos privilégios²⁹⁶.

Aponta Aparicio, resumindo o cenário Boliviano:

Es evidente que el horizonte plurinacional se halla, con mayor o menor intensidad, apuntado. Pero también lo es que se da una mezcla compleja de aspectos enraizados en la más pura tradición constitucional liberal con elementos de un constitucionalismo *dialógico* (Agustín Grijalva, 2008: 49-62), esto es, orientado a la consecución de condiciones de diálogo, de igualdad, entre distintos sujetos colectivos. Se ofrece así un panorama de intensa promiscuidad: una amalgama de factores en tensión, que podría permitir – como siempre en función del equilibrio de fuerzas existente— dar un uso contra-hegemónico de instrumentos políticos y conceptuales hegemónicos que, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos (2010: 60) implica “la apropiación creativa de las clases populares para sí de esos instrumentos a fin de hacer avanzar sus agendas políticas más allá del marco político-económico del Estado liberal y de la economía capitalista”. Podríamos hablar entonces, siguiendo con el mismo autor, de un constitucionalismo experimental y, seguramente, transicional.²⁹⁷

Wolkmer²⁹⁸ traz uma análise sobre a Constituição da Venezuela, trazendo as inovações do constitucionalismo democrático-popular venezuelano.

O autor esclarece que essas inovações estão regulamentadas no Capítulo IV (Dos Direitos Políticos e do Referendo Popular). A participação popular, que mescla representação com democracia participativa, encontra-se no art. 62, que dispõe sobre a “participação do povo na formação, execução e controle da gestão pública[...]” e no art. 70, que dispõe sobre o exercício da participação popular mediante “o referendo, a consulta popular, a revogação do

²⁹⁴ APARICIO, Marco. *Derechos y pueblos indígenas...*, cit., p. 133.

²⁹⁵ Sobre o processo constituinte boliviano vide FAGUNDES, Lucas; PATRÍCIO, Ághata July Goularte; CACIATORI, Emanuela Gava. *Pluralismo Jurídico no processo constituinte boliviano*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

²⁹⁶ FAGUNDES, Lucas Machado. *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências Contemporâneas*. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 160.

²⁹⁷ APARICIO, Marco. *Derechos y pueblos indígenas...*, cit., p. 135.

²⁹⁸ WOLKMER, Antonio. MELO, Milena (Org.). *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 31.

mandato, a iniciativa legislativa, constitucional e constituinte, o conselho aberto e a assembleia de cidadãos e cidadãs cujas decisões serão de caráter vinculante[...]”²⁹⁹.

Certamente o marco inovador e de maior impacto da “Constituição bolivariana” está no seu art. 136, ao introduzir um Poder Público Nacional, dividido em cinco poderes independentes: Legislativo, Executivo, Judicial, Cidadão (art. 273) – é a instância máxima – e o Poder Eleitoral. Esse Poder Cidadão é exercido por um Conselho Moral Republicano (arts. 273 e 274), que é eleito e constituído pela Defensoria Pública, Ministério Público e Controladoria Geral da República. Dentre suas inúmeras responsabilidades, está a de estimular a observância e o respeito aos direitos humanos (art. 278)³⁰⁰.

Os temas relacionados aos direitos dos povos indígenas vêm no Capítulo VIII, art. 119 e seguintes, os direitos relacionados aos bens comuns naturais no Capítulo IX, art. 127 e seguintes, e os bens culturais encontram-se estabelecidos no Capítulo VI, art. 98 e seguintes, enquanto bens necessários à própria sobrevivência.

No que tange à legitimação para os povos indígenas aplicarem suas instâncias de justiça, a Constituição da Venezuela, estabelece, em seu artigo 260, que:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.³⁰¹

A respeito do uso das línguas indígenas, a Constituição da Venezuela, em seu art.9, reconhece o castelhano e também oficializa o uso dos idiomas dos povos indígenas, dispondo que:

Artículo 9 - El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad.

Com relação aos direitos dos povos indígenas à sua própria organização e sujeição às suas normas consuetudinárias, prevê a Constituição do Paraguai, no seu artigo 63:

Artículo 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a

²⁹⁹ WOLKMER, Antonio. MELO, Milena (Org.). *Constitucionalismo Latino-Americano*, cit., p. 31.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 31.

³⁰¹ Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>. Acesso em: 07/06/2018

aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.³⁰²

A Constituição do Equador, representante do “novo constitucionalismo latino-americano”, traz enormes avanços como o reconhecimento dos direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do “bem viver”. Traz a forma do Estado do Equador como Estado constitucional de direitos (art. 1), suplantando o tradicional Estado de direito, vinculando, dessa forma, não ao direito, mas aos direitos.

Com essa nova visão, tentando reverter a situação de dominação pelas quais passaram os povos indígenas, permite a Constituição do Equador a aplicação da Justiça Indígena, referindo-se, expressamente, na Seção Segunda, no artigo 171:

Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.³⁰³

A Constituição Equatoriana, na parte em que se refere ao devido processo e suas garantias básicas, veda de maneira taxativa o *ne bis in idem*, ou seja, o duplo julgamento. Dispõe, nesse sentido, o artigo 76, 7, i:

Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

[...] i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.³⁰⁴

³⁰² Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf . Acesso em 07/06/2018.

³⁰³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>. Acesso em 07/06/2018.

³⁰⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>. Acesso em 07/06/2018.

Contemplou, ainda, a Constituição do Equador os idiomas indígenas, pois, além de reconhecer dois idiomas oficiais, além do castelhano, legitimou o uso de idiomas ancestrais, como se vê no teor do artigo 2:

Art. 2.- La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria. El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.

A Constituição do Equador de 2008 constitui um dos maiores avanços no que tange ao reconhecimento dos direitos indígenas e dos direitos que lhes são correlatos, essenciais e fundamentais, como o direito à água e ao *habitat*. Consagra a Constituição equatoriana a dimensão coletiva dos direitos, nos artigos 10 e 1, e apresenta um capítulo específico (capítulo quarto do título 11) que contém os direitos das “comunidades, povos e nacionalidades”. Reconhece, ainda, de forma pioneira os “direitos da natureza”, nos seguintes termos: a natureza tem direito “ao respeito absoluto, à existência e à manutenção e regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolucionários”.

De acordo com Aparicio, em vez de fazer referência aos direitos sociais e econômicos, a Constituição do Equador usa a expressão “direitos do bem viver”, a tradução de *sumak kawsay* quíchua, que constata a presença das contribuições das culturas indígenas na construção de um projeto de desenvolvimento social centrado em uma melhora das condições de vida, que não devem ser mensuradas em termos quantitativos, mas sim qualitativos³⁰⁵.

Sobre a Constituição do Equador, Barié expõe que esta exhibe questões indígenas e sociais de grande envergadura, pois se vislumbra a presença de um movimento indígena com uma forte capacidade de convocatória e discussão em todo o texto constitucional. Assim sendo, em relação à amplitude e precisão de seus conceitos, se torna o mais avançado na América Latina, ainda que uma primeira avaliação sobre seu funcionamento possa deixar algumas incógnitas como, por exemplo, a falta de aprofundar no que se refere aos recursos naturais, a participação nas decisões sobre projetos de desenvolvimento e, sobretudo, em relação às possessões indígenas. Para o autor, o maior obstáculo para a realização dos direitos indígenas no Equador parece ser a falta de estabilidade das instituições políticas e a crise econômica, além

³⁰⁵ APARICIO, Marco. “Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008” em *Povos Indígenas, Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Ricardo Verdum organizador. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 146.

do que não se têm conseguido uma transformação e articulação adequada dos postulados constitucionais na legislação secundária³⁰⁶.

Como se pode observar, as constituições da Bolívia e do Equador constituíram-se em constituições vanguardistas, que têm, assim, grande importância para romper paradigmas, tanto no que tange ao reconhecimento do caráter multiétnico e multicultural de seu povo, como no reconhecimento e inclusão dos direitos da natureza.

Conforme esclarecem Melo e Burckhart, é sobretudo nas Constituições do Equador e da Bolívia onde cresce em substância um novo modelo, que leva os autores a falarem de um “novo constitucionalismo latino-americano”, caracterizado pela positivação de direitos plurais, condizentes com a realidade sociocultural e política do continente, superando o antropocentrismo europeu e passando a uma virada biocêntrica, fortemente influenciada pelas tradições dos povos ancestrais nas quais, a vida, e não apenas o homem, ocupa o centro das relações sociais. Nesse novo enquadramento constitucional, a natureza passa a ser concebida como sujeito de direitos, e afirma-se o paradigma do bem viver, impulsionando a passagem do *Estado de bem-estar social* para o *Estado do bem viver*, que implica a harmonia do homem com o meio ambiente e, portanto, um novo modelo de desenvolvimento econômico e novos modelos de produção e consumo³⁰⁷.

A substancial característica do “novo constitucionalismo latino-americano” é a sua vocação universalista, mas aberta às peculiaridades dos diferentes grupos e comprometida com a autonomia dos povos, pela qual se leva em conta a pluralidade étnica, cultural, social, política e econômica de cada povo, de acordo com sua visão de mundo e sua organização. Assim, pode-se observar, ainda, que esse novo desenho constitucional é pautado na força normativa da Constituição, sobrepondo-se, nesse sentido, à concepção meramente política, ou nominal, de Constituição, tão presente na cultura político-jurídica latino-americana dos últimos séculos.³⁰⁸

Uma vez tratadas as considerações no âmbito latino-americano, passa-se às considerações especificamente do Brasil, a nação em que se situam as comunidades indígenas ponto de partida de estudos que impulsionaram o problema jusfilosófico enfrentado na presente tese.

³⁰⁶ BARIÉ, Cletus Gregor. *Pueblos Indígenas y derechos ...*, cit., p. 553.

³⁰⁷ MELO, Milena; BURCKHART, Thiago. *Direito indígena e inovações...*, cit., p. 111.

³⁰⁸ MELO, Milena; BURCKHART, Thiago. *Direito indígena e inovações...*, cit., p. 111.

3. O reconhecimento dos Direitos Indígenas no Direito Constitucional do Brasil.

Torna-se necessário, para a explicação de como se deu o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no Brasil, que se faça uma digressão histórica pela origem da tutela indígena, o nascimento do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI). No campo legal da atualidade, considera-se o novo paradigma da Constituição Federal de 1988 e o que dispõe o Código Civil de 2002 sobre esses direitos.

3.1 Evolução jurídico- histórica

A primeira constituição brasileira, de 25 de março de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, por ocasião da proclamação da independência do Estado brasileiro, não dedicou nenhum artigo que se referisse às populações indígenas.

A Constituição Republicana de 1891, apesar do debate acerca dos “aborígenes” ter feito parte da Assembleia Constituinte, também deixou de reconhecer os direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas.

Já a Constituição Brasileira de 1934 trouxe grandes avanços, dentre eles, a disposição sobre os direitos originários dos indígenas sobre suas terras, como se observa do artigo 129: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

A Constituição Federal de 1937 também respeitou os direitos dos povos indígenas à posse das terras, como se observa do artigo 154: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”.

Ao tratar das competências legislativas da União, a Constituição de 1946, dispôs sobre “a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 5, XV, alínea “r”) e, nas disposições gerais (Título IX) previu, no artigo 216, a necessidade de ser respeitada a posse das terras dos índios, com a condição de não a transferirem.

Outorgada pelo Regime Militar, a Carta autoritária de 1967 incluiu, no seu artigo 4, IV), entre os bens da União, “as terras ocupadas pelos silvícolas”. Atribuiu à União a competência para legislar sobre “nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”(art. 8, XVII, alínea “o”). Também foram reconhecidos pela Junta Militar os seguintes direitos:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§1 Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§2 A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

De todas as constituições brasileiras, a Constituição de 1988 foi, portanto, a mais abrangente, pois dedicou um capítulo exclusivo aos povos indígenas. Chamada de Constituição Cidadã, a Carta de 1988 inovou em diversos temas, seguindo uma estrutura organizacional social e multicultural e de direcionamento emancipatório, coletivo e pluralista.

Os direitos dos índios estão expressos em um capítulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificamente no Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo VIII, “Dos Índios”, com disposições que asseguram o respeito à organização social, aos costumes, às línguas, crenças e tradições.

Como princípios fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil, no Título I, que se refere aos Princípios Fundamentais, dispõe em seu artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

O artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Percebe-se, assim, a orientação da Constituição Brasileira a se guiar pelos princípios insculpidos como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Dispõe, assim, a Carta Magna, dentre seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A cidadania e a dignidade de todo cidadão e cidadã brasileiros constituem-se, pois, princípios fundamentais da

República Federativa do Brasil.

Estabelece, também, a Constituição, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O texto constitucional brasileiro de 1988 reconheceu também os direitos emergentes ou novos direitos (direitos humanos, direitos da criança e do adolescente, do idoso e do meio ambiente) resultantes de demandas coletivas recentes engendradas por lutas sociais, introduziu em seu Título VIII (Da Ordem Social), um capítulo exclusivo aos povos indígenas (arts. 231-232). A norma constitucional, em seu art. 231, deixa muito claro seu entendimento nitidamente pluralista e multicultural.³⁰⁹

Assim, especificamente no artigo 231, Capítulo VIII, a Constituição da República Federativa do Brasil trata dos povos indígenas, reconhecendo-lhes a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, atribuindo à Nação Brasileira a responsabilidade pela demarcação dessas terras, pela proteção e pelo respeito a todos os seus bens, assegurando seus direitos originários, expressamente, nesses precisos termos:

Art. 231. São reconhecidos aos índios 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.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a 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.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por

³⁰⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo Constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 27-28.

objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

No texto constitucional, os direitos dos índios sobre suas terras são definidos como “direitos originários”, significando que são anteriores à criação do próprio Estado.

Nas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, fixou-se em cinco anos, a partir da promulgação desta, o prazo para que se procedesse à demarcação de todas as terras indígenas no Brasil. Porém, depois de mais de vinte anos da promulgação da Constituição Brasileira, não se completou a demarcação.

Sobre a capacidade postulatória, ou seja, atuação e legitimação dos indígenas no acesso à justiça para defesa de seus interesses, a Constituição foi precisa ao trazer, expressamente, no artigo 232, que:

Artigo 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

No que tange ao respeito pelos povos indígenas, a Constituição Federal avançou consideravelmente. Como se pode perceber, abandonou-se, com o reconhecimento legal, o ideal integracionista do Estatuto do Índio, Lei 6.001/71, que dispunha sobre a incorporação progressiva dos índios à sociedade nacional e classificava os indígenas da seguinte forma:

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura”.³¹⁰

³¹⁰ Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, art. 4º.

Estabeleceu o Estatuto do Índio, com relação à liberação da tutela, a condição da integração como requisito fundamental, pois dispõe em seu Capítulo II, que: “Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei”.³¹¹

Com a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, a integração, fator preponderante para a aquisição da capacidade indígena, perde sua força. Passou-se, assim, do estigma assimilacionista ao ideal de interação e respeito à diferença.

No que concerne ao respeito pelos direitos fundamentais dos povos indígenas, a Constituição Federal avançou consideravelmente, pois, com o reconhecimento legal desses direitos, foi derogado ante os ditames constitucionais o ideal de integração, previsto no Artigo 1 do Estatuto do Índio, Lei 6.001/73, que estabelecia: “Art. 1 Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmonicamente, à comunhão nacional”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao dispor em seu artigo 231 sobre a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, reconheceu a diversidade étnico-cultural dos povos indígenas, não sendo mais considerada cultura em extinção, fadada à incorporação na denominada ‘comunhão nacional’.

A Carta Magna Brasileira assegura, pois, uma interação entre os povos indígenas e a sociedade envolvente em condições de igualdade, que se funda na garantia do direito à diferença.

Percebe-se que a Constituição Brasileira, chamada Constituição Cidadã, inovou em diversos temas, rompendo com os interesses das elites hegemônicas, formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana (eurocentrismo)³¹².

Nesse sentido, Santilli³¹³ constata que a constituição promulgada em 1988 foi inédita ao reconhecer aos índios o direito à diferença, rompendo com a tradição assimilacionista instituída pela legislação anterior e criando as condições legais para a superação da tutela do Estado, estabelecida pelo Código Civil brasileiro de 1916.

³¹¹ Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, art. 7º.

³¹² ALMEIDA, Dean. *Direito socioambiental: o significado da eficácia e da legitimidade*. 1. ed. (ano 2003), 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2008, p. 41.

³¹³ SANTILLI, Paulo José Brando. Usos da terra, fusos da lei: o caso Macuxi. In: NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropologia e Direitos Humanos*. Prêmio ABA/FORD. Niterói: EdUFF, 2001, p. 108-109.

Com a Constituição de 1988, projetando um Estado Democrático de Direito voltado ao bem-estar social, houve o aperfeiçoamento do mecanismo de tutela de direitos. Evoluiu-se do garantismo individual ao coletivo e, com isso, consagrou-se a titularidade de direitos fundamentais e a capacidade de exercício por parte dos entes coletivos.³¹⁴

Pelo que se pode verificar, a Convenção n. 169 da OIT, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, constituições de muitos países da América Latina e o texto constitucional brasileiro remetem ao respeito aos povos indígenas, assegurando-lhes, pelo reconhecimento de sua tradição milenar, Direito e dignidade como povo.

Contudo, no cenário brasileiro, verifica-se que não houve abertura para o efetivo exercício desses direitos dos povos indígenas, como se observa da letra do artigo 22, XIV, que dispõe: “Compete privativamente à União legislar sobre: (EC no 19/98) [...] XIV – populações indígenas”.

Cuidou a Constituição Brasileira de trazer a previsão de garantia, incentivo e proteção da cultura indígena, conforme se vê no artigo 215:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (EC no 48/2005)

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

No que se refere à utilização de línguas oficiais, a Constituição do Brasil, no artigo 13, reconhece apenas o português como língua oficial, não fazendo menção à existência das 274 línguas indígenas distintas³¹⁵, conforme se constata no art.13, em que está estabelecido: “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”.

Apesar de ser o Brasil signatário da Convenção 169 da OIT, não há nenhuma previsão na Constituição Brasileira de 1988, de participação indígena na tutela jurisdicional, ou de contemplar as suas instituições próprias, omissão totalmente dissonante com o que prevê a Convenção 169 da Organização Internacional de Trabalho, nos artigos 2º e 4º.

³¹⁴ PIOVESAN, Flávia. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1998. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1995, p. 113.

³¹⁵ Dados disponíveis em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2016.

O artigo 2º estabelece que os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. E essa ação deverá incluir medidas que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população, e que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições.

Já o artigo 4º dispõe que deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados, e que tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. Estabelece, ainda, que o gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal Brasileira, conforme dispõe o §2º do art. 5º, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim sendo, o teor dos Tratados, das Convenções ou de qualquer normativa internacional de que o Brasil faça parte, deverão ter vigência e eficácia no território nacional.

3.2 Aplicabilidade

Contudo, para que ocorra a concretização dos direitos indígenas e dos direitos fundamentais consagrados pelas novas Constituições latino-americanas, impõe-se para a cultura jurídica, para a sociedade civil organizada, para as instituições e órgãos do Estado, o desafio de imaginar e implementar novas abordagens, novas formas de diálogo, novos conhecimentos, novos modos de fazer, pautados na crítica e na criatividade, aptos a garantir o presente e um futuro culturalmente plural, ambientalmente sustentável e socialmente justo.³¹⁶

Sobre o posicionamento do Estado Brasileiro sobre essa questão, Oliveira³¹⁷ expõe que já é tempo de o Estado brasileiro assumir de vez essa responsabilidade, assegurando o direito dos diferentes povos indígenas resguardarem suas identidades tribais, sem que com isso tenham

³¹⁶ MELO, Milena; BURCKHART, Thiago. *Direito indígena e inovações...*, cit., p. 114.

³¹⁷ CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *A crise do indigenismo*, Editora da Unicamp, Campinas, 1988, p. 63.

de se sentir estrangeiros em seu próprio país. Diz o autor que esse princípio poderia ser expresso no respeito da *pluralidade étnica e da diversidade cultural*, sem que se fira com isso o ideal da nacionalidade brasileira, pois, como esclarece, “em nosso País ela não poderá ser senão a unidade da cidadania na multiplicidade de suas manifestações étnicas e culturais”.³¹⁸

Conforme Maia, com o reconhecimento do direito à organização social indígena, previsto constitucionalmente, importa reconhecer a existência de um poder social do grupo, cujo exercício acarreta o direito de determinar a ação do grupo nas relações entre os membros e com outras coletividades, nestas incluídas as entidades governamentais ou mesmo não governamentais. Não seria o fato de serem sociedades comunitárias, de estruturas simples, o que implicaria a ausência de governo. O autor ainda expõe que, nas sociedades complexas, o titular do poder político se faz representar pelos órgãos previstos na Norma Fundamental, formadora e conformadora daquele Estado. Estes são órgãos com funções legais de legislar, julgar, planejar e executar programas de governo. Já nas sociedades comunitárias, há maior simplicidade no cumprimento dos papéis sociais, sem divisão do grupo em classes sociais.³¹⁹

Conforme lembra Sousa, se a igualdade não é um dado, mas um construto efetivado no interior das instituições políticas, então a relação baseada em direitos iguais entre Estado e minorias (étnicas, culturais, raciais, sociais e de gênero) torna-se fundamental para o estabelecimento de direitos coletivos ou grupais que contemplem, de fato, o direito dessas minorias e lhe assegurem plena cidadania, sem desconsideração pela diferença. É somente através dessa negociação entre Estado e minorias que se poderá administrar o dilema entre o direito à diferença e a igualdade de direitos, impedindo que essa relação difícil engendre “seres humanos supérfluos” e “párias”, o que, como se viu na experiência totalitária do nazismo, possibilitaria o etnocídio.³²⁰

O Estado Brasileiro tem o dever de efetivar o direito à diferença dos povos indígenas, já que, em uma perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, os direitos fundamentais como limites ao exercício da jurisdição indígena se justificam pelo fato de o país ter assumido compromisso internacional por meio de convenção específica, a Convenção 169 da OIT, sendo que o direito à diferenciação social, ao menos ao nível normativo, serve como uma forma de imunização das sociedades indígenas contra políticas estatais oficiais de aculturação.³²¹

³¹⁸ CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *A crise ...*, cit., p. 63.

³¹⁹ MAIA, Luciano Mariz. *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, p. 265-266.

³²⁰ SOUSA, Rosinaldo. *Direitos humanos...*, cit., p. 63.

³²¹ SILVA, Paulo. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p.51.

Assim, conforme esclarece Silva, em uma observação de índole mais ampla, pode-se afirmar que essas normas se inserem naquilo que se convencionou denominar de direito de igualdade das diferenças, vale dizer que também o diferente é possuidor de direitos – o direito de igualdade das diferenças é a tradução jurídica para a categoria filosófico-política da identidade. Essa afirmação, à primeira vista, pode parecer uma obviedade, mas, se pensada de maneira mais aprofundada, demonstra que os índios, como grupo social, embora em tese pudessem ter sido incluídos pelo direito positivo, quando foram constitucionalmente a partir de 1934, o foram apenas de maneira formal, e não material, isto é, a igualdade então positivada constitucionalmente não se fez incidir no mundo da vida dos índios, não se apresentou como direito fundamental com dimensão subjetiva e objetiva³²².

Para o autor, em primeiro lugar é permitido identificar direito subjetivo como categoria substituta do privilégio referente apenas à igualdade formal, e direito coletivo de grupo como possibilidade de manifestação da igualdade material/identitária, quando estão em jogo, direitos dos índios. Depois, em segundo lugar, pode-se relacionar igualdade formal, individual, com a dimensão subjetiva, com a dimensão objetiva do direito fundamental; e em terceiro lugar, indica-se a igualdade das diferenças, em geral coletiva e excepcionalmente individual, com a dimensão subjetiva e objetiva do direito fundamental, como se esta última fosse a síntese da igualdade formal como tese e da igualdade material como antítese – em realidade trata-se de complementares, e não de antagônicos. Afinal, os direitos dos índios também são direitos fundamentais³²³.

Seja qual for a opção de vida digna para os povos indígenas, o Estado deve garantir que o princípio da dignidade humana possa, realmente, ter efetividade, que a “igualdade de todos perante a lei” não seja apenas um comando legal afastado da realidade dos seus cidadãos, que seja garantido aos índios o seu direito de viver.

Segundo Piovesan, “o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.³²⁴

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. O extenso rol

³²² SILVA, Paulo. *Os Direitos dos Índios...*, p. 51.

³²³ *Ibidem.*, p. 52.

³²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 60.

de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo Título II da Constituição Federal de 1988, traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (Art. 5º), dos direitos sociais (Arts. 6º a 11º) ou dos direitos políticos (Arts. 14 a 17).³²⁵

A dignidade humana refere-se a valores e conteúdo universais, sendo reconhecida nos diplomas legais, nas constituições dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo da Constituição da Espanha, na qual Verdú, ao comentar a dimensão axiológica da dignidade da pessoa, presente nessa Constituição, expõe que:

Esto aparece, nítidamente, en el artículo 10,1, que proclama da dignidad de la persona. Se trata de afirmar un valor. Por consiguiente, cuadra, perfectamente, con los valores superiores: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que España propugna al constituirse como un Estado social democrático de Derecho (art.1º. 1).

Es indiscutible que la dignidad personal es valiosa. Tanto el contenido como la exteriorización de la dignidad humana lo evidencian. La dignidad implica contenidos de valor personal, de honradez, mérito y virtud. En este sentido, toda persona digna es acreedora de la consideración, estima y respeto³²⁶.

E a dignidade é peculiar de cada um, de cada ser humano no seu contexto cultural. Nesse sentido, afirma Perelman que direitos humanos se referem a direitos atribuídos a cada ser humano como tal, que esses direitos são vinculados à qualidade do ser humano, não fazendo distinção entre eles. Assim, cada ser humano possui uma dignidade que lhe é própria e merece respeito enquanto sujeito livre, autônomo e responsável. Portanto o respeito pela dignidade da pessoa que fundamenta a doutrina dos direitos humanos pode, da mesma maneira, ser considerado uma doutrina das obrigações humanas. Cada um tem a obrigação de respeitar o indivíduo humano, em sua própria pessoa, bem como nas outras. Assim também o Estado, encarregado de proteger esses direitos e de fazer com que se respeitem as obrigações correlativas, não somente é, por sua vez, obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem, também, a obrigação positiva de desvelá-los³²⁷.

³²⁵ FARIAS, Edilsom, *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada x a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 54.

³²⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político: Constitución de 1978 y transformación político-social española*. v. IV. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1984, p. 319.

³²⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 400- 401.

Porém, como não existe uma hierarquia nas declarações que enumeram os diferentes direitos humanos, aponta Perelman³²⁸, os textos não oferecem soluções para os conflitos que podem surgir entre os diversos direitos humanos e entre estes e os direitos do Estado, das comunidades naturais e de agrupamentos distintos.

E esses conflitos existem tanto na forma de interpretação das leis vigentes que dizem respeito aos povos indígenas, como na forma de como aceitam ou não a aplicação de seu direito próprio.

4. Realidade dos direitos indígenas no Brasil

Muito já se falou sobre a situação dos primeiros habitantes deste país. Para se obter uma sociedade homogênea, perduraram as muitas tentativas de submetê-los aos modos de vida próprios do não índio.

Há, assim, um longo percurso histórico até se chegar ao reconhecimento trazido pela Carta Magna, caminho que foi repleto de agressões, discriminações e até massacres, deixando muitas marcas na vida dos povos indígenas. Em vista disso, passa-se à abordagem dos fatos implicados nesse percurso.

4.1 Tutela indígena

Por muitos anos, tentou-se colocar o indígena em uma posição de tutelado para que o jugo do colonizador se perpetuasse e, com isso, a sua forma de viver se transformasse paulatinamente em modos de vida semelhantes aos do não índio, como meio de se obter uma sociedade homogênea.

De acordo com relato de Thaís Luzia Colaço, a ideia da incapacidade do índio proveio de uma série de dúvidas que os europeus tinham com relação à sua natureza humana. Foram inicialmente considerados animais; após as diversas opiniões e muitas discussões de conquistadores, teólogos e juristas, chegou-se à conclusão de que os habitantes da terra recém-descoberta não eram nem animais, nem algo intermediário entre feras e homens. Finalmente, os índios passaram a ser considerados seres humanos, mas inferiores, por serem incapazes de viver por si próprios segundo os costumes dos europeus. A partir daí, surgiu o discurso da

³²⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética ...*, cit., p. 401.

necessidade de protegê-los e tutorá-los³²⁹. Foi criada uma legislação protecionista que nem sempre era cumprida e, muito menos, atendia aos interesses indígenas, sendo, em muitas ocasiões, usada como mecanismo de repressão e coação.

A tutela indígena, instituto consentâneo apenas com a proteção jurídica dos menores, conforme definição de Miranda, é o poder conferido pela lei, ou segundo princípios seus, à pessoa capaz, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora do pátrio poder³³⁰.

Como se percebe, a figura da tutela foi construída com o objetivo de proteger órfãos e menores. Aos portadores de algum tipo de deficiência, incapazes de gerir seu patrimônio por si próprios, foi dada a condição de, por meio da assistência, poderem exercer seus direitos. É certo que o incapaz poderá ser emancipado antes de alcançar a idade mínima prevista na lei para se adquirir capacidade, quando ficar patente que ele já apresenta maturidade para cuidar de si e gerir o seu patrimônio.

Conforme explica Lobo, exatamente nesse sentido é a tutela (e a emancipação) do índio, que dela poderá se libertar quando comprovado o preenchimento de requisitos legais que demonstrem dispensar a assistência da Fundação Nacional do Índio (FUNAI)³³¹.

Assim, conforme relata Colaço, o discurso da tutela legitimava as ações violentas e/ou autoritárias de imposição e transformação cultural, sofridas pelas populações indígenas e, embora tenha sido mais sutil e menos violenta que as demais, a tutela religiosa não perdeu seu caráter autoritário, realizando um trabalho de transmissão de outros valores na tentativa de anular a cultura autóctone³³².

Desse modo, o Estado tutelava o índio, elaborando leis cujo cumprimento era fiscalizado por seus órgãos competentes. A tutela do Estado também podia ser delegada à Igreja e a particulares, como os encomendeiros que, teoricamente, deveriam zelar pelo bem-estar indígena. A Igreja tinha como principal objetivo a evangelização. Assim, manteve uma postura paternalista e protecionista, sendo a missionarização uma das primeiras formas de tutela na América. Além disso, como representantes das autoridades civis e eclesiásticas, como também de toda a civilização ocidental, os missionários estavam convictos de que, levando a palavra de Deus aos indígenas, lhes proporcionavam a civilização e, conseqüentemente, tornavam-nos

³²⁹ COLAÇO, Thais Luzia. Incapacidade indígena: Tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 1999, p. 104.

³³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. IX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 253-254.

³³¹ LOBO, Luís Felipe. *Direito Indigenista Brasileiro* ..., cit., p.32.

³³² COLAÇO, Thais Luzia. *Incapacidade indígena...*, cit., p. 104.

“humanos”³³³. A evangelização estava impregnada do caráter civilizatório, que significava a “europeização” e o ajustamento dos índios aos moldes da sociedade moderna ocidental.

O direito colonial brasileiro sempre foi dependente do direito português. Assim, o Brasil era regido pelas mesmas leis, então compiladas nas Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, nas Ordenações Filipinas, com acréscimo de legislações específicas aplicáveis às questões locais. Os principais documentos legais na colônia eram os Regimentos dos governadores gerais.³³⁴

O rei, auxiliado por corpos consultivos dedicados às questões coloniais, assinava os regimentos, as Cartas Régias, Leis, Alvarás em forma de lei e Provisões Régias. O primeiro desses conselhos foi a Mesa de Consciência e Ordens, criado em 1532. Após, seguiu-se o Conselho da Índia (1603) e seu sucessor, o Conselho Ultramarino (1643). Estes emitiam pareceres que podiam e costumavam ser sancionados pelo rei, passando a ter valor legal. Na colônia, os governadores gerais emitiam decretos, alvarás e bandos, aplicando a legislação emitida pela Coroa. Na necessidade de se examinarem questões específicas que exigiam conhecimentos locais de que a metrópole não dispunha, o rei ordenava a formação de juntas, as quais eram compostas de autoridades coloniais e religiosas, entre as quais a Junta das Missões, que possuía maior grau de importância. As decisões das juntas deviam ser enviadas ao rei para que as apreciasse e aprovasse.³³⁵

No Brasil colonial, havia índios aldeados e aliados aos portugueses, e índios inimigos espalhados pelos sertões. Conforme Perrone-Moisés, nas grandes leis de liberdade, a distinção entre aliados e inimigos é anulada, e as duas políticas se sobrepõem; à diferença irreduzível entre “índios amigos” e “gentio bravo” corresponde um corte na legislação e política indigenistas que, enfocadas sob esse aspecto, já não aparecem como uma linha tortuosa crivada de contradições, e sim duas, com oscilações menos fundamentais. Nesse sentido, pode-se seguir uma linha de política indigenista que se aplica aos índios aldeados e aliados, e uma outra, relativa aos inimigos, cujos princípios se mantêm ao longo da colonização.³³⁶

Também o Regimento de Tomé de Sousa, datado de 17 de dezembro de 1548, de acordo com Almeida, é um modelo de implantação de um governo em terras conquistadas, pois

³³³ COLAÇO, Thais Luzia. *Incapacidade indígena...*, cit., p.103-104.

³³⁴ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: Os princípios da legislação indigenista do período colonial, in: CUNHA, Manuela Carneiro (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992, p. 116.

³³⁵ *Ibidem*, p. 116-117.

³³⁶ *Ibidem*, p. 117.

apresenta o aspecto genérico de textos normativos, com finalidade de colonização e, ao mesmo tempo, a singularidade de instruções voltadas para uma realidade social com recorte espacial e temporal específicas de regimento, para a autora, um exemplo de sensibilidade às contingências e singularidades da situação para a qual foi elaborado³³⁷.

Esse Regimento apresentava, então, um roteiro que orientava procedimentos após a conquista e, de uma maneira simbólica, retrata a situação universal de construção ou reconstrução sobre o território vencido, começando por instruir sobre a tomada de posse da base construída pelos portugueses antecessores. A posse da cerca, o estabelecimento das comunicações com vassallos portugueses e índios pacíficos ali habitantes, os reparos e reforços sobre as construções existentes e a preparação para o provimento futuro de mantimentos foram as primeiras providências. Seguiu-se a isso um avanço da conquista para além do núcleo básico então formado. O contato com capitães de outras capitanias para reunir auxílios foi um ato de confirmação da autoridade do governo-geral do Brasil, que ali se instalava para comandar os demais núcleos povoadores encontrados isolados e dispersos ao longo da costa.³³⁸

Esclarece Wolkmer que, ainda que o *Regimento* de Tomé de Sousa se constituísse no primeiro passo, na verdade a política indigenista portuguesa começou a ser mesmo efetivada com as medidas legais de Mem de Sá (1557-1572), que garantiram a liberdade e segurança aos índios contra os ataques dos colonos portugueses³³⁹.

O reconhecimento das “nações” indígenas, segundo relata Almeida, insere-se no mesmo conjunto de providências políticas cujo intuito era reforçar a autoridade do governo-geral que estava sendo instalado na Bahia. No que tange às relações com os índios, considerou-se a possibilidade de se estabelecer alianças ou, pelo menos, conter ataques inimigos, levando-se em conta o conhecimento prévio de rivalidades e de amizades entre as etnias existentes na região.³⁴⁰

Das instruções sobre a concessão de sesmarias³⁴¹ emanava, então, uma política de colonização, o estabelecimento do dízimo e a normatização rigorosa de uma série de direitos e

³³⁷ ALMEIDA, Rita Heloisa de. *O Diretório dos índios: um projeto de civilização no Brasil do Séc. XVIII*. Brasília: Ed. UnB, 1997, p. 88.

³³⁸ *Ibidem*, p. 88.

³³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralidade jurídica na América Luso-hispânica. *IN: WOLKMER, A. C. (Org.). Direito e Justiça na América Indígena: Da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 90.

³⁴⁰ ALMEIDA, Rita Heloisa de. *O Diretório...cit.*, p. 88.

³⁴¹ Sesmarias eram terrenos abandonados pertencentes a Portugal e entregues para ocupação, primeiro no território português e, depois, na colônia, o Brasil, onde perdurou de 1530 até 1822. O sistema foi utilizado desde o século XII nas terras comuns, comunais ou da comunidade. Disponível em <https://www.todamateria.com.br/sesmarias/>. Acesso em 24/09/2019.

deveres que concessionários deveriam seguir quanto ao uso dessas terras. Todo centro de produção era também um foco de povoamento e uma fortificação, sendo os índios reconhecidos pelos seus nomes ou regiões de origem e descritos pela circunstância fundamental de estarem oferecendo amizade ou resistência bélica ao colonizador. Ainda de acordo com Almeida, o estabelecimento de um estado de direito para o governo dos índios seguia os princípios ordenadores de um estado de guerra ou da consolidação da conquista³⁴². Índios pacíficos e propensos a assimilar processos de cristianização passaram a ser atraídos para viverem junto ou próximo aos portugueses.

Para Perrone-Moisés, aos índios aldeados e aliados é garantida a liberdade ao longo de toda a colonização. Afirma-se, desde o início que, livres, são senhores de suas terras nas aldeias, passíveis de serem requisitados para trabalharem para os moradores mediante pagamento de salário, e devem ser muito bem tratados. Deles depende, reconhecidamente, o sustento e defesa da colônia. Se não se alteram os princípios básicos, vão se modificando, por outro lado, as políticas efetivas destinadas a garanti-los, na medida em que determinam quem administra as aldeias, como serão regulamentados o seu trabalho e seus salários, quem e como lhes administrará a justiça.³⁴³

A política para esses “índios de pazes”, “índios das aldeias” ou “índios amigos” determinava, em primeiro lugar, que estes deveriam ser “descidos”, isto é, trazidos de suas aldeias no interior (“sertão”) para junto das povoações portuguesas; lá deveriam ser catequizados e civilizados, de modo a tornarem-se “vassalos úteis”. Dependeria deles o sustento dos moradores, tanto no trabalho das roças, produzindo gêneros de primeira necessidade, quanto nas plantações dos colonizadores, seriam eles os elementos principais dos novos descimentos, pelos conhecimentos que possuíam da terra e da língua e pelo exemplo que podiam dar; seriam, também, os principais defensores da colônia, “constituindo o grosso dos contingentes de tropas de guerra contra inimigos tanto indígenas quanto europeus”.³⁴⁴

Os descimentos, incentivados ao longo da colonização, desde o Regimento de Tomé de Sousa de 1547 até o Diretório Pombalino de 1757, significavam deslocamentos de povos inteiros para novas aldeias próximas aos estabelecimentos portugueses. Esses descimentos seriam consequência da persuasão exercida por tropas de descimento lideradas ou acompanhadas por missionários, sem uso da violência, contando apenas com a tentativa de

³⁴² ALMEIDA, Rita Heloisa de. *O Diretório...*, cit., p. 89-90.

³⁴³ PERRONE-MOISÉS, Beatriz, *Índios livres e índios...*, cit., p. 117.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 118.

convencer os índios de que era de seu interesse aldear-se junto aos portugueses para seu próprio bem-estar e segurança.³⁴⁵

Os aldeamentos, em geral situados próximos das povoações coloniais (Alvará de 21 de agosto de 1582 e Provisão Régia de 1 de abril de 1680, entre outros), detinham a finalidade de incentivar o contato com os portugueses, facilitando, assim, tanto a civilização dos índios quanto a utilização de seus serviços. O Regimento das Missões, de 1686, dispõe que sejam deixados em suas terras os índios que não quiserem descer, sendo que as terras das aldeias são garantidas aos índios desde o início. A expressão “senhores das terras das aldeias, como o são na serra”, declaração dessa garantia, aparece pela primeira vez no Alvará de 26 de julho de 1596, e será retomada nas Leis de 1609 e 1611. Várias Provisões tratam da demarcação e garantia de posse dessas terras.³⁴⁶

A política do Marquês de Pombal procurou assimilar, de uma vez por todas, os índios aldeados, incentivando a presença de brancos nas aldeias para acabar com a “odiosa separação entre uns e outros”, expressão que consta no Diretório de 1757 para o Maranhão e Grão-Pará, parágrafos 80-8.³⁴⁷

O Diretório³⁴⁸ foi um plano de civilização e um programa de colonização que, dirigido inicialmente às povoações indígenas do norte do Brasil, logo seria aplicado às demais regiões onde já havia trabalho missionário e, ao mesmo tempo, utilização de índios nas atividades econômicas de governos e colonos. Apesar de regulamentar as condições para a liberdade dos índios, esse Diretório ainda possibilitou a continuidade de práticas de escravidão indígena.

Almeida registra que a primeira referência ao Diretório como nova lei a ser criada veio no interior de uma crítica às falhas da legislação em vigor, condensada no Regimento das Missões, de 1º de dezembro de 1686. Esse Regimento foi baseado nas doutrinas do Padre Antônio Vieira e nas experiências missionárias do século XVII, que se constituíram a partir da disputa com os colonos pela administração dos índios. O Diretório nasceu da necessidade de se atender a situações de falha do Regimento de 1686 e outras legislações, tendo o objetivo de garantir o patrimônio populacional representado por índios catequizados e outros ainda por conhecer e contactar nas novas terras a serem exploradas, especialmente as situadas na fronteira³⁴⁹.

³⁴⁵ PERRONE-MOISÉS, Beatriz, *Índios livres e índios...*, cit., p. 118.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 118-119.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 119.

³⁴⁸ ALMEIDA, Rita Heloísa, *O Diretório dos índios...*, cit., p. 14-15.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 162.

Dessa forma, o Diretório foi um projeto arrojado, porque anunciava ideias iluministas décadas antes, criado e executado por um Estado monárquico para administração das populações nativas de uma de suas colônias, que teve a característica de exemplificar uma maneira de organizar socialmente as pessoas em nome de benefícios comuns.

Nesse sentido, Wolkmer sintetiza o principal objetivo de toda a legislação colonial, qual seja o de beneficiar a colônia portuguesa:

A prática político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetiria constantemente na história posterior do Brasil: a profunda dissociação entre o Direito feito para garantir os interesses da elite administradora e a Justiça permanentemente almejada e negada para uma população composta por índios [...]. Além do desprezo e da negação às práticas plurais de um direito nativo e de uma Justiça informal, o projeto de colonização expansionista portuguesa implementou as condições necessárias para institucionalizar uma ordem de controle e de regulamentação essencialmente formalista, elitista e segregadora.³⁵⁰

A questão da origem jurídica da tutela é obscura, tendo que se distinguir, antes de mais nada, o regime das sociedades indígenas independentes, que haviam escapado ao processo de aldeamento, daquelas a quem tradicionalmente se impôs uma tutela, ou seja, os índios das aldeias, os quais ficavam sob o poder temporal ora dos missionários, ora de administradores nomeados pela Coroa, que detinham o poder de dispor, sob algumas condições, de seu trabalho e dos frutos desse trabalho. Cunha diz:

Um único *intermezzo* nesse instituto: a autonomia total que durante breves dois anos – de 7 de junho de 1755 a 3 de maio de 1757 – o marquês de Pombal concede aos índios, no que ele entende como sua emancipação dos jesuítas. Em 1757, Mendonça Furtado, irmão de Pombal, inicia o diretório dos índios deplorando que os principais, mal instruídos até então pelos padres e conservados numa “lastimosa rusticidade e ignorância”, se tivessem mostrados inaptos para o governo das suas povoações: em consequência, os substitui por diretores “enquanto os índios não tiverem capacidade para se governarem”.³⁵¹

Esclarece ainda a autora que essa tutela dos diretores será ab-rogada, diante da deserção das povoações, pela Carta Régia de 25 de julho de 1798. De forma curiosa, ao mesmo tempo em que a tutela dos índios aldeados desaparece *de jure*, senão de fato, ela aparece pela primeira vez aplicando-se a índios independentes. Nessa Carta Régia, após declarar a emancipação dos

³⁵⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico...*, cit., p. 91.

³⁵¹ CUNHA, Manuela Carneiro (Org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; Fapesp, 1992, p. 146-147.

índios aldeados de seus diretores e, portanto, sua equiparação aos outros habitantes no mercado de trabalho, D. Maria I afirma que aos índios não aldeados – ou seja, “tribais” – que particulares consigam contratar para servi-los, com obrigação de os educar, instruir e pagar, ela concede o privilégio de órfãos. É mister entender que esse privilégio significa que, teoricamente, alguém, ou seja, o juiz de órfãos, deverá zelar para que os contratos sejam honrados, os índios pagos e, ao fim de um tempo, batizados.³⁵²

De tudo isso resulta que a tutela orfanológica não se aplicava, a partir de 1789, a todos os índios, e sim apenas aos que, nos termos da época, eram recém “amansados” ou “domesticados”. Tudo isso é indicativo de que, em 1789, se passava a admitir na prática que, à revelia de qualquer administrador oficial, índios livres pudessem ser usados diretamente por particulares, constituindo um sistema que vigorou de forma costumeira, mas não de forma legal, em São Paulo, de 1570 a 1730, e se transformou em um privilégio para os moradores do Maranhão e Grão-Pará. De forma semelhante, em 1831, a Lei de 27 de outubro declara que os índios são equiparados aos órfãos. Segundo essa autora, a redação dessa lei não é explícita e aplicava-se aos índios de São Paulo e Minas Gerais que, escravizados com fundamento nas Cartas Régias que lhes declaravam guerra justa (5/11/1808, 13/5/1808, 2/12/1808), eram então declarados libertos, ficavam sob a jurisdição do juiz de órfãos que os deveria distribuir como trabalhadores livres. Porém a lei também podia ser entendida com aplicação extensiva à totalidade dos índios. Mas, para a autora, isso não parece plausível, por razões até gramaticais, já que o sujeito do artigo 4º, que fala de tutela, é o mesmo do artigo 3º, que fala da libertação dos índios escravos.

A legislação indigenista é tradicionalmente considerada como contraditória e oscilante, por declarar a liberdade com restrições do cativo a alguns casos determinados, abolir totalmente tais casos legais de cativo (nas três grandes leis de liberdade absoluta: 1609, 1680 e 1755) e, logo depois, restaurá-los.³⁵³

Com relação ao período do Império, Souza Filho anota que a Lei de 27 de outubro de 1831, composta de seis artigos, revoga Cartas Régias de 1808, que declaravam guerra aos índios de Minas e de São Paulo e autorizava a servidão por 15 anos aos prisioneiros. Essa lei desonera, de forma expressa, os índios de servidão que os estivesse mantendo como escravos e os entrega aos respectivos juízes, considerando-os órfãos. Estabelece que o Tesouro os mantenha até que

³⁵² CUNHA, Manuela Carneiro (Org.). *História dos Índios ...*, cit., p. 147.

³⁵³ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Índios livres e índios escravos ...*, cit., p. 117.

os Juízes de Órfãos encontrem trabalho assalariado para eles. Determina que protejam os índios contra abusos que firam seu direito de liberdade³⁵⁴.

A lei paulista deixava patente que a aplicação da tutela orfanológica aos índios era somente aos aprisionados ou que se entregassem voluntariamente durante o Estado de guerra, com um sentido evidente de proteção e regalia, onde havia o entendimento de que a tutela orfanológica seria uma regalia. Isso demonstra que a ideia de estendê-la aos índios era limitada, ou seja, restrita a apenas alguns índios, exatamente àqueles que sofreram com as guerras declaradas em 1808, e protecionista, pois visava garantir-lhes a “liberdade e a integração pacífica na sociedade”³⁵⁵.

Entendendo o ordenamento jurídico que vigorava àquela época, claro se torna que o desejo do legislador era colocar os índios saídos do cativeiro sob a proteção de uma autoridade que os encaminhasse, ensinando-lhes um ofício para que pudessem integrar-se na sociedade, pois pensavam que eles não desejariam, então, voltar à vida na comunidade de origem. O conteúdo dessas normas seria o de proteção, não havendo nenhuma limitação ou restrição aos direitos das pessoas; nada nelas sugere que índios ou índias estariam privados do pátrio poder ou de qualquer outro direito. A tutela das Ordenações seria um privilégio, um direito a mais do tutelado.³⁵⁶

Dessa forma, a legislação do início do século XIX dava duas atribuições distintas aos juízes de órfãos: cuidar da pessoa dos índios libertos do cativeiro gerado pelas guerras, porque a lei expressamente os colocou sob a tutela orfanológica, e dar jurisdição a esses juízes para proteger os bens dos índios; aqui sim, de todos os índios, inclusive dos aldeados e não contatados. Essa dupla função em relação aos índios acabou por confundir-se na aplicação, de tal forma que, no advento da República, era geral o entendimento de que todos os índios estavam protegidos, pessoas e bens, pela tutela orfanológica.³⁵⁷

Quanto à administração de seus bens, os índios eram considerados pelo Estado como incapazes de geri-los e, por essa razão, o Estado vela sobre esses bens e principalmente sobre as terras dos aldeamentos, incumbindo a princípio os ouvidores das comarcas (até 1832) e transitoriamente os juízes de órfãos (a partir de 1833) da administração dos bens das aldeias, e em particular dos arrendamentos das terras das aldeias (18/10/1833 e 13/8/1834), cujos

³⁵⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2000, p. 93.

³⁵⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *O renascer dos povos ...*, cit., p. 94.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 95

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 96.

benefícios devem ser revertidos aos índios (18/10/1833), embora nem sempre assim ocorra (16/11/1833).³⁵⁸

O Decreto 426, de 26 de julho de 1845, batizado de “Regulamento acerca das missões de catequese e civilização dos índios”, era uma lei de organização do serviço público em relação aos índios que criava cargos e funções públicas e atribuía a eles graduação militar e competência específica. Esse decreto criava o cargo de Diretor Geral dos índios em cada Província e, em cada aldeia, cargos de diretor, tesoureiro, almoxarife, cirurgião e missionário, cada um com suas próprias atribuições. Ainda que não constituíssem um órgão público, essas autoridades detinham a função de proteger os índios e seus bens. Os tesoureiros e diretores passaram a deter os poderes e atribuições dos juízes de órfãos, excepcionando-se a competência jurisdicional. A competência do Diretor de Aldeia era a de demarcar as terras indígenas, prover as aldeias de alimento, organizar e remunerar o trabalho, além de representar os índios como seu procurador legal. Já o tesoureiro e o almoxarife detinham a função de guardiões dos bens e contas dos índios.³⁵⁹

À administração dos índios das aldeias, abandonada em 1798, instituiu-se novamente o Regulamento das Missões. José Antônio da Silva Maia observa que este não declarava “quando e como as aldeias se hão de haver emancipadas de curadoria e administração dos diretores” (Ata do Conselho de Estado, 29/5/1845). Somente em 1854 (Decreto 1318, de 30/1/1854) se estabelece que, “conforme o estado de civilização dos índios, o governo imperial, por ato especial, lhes concederá o pleno gozo das terras”. No entanto, Cunha observa que, apesar de reafirmar-se isso em 20/11/1855, tudo o que se viu com relação à liquidação das terras das aldeias mostra que não foi o que ocorreu: as aldeias cujas terras são cobiçadas são extintas, e os índios mais uma vez espoliados³⁶⁰.

Lembra-se, aqui, de Santos, para quem “sob a capa dos valores universais autorizados pela razão”, pode-se impor a um povo os valores de outro, levando à destruição de formas únicas de saber³⁶¹.

Essa imposição colonialista, a tutela, de início com o objetivo de proteção, transformou-se em instrumento de opressão e restrição dos direitos dos povos indígenas.

³⁵⁸ CUNHA, Manoela, *História dos Índios...*, cit., p. 148.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 96.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 148.

³⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão...*, cit., p. 30.

4.2 O Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e a Fundação Nacional do Índio (Funai)

A criação do primeiro órgão governamental para gerir as relações com os povos indígenas deu-se em 1910. Trata-se do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que, subordinado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tinha como atribuições precípua a “catequese e civilização” e a “transformação do índio em trabalhador nacional”.

A sua organização ficou a cargo do tenente-coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, que fora convidado a criá-lo a partir de uma rede de colaboradores extraída dos membros do Apostolado Positivista do Brasil, parcialmente identificada aos integrantes da comissão telegráfica que então dirigia. Para Rondon: “O SPI, não é um problema agropecuário, de colonização, como a muita gente parecerá. É sim um problema de caráter político e social, de alta relevância, nacional, como reparação histórica à injustiça da política medieval, da conquista dos séculos XV, XVI”.³⁶²

O Serviço foi criado pelo Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, o qual também aprovou seu primeiro regulamento. Instalado em 7 de outubro de 1910, o SPI viria a sofrer uma reformulação pelo Decreto n. 9.214, de 15 de dezembro de 1911, em função das reformas realizadas por Manuel Tavares da Costa Miranda na estrutura do ministério, consolidadas no regulamento do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (Decreto n. 8.199, de 11 de agosto de 1911). Tempos depois, o Serviço “perderia a verba e a responsabilidade pelas tarefas de localização de trabalhadores nacionais em 1918, com a lei orçamentária 3.454, de 6 de janeiro de 1918, que as transferiria ao Serviço do Povoamento”. Embora isso tenha efetivamente ocorrido, a proteção oficial manteria ao longo de toda a existência do Serviço a intenção de transformar os índios em pequenos produtores rurais capazes de se autossustentarem apesar de distintas visões do ser indígena terem dado ensejo a diferentes construções discursivas. A ideia de transitoriedade do índio (Leite e Lima, 1986; Lima, 1989b: 141-56) teria o peso de um esquema mental profundamente imbricado na prática do Serviço, mesmo quando supostamente já tivesse sido abandonada enquanto suporte do exercício do poder de Estado sobre os índios, alicerce que seria de uma das inovações trazidas pelo SPI, apresentada em 1911 ao Ministro da Agricultura Pedro de Toledo: a proposta de um regime

³⁶² Atas da 5ª sessão do CNPI, em 19-04-1949, Anexo V, *Relatório de 1949/50*, p. 3-4.

jurídico especial para os índios, que se materializaria no Código Civil e, particularmente, na lei nº 5.484, de 27 de junho de 1928.³⁶³

Sobre a capacidade civil dos índios, Souza Lima esclarece que a noção de capacidade civil relativa, condicionada ao *grau de civilização dos índios*, apoiava-se em noções correntes no período, mas seria formulada como futuro texto de lei pelo então 1º tenente Alípio Bandeira e pelo Sr. Manuel Tavares da Costa Miranda [...], dois dos mais próximos colaboradores de Cândido Rondon. O resultado seria a instituição da tutela do Estado sobre o *status* de índio, legalmente exercida pelo SPILT. Pretendido desde início, o estatuto jurídico específico para o índio atingido com o Código Civil e o Decreto de 1928 facultaria ao aparelho o monopólio legal da força necessária à sua atuação em face de outros aparelhos de poder, às ordens religiosas em especial, e a outras redes sociais não necessariamente aparelhadas.³⁶⁴

O controle jurídico sobre os índios possibilitaria maior controle sobre porções do espaço sob a jurisdição dos estados, e não da União, o que só se completaria com a definição de terras indígenas dada pela Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio). Nesse período, o mecanismo para efetivação da posse indígena sobre a terra era a solicitação caso a caso, pelo Serviço, aos estados da União Federal, das áreas de terra que julgassem necessárias para reservar a um grupo indígena, implicando uma maior margem de barganha política e demandando inevitáveis alianças e conchavos regionalmente diferenciados, havendo aí uma evidente dimensão geopolítica, cuja necessidade de defrontar não se restringe a períodos mais recentes da história da proteção oficial ao índio.³⁶⁵

A criação do SPI modificou o cenário da proteção ao índio, constituindo-se como pedra fundamental da política indigenista brasileira, pois foi estatuído como princípio de lei, pela primeira vez, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de ser eles próprios, de professar suas crenças, de viver segundo o único modo que sabiam fazer: aquele que aprenderam de seus antepassados e que só lentamente poderia mudar.

Nesse sentido, segundo aponta Ribeiro, “até então o índio fora tido, por toda a legislação, como uma espécie de matéria bruta para a cristianização compulsória e só era admitido enquanto um futuro não índio”. O SPI marcou uma nova era para os índios, na qual a civilização brasileira abre mão, ao menos em lei, do dogmatismo religioso e do etnocentrismo que até então não admitia outra fé e outra moral senão a própria. Isto não significa que

³⁶³ SOUZA LIMA, Antonio Carlos, *História dos índios no Brasil: O governo dos índios sob a gestão do SPI*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1992, p. 159-160.

³⁶⁴ SOUZA LIMA, Antonio Carlos. *História dos índios ...*, cit., p. 160.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 160.

nivelassem as crenças, os hábitos e as instituições tribais às nacionais, mas que compreendiam o relativismo da cultura e que diferentes formas de concepção do sobrenatural ou de organização da família atendem satisfatoriamente a seus objetivos, cada qual em seu contexto histórico, e que não podem ser substituídas umas pelas outras abruptamente³⁶⁶.

Outro princípio de importância fundamental era a proteção ao índio em seu próprio território. Punha-se fim à velha prática dos descimentos que, desde os tempos coloniais, vinha deslocando tribos de seu hábitat para a vida famélica dos vilarejos civilizados. Essa técnica de “civilização do índio” fora utilizada, desde sempre, como a arma principal do arsenal de desorganização da vida tribal. Uma vez fora do ambiente em que se tinha criado e onde era eficiente seu equipamento de luta pela subsistência, o índio dificilmente poderia manter a vida comunal, e só lhe restava fugir ou submeter-se aos seus dominadores.³⁶⁷

Afirma ainda Ribeiro que ficava proibido, pelo regimento do SPI, o desmembramento da família indígena pela separação de pais e filhos, sob pretexto de educação ou de catequese. Essa era outra prática que, usada por muitos séculos, continuava em vigor, apesar de responsável por fracassos e levantes sangrentos. Embasados na crença de somente ser possível salvar os índios pela conquista de novas gerações e revelando absoluto menosprezo pelo que isso representava para os pais índios, os missionários tomavam-lhes os filhos e os conduziam a suas escolas. Os resultados desse procedimento nunca foram os esperados. O que ocorria, na realidade, é que apenas se privava o jovem índio da oportunidade de iniciar-se em novas técnicas e tradições tribais, as únicas que realmente poderiam dar uma contribuição efetiva na sua vida adulta. O índio, na missão, recebia uma preparação para uma vida de civilizado que não teria oportunidade de viver. Ao retornar à aldeia era marginalizado, pois nem era um índio, eficazmente motivado pelos valores tribais e capaz de desempenhar os papéis que sua comunidade esperava de um adulto, nem era civilizado, já que ainda conservava muito de índio e, principalmente, pelo fracasso em todas as tentativas de passar por civilizado entre civilizados³⁶⁸.

Segundo o regimento do SPI, toda a ação assistencial deveria orientar-se para a comunidade indígena no seu aspecto global, por meio da plena garantia possessória, de caráter coletivo e inalienável, das terras que ocupavam, como condição básica para sua tranquilidade e seu desenvolvimento; da introdução de novas e eficientes técnicas de produção e da defesa

³⁶⁶ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 158.

³⁶⁷ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização ...*, cit., p. 158-159.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 159.

contra epidemias, especialmente contra doenças adquiridas no contato com os civilizados e que, sobre populações sem defesas, costumam ser altamente letais. Além disso, mais tarde, com o reconhecimento da incapacidade objetiva do índio para interagir em condições de igualdade com os demais cidadãos, a lei atribuiu-lhes um estatuto especial de amparo que, assegurando a cada índio, tomado em particular, todos os direitos do cidadão comum, levava em conta, na atribuição dos deveres, o estágio social em que aquele se encontrava.³⁶⁹

O Marechal Cândido Mariano Rondon, como diretor do SPI, colocou esses princípios em prática, e o Serviço constituiu-se em importante instrumento de pacificação dos grupos indígenas, criando uma expectativa de desenvolvimento natural e progressivo do índio, baseado na sua própria cultura.

As propostas do SPI visavam basicamente à assistência, defesa e proteção dos indígenas, por meio dos seguintes princípios humanísticos: garantir a posse dos territórios tribais; proteger o índio em seu próprio território, evitando seu deslocamento e, conseqüentemente, a desorganização da vida tribal; garantir a autonomia tribal, preservando sua cultura original (seus padrões, suas crenças, seus valores, sua língua); proibir o desmembramento da família indígena, sob qualquer pretexto; assegurar seus direitos de cidadão, respeitando sua condição de índio, no que tange aos seus deveres; punir os crimes praticados contra índios.³⁷⁰

De acordo com Ribeiro, Barbosa foi quem melhor formulou a expressão desse Programa, nas seguintes palavras: que o Serviço não procura nem espera transformar o índio, os seus hábitos, os seus costumes, a sua mentalidade, por uma série de discursos, ou de lições verbais, de prescrições, proibições e conselhos; conta apenas melhorá-lo, proporcionando-lhe os meios, o exemplo e os incentivos indiretos para isso: melhorar os seus meios de trabalho, pela introdução de ferramentas; as suas roupas, pelo fornecimento de tecidos e dos meios de usar da arte de coser, a mão e a máquina; a preparação de seus alimentos, pela introdução do sal, da gordura, dos utensílios de ferro etc.; as suas habitações; os objetos de uso doméstico³⁷¹.

Define, assim, o objetivo do Serviço:

[...] enfim, melhorar tudo quanto ele tem e que constitui o fundo mesmo de toda a existência social. E, de todo esse trabalho, resulta que o índio torna-se um melhor índio

³⁶⁹ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização ...*, cit., p. 160.

³⁷⁰ MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTO, Zelia Maria Neves. *Antropologia: Uma introdução*. São Paulo: Atlas, 1986, p. 243.

³⁷¹ HORTA BARBOSA, L. B., *apud* RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 160.

e não um mísero ente sem classificação social possível, por ter perdido a civilização a que pertencia sem ter conseguido entrar naquela para onde o queriam levar.³⁷²

Apesar de as diretrizes contidas nos princípios do Serviço constituírem reconhecido avanço para a época, eram necessárias condições para a aplicação dessa política indigenista, tais como verba, pessoal qualificado e autoridade e poder suficiente para sua imposição.

Ocorre que, apenas nos primeiros anos de atividade, o SPI obteve essas condições. O Parlamento, pressionado pelo clamor geral em prol das medidas de amparo aos civilizados em luta contra índios, votava prontamente as verbas solicitadas. Quanto ao pessoal qualificado, isso era requisito satisfeito, pois Rondon contava com a equipe que formara durante a construção das linhas telegráficas. Além disso, contava ao seu lado com professores universitários, funcionários públicos, médicos, engenheiros e publicistas, quase todos positivistas, que haviam liderado a campanha pela criação do serviço. O poder de autoridade provinha do Exército. Constituídas, em sua maioria, por oficiais, as chefias do SPI eram respeitadas como se o próprio Exército andasse pelo interior nessa campanha de amparo ao índio.³⁷³

Porém, com o passar dos anos, com a crescente expansão de suas atividades por todo o território nacional, as verbas foram diminuindo em razão das dificuldades financeiras enfrentadas pelo país com a iminência da guerra e crise em alguns setores da economia, como no da borracha. Ademais, é sabido que a sobrevivência do SPI dependeu sempre do prestígio do Marechal Rondon, sendo que o fato de ele não ter participado da revolução fez o Serviço cair em desgraça e quase em extinção. As dotações foram decaindo progressivamente até atingirem níveis que inviabilizaram manter a máquina administrativa. E assim, de serviço autônomo, atuante em bases nacionais, o SPI transformou-se em mera seção subordinada a uma repartição burocrática do Ministério do Trabalho.³⁷⁴

Ribeiro expõe que, embora em alguns anos conseguisse o aumento das dotações orçamentárias, o SPI nunca conseguiu recuperar-se plenamente. Começaram a surgir dificuldades com pessoal, com o chamado dos oficiais que serviam como inspetores às fileiras do Exército, e ainda a falta de verba para contratação de servidores capazes de levar a tarefa avante e a invasão por burocratas incapazes de compreender ou de se identificar ideologicamente com a obra a que se ligava. Ademais, nas eleições de 1955, foi transformado, como inúmeros outros órgãos da administração federal, em instrumento de barganha eleitoral

³⁷² HORTA BARBOSA, L. B., *apud* RIBEIRO, Darcy. *Os índios e ...*, cit., p. 161.

³⁷³ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização...*, cit., p. 163.

³⁷⁴ *Ibidem*, cit., p.164.

entre os partidos políticos vitoriosos, sendo entregue ao PTB. Apesar de ser retirado da influência política direta dos partidos a partir de 1957, foi classificado como órgão de interesse militar, sendo que, nos últimos anos de administrações militares, ocorreu o afastamento dos princípios filosóficos do tempo de Rondon, o que o levou à condição de “agente de sustentação dos espoliadores e assassinos de índios”³⁷⁵.

A instalação do regime militar, com o golpe de 1964, atingiu também o SPI, ao destituir a diretoria presidida pelo médico sanitarista Noel Nutels, que tinha sido levado a essa posição pelo governo João Goulart, como tentativa de reconduzir o órgão aos padrões do início dos anos 1950.

Os novos donos do poder, ao contrário, administraram o SPI de tal modo que, dois anos depois, diversos funcionários seus terminaram sendo acusados de participar de atos de tortura e massacre a índios. O regime militar promoveu uma devassa no órgão, concluindo um dossiê de mais de mil páginas de acusações de supostos crimes e irresponsabilidades administrativas cometidas contra os índios. Nunca, porém, esse dossiê foi publicado, mas a repercussão internacional e nacional negativa fez com que o SPI afinal fosse extinto, não sem antes sofrer um incêndio em seus arquivos, já transferidos para Brasília. O que transparecia era que os militares queriam redimir a história brasileira dos seus erros do passado, e assim foi criada a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, em dezembro de 1967³⁷⁶.

Quanto a isso, Souza Lima assim se manifesta:

A extinção do Serviço e a criação da Funai, em 1967, ainda que atendendo também a uma necessidade de conferir, no plano internacional, visibilidade positiva aos aparelhos de poder de Estado no país – fruto da importância do financiamento externo para as transformações que se queria implementar –, devem ser entendidas como dentro de um movimento mais geral de redefinição da burocracia de Estado, realizado nos anos de 1967-8, quando se preparava mais um fluxo de expansão econômica e da fronteira agrícola no país, com a consequente montagem de alianças e esquemas de poder que a ditadura militar implantaria.³⁷⁷

Nesse sentido, Gomes observa que, como costuma acontecer na criação de tais órgãos, se fazia necessário moralizar de imediato o quadro anterior, tirando os maus elementos e implantando uma nova mentalidade. O novo órgão veio para resolver a questão indígena de uma vez por todas, o que significaria transformar os índios em brasileiros, integrá-los à nação

³⁷⁵ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização...*, cit., p. 165-168.

³⁷⁶ GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 88.

³⁷⁷ SOUZA LIMA, Antônio Carlos, *História dos índios no Brasil ...*, cit., p. 170.

e assimilá-los culturalmente ao seu povo. De qualquer maneira, era necessário transpor etapas, seguir os caminhos traçados pelo SPI, apenas com mais intensidade, conjugando o sentido do trabalho à ideologia do desenvolvimento com segurança. Tornava-se necessário demarcar as terras indígenas, fazer contato com os povos autônomos, dar educação, cuidar da saúde, tornar viável a economia indígena para colocar os índios no mercado, além de fazer a FUNAI um órgão autossuficiente a partir das próprias rendas internas.³⁷⁸

No entanto, “o despreparo dos militares no que diz respeito aos assuntos indígenas, a total ausência da ideologia indigenista [...] na orientação de suas ações e a perda de legitimidade do Estado junto à sociedade civil, marcaram definitivamente a Fundação Nacional do Índio”.³⁷⁹

Historicamente, a Constituição de 1967 e o Ato Institucional n. 1, a que outorgou a Constituição de 1969, continham artigos que demonstravam grau de semelhança aos das constituições anteriores, porém com uma diferenciação, pois as terras dos índios passavam a ser consideradas terras da União, restando aos índios a posse exclusiva e a inalienabilidade. Inegavelmente, a redação do artigo 198 favoreceu o trabalho de demarcação das terras com o seguinte teor:

Art. 198 – As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º - Ficam declarados a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º - A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.³⁸⁰

Foi a partir desse artigo que se elaborou o denominado “Estatuto do Índio”, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Segundo Oliveira³⁸¹, o fator decisivo para a elaboração, a aprovação e a divulgação da Lei nº6.001 era a preocupação do governo com a sua imagem no exterior, então grandemente afetada por denúncias de violação de direitos humanos. Em função

³⁷⁸ GOMES, Mércio Pereira. *Os índios...*, cit., p. 89.

³⁷⁹ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O índio...*, cit., p. 55.

³⁸⁰ GOMES, Mércio Pereira. *Os índios...*, cit., p. 89.

³⁸¹ OLIVEIRA, João Pacheco de. Contexto e Horizonte Ideológico: Reflexões sobre o Estatuto do Índio, in SANTOS, Sílvio Coelho dos *et.al.* (Org.). *Sociedades indígenas e o Direito: Uma questão de direitos humanos – Ensaio*. Florianópolis, Ed. da UFSC; CNPq, 1985, p. 19-21.

da divulgação pela imprensa nacional de massacre de índios, o governo enfrentava desde 1967 uma campanha sistemática no exterior de acusações de omissão ou mesmo comprometimento em práticas etnocidas.

Segundo o autor, a elaboração do Estatuto do Índio por um círculo fechado de juristas só foi possível devido à existência de conceitos técnico-legais já delineados em legislações anteriores (de 1910, 1911 e 1942). Por outro lado, a costura ideológica de todos esses elementos jurídicos era dada pela ideologia protecionista que predominara nos momentos mais importantes e nas figuras mais eminentes do antigo SPI³⁸². Assim, opõe-se categoricamente aos meios compulsórios e traumáticos de aculturação, argumentando que, no processo de integração, faça-se respeitar as tradições e a coesão das comunidades indígenas, assegurando-lhes paralelamente a terra que habitam e os seus meios de subsistência, fornecendo-lhes assistência (médica, educacional, jurídica, técnica e econômica) adequada às suas necessidades.³⁸³

O Estatuto do Índio veio regulamentar a legislação brasileira sobre os índios, estabelecendo, no seu artigo 3º, o conceito de 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”.

Tendo em vista os estágios de integração, o Art. 4º, I, II e III, classificou-os em isolados, em vias de integração ou integrados.

Pela letra do Estatuto, o índio é considerado menor de idade e “relativamente capaz” e encontra-se sob a tutela do Estado, representado pela FUNAI. O estatuto estabelece, ainda, as formas de emancipação da tutela, tanto em nível individual como coletivo. A FUNAI passa a ser o agente responsável pela definição do que é terra indígena e por sua demarcação, a qual deve ser homologada pelo Presidente da República.

Estava prevista, em um dos artigos do Estatuto, a demarcação de todas as reservas indígenas no prazo de cinco anos. O governo Geisel, no entanto, acelerou o processo de emancipação dos índios sob a tutela do Estado. Para Gomes, o gesto de Geisel, em defesa da integração total dos índios à nação brasileira, escondeu o propósito de fugir da obrigação de demarcar as reservas, conforme previsto em lei, e abrir caminho para a entrada de compradores de terras indígenas já demarcadas. Esclarece ele que pareceu a todos um ato de despotismo militar, e a ideia de transformar os índios em brasileiros iguais aos outros já não tinha adeptos

³⁸² OLIVEIRA, João Pacheco de. “Contexto e Horizonte Ideológico...”, cit., p. 20.

³⁸³ *Ibidem*, p. 19-21.

na consciência nacional³⁸⁴. A ideia de dividir as terras indígenas em lotes familiares ou individuais e permitir a sua venda não sensibilizou nem os liberais e defensores mais radicais da propriedade privada. Quase que em massa, os principais meios de comunicação se manifestaram contra esse projeto que, assim, foi engavetado no governo Figueiredo. Porém essas ideias permanecem nos meios que posicionam os índios como pontos de desafio da segurança nacional devido ao medo, infundado, presente no imaginário coletivo brasileiro, de que com a demarcação de suas terras e o reconhecimento como povos possam colocar em risco a questão da soberania do Estado.

Com relação aos povos autônomos, chamados pelo Estatuto de isolados, a FUNAI manteve as mesmas técnicas de contato estabelecidas pelo SPI, evitando a violência e utilizando as táticas de apresentar “frentes de atração”, interditar as áreas indígenas à presença de estranhos, deslocar os grupos contatados para outras áreas, quando as suas terras eram de interesse econômico, e usar de sua posição de poder para constranger os índios ao sistema paternalista de relacionamento³⁸⁵.

Concluindo, aponta Gomes que existem cerca de 50 povos autônomos no Brasil, muitos desses em áreas objeto de interesses econômicos ou de projetos governamentais de mineração, ou hidrelétricas. O padrão de relacionamento usado até agora é a causa principal dos problemas subsequentes, já que a maioria dos povos indígenas sobreviventes tem contato estabelecido há muitos anos com a sociedade nacional. Alguns deles o têm muito intenso, seja pela proximidade com os centros urbanos, seja pela identificação com certos aspectos da sociedade rural envolvente³⁸⁶. De acordo com a terminologia usada, estão “em vias de integração” ou “integrados” à comunhão nacional. Na realidade, para o antropólogo, esses conceitos dizem mais respeito ao projeto político mais amplo de diluir os povos indígenas e suas culturas no caldeirão social e ideológico brasileiro, do que a uma realidade antropológica:

Os povos sobreviventes o são em virtude, exatamente, de sua diferenciação com o resto das populações brasileiras, nem que minimamente o sejam mais por fatores sociais, como casamentos endógenos e uma economia cooperativista, do que por símbolos culturais específicos. Nesses casos, efetivamente, a integração é uma realidade irrefutável, mas isso não quer dizer que seja um passo a uma assimilação – a não ser que programada e forçada – pois esses povos continuam a manter-se indígenas.³⁸⁷

³⁸⁴ GOMES, Mércio Pereira, *Os índios...*, cit., p. 90-91.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 91.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 91.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 92.

O paradigma da assimilação, anos depois, foi rompido, e o novo horizonte em que se contextualiza o indígena está expresso na frase icônica do movimento indígena: “Posso ser o que você é, sem deixar de ser quem sou”³⁸⁸

4.3 O Código Civil Brasileiro

Quase ao mesmo tempo da criação do SPI, os professores pandectistas e legisladores da época criavam, como norma fundamental do Direito Indigenista Brasileiro, a inclusão dos índios na lista dos relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de os exercer (Art. 6º do Código Civil de 1916) e sua submissão à tutela do Estado. Abria-se a estes, porém, a possibilidade de verem cessar esse regime tutelar à medida que fossem se adaptando à civilização do país.

Consideravam-se, assim, livres da tutela somente os indígenas que se adaptassem à sociedade não indígena, em uma visão totalmente integracionista.

Porém o projeto original do Código Civil de 1916, de autoria de Clóvis Beviláqua, não incluía os índios entre os relativamente incapazes. Essa inclusão deveu-se ao Senado, por emenda de Muniz Freire. Beviláqua posicionava-se de forma contrária a essa inclusão porque entendia que essa disposição deveria estar contida em legislação especial.³⁸⁹

Para Souza Filho, assiste razão a Beviláqua, pois considera extremamente frágil a solução jurídica de oferecer aos índios uma tutela orfanológica, porque esta é instrumento de proteção individual e não cabe a uma coletividade e, muito menos, a várias coletividades cultural e etnicamente diferenciadas. Segundo ele: “Os índios necessitam uma proteção que os garanta não só enquanto indivíduos, mas enquanto povos, na relação não só com outros cidadãos, mas com o próprio Estado”³⁹⁰.

Entendeu o legislador civil daquela época que, da mesma forma que os menores, entre 16 e 21 anos, ou os pródigos, os índios não possuem uma visão aprimorada da sociedade envolvente, devendo, por essa razão, estar assistidos nos atos jurídicos, de maneira a evitar

³⁸⁸ Frase criada por Marcos Terena, indígena da etnia Terena (região de Aquidauana, estado de Mato Grosso do Sul), líder da União das Nações Indígenas, a UNIND, que traduz o pensamento de resistência da juventude indígena, por ocasião da ameaça de expulsão de muitos estudantes indígenas de Brasília, pelo Governo Militar, em abril de 1980.

³⁸⁹ BEVILÁQUA, Clóvis, *apud* SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. *Tutela aos índios: Proteção ou opressão?* In: ALVARENGA, A. J. (Org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993, p. 302.

³⁹⁰ SOUZA FILHO, Carlos, *O renascer..., cit.*, p. 302.

prejuízo a eles mesmos, pois assim estariam protegidos da ganância de homens inescrupulosos que poderiam se aproveitar de sua ingenuidade.

É necessário que se compreenda não somente os motivos, mas também os fundamentos pelos quais o legislador agiu assim. Como pretexto para a dominação, já se falou que os índios eram desprovidos de inteligência, indolentes, almas a serem resgatadas e outros absurdos mais. Faria dá exemplo desse fato:

Na segunda metade do século XVI, Pero Magalhães Gandavo, na célebre “História da Província de Santa Cruz”, fez uma empolgante descoberta, afirmando que os índios do Brasil não tinham Fé, nem Lei, nem Rei, circunstâncias sumamente dignas de registro, porquanto na sua língua geral faltavam as letras F, L e R.

Pois bem, essa estupenda PARVOÍCE levou sendo repetida pelos séculos afora, até muito recentemente. Dela fizeram uso [...], em pleno século XIX, o Visconde de Porto Seguro [...].³⁹¹

Porém esse tipo de afirmação não ficou no século passado. Ainda hoje se encontram barbaridades expressas tentando equiparar os índios a portadores de desvios ou a crianças. Nunca se poderá considerar o índio sob padrões dos “ditos civilizados”, pois estes são pessoas com cultura própria e nela inseridos.

Beviláqua, já em 1896, reconhecia a necessidade de se criar institutos jurídicos próprios aos povos indígenas; considerava que os indígenas tinham um sistema jurídico próprio e havia necessidade de um “entendimento” entre esses dois universos jurídicos, a lei estatal e o direito dos índios.³⁹²

A antiga tutela orfanológica já havia se transformado em instrumento de opressão, e o Direito Privado não tinha, entre os seus, nenhum instituto que pudesse agasalhar esse problema. Nascia o Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, que regulou a situação dos índios nascidos no território brasileiro.

Com a leitura do Art. 1º desse decreto, poder-se-ia concluir que estaria revogado o disposto pelo Art. 6º do Código Civil, pois assim estabelecia: “Art. 1º. Ficam emancipados da tutela orfanológica vigente todos os índios nascidos no território nacional, qualquer que seja o grau de civilização em que se encontrem”.

³⁹¹ FARIA, Antonio S. Michael e *apud* LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro...*, cit., p. 24-25.

³⁹² BEVILÁQUA, Clóvis. “Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista”, *apud* SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Org.). *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá; NDI, 1992, p. 77.

Porém a leitura do Art. 5º do Decreto 5.824 estabeleceria a realidade: “A capacidade, de fato, dos índios sofrerá as restrições prescritas nesta lei, enquanto não se incorporarem eles à sociedade civilizada”.

Em 2002, o novo Código Civil coloca os índios sob a proteção de lei especial, que regerà a questão da sua capacidade, estabelecendo que:

“Art. 4º. São incapazes relativamente a certos atos, ou a maneira de os exercer:
[...] Parágrafo único – A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

Segundo a visão da doutrinadora Diniz, o Código Civil sujeita os indígenas ao regime tutelar, estabelecido em lei e regulamentos especiais (Lei n. 6.001/73; CF/88, arts. 22, XIV, 49, XIV, 129, V, 210, parágrafo 2, 232,109, XI, 231,176, parágrafo 1, e art. 67 das Disposições Transitórias; Decreto n. 88.118/83; Constituição do estado de São Paulo de 1989, arts. 282, parágrafos 1 a 3, e 283; Lei n. 6.015/77, arts. 50, parágrafo 2, e 246, com a redação da Lei n. 10.267/2001; Decreto n. 1.775/96)³⁹³.

Dessa forma, apesar de o Estatuto do Índio ser anterior à Constituição de 1988 e com esta não estar em consonância, o novo Código Civil, ao disciplinar que a capacidade dos índios será regulada por lei especial, remete à Lei 6.001/73. Portanto, até que seja aprovada uma nova legislação especial consentânea com a Constituição Federal, ou seja, até a aprovação do Projeto de Lei n. 2.057/91 sobre o novo Estatuto do Índio, em trâmite no Senado há quase três décadas, a legislação especial vigente seria a Lei n. 6.001/73, que destoa visivelmente em muitos aspectos do estabelecido pela Carta Magna.

Assim sendo, sobre a questão da capacidade do índio existem hoje duas correntes jurídicas: uma corrente defende a tutela, portanto remete ao Estatuto do Índio essa questão; outra corrente, que é a predominante, considera que não há que se falar em tutela-incapacidade, mas tutela-proteção.

O Estatuto do Índio, Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, regra a situação fático-jurídica dos silvícolas e das comunidades indígenas, para preservação de sua cultura e “integração progressiva à comunhão nacional”, e estabelece estágios de integração, sendo de cunho eminentemente integracionista.

³⁹³ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8. ed., atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 231 reconhece a organização social, os costumes, as línguas, crenças e tradições dos índios, sendo de cunho preservacionista, prevendo, inclusive, no artigo 232, que os índios podem ingressar em juízo na defesa de seus direitos.

Prevê, ainda, o Código Civil, no que tange à anulabilidade do ato jurídico: “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o ato jurídico: I – por incapacidade relativa do agente”.

Caso a interpretação seja a de que o Código Civil remete ao Estatuto do Índio, extrai-se o entendimento de que o índio, desde que não emancipado, ao realizar qualquer ato jurídico, necessita da assistência de seu tutor legal, pois, se assim não proceder, o ato será anulado, ressalvados os casos em que ficar comprovado que esse ato não lhe trouxe algum prejuízo, sendo que, nesse caso, o vício será considerado sanado, transformando-se em ato jurídico perfeito.

Assim, a relativa incapacidade era a regra formulada pelo Código Civil de 1916, no seu Art. 6º, III.

Ao ficar estatuído pelo Código Civil de 2002 que a capacidade do índio seria regulada por lei especial, retoma-se a noção de capacidade contida no Estatuto do Índio, para o qual o índio somente prescinde do regime tutelar quando emancipado. É claro que o índio relativamente incapaz é o que tem completo seu processo particular de socialização tribal. Da mesma forma que na sociedade brasileira, em que a capacidade se fixa com a maioria civil, pode-se supor que, com relação às sociedades tribais, algo semelhante se dê em algum momento da vida biológica ou social do indivíduo. A dificuldade está em saber em que momento isso acontece.

Lobo esclarece que, para se aferir o momento da maioria, existem duas alternativas. A primeira consiste em friccionar uniformemente o critério, tomando por base o padrão social vigente, fixando em 21 anos (hoje 18 anos) a idade aquisitiva da relativa capacidade. Pelo menos em tese, não haveria problemas de verificação, já que a FUNAI, mantendo um registro paralelo exigido em Lei (Art.13 do Estatuto do Índio), poderia certificar a data de nascimento do indivíduo. Essa ideia apresenta como fundamento o fato de que é razoável que a ele se subordine, já que essa ficção legal só importa aos atos exercitáveis no meio social dos não índios³⁹⁴. Porém o autor considera que essa alternativa contém graves defeitos. O índio, socializado em comunidade tribal, certamente demanda tempo, maior ou menor, necessário a

³⁹⁴ LOBO, Luiz Felipe. *Direito Indigenista Brasileiro...*, cit., p. 36-37

seu processo de aculturação, não somente em relação à sociedade envolvente como também em relação às outras sociedades tribais. A certidão poderá não ser expedida pela FUNAI porque talvez não exista o registro. Ademais, sendo o índio a parte interessada, terá dificuldade em saber no que consiste o teor do documento, ou este não apresentará nenhum significado cultural para ele. A segunda alternativa, para Lobo, parece a mais acertada, sendo que se apresenta consolidada no parágrafo único do Art. 6º da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio), que assim estabelece: “Art. 6º [...] Parágrafo único. Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei”.

Deve-se, portanto, tomar como referência os padrões da sua comunidade e, assim sendo, considerar a capacidade do índio que houver alcançado em sua tribo o *status* de homem adulto, comprovado mediante testemunho se necessário, respeitando-se sua maturidade e condição social, de acordo com a nova disposição constitucional enunciada no Art. 231: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social [...]”.

Dessa forma, seria flagrante injustiça considerar incapaz o índio que já alcançou, na sua tribo, o *status* de adulto, pois a Constituição Federal assegurou de forma expressa a sua organização social, conforme se depreende do artigo supratranscrito.

A leitura do parágrafo único do Art. 1º da Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, que autorizou a instituição da Fundação Nacional do Índio, mostra que: “Art. 1º [...] Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil ou em leis especiais”.

Considerando que a capacidade do índio será estabelecida em lei especial, vislumbre-se, pelo artigo acima citado, que os casos em que ele será considerado relativamente ou absolutamente incapaz, serão os que a legislação especial contemplar, já que o Código Civil assim dispôs. Então, nos casos de incapacidade para a prática de um ato, o tutor legal irá representá-lo ou assisti-lo, com a obrigação de defendê-lo, já que os índios podem participar ou não do ato, funcionando o órgão tutor como seu assistente ou substituto na relação jurídica.

A tutela destina-se a proteger a pessoa do índio, considerado este no seu caráter individual ou coletivamente, a fim de assegurar a administração dos seus bens e dos bens que integram o patrimônio indígena, garantindo ao índio a preservação da sua cultura, além de proporcionar-lhe a representação legal em todos os atos da vida civil, com o objetivo de integrá-lo, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (Art. 1º da Lei 6.001/73). Esta é a

tutela do índio, que foi estabelecida legalmente em 1928 e redisciplinada através do Estatuto do Índio.

A Lei 6.001/73, ao definir as diferentes categorias de índio, estabeleceu que:

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 identifique e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.

Dessa forma, de acordo com o Estatuto do Índio, todo e qualquer indivíduo que se identifique ou seja identificado como pertencente a um grupo étnico que apresente características culturais diferentes das encontradas na sociedade nacional e que tenham origem e ascendência pré-colombiana, será considerado índio.³⁹⁵

Com relação à tutela, o Decreto n. 5.484/28, ao tempo que extinguiu esse regime tutelar, proclamou a tutela especial dos índios brasileiros, em concordância com o Art. 6º, parágrafo único, do Código Civil de 1916, assim dispondo: “Art. 6º. Os índios de qualquer categoria, não inteiramente adaptados, ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o grau de adaptação de cada um [...].”

Denota-se que todos os índios, desde que não inteiramente adaptados, estariam sob tutela. E criava-se, então, o regime tutelar especial para proteção e assistência do índio brasileiro, fixando a lei os critérios norteadores de exercício desse regime e estabelecendo de forma expressa como o Estado deveria exercê-lo e quem deveria submeter-se a ele.

Apenas liberava-se do regime tutelar o índio que fosse considerado adaptado à comunhão nacional, ou seja, quando fosse considerado como cidadão igual a outro membro qualquer da sociedade nacional. A lei deixava claro que somente estariam sob tutela do Estado “enquanto não se incorporarem eles à sociedade nacional” (Art. 5º, Decreto. n. 5.484/28).

A Lei n. 6.001/73, desprezando a classificação então adotada pelo Decreto n. 5.484/28, estabeleceu que os índios, a partir dela, passariam a ser considerados como: isolados, em vias de integração e integrados.

³⁹⁵ Com a ratificação da Convenção 169 da OIT (Decreto n. 5.051/04), que inseriu no ordenamento brasileiro o princípio da autodenominação dos povos indígenas, bastando que o índio se autodenomine índio para que seja reconhecido como tal. Nesse sentido o art. 1º, n. 2, da Convenção 169: “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”.

A tutela indígena foi estabelecida, assim, em caráter especial, pelo Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, mais tarde regulamentada, com maior clareza, pela Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, o Estatuto do Índio.

Os limites da tutela encontram-se estabelecidos em lei, comportando exceções, como se depreende do parágrafo único do Art. 8º do Estatuto do Índio, *in verbis*:

Art. 8º. São nulos os atos praticados entre índio não-integrado (leia-se não emancipado) e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único – Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Segundo Lobo, a impropriedade do termo “integrado” aplicado no Art. 10 do Estatuto do Índio como sinônimo de emancipado vem causando confusão entre juristas e antropólogos. Isso ocorre porque o índio e suas comunidades articulam-se com a sociedade envolvente em diferentes níveis da vida social. Porém, sob o prisma do direito positivo, integrado é o mesmo que emancipado, o que não resulta em qualquer prejuízo para quem quer que seja, pois as comunidades indígenas foram reconhecidas pela Constituição Federal de 1988, no Art. 231, que derogou implicitamente a última parte do inciso II do Art. 3º do Estatuto do Índio, estando os índios protegidos em seus direitos coletivos. Dessa forma, não integrado é o mesmo que não emancipado. Para Lobo, é melhor que assim o seja, pois só o índio emancipado adquire capacidade civil plena, e deste não se ocupa a tutela indigenista individual, quando satisfeitos os requisitos elencados no Art. 9º do Estatuto do Índio.³⁹⁶

Dallari, nesse sentido, doutrina:

[...] um índio pode ir a um tabelião sem assistência da FUNAI e outorgar procuração para que um advogado adote as medidas necessárias para a proteção de seus direitos.

Se o índio for analfabeto ou não tiver documento de identidade, será indispensável a presença de, pelo menos, duas testemunhas que atestem, sob as penas da lei, sua identidade. Se o advogado utilizar a procuração para a efetiva proteção de direitos do índio, a procuração será válida, como serão válidos os atos praticados com o uso dessa procuração. Mas os atos que o procurador praticar e que tragam qualquer prejuízo ao índio serão nulos. E, para melhor proteção do índio, o procurador que tomar qualquer

³⁹⁶ LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro...*, cit., p. 36-37.

medida judicial em nome do índio de uma comunidade indígena deve pedir ao Juiz que mande intimar a FUNAI para integrar a lide.³⁹⁷

Os direitos dos índios são direitos iguais aos reconhecidos a todos os brasileiros, porém, no tocante ao exercício de alguns desses direitos, a legislação estabelece que sejam assistidos por tutor, muito embora, se não o forem, somente se invalidará o ato caso resulte prejuízo a eles.

A Lei n. 6.001/73 nos seus Art. 9º, 10 e 11, sobre emancipação do índio, estatui que:

Art. 9º. Qualquer índio poderá requerer ao Juízo competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I – idade mínima de 21 anos;

II – conhecimento da língua portuguesa;

III – habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV – razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único – o Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

O artigo 10 estabelece que, desde que satisfeitos os requisitos do artigo anterior, e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que homologado judicialmente e o ato seja inscrito no registro civil.

Sobre a emancipação, dispõe o artigo 11 que, mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional. Determina no parágrafo único, que para os efeitos do disposto no artigo 11, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no art. 9º.

Verifica-se no texto legal que, em condições especiais, os índios poderão libertar-se da tutela.

Agostinho, *apud* Lobo, ensina que não é pela transposição do índio ao estado de integrado e ao pleno exercício dos direitos civis que aquelas disposições se veem prejudicadas;

³⁹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O índio e a cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 55.

nem por ela se desobrigam a União e a FUNAI da defesa das terras que por lei lhes incumbe. Caso não a façam, ou pretendam que não lhes cumpre velar pelas terras dos índios no livre exercício dos direitos civis, estarão fugindo às imposições da lei. De outro modo, não poderia ou deveria ser, porque a impotência para a defesa das terras é o mais violento dos fatores estruturais da minoridade do índio³⁹⁸.

Silva lembra que: “A tutela é um instituto jurídico que existe para assegurar direitos e não para obscurecê-los, subtraí-los ou negá-los. Ela, na compreensão pura do instituto, não é uma condenação ou punição do tutelado mas, ao contrário, protege-o contra os que pretendem turbar seus direitos (do tutelado)”.³⁹⁹

Sabe-se que a tutela, de instituto protetivo dos índios, pode, muitas vezes, transmutar-se em veículo de opressão.

4.4 Novos rumos e dificuldades

Para o conceito de democracia ser adequadamente aplicado às comunidades indígenas, Maia afirma que não se pode pretender a “interiorização” automática e pronta das práticas vigentes na sociedade envolvente. O respeito à organização social, garantido pela Constituição, tem que ser compreendido na linha que se vislumbra no documento da ONU, a “Declaração dos Povos Indígenas”, com o “direito a manter e desenvolver dentro da área de suas terras e outros territórios suas estruturas econômicas, instituições e modos de vida tradicionais”.⁴⁰⁰

Porém, com o passar dos anos, com os constantes conflitos oriundos dessa tentativa de manipulação de valores que resultou em opressão, destruição da cultura autóctone e morte, com os valores da pessoa humana conquistando *status* de norma no plano internacional, percebeu-se que aqueles a quem o colonizador julgou sem fé, sem rei e sem crença eram seres humanos e, como tal, deveriam ter sua dignidade preservada.

³⁹⁸ LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro...*, cit., p. 43.

³⁹⁹ SILVA, Orlando Sampaio. Os Povos Indígenas e o Estado Brasileiro, in SANTOS, Sílvio Coelho dos *et.al.* (Orgs.). *Sociedades indígenas e o Direito: Uma questão de direitos humanos – Ensaio*. Florianópolis, Ed. da UFSC; CNPQ, 1985, p. 52.

⁴⁰⁰ Parte IV do parágrafo 20, do Projeto de “Declaração sobre os Direitos dos Povos indígenas”, Subcomissão de Prevenção às Minorias, da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, Relatora Sra. Erica-Irene Daes. Código E/CN.4/Sub.2/1992/28, p. 10, *apud* MAIA, Luciano Mariz, cit., p. 268.

Contudo, do reconhecimento legal às práticas que realmente efetivam os direitos e garantias, há uma distância abissal, e sabe-se que maior distância há ainda quando o culturalmente dominante é incapaz de ver e aceitar uma imagem que seja divorciada da sua.

Vale aqui lembrar Clastres, para quem “é necessário aceitar a ideia de que a negação não significa um nada, e de que, quando o espelho não nos devolve a nossa imagem, isso não prova que não haja nada que observar”. Assim, “os povos sem escrita não são menos adultos que as sociedades letradas. Sua história é tão profunda quanto a nossa e, a não ser por racismo, não há por que julgá-los incapazes de refletir sobre a sua própria experiência e de dar a seus problemas as soluções apropriadas”.⁴⁰¹

Entre os povos indígenas, o saber é transmitido de geração em geração, e as relações de poder, coletivo, baseado no diálogo para a solução de conflitos, emergem de cada etnia. Porém, nem sempre isso ocorre como na cultura tradicional: há locais do Brasil onde a proximidade das reservas indígenas com as cidades é pequena, casos em que há intromissões graves na distribuição e legitimidade desse poder.

Nesse contexto, desequilibram-se as relações, pois, como lembra Arendt,⁴⁰² o poder só se efetiva enquanto a palavra e o ato não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais, quando as palavras não são empregadas para velar intenções, mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades.

Conforme Maia, o reconhecimento do direito à organização social indígena significa reconhecer a existência de um poder social do grupo, cujo exercício acarreta o direito de determinar a ação do grupo nas relações entre os membros e com outras coletividades, nestas incluídas as entidades governamentais ou mesmo não governamentais. Não seria o fato de serem sociedades comunitárias, de estruturas simples, que implicaria a ausência de governo. O autor ainda expõe que, nas sociedades complexas, o titular do poder político se faz representar pelos órgãos previstos na Norma Fundamental, formadora e conformadora daquele Estado. Estes são órgãos com funções legais de legislar, julgar, planejar e executar programas de governo. Já nas sociedades comunitárias, há maior simplicidade no cumprimento dos papéis sociais, sem divisão do grupo em classes sociais. Mas ainda aqui há necessidade de

⁴⁰¹ CLASTRES, Pierre. *A Sociedade contra...*, cit., p. 16.

⁴⁰² ARENDT, Hannah. *A condição...*, cit., p. 212.

compreensão do fenômeno do poder, onde repousa, quem o exerce, como o conquista e mantém.⁴⁰³

A interferência do não índio nos sistemas internos das comunidades indígenas leva a desavenças na disputa pelo poder, as quais levam à desarticulação das lideranças tradicionais e ao desrespeito à tradição desses povos como também a vários conflitos gerados pelo contato entre etnias com línguas, costumes e direitos diferentes do que, muitas vezes, resulta uma grande desagregação cultural, surgindo problemas como alcoolismo, consumo de drogas, culminado na prática de crimes e suicídios.

Percebe-se, portanto, que muitos desses problemas estariam intrinsecamente ligados à morte da cultura indígena. É o que se conclui pela voz do cacique Guarani-Nhandeva P. que, explicando sobre o suicídio, revela: “todos os que mantêm a cultura não se enforcam, todas as pessoas que se enforcam foram desviadas dos cantos, da cultura.”⁴⁰⁴

O distanciamento da cultura, com a imposição de normas de conduta distintas, afasta o “modo de ser” indígena, causando a perda de identidade. Sabe-se também que as leis só se concretizam quando há uma adequação do seu comando ao fato social gerado pelos destinatários da norma.

Ribeiro considera que, ainda que exista numerosa legislação que lhe diga respeito, o índio brasileiro é cidadão por omissão e tem uma situação jurídica imprecisa, que dá lugar a uma série de problemas⁴⁰⁵.

Sobre a realidade dos povos indígenas no Brasil, destaca-se a situação em que, em nome da defesa e proteção de muitas etnias, foi criado o sistema “tutelar”, como se estivessem na posição de órfãos e necessitassem do Governo Brasileiro para protegê-los e ser o seu porta-voz.

Muitas atitudes foram adotadas com o objetivo de “proteção”; algumas soluções tentavam manter o índio afastado da sociedade não indígena. Outras buscavam a integração do índio com a sociedade nacional, e acreditavam que essa seria a melhor solução. Logo, o índio parecia ser um instrumento sem seu próprio querer, autonomia ou direito. As soluções para essa problemática carregavam o estigma integracionista.

Todo a base da legislação indigenista foi construída sobre padrões e parâmetros do não índio. O Direito Indigenista é algo imaginado para o índio, mas utiliza modelos e princípios do não índio, sem respeitar as diferenças, dando aos índios as regras da cultura “branca”⁴⁰⁶.

⁴⁰³ MAIA, Luciano Mariz. *Os direitos indígenas...*, cit., p. 265-266.

⁴⁰⁴ Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão...*, cit., p. 215.

⁴⁰⁵ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização...*, cit., p. 225.

⁴⁰⁶ UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão...*, cit., p. 221-222.

A norma legal de proteção aos indígenas brasileiros, com um complexo sistema de “tutela”, negou-lhes a condição de legítimos cidadãos com direitos plenos. O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), legislação feita para disciplinar a situação jurídica dos indígenas no Brasil, atribuiu-lhes a posição de tutelados, ou seja, eles somente poderiam praticar atos assistidos ou representados pelo órgão de assistência, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, enquanto não emancipados.

O Estado brasileiro considerava como a maior contribuição para os povos indígenas a possibilidade de que estes se integrassem à comunhão nacional. Assim, a ideia de integração era o melhor que poderia ser-lhes oferecido.⁴⁰⁷

Depois dos constantes conflitos oriundos dessa tentativa de tutelá-los, de tentar uma integração forçada, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deu um novo rumo à tutela, pois, nos artigos que dizem respeito aos indígenas, nota-se que essa tutela-incapacidade, característica do sistema tutelar, não tem mais lugar, e somente teria razão de existir ainda a tutela-proteção, no sentido de proteger a cultura milenar desses povos, assegurando a interação e o respeito pelas diferenças culturais.

Assim sendo, a Constituição Federal trouxe um novo caminho no sentido do protagonismo indígena, ou seja, o legislador entendeu que o indígena deve ser o principal personagem de sua história, e que ele tem o “direito de ser sujeito de direito, tem o direito de ter direitos”⁴⁰⁸.

Portanto, em virtude do estabelecido no artigo 231 da Carta Magna, a previsão do Estatuto do Índio de “integração progressiva à comunhão nacional” está derogada.

Dessa forma, foi abandonado, pelo menos na letra da lei, o ideal integracionista do Estatuto do Índio, que dispunha sobre a incorporação progressiva dos indígenas à sociedade nacional. Passou-se, então, do direcionamento de assimilação ao ideal de interação e respeito pelas diferenças.

O pensamento de que a cultura, os hábitos dos povos indígenas teriam que ser modificados, e que eles seriam incorporados à cultura dominante, integrados à comunhão nacional, foi substituído pela própria voz indígena afirmando sua condição de povos e responsáveis pelo seu destino. Apesar de todos os avanços, sabe-se que, em todos os contextos

⁴⁰⁷ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos...*, cit., p. 106-107.

⁴⁰⁸ Sobre essa terminologia, ver LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

dos povos indígenas, seja em suas aldeias tradicionais ou nas aldeias urbanas, a realidade é sempre de muitos problemas e conflitos.

A Convenção 169 assegura a autodeterminação dos povos indígenas, confere a eles o direito de não mais lhes serem impostas práticas que não partam de sua cultura, assegurando o direito dos índios de receberem um tratamento diferenciado para preservar a sua integridade.

Além do mais, os direitos humanos dos povos indígenas não são mais encarados como mera discussão territorial, uma vez que também se expressam quanto ao direito ao desenvolvimento e aos direitos econômicos, sociais e culturais, se apresentando, em relevo ao seu caráter coletivo que passam a adquirir, como novidade para o sistema jurídico, uma vez que potencializam sua função emancipatória.⁴⁰⁹

No Brasil, o modelo de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas se dirige aos seus direitos originários sobre as terras, competindo à União demarcá-las, porém sem estabelecer qualquer autonomia institucional, jurisdições ou unidades organizacionais próprias.⁴¹⁰

Portanto, os povos indígenas do Brasil necessitam de um olhar sobre suas próprias instituições, o seu próprio direito, sua própria organização social, direitos reconhecidos constitucionalmente. Pois a falta desse olhar causa conflitos de grande vulto quando são colocados em questão o direito tradicional e o direito estatal.

Não é pelo fato de suas práticas se guiarem por princípios orais, transmitidos de geração a geração, que devam ser desconsideradas. Ao contrário, é urgente que o Estado brasileiro não apenas reconheça os direitos de seus povos originários, mas que assegure a concretização destes direitos garantindo a sua plena efetivação. Somente dessa forma conseguir-se-á reparar esse povo que já sofreu, e continua sofrendo, todo tipo de agressão simplesmente por ser culturalmente diferente. De outra forma, os povos indígenas continuarão à margem da sociedade, do Direito e da Justiça.

Existem conflitos das mais variadas ordens quando entram em choque as formas de aplicação próprias do direito dos povos indígenas e as que dispõem as leis feitas pelos não índios, dando a esses povos culturalmente distintos, as regras da hegemonia societária não índia e nesses conflitos emerge quase sempre a preponderância do Direito Estatal levando à aplicação de punições que desconsideram a diferença cultural.

⁴⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. v.3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 105.

⁴¹⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 218.

CAPÍTULO III

CONFLITOS ENTRE A NORMATIVIDADE ESTATAL E O DIREITO PRÓPRIO DA COMUNIDADE INDÍGENA NO ÂMBITO PENAL

1. A punição à margem da lei

Existem conflitos das mais variadas ordens quando entram em choque as formas de aplicação próprias do direito dos povos indígenas e as que dispõem as leis feitas pelos não índios, dando a esses povos culturalmente distintos, as regras da hegemonia societária não índia. Nesses conflitos, emerge quase sempre a preponderância do Direito Estatal levando à aplicação de punições que desconsideram a diferença cultural. É necessário, pois, saber como essas punições à margem da lei ocorreram historicamente no Brasil.

Antes de se adentrar no âmbito penal, retoma-se a elaboração do Código Civil de 1916, quando o legislador brasileiro resolveu assumir como verdade jurídica aquilo que a Lei de 1831 não dissera, mas se transformara em ordem legal: a relativa capacidade civil dos índios, sua menoridade, sua orfandade. Assim, o Código Civil de 1916 equiparou, em seu artigo 6º, os silvícolas - assim chama os índios - aos pródigos e maiores de 16 e menores de 21 anos, incapazes relativamente para a prática de certos atos da vida civil. Esse regime tutelar fica sujeito à lei especial e cessará à medida que os índios forem se adaptando à civilização do país. Esse Código sedimenta juridicamente os preconceitos do século anterior de que os índios estavam destinados a desaparecer submersos na "justa, pacífica, doce e humana" sociedade dominante. Tal como *El Rey* no começo do século XIX, a República do século XX se oferece aos índios como tábua de salvação à sua ignota existência; somente que a lei o diz, agora, envergonhadamente, sem a clareza da lei imperial, e deixa apenas sugerido que os índios se acabarão um dia⁴¹¹.

O Código Civil de 1916, apesar de prever com riqueza de detalhes todos os aspectos da vida da sociedade brasileira, cala-se, sintomaticamente, em relação às terras indígenas e à personalidade jurídica dos grupos e comunidades indígenas, ainda que trate com desenvoltura das terras públicas e das pessoas jurídicas de direito público. Não é, porém, no conjunto das leis

⁴¹¹ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos Indígenas...*, cit., p. 109.

civis que o Direito brasileiro expressa seu pudor em tratar das coisas dos índios, neste século. Já o Código Penal, elaborado dentro dos parâmetros da técnica jurídica, em 1940, buscando a precisão própria de sua época, omite a palavra índio ou silvícola, porém admite o conceito, encontrando uma fórmula mágica para atenuar as penas eventualmente impostas aos índios, imitando a relativa capacidade exposta no Código Civil de 1916. O artigo 22 expressa:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.⁴¹²

Passaria despercebido esse artigo a quem estivesse procurando índios no Código Penal se, na longa Exposição de Motivos que o antecede, assinada pelo Ministro Francisco Campos, e que faz parte integrante da lei, não se pudesse ler:

No seio da Comissão, foi proposto que se falasse, de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao "desenvolvimento incompleto ou retardado, e devendo-se entender como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava a alusão expressa aos surdos-mudos e aos silvícolas inadaptados.⁴¹³

Conforme observa Wagner, o contato dos indígenas com a sociedade envolvente aparece como argumento suficiente a caracterizar a aculturação dos indígenas réus em processos penais, independentemente da etnia a que pertençam ou do lugar em que vivam. São tomados indistintamente entre si, sendo considerados "índios", a despeito de suas diferenças. Toda a diversidade de povos, culturas e idiomas mencionada anteriormente é desconsiderada na apreciação dos casos concretos nos quais os indígenas são réus.⁴¹⁴

Souza Filho faz as seguintes indagações a respeito do tratamento penal referente aos indígenas:

Qual teria sido o escrúpulo da Comissão em fazer referência expressa aos silvícolas? Por que não dizer, com todas as letras, que os silvícolas ou os índios, ao não serem capazes de entender o caráter delituoso de um ato, deveriam ter diverso tratamento penal? Que estranha razão teria a Comissão para omitir aquilo que a lei civil chamou de relativa incapacidade dos índios?⁴¹⁵

⁴¹² SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos Indígenas...*, cit., p. 110.

⁴¹³ Cf. Código Penal Brasileiro, São Paulo: Editora Sugestões Literárias, 1979, p. 32.

⁴¹⁴ WAGNER, Daize Fernanda. "Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil" in *Revista Direito GV*, v. 14, n. 1, Jan-Abr, 2017, p. 126.

⁴¹⁵ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos Indígenas...*, cit., p. 110-111.

Em resposta a essas indagações, Souza Filho relata as considerações de Nelson Hungria, um dos mais respeitados penalistas de sua época. Hungria, que em seu “Comentários ao Código Penal” se expressa clara e francamente:

[...] o artigo 22 fala em "desenvolvimento incompleto ou retardado". Sob este título se agrupam não só os deficitários congênitos do desenvolvimento psíquico ou oligofrênicos (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os silvícolas inadaptados... assim, não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo sylvester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável.⁴¹⁶

Depois dessa preconceituosa declaração, que não admite a existência de outros padrões éticos, o jurista consegue ser ainda mais claro, expressando a vergonha da lei em manifestar a existência de índios no Brasil:

[...] dir-se-á que, tendo sido declarados, em dispositivos à parte, irrestritamente irresponsáveis os menos de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao desenvolvimento mental incompleto; mas explica-se: a Comissão revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentios.⁴¹⁷

Conforme interpreta Souza Filho, está presente nesse esconderijo da lei penal a ideia de que os índios se acabarão num futuro próximo, quando encontrarem a alegria de viver na "pacífica, justa, doce e humana" sociedade dos civilizados, e então o Direito Penal ser-lhes-á aplicado em plenitude, e os juristas não se envergonharão mais nos congressos internacionais. É transparente neste episódio jurídico a ideia etnocêntrica e monista de que o sonho de todo índio é deixar de sê-lo. É presente a incompreensão do direito dos povos indígenas de continuarem a ser índios ainda que em contato longo e até mesmo amistoso com a sociedade não índia⁴¹⁸.

Essa sociedade não-índia os compartimenta, de forma a desconsiderar seus direitos quando vivem em situação de contato.

⁴¹⁶ Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 336.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 337.

⁴¹⁸ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos Indígenas...*, cit., p. 111.

Continuando a análise jurídica, Souza Filho lembra que o Decreto 5.484, de 27 de junho de 1928, de apenas 12 anos antes do Código Penal, que regulava a “situação dos índios nascidos em território nacional”, tratava da aplicação das penas aos índios que cometessem crime.

Porém, como não tratou de índio, o Código Penal não revogou o estabelecido no Decreto de 1928, que, uma espécie de Lei Geral dos Índios, tratava de diversas questões, desde o registro civil até a gestão de bens e, dos seus 50 artigos, cinco tratam dos crimes por eles praticados⁴¹⁹.

Estabelecia o Decreto que os índios com menos de 5 anos de integração que cometessem crimes, seriam recolhidos, mediante requisição do inspetor de índios, a colônias correccionais ou estabelecimentos industriais disciplinares, pelo tempo que parecesse necessário ao inspetor, nunca superior a cinco anos. Dizia ainda o Decreto que, se o autor do crime tivesse mais de cinco anos de convívio com a sociedade envolvente, seria aplicada a lei comum, com as penas reduzidas à metade, nunca devendo ser aplicada prisão celular, que seria sempre substituída por prisão disciplinar, o que significava que o cumprimento da pena se daria em instituições penais especialmente criadas para índios.

Ocorre que essa situação gerada pela boa vontade e humanismo dos indigenistas da década de 20, tornou-se rapidamente um instrumento de opressão. Foram criadas prisões indígenas, e a punição e o cumprimento da pena deixaram de ser controlados pelo Poder Judiciário, de tal forma que a agência indigenista oficial, na época o Serviço de Proteção ao Índio - SPI -, órgão do Poder Executivo, passou a exercer a judicatura, apenando segundo o critério do inspetor e procedendo a fiscalização do cumprimento da pena, isto é, fiscalizando a si mesmo.

Como o Código Penal de 1940 não tratou do assunto, permitiu que essa prática se prolongasse até a década de 60, quando tantos e tão aberrantes atos de corrupção, desmandos e injustiças foram cometidos pelo SPI, que, sob pressão da sociedade civil e da comunidade científica nacional e internacional, a então ditadura militar houve por bem fechá-lo, e com ele alguns instrumentos de visível opressão, como as prisões indígenas⁴²⁰, criando, em 1967, um novo órgão, a FUNAI - Fundação Nacional do Índio, cujo histórico de nascimento já foi exposto anteriormente.

⁴¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos. O Renascer dos Povos Indígenas...,cit., p. 112.

⁴²⁰ É precária a documentação existente sobre estas prisões, mas algumas ficaram famosas pela arbitrariedade e violência no trato dos índios delinquentes, como a Fazenda Guarani, em Minas Gerais. Os militares que criaram a FUNAI desativaram estas prisões e destruíram os documentos a elas relativos. Consta, nos arquivos conhecidos da FUNAI, como documentação da Fazenda Guarani apenas um processo administrativo de desmando orçamentário.

Sobre o sistema jurídico brasileiro, esclarece Souza Filho⁴²¹ que, embora não se admita a existência de outros sistemas paralelos que impliquem em jurisdição e aplicação de lei fora do Poder Judiciário, durante 40 anos, conviveram com o sistema punitivo, formas extraoficiais de punição aos índios, não apenas com leis próprias, mas com um completo sistema penitenciário especial com autoridades e procedimentos alheios às leis do país, mas extremamente eficiente e temido. Ao contrário do que ocorria com os escravos no século passado, que, embora não tivessem seu direito expresso nas leis do país, o tinham respeitado na jurisdição, os índios brasileiros do século XX tinham seus direitos estabelecidos em lei, mas para eles havia um sistema judiciário próprio, autoritário, marginal e cruel.

No sentido dos desmandos e opressões perpetradas contra os indígenas, o indígena Guarani-Nhandeva, Almires, relata como foi a atuação, nesse período, nas Aldeias Jaguapiru e Bororó, na Região de Dourados, Mato Grosso do Sul:

É claro que com o SPI e posteriormente a FUNAI ocorreram muitos massacres, opressões, desmandos e, no caso de Jaguapiru e Bororó, até uma prisão (cárcere fechado), sob o regime militar, foi construída. Seus dirigentes militares faziam valer a lei marcial, assim, por vezes, o capitão da aldeia intermediava até mesmo para amenizar a situação, havendo quem se valesse de tal escudo para se fortalecer e tomar poder político, oprimindo o que já era opressão.

[...] Tal e qual o povo brasileiro quando se recuperava do desmando e da opressão militar, assim foi com as comunidades indígenas que tentavam se reestruturar conforme seus usos e costumes, também destruídos pelos militares dirigentes da FUNAI.⁴²²

No ano de 1973, complementando o fechamento do SPI e as alterações na política indigenista oficial, o Estado brasileiro tratou de elaborar uma nova lei geral para os índios, e foi editado o Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Trata o Título V - das normas penais - sobre os crimes praticados por índios e dos praticados contra os índios. O artigo 56 estabelece que, na condenação por infração penal, o índio terá sua pena atenuada e, na aplicação, será levado em conta o grau de integração do índio⁴²³, conforme se vislumbra do teor do referido artigo: "No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola".

A leitura simples e direta do dispositivo legal nos remete à vontade do legislador de dar aos índios um tratamento diferenciado no julgamento da ação ou omissão criminosa deles que,

⁴²¹ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos Indígenas...*, cit., p. 113.

⁴²² MACHADO, Almires. *Função social do Ministério...*, cit., p. 46-47.

⁴²³ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos...*, cit., p. 113.

só pelo fato de o serem, deverão ter a pena atenuada. Na aplicação da pena atenuada, deverá o juiz atender ao grau de integração. Quer dizer, em qualquer hipótese, o índio terá sua pena atenuada, conforme expressamente determina o texto legal e, de acordo com o seu grau de integração, a aplicação será minorada. Não é este o entendimento dos Tribunais, nem de alguns comentaristas que procuram minorar esse dispositivo de tal forma que o transformam em letra morta para o sistema jurídico nacional, como, por exemplo, Falcão, que em seus comentários diz que essa atenuante somente poderá ser aplicada se outra atenuante não houver, de tal forma que o juiz somente deve aplicar essa regra se não puder aplicar nenhuma atenuante do Código Penal⁴²⁴. E o afirma sem maiores explicações, aparentemente com o único propósito de dificultar a sua aplicação. Hermenêutica às avessas, este parece ser o sentido de todo o livro, minimizar a validade e proteção jurídica da Lei 6.001/73 aos povos indígenas, diminuir a eficácia e efetividade da lei.⁴²⁵

Insta esclarecer que o Estatuto estabelece que as penas de reclusão e de detenção aplicadas aos índios serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, em local próximo à habitação do condenado. Novamente aqui, a interpretação dos comentaristas e dos Tribunais é no sentido de que não se aplica a qualquer índio, mas somente àqueles que não estejam integrados à “civilização”.⁴²⁶

Para Souza Filho, em raro desvelo do Direito, quando a lei garante uma regalia a um índio, mesmo que se trate de uma mínima melhoria na aplicação de pena, o que significa uma diminuição, ou facilitação na execução, há imediatamente o intérprete e o julgador para dizer que a lei não quis dizer isto, que aquela regalia é um equívoco, que não pode ser aplicada. Enquanto não se aplicava a lei e se punia por meio de estruturas extrajudiciais, cruéis e desumanas como fazia o antigo SPI, não havia entendimento oficial doutrinário ou jurisprudencial discordante, e o Direito se mantinha em um silêncio envergonhado. Finalmente, o Estatuto do Índio tolera – e utiliza esta expressão – a aplicação de penas pelos grupos tribais, desde que não tenham caráter infamante ou cruel e não sejam de morte. Essa aceitação se dá apenas quando a sanção é dirigida a membros do próprio grupo. Para o autor:

Os conflitos ocorrem em inúmeras situações, seja quando os indígenas aplicam suas próprias normas e sofrem repressão pelo Estado Brasileiro, seja quando estão em situação em que se veem impedidos de aplicar seu próprio direito, e até no simples exercício de sua cidadania.⁴²⁷

⁴²⁴ Cf. FALCÃO, Ismael Marinho. *O Estatuto do Índio Comentado*. Brasília: Ed. Senado Federal, 1985.

⁴²⁵ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos...*, cit., p. 113-114.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 113-114.

Como exemplo disso, cita-se a situação ocorrida quando o Cacique Mário Juruna, liderança indígena, ao ser convidado a proferir uma palestra no exterior para apresentar a situação do indígena brasileiro a entidades de defesa dos direitos humanos, foi impedido pelo então Ministro do Interior, chefe hierárquico do Presidente da FUNAI, respaldado na tutela consubstanciada no Estatuto do Índio, proibindo, assim sua saída do país. No caso, foi necessário impetrar mandado de segurança perante o STF para que o cacique conseguisse a autorização para a viagem.

Conforme analisa Souza Filho, é raro encontrar nos julgados dos Tribunais Superiores brasileiros decisões sobre crimes praticados por índios, o que demonstra que, na maior parte das vezes, sequer é considerado o fato de o agente ser um índio. Por outro lado, a maior parte dos julgamentos se encerra na primeira instância, de tal forma que são apreciados pelos Tribunais Superiores nada mais que questões formais, onde os problemas de cunho étnico não são levados em conta. Essa dificuldade é acrescida pelo fato de que, durante todo o período inaugurado com a lei de 1928 até o Estatuto do Índio em 1973, os índios eram diretamente punidos pela agência indigenista oficial, praticamente sem intervenção do sistema oficial do Estado e sem, portanto, recorrer aos Tribunais Superiores, porque sequer aos inferiores chegavam⁴²⁸.

Nos poucos casos que chegaram aos Tribunais Superiores, porém, é pacífica a decisão de não serem aplicadas as regalias oriundas da origem étnica com o argumento de que, nos casos concretos, os agentes já estariam suficientemente "aculturados". Esse raciocínio revela o velho preconceito claramente estabelecido nas leis imperiais de que o ideal para o índio é viver sob a proteção da "justa humana, pacífica e doce" sociedade brasileira⁴²⁹. Quer dizer, o índio, na medida em que vai conhecendo a "civilização", a "cultura", vai dela se abeberando e se transformando em um civilizado, deixando, por isso de ser índio.

A leitura atenta das recentes leis brasileiras sobre a matéria, especialmente o Estatuto do Índio, de 1973, e a Constituição Federal, de 1988, nos indicam que a lei não adota mais o princípio assimilacionista, apesar de alguns escorregões oficiais.

Como já visto, reitera-se, o Estatuto do Índio estabelece que: "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

⁴²⁸ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos...*, cit., p. 115.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 115.

nacional” (Artigo 3º). Ainda que possa haver divergências quanto à precisão antropológica do conceito, não há dúvida quanto a: existir sinonímia legal entre índio e silvícola; independe do grau de relação com a sociedade e cultura envolvente para a pessoa ser considerada índio; define-se um índio, principalmente, pela sua identidade com um grupo étnico e pelo reconhecimento que este mesmo grupo faz do indivíduo, desde que o grupo tenha ascendência pré-colombiana.

O Artigo 4º do Estatuto, conforme já exposto, dispõe que existem três espécies de índios: isolados - sem contato -; em vias de integração; e integrados - “quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos de sua cultura”. As três espécies, porém, atendem pelo nome genérico de “índios”.

Isto equivale a dizer que, quando outras leis dizem “índio”, estão se referindo ao conceito genérico do artigo 3º; e se pretendem referir a qualquer das outras categorias, deverão agregar os adjetivos “isolados”, “em via de integração” ou “integrado”. Assim é, por exemplo, a lei que trata da responsabilidade civil, ao afirmar que são relativamente incapazes os silvícolas até que se vão adaptando à “civilização do país”. Essa afirmação de 1916, traduzida para o entendimento do Estatuto, significa “até que sejam integrados”.

Absolutamente não se refere a isto a lei penal, em nenhum dispositivo, salvo no já derogado Decreto de 1928, que, de resto, praticamente excluía as ações ou omissões criminosas de índios da apreciação judicial. Já vimos que o Código Penal de 1940, por pudor, não se refere a índios, e o Estatuto que trata da punição de crimes por eles cometidos não diz que deve ser considerada a diferença entre isolados ou aculturados na aplicação da pena. Ao contrário, deixa claro que os índios - genericamente - terão tratamento especial na aplicação de penas e julgamento dos crimes por eles praticados.⁴³⁰

Os poucos comentaristas que se aventuraram a tratar dessa espinhosa matéria dizem claramente o contrário, como já vimos. Os Tribunais Superiores, igualmente, julgam como se a lei dissesse o que não diz e, invariavelmente, analisam o grau de integração do índio⁴³¹, quando o que deveria ser analisado, para a correta aplicação daquela norma penal, seria tão somente se existe o grupo indígena ao qual aquele indivíduo diz pertencer, e se o grupo o

⁴³⁰ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos...*, cit., p. 114.

⁴³¹ O Tribunal Federal da Terceira Região, recentemente julgando um peculato caracterizado por desmatamento de reserva indígena decidiu: “não há que se falar em incapacidade penal pelo fato de réu ser indígena, quando este é aculturado, possuidor do 2º grau, com consciência plena para discernir entre o bem e o mal” (DJ, 25/03/97, p. 17.874)

reconhece e o identifica. Em outras palavras, a indagação deveria ser apenas se aquele indivíduo é índio, no conceito da lei.

Observa-se, assim, que a ambiguidade que marcou o início do contato com os indígenas persiste até o tempo presente, como o tratamento judicial da imputabilidade de indígenas demonstra: inicialmente é perquirida a identidade do indígena, num aparente reconhecimento de sua distinção. Contudo, a partir da constatação dessa identidade, estando o réu indígena em contato com a sociedade envolvente, é considerado aculturado e, então, não mais suficientemente indígena para merecer a aplicação da legislação que lhe seria mais benéfica, a exemplo do art. 56 do Estatuto do Índio.⁴³²

Na raiz dessa visão que não consegue ler o que a lei diz, está a ideologia integracionista, à qual se filiaram sempre o Direito e o Estado brasileiros, como consequência do pensamento dominante. Exatamente por isso é tão difícil para comentaristas e juízes entenderem por que os índios devem ter regalias apenas porque são índios. Na visão dominante, a única justificativa para atenuar as penas e minorar os efeitos de sua aplicação aos índios, é o fato de que eles teriam um entendimento incompleto do caráter delituoso, por falta de compreensão das regras sociais e numa visão que chega ao limite do racismo, por inferioridade ética ou mental.⁴³³

A ideologia dominante não consegue, pois, entender que os índios pertencem a outra sociedade, cultural e organizativamente diferenciada, de tal forma que o tipo de pena e a forma de seu cumprimento devem ser também diferenciados. É isto que pretende dizer o Estatuto do Índio, jamais entendido.

Concluindo a análise, Souza Filho considera que, ainda mais clara que o Estatuto, a Constituição Federal de 1988 reconhece essa diferença, embora não trate da questão criminal. Diz o artigo 231, da Constituição: “São reconhecidos aos índios 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”. Apesar da clareza dessa declaração de princípio, o próprio Estado tem sido o algoz das terras indígenas, dos seus direitos e de sua vida. Esclarece o autor que não se refere ao Estado brasileiro do século passado, ou do Império, que declarava guerra de conquista aos índios, mas ao Estado brasileiro do limiar do ano 2000, que vê, passivo, o povo Yanomami sucumbir às doenças, invasões e rapina a que estão submetidos⁴³⁴.

⁴³² WAGNER, Daize Fernanda. *Identidade étnica ...*, cit., p. 132.

⁴³³ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos...*, cit., p. 117.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 118.

Existem vários direitos positivados no artigo 231, da Constituição Federal, os quais podem ser considerados como especificações do direito fundamental à diferenciação social, sendo eles de duas ordens: uma que deriva da vulnerabilidade de suas sociedades e outro que deriva da sua condição de primeiros ocupantes das terras brasileiras e que é uma tradição⁴³⁵.

Percebe-se um desinteresse por parte do Estado em levar adiante os direitos consagrados na Constituição Federal, seja através de políticas públicas, seja pela atualização da legislação infraconstitucional que possibilite a efetivação desses direitos.

O Estado, desse modo, apesar de suas leis, tem tido uma dramática, cruel e genocida política em relação aos índios, mas tem apresentado um discurso pluralista, liberal e democrático, elevando à categoria de sistema um direito envergonhado, que liberta os índios da escravidão e permite que o intérprete leia a aplicação da tutela orfanológica, tratamento diferenciado na aplicação e execução da pena, e o julgador entenda como reconhecimento de inferioridade ética e um estímulo à integração. Dá total garantia a suas terras, e a Administração Pública autoriza invasões e decreta reduções de áreas. Na divergência entre o discurso e prática, entre o Direito e o Processo, a vergonha da sociedade dividida e cruel fica encoberta pela falaciosa marca da injustiça.⁴³⁶

O que se pode, então, verificar é que os conflitos existem em todas as esferas, seja no âmbito civil ou no campo penal.

Na prática, não raras vezes, existem conflitos entre o sistema positivo vigente e as normas próprias das comunidades indígenas. Invariavelmente, o posicionamento estatal é o de querer ferir a autonomia dos povos indígenas ao impor suas regras e sistemas de valores. De forma mais perceptível, tal como apontado por Curi, assim como pela observação da autora na vivência *in loco*, os conflitos ocorrem com maior frequência no âmbito do direito penal, notadamente nos casos tipificados pelo direito estatal como crimes contra a vida, pois estes se fundamentam em um conjunto de valores considerado acima de qualquer outro interesse. A definição dada pelo sistema ocidental de dignidade humana, que envolve o direito inabalável à vida, é considerada como um valor universal, legitimando, portanto, uma atuação mais ostensiva do Estado para coibir o que ele define como crime⁴³⁷.

⁴³⁵ Conforme depoimento de Manuela Carneiro da Cunha à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, da Assembleia Nacional Constituinte, Quarta Reunião, 23.4.1987., in SILVA, Paulo Thadeu. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 77.

⁴³⁶ SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos...*, cit., p. 118.

⁴³⁷ CURI, Melissa Volpato. *O direito consuetudinário dos povos indígenas*. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, jul./dez. 2012, p. 230-247.

Diante dessa perspectiva, desconsiderando o Estado a organização social, os valores, o sistema punitivo dos povos indígenas, não assegura a realização da justiça no tratamento a eles dispensado seja no âmbito do processo penal ou civil.

O ordenamento jurídico brasileiro não estabelece claramente os critérios e limites de intervenção do direito estatal nos outros sistemas jurídicos que coexistem no país. Se, por um lado, a legislação definida pelo Estado deve ser aplicada em todo o território nacional, por outro, o mesmo direito estatal garante aos grupos etnicamente diferenciados o direito de viver segundo seus usos e costumes, o que inclui o direito coletivo de definir suas normas internas.

As relações entre as sociedades tradicionais e a ocidental são, ou ao menos deveriam ser mediadas pelos direitos fundamentais, e a matriz desses direitos fundamentais é o respeito à diferenciação entre essas mesmas sociedades, da qual resultam certos direitos, como o direito de ser e de viver, de se reproduzir física e espiritualmente por formas distintas daquelas atinentes à sociedade ocidental⁴³⁸.

A Constituição Federal, ao garantir aos indígenas o direito à organização social, assegurou-lhes o direito de exercer suas formas de poder, tanto no que se refere à estrutura interna como às formas de relacionamento com a sociedade envolvente. Porém, a compreensão e a efetivação desses direitos insculpidos na Carta Magna brasileira são cada vez mais difíceis.

Não se buscam alternativas para os problemas existentes pelas mãos dos próprios indígenas, não se abre um diálogo para que se possibilite a expressão de seus costumes. Ao contrário, ocorre um processo de deslegitimação das lideranças e de desrespeito pelas regras das comunidades indígenas.

A inserção da cultura da sociedade envolvente nessas comunidades indígenas vai aniquilando os valores culturais, a tradição, o modo de ser, o direito próprio de cada povo indígena. Todos esses fatores podem estar condenando esses povos, pouco a pouco, à morte étnica.

Fica reservado aos povos indígenas, então, apenas um lugar à margem da sociedade e das leis que lhes dizem respeito, os conduzindo, muitas vezes, pela falta de entendimento específico da sua cultura, por ausência de respeito às suas formas tradicionais de aplicação de suas punições, até a situação de restrição máxima da liberdade: o encarceramento. E a restrição de liberdade para povos que têm como premissa de vida digna a liberdade, o contato com a natureza, é seguramente mais desolador.

⁴³⁸ SILVA. Paulo. *Os direitos dos índios...*, cit., p. 211.

2. Indígenas encarcerados em Mato Grosso do Sul

A situação dos indígenas encarcerados com base no direito punitivo dos não índios é realidade que requer um estudo pormenorizado, justificando-se pelo número expressivo de indígenas que, apesar de possuírem direito ao regime de semiliberdade⁴³⁹, são recolhidos às prisões no Brasil, especificamente focando o estado de Mato Grosso do Sul.

O cumprimento de pena em regime fechado em penitenciária é ofensivo e atentatório à dignidade do indígena, pois até o Estatuto do Índio, que, em muitos aspectos, encontra-se com dispositivos derogados após a Constituição de 1988, prevê para ele o regime de semiliberdade.

O Código Penal Brasileiro prevê, no seu artigo 33, *caput*, que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Estabelece, no parágrafo 2º do mesmo artigo, que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado.

Fazendo-lhe uma interpretação, Silva⁴⁴⁰ afirma que:

[...] O parágrafo estabelece forma salutar de cumprimento de penas privativas de liberdade.

Ora, se o Código Penal prevê isolamento inicial no cumprimento da pena de reclusão se as condições pessoais do preso o permitirem, nada mais justo do que atender às peculiaridades do índio para amoldar a punição a seus modos de vida.

Nada mais deletério à personalidade de quem vive ainda liberto, num contato íntimo com a natureza, do que o encarceramento entre grades e muros de uma cadeia.

2.1 Situação carcerária: considerações gerais

Para essa constatação, com base em conhecimento empírico, será feito um relato dos dados colhidos e expostos em Relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT)⁴⁴¹, levado a efeito entre os dias 12 a 23 de setembro de 2016, com visitas a unidades do sistema prisional e do sistema socioeducativo no estado do Mato Grosso do Sul, local em que o grande número de indígenas encarcerados foi uma das características determinantes para a escolha da unidade a ser então visitada.

⁴³⁹ O regime de semiliberdade é gênero de que fazem parte os regimes semiaberto e aberto, conforme artigos 33, 35 e 36 do Código Penal Brasileiro.

⁴⁴⁰ SILVA, Jorge Medeiros. *Direito Penal Especial*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 108.

⁴⁴¹ Relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) em anexo.

No ano de 2013, o Brasil aprovou a Lei Federal nº 12.847, que instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT), criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). O Decreto nº 8.154, de 16 de dezembro de 2013, regulamenta o funcionamento do SNPCT, a composição e o funcionamento do CNPCT, bem como dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – doravante "MNPCT" ou "Mecanismo Nacional".

A criação do Mecanismo Nacional visa cumprir uma obrigação internacional assumida pelo Estado brasileiro por meio da ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (OPCAT, sigla em inglês), promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007 – denominado "Protocolo Facultativo" ou "OPCAT".

O Estado brasileiro se comprometeu, por esse instrumento internacional, a estabelecer, em conformidade com suas diretrizes, um mecanismo preventivo de caráter nacional, além de poder criar outros mecanismos similares no âmbito dos estados e do Distrito Federal.

A escolha dos dados colhidos na Penitenciária Estadual de Dourados (PED) se deu tanto por ser a unidade prisional masculina com maior população carcerária no estado, como por contar possivelmente com a maior concentração de indígenas privados de liberdade no Brasil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴⁴² e Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).⁴⁴³

Entre os dias 19 e 21 de setembro de 2016, a equipe do Mecanismo Nacional realizou visitas não agendadas à Penitenciária Estadual de Dourados (PED), uma unidade prisional de segurança máxima, voltada para o público masculino, que custodia presos provisórios e sentenciados em regime fechado⁴⁴⁴.

A PED é uma unidade de regime fechado, que possui uma capacidade de 718 vagas distribuídas em 176 celas, mas, na ocasião da visita, contava com 2.416 homens presos, o que significa uma superlotação de 226%, sendo a unidade prisional mais populosa do estado. O número de presos provisórios foi informado posteriormente à equipe do Mecanismo Nacional,

⁴⁴² CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *GeoPresídios – Quantidade de Presos* – Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – 2015. Disponível em: http://cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=19&tipoVisao=presos. Acesso em 18 out. 2016.

⁴⁴³ DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Portal Brasileiro de Dados Abertos*. Disponível em: <http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 28 out. 2016.

⁴⁴⁴ A Penitenciária Estadual de Dourados (PED) foi inaugurada no ano de 1998 e está localizada no quilômetro 15 da BR-163, em Dourados, Mato Grosso do Sul.

quando a unidade já apresentava 2.420 homens presos. Assim, em 21 de outubro de 2016, havia 755 presos provisórios e 1.665 presos sentenciados na unidade. Portanto 31% da população da unidade não era condenada por sentença judicial.

Da população total, 110 eram indígenas das etnias Kaiowá, Guarani e Terena, 22 estrangeiros e 26 idosos. De acordo com a direção, uma pessoa estava em cumprimento de medida de segurança, embora houvesse outras com evidente condição de transtorno mental. Ademais, 12 presos são pessoas com algum tipo de deficiência. Por fim, a unidade registra 40 pessoas LGBT, sendo 28 homossexuais e 12 bissexuais.

Quanto às celas, apontou o relatório que são bastante insalubres, com iluminação e ventilação muito prejudicadas. Destacam-se as condições das celas *Forte* e as celas do Raio IV, o setor de saúde, visitadas pela equipe do Mecanismo Nacional. As primeiras são fechadas por uma porta de chapa, que bloqueia a possibilidade de ventilação adequada, e possui apenas uma abertura, que também fica fechada, através da qual os alimentos e outros materiais são entregues aos presos. Há apenas uma pequena janela horizontal localizada na parte superior da parede do fundo das celas. Constou, ainda, sobre o odor dessas celas que era muito *forte* e desagradável. A porta apresentava, ainda, uma dificuldade de comunicação com as pessoas que estão no interior das celas, uma vez que a única abertura está localizada a cerca de um metro do chão, de modo que as pessoas de ambos os lados precisam ficar com as costas dobradas ou agachadas para poderem se comunicar; dificuldade essa vivenciada pela equipe do MNPCT.

Além disso, a cela possui um vaso sanitário no chão, sem qualquer divisória em relação ao espaço onde ficam os colchões. Sobre o vaso, há uma torneira, localizada a um metro do chão, da qual sai a água utilizada para eliminar os dejetos, para o banho das pessoas presas e, também, para beber. Assim, é necessário que a pessoa fique dentro do vaso ou utilize vasilhas para se banhar, impondo uma condição extremamente degradante. A situação das pessoas nas celas de isolamento é agravada pela superlotação: em celas em que havia espaço para apenas um colchão, havia quatro pessoas, sendo algumas delas sem colchão.

Aponta o Relatório que, quanto às celas do Raio IV, setor de saúde, estas também eram pouco ventiladas e superlotadas, resultando em um ambiente fétido e úmido. Projetadas para apenas uma pessoa, algumas delas abrigavam até seis, de modo que elas necessariamente precisavam dormir no chão. Em diversos casos, não havia colchões para todos. A situação das celas do setor de saúde chama especial atenção por serem os locais que abrigam justamente aquelas pessoas em condições mais frágeis de saúde e que demandariam cuidados especiais. No entanto o que se observou é que elas estão submetidas a condições torturantes que agravam

seu sofrimento e sua saúde. Há, ainda, fiação elétrica improvisada, que coloca em risco a segurança de todas as pessoas da unidade, pela possibilidade de incêndio.

Dispõe o relatório que as celas da Linear, por sua vez, embora tivessem uma abertura acima da porta, permitindo uma melhor circulação de ar, ainda assim as condições de salubridade não eram minimamente adequadas. Projetadas para quatro pessoas, dispo de dois beliches com duas camas cada uma, as celas chegavam a comportar 15 pessoas, de modo que algumas pessoas tinham que dormir no chão, embaixo dos beliches de concreto e em redes penduradas na parte superior da cela. Havia, assim, redes em várias alturas, umas sobre as outras, para que todas as pessoas tivessem algum espaço para o repouso. O banheiro é separado apenas por uma mureta de meia altura, que não garante privacidade.

Os relatos das pessoas privadas de liberdade nas celas dos Raios apontam que esses espaços apresentam as mesmas condições das demais, sendo pequenas e pouco ventiladas. Além disso, não haveria colchões e camas para todas as pessoas alojadas, de modo que ali também muitas pessoas precisariam dormir no chão.

A alimentação tem sido um constante vetor de tratamento degradante e desumano, afrontando o direito humano à alimentação adequada garantido na Constituição Federal e na Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional - Lei nº. 11.346/2006. Além disso, tanto a LEP quanto as Regras de Mandela estipulam que a unidade deve garantir alimentação adequada e ter acesso à água potável.

Os familiares das pessoas passam por revista vexatória nos dias de visita, precisando se desnudar e agachar. Além disso, haveria utilização de toque e de espelhos, bem como os cabelos das pessoas seriam revistados. Há, inclusive, barras de ferro na sala onde são realizadas tais revistas, para que sirvam de suporte para pessoas idosas ou com dificuldade de movimentação. Tal prática produz grande constrangimento e embaraço às pessoas que tenham de se desnudar e realizar movimentos como agachamentos para provar que não trazem nenhum material ilícito consigo. Cabe ressaltar que a maior parte das pessoas que visitam unidades prisionais são mulheres, de modo que essa prática implica uma violência sexual com claro viés de gênero. Ademais, crianças também são submetidas a essa violação, em desrespeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A realização de revistas vexatórias é, portanto, degradante para as pessoas que a ela são submetidas, pois implica violação da intimidade e constrangimento.

2.2 Situação do indígena encarcerado

De acordo com os relatos obtidos, os procedimentos violadores contribuem decisivamente para a redução das visitas recebidas pelos indígenas, uma vez que causa enorme constrangimento, sobretudo às mulheres que não se submetem ao procedimento. Ademais, a revista vexatória impacta de forma prejudicial à manutenção das relações afetivas, uma vez que funciona como uma barreira que dificulta ou inibe a realização das visitas.

A esse respeito, a Resolução nº 05/2014 do CNPCP veda a realização de revistas vexatórias em visitantes de unidades prisionais. Além disso, em seu relatório de visita ao Brasil, o ex-Relator Especial Sobre Tortura, da ONU, Juan Méndez, observou com grande preocupação, a prática da revista vexatória, classificando-a como "violenta, humilhante e opressiva". O Relator, por fim, recomenda a abolição desse tipo de prática.

Diversos relatos apontam, também, para a ocorrência de agressões por parte dos agentes penitenciários, que desfeririam chutes e socos, espancando as pessoas privadas de liberdade. Nesse sentido, foram observadas pessoas ainda machucadas que, ademais, não tinham recebido o devido atendimento médico após as agressões. Resta claro que esses tipos de violações, perpetradas por agentes que custodiam as pessoas privadas de liberdade, em um espaço de confinamento, configuram tortura, de acordo com a Lei 9.455/1997 e o art. 1º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, uma vez que teriam por objetivo o castigo e a intimidação dos homens presos.

Finalmente, causa preocupação o relato da direção de que a força é utilizada corriqueiramente contra pessoas com transtorno mental, que precisariam ser contidas por agentes penitenciários. Como já foi mencionado, o espaço prisional não é adequado para a custódia de pessoas em sofrimento psíquico, uma vez que não oferece as condições mínimas de tratamento e, além disso, tende a aumentar a sua condição de sofrimento. Para além disso, não deve ser comum que pessoas precisem ser contidas. A necessidade corriqueira de contenção reforçaria, nesse caso, a inadequação desse espaço para o tratamento de pessoas com transtorno mental, uma vez que, em ambientes adequados, tais como os serviços da Rede de Atenção Psicossocial, as crises acontecem significativamente em menor quantidade. Por fim, caso houvesse a necessidade de realizar contenção mecânica, tal procedimento deveria ser realizado por profissionais da saúde, e até que a situação se normalizasse. Assim, a narrativa da direção aponta para um uso corriqueiro e naturalizado de um procedimento que deveria ser excepcional.

Quanto aos indígenas privados de liberdade, na ocasião da visita, havia 110 indígenas na PED. A maioria estava alojada em oito celas, entre as celas 58 e 65 da Galeria B inferior do Raio I. Considerando que, em 2006, havia 69 indígenas presos na PED, essa população praticamente dobrou em dez anos.

O Relatório abre parênteses para explicar a situação dos povos indígenas Terena, Guarani-Kaiowá e Guarani-Nhandeva, no estado de Mato Grosso do Sul:

Não se pode abordar a questão de indígenas encarcerados sem ao menos mencionar a situação que os povos Kaiowá, Guarani e Terena enfrentam em Mato Grosso do Sul. Esse estado é o que concentra a segunda maior população indígena do Brasil, contando com mais de 77 mil pessoas, atrás apenas do estado do Amazonas. Dessa população, 80% encontram-se em reservas demarcadas pelo Serviço de Proteção aos Índios nos anos 1920, para as quais a população indígena da região foi sendo progressivamente removida ao longo do século XX.

Da população de reservas, 50% estão em áreas próximas aos centros urbanos de Dourados, Amambai e Caarapó.

Tais reservas, que serviram para confinar os indígenas e favorecer o processo de apropriação das terras para a agropecuária, redundaram em espaços exíguos onde se encontram restritos indígenas de povos distintos e sem condições de exercer seu modo tradicional de vida.

Resumindo o panorama encontrado quando da realização do Relatório, conclui-se que: Trata-se de uma situação que viola o direito fundamental de gozar de suas terras tradicionais, assim como impõe condições de vida extremamente precárias. Dessa conjuntura, redundam diversos conflitos, seja entre indígenas e produtores rurais, seus funcionários ou outras pessoas, seja entre os próprios indígenas, resultando em uma maior vulnerabilidade ao sistema de justiça criminal.

A respeito desse contexto, a Relatora Especial da ONU ⁴⁴⁵sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aponta, em seu relatório de 2016, que Mato Grosso do Sul é o estado brasileiro que apresenta o maior número de mortes de indígenas. Além disso, "Com frequência, os ataques e assassinatos constituem represálias em contextos de reocupação de terras ancestrais pelos povos indígenas depois de longos atrasos nos processos de demarcação". No mesmo documento, ela relata que há uma série de desafios na garantia dos direitos indígenas, dentre os quais: "racismo, assassinatos, ameaças e intimidações perpetradas com impunidade contra povos indígenas e

⁴⁴⁵ A Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, visitou o Brasil de 07 a 17 de março de 2016 a convite do Governo brasileiro. O propósito da visita era identificar e avaliar os assuntos mais importantes que atualmente os indígenas enfrentam no país e acompanhar as principais recomendações feitas pelo anterior titular da mandato após sua visita ao Brasil. Disponível em: [HTTP://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016](http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016). Acesso em: 14 dez. 2019.

aqueles que trabalham com eles; inadequada proteção das comunidades indígenas e seus líderes e o crescimento da frequente alegação criminal contra eles".

Diversos relatos apontam para a utilização do sistema de justiça como forma de intimidação aos indígenas por sua luta por demarcação de suas terras: crimes seriam imputados a eles como forma de cercear suas atividades reivindicatórias e de marginalizá-los ainda mais. Além disso, mesmo nos casos de crimes efetivamente cometidos por indígenas, é impossível dissociar tais ocorrências da situação degradante em que se encontram.

Durante a visita, a equipe do Mecanismo Nacional colheu relatos que apontaram para situações em que os indígenas foram presos em situações de supostos flagrantes realizados pelos chamados *capitães* indígenas que representam figuras de autoridade em algumas reservas da região, e que guardam resquícios de funções estatais dos períodos ditatoriais desde os anos 1930. Assim, o *flagrante* não teria sido feito por uma autoridade policial, mas por outros indígenas que possuem posições de poder. Além disso, não estariam sendo observadas formalidades investigativas quanto à oitiva dessas pessoas no sistema de justiça criminal. Dessa maneira, o encarceramento se mostra como um elemento que intensifica a situação de violação a que esses povos estão submetidos.

2.3 Aspectos legislativos e jurisprudenciais sobre o encarceramento.

No que se refere ao sistema normativo, várias leis de diferentes âmbitos foram destacadas no Relatório do MNPCT e no Relatório da Missão da Organização das Nações Unidas ao Brasil, apresentado pela Relatora Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas, além de decisões dos Tribunais de Justiça dos estados de Mato Grosso do Sul (TJMS), e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Quanto aos aspectos jurídico-penais, aponta-se:

É importante salientar o que estabelecem alguns marcos nacionais e internacionais a respeito da aplicação da justiça no caso de indígenas. A Constituição Federal é decisiva ao garantir, em seu artigo 231, que a "organização social, os costumes, línguas, crenças e tradições" sejam reconhecidos e respeitados. Tanto a Convenção nº169/1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) quanto à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DDPI) 232 e o Estatuto do Índio dispõem que os costumes indígenas devem ser respeitados ao se tratar de questões penais ou jurídicas de forma geral, de modo que o próprio povo possa aplicar seus costumes para determinar a responsabilidade dos indivíduos e solucionar os conflitos.

Podem ser elencadas quatro questões centrais no que tange ao reconhecimento de especificidades dos indígenas no sistema de justiça criminal: (i) realização de perícia antropológica; (ii) participação da procuradoria do órgão indigenista, ou seja, da

FUNAI; (iii) direitos diferenciados na execução penal, como atenuante de pena e cumprimento em regime especial de semiliberdade; e (iv) reconhecimento de outras formas de sanção penal dentro das culturas indígenas.

Durante a visita, o MNPCT coletou informações de que os elementos culturais não estariam sendo considerados no decorrer do processo judicial. Exemplo disso é a usual ausência de perícias antropológicas que poderiam apontar a vinculação da pessoa indicada como autora do crime com a cultura de seu povo e, portanto, a importância de aplicação dos costumes do povo em questão. A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF)⁴⁴⁶ aponta que a perícia antropológica se torna necessária quando os fatos sociais sejam complexos e que para serem compreendidos demandem um conhecimento especializado antropológico, que demonstre a reconstrução do mundo social dos indígenas, na perspectiva do grupo, com registros de sua cosmovisão, suas crenças, seus costumes, seus hábitos, suas práticas, seus valores, sua interação com o meio ambiente, suas interações sociais recíprocas, suas ordens internas, a organização grupal, e outros fatores que gerem a concepção de pertencimento.

Nessa orientação, citaram-se, no Relatório, os seguintes dispositivos legais:

Convenção nº 169/1989, da OIT. Artigo 82: 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados em consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário". Ainda, "Artigo 92: 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), Art. 34: Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.; Art. 35: Os povos Indígenas têm o direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades. Lei nº 6.001/1973, Art. 57: Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Particularmente, o MPF entende que a perícia antropológica é fundamental quando da apreciação de denúncias criminais contra acusados indígenas, sempre que haja a interpretação e aplicação do Direito a essas comunidades e seus membros.

O Superior Tribunal de Justiça⁴⁴⁷, em decisão de 2011, corrobora tal entendimento e tem reconhecido a realização da perícia antropológica envolvendo indígenas em matéria penal

⁴⁴⁶ MAIA, Luciano Mariz. "Do Papel Da Perícia Antropológica Na Afirmação Dos Direitos Dos índios" (Brasília: Ministério Público Federal - 6ª Câmara). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁴⁴⁷ MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. AÇÃO PENAL. INDIGENA. ASSISTÊNCIA DA FUNAI. Índio denunciado por crime de tóxico que pede assistência da FUNAI, todavia recusada pelo Juiz ao entendimento de que por possuir documentos e viver na cidade o indígena está integrado. 11. Habeas-corpus, Mandado de Segurança e Apelação, concomitantes, para reformar o indeferimento de assistência e liberdade

como um direito do imputado. Nessa decisão, o STJ reconhece ademais que a competência seria da Justiça Federal. Contudo, ainda que não seja esse o entendimento – em virtude da Súmula nº 140 do STJ⁴⁴⁸ tem sido reconhecida, pelo mesmo Tribunal, desde 2014 –, a necessidade de perícia antropológica mesmo na manutenção do processo penal sob a competência da Justiça Estadual.

Relata, ainda, que em Mato Grosso do Sul, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) também não participaria, por meio de sua procuradoria especializada, dos processos penais e não estaria contribuindo com elementos antropológicos que forneçam uma visão mais completa da situação. O STJ⁴⁴⁹ reconhece a legitimidade da Procuradoria da FUNAI para atuar em defesa do indígena no processo penal, e considera que a falta de sua citação ensejaria até mesmo a nulidade de importantes atos processuais.

Nesse sentido, foram apresentadas no relatório ementas de julgados dos Tribunais:

PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1. CRIMES COMETIDOS POR ÍNDIOS. REPRESENTAÇÃO PELA PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA - FUNAI. INTERVENÇÃO QUE NÃO DESLOCA, POR SI SÓ, A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. 2. DELITOS QUE NÃO REVELAM INTERESSE DA COLETIVIDADE INDÍGENA. HIPÓTESE NÃO ABRANGIDA PELO ART. 109 DA CF. SÚMULA 140/STJ. 3. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA CRIMINAL DE IBIRAMA/SC. (CC 201402792497, Walter De Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), STJ- TERCEIRA SEÇÃO, DJE15/12/2014).

O conflito que deu ensejo à ação que culminou na ementa supracitada, se estabeleceu em razão de estarem sendo processados diversos indígenas, cuja representação judicial estava sendo realizada pela Procuradoria Federal Especializada da FUNAI (Fundação Nacional do Índio). Apresentando o Desembargador, como fundamentação do acórdão, ser pacífico o entendimento no sentido de que a intervenção da FUNAI no processo, por si só, não deslocaria

provisória, e contra a condenação respectivamente. 111. Mandado de Segurança que se conhece pois o indeferimento da assistência pleiteada pela FUNAI constitui ato administrativo para quem não é parte, dispensando a exigência de inexistência de recurso com efeito suspensivo. IV. Apuração da condição de Indígena que deve observar a inteligência constitucional (art. 231 CF) e que não cabe à jurisdição criminal. V. Aferição do direito à assistência legal (art. 11-B, § 62 L. 9.028/95) pela autarquia fundacional que compete à Justiça Federal. VI. Recurso em mandado de segurança provido para anular o processo da ação penal desde a denúncia, bem como da sentença e do acórdão, pondo-se o réu em liberdade e remetendo-se os autos à Justiça Federal. (RMS 30675. 2009/0200796-2. STJ. 51 TURMA, DJE 01/ 12/2011).

⁴⁴⁸ STJ. Súmula 140: Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

⁴⁴⁹ STJ. Súmula 140: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.

a competência para a Justiça Federal. Cita decisão nesse sentido: "Em se tratando de conduta sem conotação especial, inapta a revelar o interesse da coletividade indígena, não se vislumbra ofensa a interesse da União".⁴⁵⁰ (CC 43.328/MS, Rel. Ministro Og Fernandes).

E finaliza sua fundamentação apontando a incidência do verbete n. 140 da Súmula do STJ⁴⁵¹, conhecendo do recurso e reconhecendo a competência do Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal de Ibirama/SC, ora suscitante.

O STJ, em sede de *Habeas Corpus*, no caso de homicídio qualificado, decidiu:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. ESTATUTO DO ÍNDIO. 1. PROCURADOR DA FUNAI. INTIMAÇÃO. ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO. COMUNICAÇÃO AO JUÍZO. ENVIO DE OFÍCIO PARA LOCAL ERRADO. NOMEAÇÃO DE NOVO DEFENSOR. AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 2. ANULAÇÃO DO PROCESSO. SUPERVENIENTE EXCESSO DE PRAZO. LIBERDADE PROVISÓRIA. DEFERIMENTO. (HC 200601065672, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ-61 TURMA, DJE 03/08/2009).

Na fundamentação do acórdão supratranscrito, decidiu-se que a Procuradoria da FUNAI tem legitimidade para atuar em defesa dos interesses do indígena no âmbito de processo penal, caracterizando constrangimento ilegal a intimação do Procurador em endereço desatualizado e subsequente intimação do acusado para constituição de novo defensor, seguindo-se a nomeação de advogado dativo, desligado dos quadros do referido órgão federal.

Assim, considerou-se que com a declaração de nulidade do processo, deu-se o excesso de prazo na medida constritiva imposta, sendo imperioso o deferimento de liberdade provisória ao paciente.

Desse modo a ordem foi concedida, seguindo o parecer ministerial, para anular o processo a partir da pronúncia, determinando-se a intimação da Procuradoria da FUNAI para que, se o caso, interponha recurso em sentido estrito de tal decisão.

⁴⁵⁰ STJ. TERCEIRA SEÇÃO, DJE15/ 12/2014, CC 201402792497, Walter De Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP).

⁴⁵¹ STJ. SÚMULA 140 (verbetes): "Competência. Índio. Silvícola. Autor ou vítima. Julgamento pela Justiça Estadual Comum".

Cita-se, ainda, na fundamentação, estudo realizado em 2015 pela Universidade de Brasília (UnB)⁴⁵², que identificou uma carência nos argumentos de defesa quanto às especificidades indígenas, a partir de uma amostra de 86 julgados de segunda instância dos Tribunais de Justiça estaduais da Região Centro-Oeste. Evidenciou-se que houve: arguição de nulidade pela não produção de laudo antropológico em 22,09% dos julgados (19 casos); solicitação sobre reconhecimento de erro de proibição em 13,95% deles (12 casos); arguição de nulidade processual por não participação de Procurador Federal Especializado da FUNAI em 4,65% (4 casos); requerimento de cumprimento de pena em regime prisional especial de semiliberdade em 29,1% dos casos (25 casos); aplicação de atenuante do Estatuto do Índio, em 16,27% deles (14 casos); e reconhecimento de sanções alternativas tradicionais, com base na Convenção nº 169/1989, da OIT, em 5,81% do total (5 casos).

Refere-se o julgado, particularmente, ao Tribunal de Justiça sul-mato-grossense, que em nenhum dos casos analisados na pesquisa acima mencionada, foi acatada a nulidade por falta de perícia antropológica, indicando a dispensa de adaptações às especificidades indígenas se, por exemplo, o "índigena aculturado ou que não apresenta sintomas de que desconhece os costumes do 'homem branco'" ou, de modo mais geral, seria dispensável sua produção.

Com relação ao erro de proibição à atenuante de pena e ao regime de semiliberdade, argumentou-se na fundamentação que houve algumas decisões nas quais foram reconhecidos, em situações muito especiais, como no caso de um indígena idoso, que foi condenado à semiliberdade, sendo que sobre os indígenas apenados, o Estatuto do Índio determina que a pena deva ser atenuada⁴⁵³, e que as penas serão cumpridas preferencialmente em regime de semiliberdade.

⁴⁵² Tédney Moreira da Silva, "No Banco Dos Réus, Um índio: Criminalização de Indígenas No Brasil" (Universidade de Brasília - UnB, 2015), http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18728/1/2015_TedneyMoreiraDaSilva.pdf. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em sentido estrito n2 5.374-0/2001. 21 Turma Criminal. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. Data de julgamento: 11.dez.01; TJMS Recurso em sentido estrito n° 4.366-0/2004. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. José Augusto de Souza. Data de julgamento: 19.mai.04; TJMS. Recurso em sentido estrito n2 3.065-02/2006. 11ª Câmara Criminal. Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa. Data de julgamento: 29.jul.13; TJMS. Recurso em sentido estrito n2 11.588-9/2003. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia. Data de julgamento: 26.nov.03.; TJMS. Recurso em sentido estrito n2 746-79/2011. 21 Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 27.mai.13; TJMS. Apelação n2 21.762-3/2008. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Marilza Lúcia Fortes. Data de julgamento: 9.set.08; TJMS. *Habeas corpus* n2 3.098-0/2008. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 25.ago.08. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Agravo em execução n° 21.790-5/2010. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Data de julgamento: 19 jul. 10.

⁴⁵³ Lei nº 6.001/1973. Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único: As penas de

Assim sendo, expõe a Relatora do *HC*: “Ainda a este respeito, prosseguindo na defesa do paciente e, diante do excesso de prazo na medida constritiva, deferida a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo”.⁴⁵⁴

Continuando, o Relatório traz à colação o artigo 10 da Convenção nº 169/1989, da OIT, que assinala que as sanções aplicadas a indígenas devem considerar suas características culturais, e que se deve dar preferência a outros tipos de punição, que não o encarceramento. Essa disposição certamente está orientada pelos efeitos deletérios do encarceramento. Se o sistema de justiça ocasiona marcas e consequências danosas para qualquer pessoa que a ele é submetido, mais prejudicial ainda ele se torna no caso de indígenas e de suas comunidades, conforme se verá a seguir.

2.4 Violação do direito a própria língua no sistema carcerário e no procedimento judicial.

Haveria diversos casos, nesse sentido, em que o sistema de justiça não pôde compreender que aquele fato adquiriria outros significados na cultura indígena, de modo que a pessoa teria sido condenada sem que tivesse havido uma avaliação adequada do ato cometido no âmbito da cultura do povo em questão. A esse respeito, a Relatora da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas assim afirma:

A falta de acesso à justiça para os povos indígenas é um tema central. No Brasil, os povos indígenas enfrentam significativos obstáculos no acesso à justiça devido à falta de recursos, às barreiras culturais e linguísticas, ao racismo institucional e falta de conhecimento sobre suas culturas e seus direitos por parte do judiciário e autoridades⁴⁵⁵.

Nesse sentido, o teor da Convenção nº 169/1989, da OIT, que dispõe em seu artigo 10:1:

Artigo 10: 1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Quanto aos idiomas indígenas, diversos relatos apontam que a questão da língua é central em todos os momentos da detenção, pois não haveria um esforço do sistema de justiça

reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

⁴⁵⁴ STJ – 6ª Turma, DJE 03/08/2009. HC 200601065672, Maria Thereza de Assis Moura.

⁴⁵⁵ ONU, Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, “Relatório Da Missão ao Brasil Da Relatora Especial Sobre Os Direitos Dos Povos Indígenas”.

ou da AGEPEN em se fazer compreender por pessoas que não têm o português como língua materna.

Desde o momento da detenção policial, incluindo as audiências e a custódia na unidade penitenciária, os indígenas, de modo geral, não estão bem informados sobre sua situação jurídica e não compreendem o objetivo de cada procedimento jurídico. Esse fato é especialmente preocupante quando das audiências, pois, de acordo com relatos, diversos indígenas desconhecem a razão pela qual estão presos e o tempo de cumprimento de pena. Ainda, diversos indígenas estariam cumprindo uma sentença por algo que alegam não terem cometido e, no entanto, não teriam tido o direito de se defenderem adequadamente. Dessa forma, pode-se afirmar que, durante os processos judiciais, os indígenas não tiveram uma defesa adequada, que respeitasse as particularidades culturais e permitisse a compreensão dos procedimentos.

Durante a custódia em unidade penitenciária, também, a língua portuguesa se coloca como uma barreira para os indígenas compreenderem o funcionamento institucional e as regras de convivência, assim como solicitar atendimentos básicos. Como não há, por parte da unidade, busca ativa em relação a presos que estejam necessitando de assistência, muitos ficam em suas celas com problemas de saúde e outras demandas que precisariam ser atendidas pela unidade. Pode-se supor, portanto, as dificuldades e o sofrimento que eles passam durante anos, estando presos em um local onde ninguém, à exceção de seus parentes, lhes compreende.

A respeito da língua, o artigo 12 da Convenção nº 169/1989, da OIT⁴⁵⁶ e a DDPI⁴⁵⁷ assinalam que o direito de compreender e se fazer compreender deve ser assegurado aos indígenas, garantindo inclusive a presença de intérpretes durante os procedimentos. Além disso, o Código de Processo Penal, em seus artigos 193 e 223, obriga a presença de intérprete, acarretando em nulidade processual caso não seja cumprida.

⁴⁵⁶ Convenção nº 169/1989, da OIT. Artigo 12: Medidas deverão ser tomadas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em processos legais, disponibilizando-se para esse fim, se necessário, intérprete ou outros meios eficazes.

⁴⁵⁷ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007). Art. 13. Os Estados adotarão medidas eficazes para [...] 1 assegurar que os povos indígenas possam entender e fazer-se entender nas atuações políticas, jurídicas e administrativas, proporcionando-lhes, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados.

2.5 Isolamento familiar e cultural indígena

Outro aspecto que merece destaque é a perda de contato com a família e a comunidade. De modo geral, muitos presos na PED não recebem visitas porque são de outras cidades ou estados. Os relatos apontaram que a realização da revista vexatória é vivida de forma ainda mais dramática pelos indígenas, que deixam de visitar seus parentes por causa desse procedimento.

Aponta o Relatório que a ausência de visita se torna um agravante no caso dos indígenas, que sofrem de maneira mais forte o enfraquecimento e perda dos vínculos afetivos. Assim, as dificuldades socioeconômicas e, sobretudo, os impedimentos para a compreensão cultural e linguística, não possibilita a indígenas visitar seus parentes presos e, também, a pessoa presa passa por dificuldades durante o tempo de encarceramento por não poder contar com apoio externo.

Diversos relatos apontaram que as condições muito precárias vividas pelos presos, de maneira geral, na unidade são acentuadas no caso de indígenas, pelo fato de a unidade não disponibilizar os materiais adequados e por eles receberem menos visitas, configurando tratamento degradante. Nessas condições, os indígenas dependem da solidariedade de outros que estão presos e podem doar ou emprestar materiais, roupas e colchão, ou precisam fazer algum artesanato, como tapetes, por exemplo, para que sejam vendidos por visitas de colegas. Assim, podem conseguir algum dinheiro e comprar os materiais de que necessitam na cantina da unidade.

Alguns indígenas relataram que gostariam que o artesanato tradicional, produzido dentro da unidade prisional, pudesse ser considerado como elemento de remissão de pena, contribuindo, assim, para reduzir o tempo de privação de liberdade. Para isso, seria necessário o fornecimento dos materiais a serem utilizados.

A respeito da religiosidade, alguns indígenas mencionaram que gostariam de receber visitas de rezadores para, assim, poderem exercer sua espiritualidade tradicional. É fundamental que a gestão penitenciária possa flexibilizar as regras da visita religiosa, de modo a não impedir que indígenas recebam tais visitas, que não possuem registros como as demais igrejas. Tais procedimentos poderiam significar o impedimento do exercício religioso dos indígenas.

Finalmente, considerando que a população indígena tem um perfil de longo tempo de permanência na unidade - devido à duração das penas- e os demais aspectos mencionados, o processo de encarceramento para os indígenas se apresenta como propulsor de violações de diversas ordens.

Ademais, a permanência prolongada em um local com tais condições, onde os indígenas não conseguem se comunicar adequadamente, implica um tratamento verdadeiramente torturante, sobretudo tendo em vista a necessidade de acesso à informação e a serviços de saúde e de assessoria jurídica.

Mesmo aqueles que já tinham deixado a unidade prisional e estavam terminando de cumprir sua sentença em regime semiaberto apontaram os efeitos extremamente negativos do sistema de justiça de não indígenas para suas vidas.

Relatos dão conta de que a exigência de se apresentar regularmente no fórum local é um fator de risco, seja porque no trajeto eles se tornam alvo de ataques de fazendeiros e seus funcionários, seja porque a distância é muito grande, e eles não possuem condições financeiras e logísticas de fazer esse deslocamento com regularidade ou, ainda, porque não compreenderam a necessidade de comparecer à justiça regularmente. Assim, os indígenas encontram-se sob uma dupla ameaça: de serem alvo de ataques, ou de terem de retornar a uma unidade prisional em regressão de regime, por não terem se apresentado devidamente. Eles mencionam, inclusive, o sofrimento de conviverem com essa situação, sem poderem retomar suas vidas com tranquilidade. O sistema de justiça pode assim desorganizar o funcionamento da comunidade indígena e produzir danos irreparáveis às pessoas afetadas.

Dessa forma, conclui o Relatório, é fundamental que a aplicação de medidas alternativas à prisão considere as particularidades culturais, assim como as distâncias e as condições materiais para seu cumprimento, evitando que ela se torne mais um elemento de violação para o indígena sentenciado.

Conforme observa Pontes, o importante é dar efetividade ao artigo 231 da Constituição Federal de 1988, e evitar que a tradicionalidade se perca com o cumprimento do regime fechado em penitenciárias não preparadas para recebê-los, pois, pela normativa internacional, os indígenas sequer podem ser obrigados a prestar depoimentos fora de suas terras. Dessa forma, uma solução jurídica existe e deve existir, quando uma determinação genérica, porém autoaplicável, impõe o respeito às especificidades indígenas⁴⁵⁸.

A leitura de todos os aspectos abordados no Relatório somente revela a situação de mazela a que estão submetidos os presos em Mato Grosso do Sul, dentre eles, indígenas que, por previsão legal, teriam, no mínimo, o direito à semiliberdade, sem falar na total falta de respeito perpetrada ao seu modo de ser e de viver.

⁴⁵⁸ PONTES, Bruno César Luz. *O índio e a Justiça Criminal Brasileira*, in *Direito Penal e Povos Indígenas*, 1. ed., 3. impr. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 217

3. Direito punitivo indígena

Os povos indígenas possuem seu sistema de punições para crimes praticados pelos integrantes de sua comunidade, e, apesar de não se tratar de leis escritas, o estabelecido como sanção é cumprido e acatado, recompondo-se a ordem social.

Nessa direção, esclarece Wolkmer:

Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Constata-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social.⁴⁵⁹

No âmbito do direito punitivo, que visa aplicar punições aos delitos, encontram-se nas comunidades indígenas sistemas que estabelecem sanções, como trabalho em favor da comunidade, reparação pelo mal causado à vítima e até banimento temporário, em uma expressão da existência de legítimo direito punitivo indígena.

O indígena Guarani-Nhandeva A., morador da Aldeia Jaguapiru, explica que, quando ocorre um delito, quando o índio faz alguma coisa errada, a pessoa da comunidade que tomou conhecimento “dá parte para o conselheiro ou para o Capitão. O Capitão manda chamar. Se não quiser ir, os conselheiros são incumbidos de levar, pode até ser na base da força”. Depois, o conselho se reúne, juntamente com o Capitão, mas a decisão final é do Capitão. O conselho é formado pelos chefes de famílias mais influentes, que conhecem todas as pessoas da comunidade; geralmente são os mais velhos, e os castigos costumam ser dados sob a forma de prestação de serviços à comunidade. Normalmente, é um trabalho de empreitada, de roçada. Conforme a gravidade da falta, é o tamanho da empreitada, porém, para o índio, “pior que o castigo é a chacota dos outros”⁴⁶⁰.

Existem sistemas punitivos indígenas conforme destaca Jiménez, ou seja, existe um conjunto normativo que reprova e considera como muito graves uma série de comportamentos humanos semelhantes, ou não, aos que, no direito ocidental, se denominam “delitos”. Esse conjunto normativo, salvo raras exceções, não está escrito. As regras de direito procedem do

⁴⁵⁹ WOLKMER, Antonio. *Fundamentos de história...*, cit., p. 20.

⁴⁶⁰ Guarani-Nhandeva A., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 148.

costume, da tradição. Enquanto nos sistemas oficiais da América do Sul, América Central ou Europa Continental, a principal fonte de criação de delitos e de penas é a lei como instrumento normativo escrito procedente de Assembleia Nacional, as regras jurídicas de solução de conflitos dos indígenas procedem do direito consuetudinário, ou seja, a fonte de criação é distinta, baseada apenas nos costumes. Segundo ele, este conjunto de instituições (delitos, penas, regras jurídicas consuetudinárias, procedimento, autoridades, etc) integram um sistema, onde se obedece a uma lógica conhecida por todos. A reação social diante dos delitos mais graves não responde, portanto, à arbitrariedade ou à vingança da vítima, senão que deriva de uma ordenação institucional prevista para resolver, racionalmente, estabelecendo soluções similares a casos similares, os conflitos mais graves de convivência. Assim, os mecanismos de solução de conflitos nas populações autóctones são, em parte, jurídicos, ou seja, obrigatórios, dependentes de um terceiro, previsíveis, racionáveis. Dessa forma, se existe um direito penal indígena, existe, em primeiro lugar, Direito, o qual significa que há convivência pacífica, também possivelmente conflitiva, mas regrada, e isso se opõe à imagem que temos os ocidentais de que os indígenas se submetem cegamente a um poder tradicional regido por uma total arbitrariedade⁴⁶¹.

Nesse sentido, Shirley afirma que:

Muitas sociedades existiram e ainda existem sem quaisquer leis escritas, ou poder burocrático, ou violência organizada do Estado. Isto não significa que essas sociedades não tenham regras ou normas sociais, nem quer dizer que não há mecanismos de controle social ou sanções contra aqueles que infringem essas regras.⁴⁶²

Na maioria das sociedades indígenas, não lhes é oportuno falar numa ordem que procura separar um regramento de leis e princípios, são normas ligadas quase sempre à moral e aos costumes. Por isso, se a tradição do nosso Direito separa as atividades da vida em atos jurídicos civis, públicos e penais, numa distinção artificial de campos de liberdades maiores ou menores, as sociedades indígenas, em sua grande maioria, não fazem distinção alguma dos atos e seus reflexos. Não existe nem mesmo a distinção que fazemos entre a moral e uma regra jurídica. As culturas indígenas têm um ordenamento de valores protegidos e incentivados e ações proibidas. O uso de retribuições e penas para determinadas condutas é constante, mas os pressupostos da pena prevista anteriormente e de algum procedimento formal para aplicá-las não é regra. Geralmente, as decisões são baseadas nos costumes e tradições de cada povo

⁴⁶¹ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Existe el Derecho penal...*, cit., p.103-104.

⁴⁶² SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 9.

indígena, e sua aplicação é imediata ou decidida pela reunião da comunidade ou de seus líderes ou até perpetrada pelo próprio ofendido.⁴⁶³

A Constituição Federal brasileira de 1988, segundo Villares, ao reconhecer as formas de organização, acolheu no ordenamento jurídico brasileiro a coexistência de outros sistemas jurídicos, dentre eles, os sistemas jurídicos penais indígenas, suas autoridades e procedimentos⁴⁶⁴. Dessa forma, as condutas internas às populações indígenas podem ter sua resolução em normas da própria comunidade, ou seja, do seu próprio direito.

Nas comunidades indígenas, conforme relata Jiménez, o valor preponderante é a paz social e a necessidade de manter a integração e a coesão do grupo é o que explica os princípios da mediação e de forte prevenção especialmente no âmbito da imposição de pena ao infrator declarado culpado. Assim, o Direito Penal Indígena é, antes de tudo, um direito de mediação. O delito nas sociedades originárias da América Latina reflete o perigo de decomposição do grupo e divisão social. Dessa forma, a consequência jurídica do delito, ou seja, a pena não pretende expressar somente o castigo representativo da reprovação social, mas, sobretudo, o que se busca é restaurar a paz rompida pelo comportamento do autor do delito⁴⁶⁵. Para ele:

[...]la imposición de la sanción no sea tan sólo una cuestión que afecta a la víctima, al infractor y a la autoridad legitimada para impartir justicia, sino que alcanza a la comunidad en su totalidad, pero no entendida como ente abstracto que se encuentra distante y por encima de sus miembros, sino que la sombra del hecho antisocial suele cubrir a cada uno de los miembros, a cada una de las familias y linajes, a cada grupo fundamental del colectivo. Por esta razón, en muchos ordenamientos punitivos indígenas la decisión de la pena a imponer constituye un auténtico proceso de negociación que se abre en dos direcciones distintas.⁴⁶⁶

A respeito dessas direções distintas, Jiménez esclarece que, por um lado, ocorre através da assembleia na qual normalmente se reúne toda a comunidade para determinar a culpabilidade ou inocência do sujeito, e impor-lhe a sanção; por outro lado, os diferentes clãs e famílias tratam de chegar a um acordo sobre o tipo de sanção, sua duração e forma de cumprimento para evitar as guerras ancestrais e manter a ordem na aldeia⁴⁶⁷.

Nesse sentido, Wenceslau esclarece a respeito da estrutura de resolução de conflitos entre os Guarani-Kaiowá:

⁴⁶³ VILLARES, Luiz. *Direito Penal na ordem...*, cit., p. 23-24.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁶⁵ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Existe um Derecho...*, cit., p. 30-31.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 31.

Os pequenos e os grandes problemas são discutidos pelos conselheiros da aldeia, juntamente com o Capitão. O Conselho não tem autoridade para castigar ninguém. Ele procura, juntamente com todos os pais de família, resolver o que for preciso. No total são seis conselheiros que ajudam o Capitão a tomar decisões. O Capitão é dirigido pelo Conselho e todos trabalham unidos, em conjunto, para poderem corrigir os índios e resolver os problemas que acontecem na comunidade.⁴⁶⁸

A segunda via de transação é a estrutura da imposição da sanção que é realizada entre a mesma comunidade diretamente ou representada pelas respectivas autoridades e o próprio condenado. Na medida em que se tenta sempre manter a paz, se pretende inclusive que o próprio infrator se conforme com a resolução da assembleia para, dessa forma, alcançar assim a ordem e o equilíbrio e o respeito de todos os membros dela, incluindo o próprio infrator. Portanto, o processo de mediação com o infrator em delitos que não são muito graves começa, inclusive, antes que se estabeleça o procedimento de alguma sanção, advertindo privada ou publicamente o sujeito, avisando-o⁴⁶⁹.

Percebe-se, então, a existência de um poder que impõe e aplica a sanção, como se pode observar também na Aldeia Indígena Jaguapiru, já anteriormente citada.

Sobre o trabalho em benefício da comunidade, como forma de sanção, explica Jiménez que o trabalho em benefício da comunidade é uma sanção que se aplica com frequência em todo tipo de sistemas punitivos aborígenes. Quando o delito não é de muita gravidade, essa sanção normalmente é estabelecida consultando o réu, e depois de um processo de mediação com intervenção da vítima, de seus parentes, e das próprias autoridades indígenas. Nos delitos mais graves, o consentimento do infrator é irrelevante e a pena se converte em trabalhos forçados. Esclarece o autor que esse tipo de sanção é muito utilizada nas diversas comunidades indígenas porque responde aos princípios sociais e jurídicos com os que se estruturam.⁴⁷⁰

Corroborando a consideração do autor, e contextualizando na realidade dos indígenas da etnia Terena, está o depoimento do indígena E., que, ao ser entrevistado sobre o sistema de punições na sua Aldeia tradicional, denominada Limão Verde, no estado de Mato Grosso do Sul, o indígena Terena esclarece que:

Temos na nossa punição os castigos de prestação à comunidade, roçada, limpeza; para casos mais leves, é sempre a prestação de serviço à comunidade. Quem aplica a pena é

⁴⁶⁸ WENCESLAU, Marina Evaristo. *O índio kaiowá e a comunidade dos brancos*. 1990. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 1990, p. 132.

⁴⁶⁹ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Existe un Derecho...*, cit., p. 31.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 55.

o Conselho Tribal da Aldeia, formado pelos mais velhos. Quando tem alguma coisa errada, a pessoa denuncia e vai para eles decidirem.⁴⁷¹

Também nesse sentido, cita-se a sentença da Corte Constitucional colombiana T-523/97, que relata caso da comunidade indígena Páez, com as espécies de punições aplicadas: “Los castigos más usuales entre los paeces son: el fueite, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio”⁴⁷².

É também sanção recorrente dentro da comunidade Embera-chamí, conforme relata a Resolução T-349/96 da mesma Corte:

Dentro de la comunidad el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho”.⁴⁷³

Relata Jiménez que a sanção pecuniária de indenização a favor da vítima, que se aproximaria do conceito ocidental de Justiça Restaurativa⁴⁷⁴, e que está prevista nesse sistema apenas para delitos não graves, como nos crimes de injúria, dano, pequenos roubos, lesões leves, homicídios involuntários, em algumas comunidades alcança até os fatos mais graves, como homicídio doloso, assassinato e estupro. E, na hora da sua determinação, é frequente que apareça um processo de negociação entre o infrator e a vítima ou suas respectivas famílias, com a mediação das autoridades indígenas que devem aprovar o acordo alcançado⁴⁷⁵.

Sobre o sistema de punições tradicional, o Direito Punitivo dos Guarani-Nhandeva, o Cacique P., da Aldeia Jaguapiru, em Dourados, Mato Grosso do Sul, explica:

[...] Quando uma pessoa matava outra aqui, ele era transferido para outra aldeia. A punição dele era essa: ficava lá cinco anos. Aí ficava cinco anos lá fora, longe da família dele, em locais diferentes. Por exemplo: ele ia no meio dos kadiwéus, aí comunicava a liderança lá e dizia que ele ia ficar cinco anos no meio deles. Lá ele fazia o que eles

⁴⁷¹ E. é indígena da etnia Terena, tem 40 anos, morador da Aldeia Limão Verde, estado de Mato Grosso do Sul.

⁴⁷² JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Existe un Derecho...*, cit., p. 55.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁷⁴ A Justiça Restaurativa se trata de um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito caracterizado como crime, que envolve a participação maior do infrator e da vítima. Surgiu no exterior, na cultura anglo-saxã. As primeiras experiências vieram do Canadá e da Nova Zelândia e ganharam relevância em várias partes do mundo. Na prática, existem algumas metodologias voltadas para esse processo. A mediação vítima-ofensor consiste basicamente em colocá-los em um mesmo ambiente guardado de segurança jurídica e física, com o objetivo de que se busque ali acordo que implique a resolução de outras dimensões do problema que não apenas a punição, como, por exemplo, a reparação de danos emocionais. (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em: 05/10/2018).

⁴⁷⁵ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Existe un Derecho...*, cit, p. 56.

mandassem: eles mandavam cavar poço, ele tinha que cavar; eles mandavam trabalhar, ele tinha que trabalhar; alguma coisa ele fazia lá, três anos, dois anos, sete meses, oito meses. O conselho indígena é que dava a pena, os caciques, a comunidade inteira fazia isso, por mais que a família, o pai e a mãe não gostasse. Os membros da comunidade que integravam o conselho eram os mais velhos, os mais bem vistos pela comunidade; eles são os escolhidos. Quando era uma briga de dois índios, aí seria aqui mesmo. Diziam: você vai ter que carpir aquela roça lá todinha, aí sua pena está paga, ou você vai ter que levar comida para aquela velhinha, a pena é sempre em benefício da comunidade. A gente tinha isso aí, mas acabou, por influência dos brancos. Falaram que qualquer coisa que a gente fizesse aqui dentro, por exemplo, um erro muito grave de estupro, aí nós tínhamos que mandar essa pessoa para outra aldeia pela nossa lei. Agora eles não aceitam mais isso, tiraram essa lei de nós. A morte também é a mesma coisa. Eles preferem levar para o presídio. Fiquei sabendo que têm 22 índios presos. Pensei em conversar no *aty-guassu*⁴⁷⁶ com o pessoal, para ver o que a gente poderia fazer para retirar esses índios de lá. Por mais que o índio errou feio, estuprou, matou, mas ele tem que ter a punição daqui de dentro primeiro, aí a gente ia ver se fica lá ou não, porque lá não é para nós, é um índio que está lá, nós temos nossa lei que é diferente”.⁴⁷⁷

Do relato do Cacique, revelando sua indignação com a prisão de indígenas, torna-se propícia a lição de Sanchís:

La pena es siempre un mal y el Derecho penal conserva siempre un residuo de ilegitimidad porque supone costes humanos y sociales y sólo resulta tolerable y deja de ser ilegítimo si está y sólo en la medida que en que está justificado. Desde esta perspectiva, garantismo equivale a exigencia de justificación; y garantismo penal equivale a la exigencia de justificación de las intervenciones penales, tanto de las prohibiciones como de los castigos.⁴⁷⁸

No Brasil, para os povos indígenas Guarani-Nhandeva, segundo descreve o Cacique P., não existe a excludente de ilicitude nos casos de morte em legítima defesa, e, quando um indígena mata outro, ele mesmo fala que matou.⁴⁷⁹

Segundo o relato do Cacique Guarani-Nhandeva P.:

“Se houve morte, tem que haver punição. Caso em que duas pessoas brigam aí as duas trabalham juntas, são punidas no mesmo local, mas tem um pessoal cuidando. Três, cinco, oito, dez, quinze dias, já estão tomando tereré⁴⁸⁰ de novo, pedindo perdão. Se erram, sabem que tem coisa pior para vir”.⁴⁸¹

⁴⁷⁶ Aty-guassu – grande reunião que os índios realizam periodicamente para praticar seus rituais e discutir os problemas da comunidade.

⁴⁷⁷ Cacique Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 148-149.

⁴⁷⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. *Garantismo y Derecho Penal*. Colección Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales, dirigida por Eduardo Demetrio Crespo y José Tamón Serrano-Piedecabras. Madrid: Iustel Portal Derecho S. A., 2011, p. 51.

⁴⁷⁹ Cacique Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 149.

⁴⁸⁰ O Tereré é uma bebida típica da região, feita adicionando água gelada à erva mate.

⁴⁸¹ Cacique Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit p. 149.

No caso de agressões físicas, a exemplo de quando ocorre briga entre casais, o Capitão L., da etnia Guarani-Kaiowá, descrevendo uma briga entre seus pais, relata como era o procedimento:

O Capitão Ireño chamou os dois, deu para ele um pedaço de terra para roçar, e foi um dia inteiro de trabalho. Aí chamou ele, aconselhou, perguntou se ele ia continuar fazendo aquelas coisas e ele disse que não ia fazer mais e então acabou. Então, a gente continuou fazendo isso. Agora não, qualquer coisinha o pessoal nosso da cidade já fala: “manda para cá, quando a briga for de mulher com marido, quando tem alguma lesão tem que mandar para cá”. Quando não tem lesão, a gente resolve por aqui mesmo, eu e o chefe da FUNAI.⁴⁸²

Sobre a punição tradicional, também nos casos de brigas entre marido e mulher, o Pajé Guarani-Nhandeva C., relatou:

Quando o homem bate na mulher, machuca, o homem era chamado a atenção perante o Cacique, perante o Conselho e interroga o casal, dava um bom conselho e mandava embora. Na segunda vez, mais um conselho, na terceira, se não melhorar é a última. Na quarta é punido com alguma tarefa para fazer. Hoje já não se pode fazer mais isso, pois os da cidade se intrometem lá. Ficou mais difícil, por isso é que nós sofremos. Muitos já não respeitam mais a nossa tradição.⁴⁸³

No caso do sistema punitivo dos Guarani-Kaiowá, o Capitão da aldeia Bororó, L., explica que, até 1995, ele e um grupo de índios eram os responsáveis pelo sistema de controle interno da aldeia no que se referia a coibir delitos e aplicar punições. Existia o conselho, formado por índios da comunidade, que ajudavam a administrar as questões, controlar a reserva, porém seus membros não andavam armados, só carregavam bordunas. Andavam a cavalo, a pé, faziam o serviço de desarmamento dentro da reserva, tiravam a bebida dos índios que a traziam para a aldeia, faziam o serviço da polícia. Como conheciam os limites da reserva, andavam por todas as divisas. Existiam muitos grupos por vários pontos da aldeia. Quando achavam pessoas com faca, tomando “cachaça”, mesmo à noite, levavam-nas ao Capitão, ou tomavam a faca e diziam para que se apresentassem no outro dia ao Capitão. Se pegavam pessoas estranhas na reserva, levavam-nas até a casa do Capitão e ele decidia. Ele perguntava de onde vieram, o que estavam fazendo, se tinham parentes lá. Quando encontravam índios brigando, ou armados, bebendo e carregando bebida alcoólica, levavam-nos para suas casas. No outro dia, estes eram levados até o Capitão, que os aconselhava e aplicava punições, como roçar mato e beira da estrada com o enxadão, limpar em volta do colégio, fazer algum serviço, de um dia, meio dia⁴⁸⁴.

⁴⁸² Capitão Guarani-Kaiowá L., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 169.

⁴⁸³ Pajé Guarani-Nhandeva C., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 169.

⁴⁸⁴ L. é índio Guarani-Kaiowá, é Capitão da Aldeia Bororó, tem 48 anos, é casado com D., índia Guarani-

No Direito dos Guarani-Kaiowá e dos Guarani-Nhandeva, não existem formas de punição que envolvam reclusão ou detenção, restando demonstrada, no próprio sistema de punições do Direito Indígena, a desnecessidade, na cultura indígena, de se adestrar indivíduos para uma relação tríade de comando-obediência-sujeição, típicas do sistema prisional da cultura branca, relação de poder que nasce e penetra de forma sutil nas teias da sociedade. Ao revés, o isolamento como condição para a submissão, na realidade indígena, não encontra ressonância, visto que as penas são sempre integradas com a comunidade indígena, seja na própria aldeia ou em outra. O foco do índio é voltado para o coletivo, e não para manifestações de poder sobre o outro, oculto nas interfaces da comunidade, objetivando o domínio e a sujeição.⁴⁸⁵

Percebe-se, assim, que sempre prepondera o caráter pacificador na solução dos conflitos pelas autoridades indígenas que são legitimadas para a aplicação das sanções.

Para Clastres, o poder normal, civil, fundado sobre o *consensus omnium*, e não sobre a pressão, é de natureza profundamente pacífica; a sua função é igualmente “pacificante”: o chefe tem a tarefa da manutenção da paz e da harmonia no grupo: “Ele deve também apaziguar as disputas, regular as divergências, não usando de uma força que ele não possui e que não seria reconhecida, mas se fiando apenas nas virtudes de seu prestígio, de sua equidade e de sua palavra. Mais que um juiz que sanciona, ele é um árbitro que busca reconciliar”.⁴⁸⁶

Esclarece, ainda, Clastres sobre a legitimação do poder do chefe:

O discurso do chefe é legítimo por dizer a tradição (e a este título é claro que não tem o monopólio dela) – respeitemos as normas ensinadas pelos Ancestrais! Não mudemos nada na ordem da Lei -, é legítimo por dizer a Lei que funda para sempre a sociedade como corpo indiviso, a Lei que exorciza o espectro da divisão, a Lei encarregada de garantir a liberdade dos homens contra a dominação. Titular do posto de porta-voz da Lei ancestral, o chefe não pode ir além dela; não pode, sem correr os mais graves riscos, colocar-se como legislador de sua própria sociedade, substituir a lei de seu desejo à Lei da comunidade.⁴⁸⁷

A legitimidade, nas comunidades indígenas, procede da ancestralidade, do poder que foi transmitido através das gerações, e a orientação é sempre no sentido do aconselhamento, do diálogo, porém com aplicação de penas mais severas no caso de delitos mais graves.

Nhandeva, tem 6 filhos. Exerce a capitania há dez anos. Para a Aldeia Bororó, não houve eleição nesse período. O Capitão L. foi indicado e permanece até hoje. A comunidade na Aldeia Bororó não quis a eleição que se realiza de quatro em quatro anos. Segundo o Capitão, essa eleição é coisa do branco e não da tradição deles, porém diz não ser contra. Relato extraído do livro *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 150-151.

⁴⁸⁵ UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 151.

⁴⁸⁶ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra...*, cit., p. 23.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 149-150.

No que tange à legitimidade das regras, Habermas lembra que:

A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade e, essa fé, por sua vez, apoia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas.⁴⁸⁸

Os sistemas de punição, a forma de resolução dos problemas ocorridos nas Aldeias Indígenas, são expressão de um Direito Indígena e constituem os instrumentos que asseguram a manutenção da ordem e do controle dessa comunidade indígena.

Assim, embora o senso comum conduza a uma ideia de opressão sempre ligada às formas de poder, observa-se, nas entrevistas, uma aprovação desse poder. Percebe-se que existe um consenso entre os índios quanto à aprovação do poder de chefia exercido pelo Capitão, considerado um ser de maior experiência e lucidez para a resolução de todos os problemas surgidos, que esse poder é aprovado pelos índios e considerado necessário à vida na reserva. Verifica-se, no estudo das falas dos índios, que isto é legitimado pela comunidade indígena.

O índio Guarani-Nhandeva A., ao ser entrevistado, foi categórico ao afirmar: “Mais do que nunca, hoje, é necessário ter Capitão”. Ele considera a importância de ter um Capitão “pela perspectiva de vida que ele representa, a comunidade se espelha no Capitão”.⁴⁸⁹ Essa perspectiva de vida pode ser verificada no dia a dia da comunidade indígena, pois todos os problemas da aldeia são levados ao Capitão; ele representa a certeza da concretização da justiça na resolução desses problemas, representa segurança para os índios.

O que ocorre se dá conforme lembra Foucault, para quem os códigos fundamentais de uma cultura – aqueles que regem sua linguagem, seus esquemas perceptivos, suas trocas, suas técnicas, seus valores, a hierarquia de suas práticas – fixam, logo de entrada, para cada homem, as ordens empíricas com as quais terá de lidar e nas quais se há de encontrar. Já em outra extremidade de pensamento, teorias científicas ou interpretações de filósofos explicam por que há em geral uma ordem, a que lei geral obedece, que princípio pode justificá-la, por que razão é esta a ordem estabelecida, e não a outra⁴⁹⁰.

Porém o respeito aos sistemas e ordenamentos jurídicos e instituições indígenas, nas considerações de Villares, apesar de toda a previsão legal, nunca foi assunto do Direito Penal Brasileiro. A falta de decisões judiciais ou de entendimentos, mesmo que administrativos, sobre

⁴⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, cit., p. 50.

⁴⁸⁹ Guarani-Nhandeva A., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 147.

⁴⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas...*, cit., p. XVI-XVII.

o respeito aos sistemas jurídicos indígenas deriva de uma incompatibilidade de dois mundos. Um mundo caracterizado por direitos escritos, formalidades, organismos competentes, dever de previsibilidade e que a todos alcança; outro de tradição oral, dotado de flexibilidade e com autoridades previstas, mas não necessariamente na aplicação da norma. Os dois mundos se aproximam cada vez mais. Se o Direito Penal brasileiro não se reconciliar com os índios, pois eles farão parte do futuro do Brasil, estes continuarão a ser perseguidos, agora de forma institucionalizada⁴⁹¹.

Por essas razões, o olhar diferenciado sobre os povos indígenas, buscando apreender e respeitar seu direito, e a previsão legal no ordenamento positivo brasileiro são medidas urgentes para que o reconhecimento expresso da Constituição Federal não seja letra morta e tenha efetividade no contexto indígena. E o âmbito penal é o que traz maior dificuldade nesse sentido.

4. Decisões judiciais considerando a prevalência do Direito Indígena

De acordo com o que já foi exposto, apesar de todo esse avanço iniciado pela Constituição Federal, o novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), na parte que trata da capacidade civil das pessoas, ou seja, nos artigos que dispõem sobre quem é considerado capaz, ou não, para praticar atos da vida civil, poderia ter avançado na consolidação dos direitos que foram garantidos na Constituição Federal; não o fez, e sim deixou para a legislação especial regular a questão da capacidade civil dos povos indígenas. Esse fato tem dado margem a interpretações equivocadas, pois, no sentido de vigência das leis, há quem considere que, no que se refere à tutela, o Estatuto do Índio está, ainda, em vigor, até que venha outra norma jurídica para substituí-lo, e nele está estabelecido que o indígena é considerado incapaz enquanto não esteja emancipado.

Ocorre que o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), legislação feita para disciplinar a situação jurídica dos indígenas no Brasil, atribuiu-lhes a posição de tutelados, ou seja, eles somente poderiam praticar atos assistidos ou representados pelo órgão de assistência, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, enquanto não emancipados.

O Estado brasileiro considerava como a maior contribuição para os povos indígenas a possibilidade de que se integrassem à comunhão nacional. Assim, a ideia de integração era o melhor que se poderia oferecer-lhes.⁴⁹²

⁴⁹¹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito penal na ordem...*, cit., p. 26-27.

⁴⁹² SOUZA FILHO, Carlos. *O Renascer dos Povos Indígenas...*, cit., p. 106-107.

O Estatuto do Índio apontava o direcionamento da própria condição dos povos indígenas brasileiros, dispondo, no Título I, que trata dos princípios e definições, em seu artigo 4º, a sua classificação em isolados - quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; em vias de integração - quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; e integrados - quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.⁴⁹³

O Estatuto do Índio expõe, de forma clara, no Capítulo que se refere à assistência ou tutela, a sujeição do indígena ao regime tutelar, trazendo a condição de integração como requisito fundamental para a liberação da tutela, como se pode observar do teor do artigo 7º: “Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei”.⁴⁹⁴

Portanto, não tendo ainda sido substituído por outra legislação, apesar de muitos artigos terem sido derogados depois da nova visão trazida pela Constituição Federal, o Estatuto do Índio continua sendo aplicado sem uma releitura pós-Constituição Federal.

Nesse sentido, esclarece Castilho que a Constituição de 1988 rompe com uma história de quase 500 anos de negação da autonomia cultural dos povos indígenas e do direito à diferença étnica e reconhece o Brasil como um país pluriétnico e multicultural. Há cerca de 300 povos indígenas ou sociedades indígenas com identidade própria, diferentes entre si e da sociedade dominante⁴⁹⁵.

Porém, Castilho adverte que:

Os direitos culturais não são suficientemente reconhecidos no Brasil. Faltam normas que complementem o que consta na Constituição e nos instrumentos internacionais ratificados, assim como estruturas administrativas que assegurem a prática dos direitos pelos povos e grupos humanos culturalmente diversos. Leis que colidem frontalmente com o direito à diversidade cultural, como o Estatuto do Índio (Lei n. 6001, de 1967), continuam sendo aplicadas.⁴⁹⁶

⁴⁹³ Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe sobre o Estatuto do Índio, Art. 4º.

⁴⁹⁴ Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe sobre o Estatuto do Índio, Art. 7º.

⁴⁹⁵ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Diversidade Cultural...*, cit., p. 2.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 2.

Assim sendo, as decisões judiciais nos processos que se referem à questão indígena variam de fundamentação, algumas são proferidas no sentido correto da interpretação constitucional, como a sentença do Juiz Dr. Helder Girão Barreto, da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima, que, em um processo onde um indígena maior de 21 anos requereu sua exclusão do regime tutelar, assim decidiu:

“[...] nem a Constituição Federal de 1988, nem a legislação infraconstitucional, aceitam a ideia de que os índios sejam incapazes (independentemente de que eles sejam isolados, em via de integração ou integrados, critérios de ‘indianidade’ que ao nosso ver não foram recepcionados), merecedores de tutela enquanto tal (tutela-incapacidade) seja por parte da UNIÃO seja por parte da FUNAI; mas, forçoso reconhecer, que, porque são reconhecidos como detentores de culturas distintas, merecem a tutela (tutela-proteção), quando não por opção política, sobretudo provavelmente pelo reconhecimento de uma dívida histórica que a sociedade brasileira do século vinte e um tem para com seus primeiros brasileiros”.⁴⁹⁷

E, no final da sentença, declarou que o indígena não era sujeito da “tutela-incapacidade” nem por parte da UNIÃO, nem por parte da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, considerando-lhe capaz para a prática de todos os atos da vida civil, e esclarecendo que isso não significava, em absoluto, que ele havia deixado de ser indígena.

A capacidade processual tem sido questionada pelos próprios povos indígenas, a exemplo do caso da indígena Xucuru Maria Gorete Barbosa da Silva⁴⁹⁸, que pleiteou seu ingresso como assistente de acusação no Processo Criminal n. 2003.80.00.011297-6, no qual é apurado o homicídio de seu filho, o também índio José Ademilson Barbosa da Silva, constituindo, para tanto, advogados por ela escolhidos.

O Juiz Federal da 4ª Vara de Recife/PE indeferiu o pedido, com base em interpretação restritiva do art. 4º, parágrafo único da Lei n. 10.406/2002 (Novo Código Civil), da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio) e da Lei n. 5.371/67, que instituiu a FUNAI, por considerá-la nos termos da citada legislação, relativamente incapaz, e determinou que sua representação deveria ser feita pela FUNAI, órgão tutelar do índio.

Maria Gorete, então, impetrou mandado de segurança contra o ato do Juiz, sob o fundamento de que, com a edição da Constituição Federal de 1988, os artigos referentes à tutela do índio foram derogados, por serem com ela incompatíveis. Alegou, ainda, que o tratamento recebido pela questão nos artigos 231 e 232 da Carta Magna tornou inviável a permanência das

⁴⁹⁷ Sentença proferida em audiência de 23/06/2003 em Boa Vista, RR. Processo nº 2002.42.00.001.291-1. 2ª Vara Federal da seção Judiciária do Estado de Roraima.

⁴⁹⁸ Mandado de Segurança nº 2003.05.00.022599-2 (MS 85375-PE). Disponível em: http://200.199.20.194/archive/2005/01/200305000225992_20050126.pdf. Acesso em: 14 dez. 2019.

referidas normas no ordenamento jurídico. Já não cabia mais falar em "integração na sociedade civilizada" ou "tutela" pelo órgão indigenista, no sentido de necessária assistência para a prática dos atos da vida civil.

Em decisão liminar, posteriormente confirmada pelo Colegiado, o Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante assegurou à impetrante o exercício do direito de assistir à acusação, patrocinada pelos advogados por ela escolhidos.

Em um caso ocorrido no estado de Roraima, que deu origem à Ação Penal (Autos nº 0090.10.000302-0)⁴⁹⁹, observa-se o respeito à cultura indígena, com a aplicação, pelo Juiz de Direito, do Direito Indígena, considerando que, em havendo punição para o autor do delito no âmbito do direito próprio da comunidade indígena, não poderia o Estado punir novamente, somente poderia atuar de forma subsidiária caso não houvesse sido estabelecida a punição por parte da comunidade. Citam-se a seguir, alguns trechos da sentença:

O fato ocorreu no dia 20/06/2009 na comunidade indígena do Manoá, terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, município de Bonfim-RR, onde o acusado DENILSON (Índio), após ingerir bebida alcoólica, desferiu facadas na vítima ALANDERSON (Índio), seu irmão, ocasionando-lhe a morte. Vê-se, portanto, que se cuida de acusado e vítima, ambos índios, sobre fato ocorrido dentro de terra indígena.

Após o ocorrido, reuniram-se Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá no dia 26/06/2009, conforme consta às fls. 68/73, para deliberar eventual punição ao índio Denilson. Após oitiva do acusado e de seus pais e outras pessoas concluíram pela imposição de várias sanções, entre às quais, a construção de uma casa para a esposa da vítima, a proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos tuxauas.

Contudo, no dia 6 de abril do ano corrente, reuniram-se novamente as lideranças indígenas Tuxauas de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá, Wai Wai, e servidores da Funai, estes últimos apenas presenciaram a reunião com o fito de “...de apoiar na orientação no decorrer do procedimento, porém a decisão será das lideranças indígenas de ambas as regiões...” (fl. 185). Após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON as seguintes penalidades, conforme consta na ata de fls. 185/187:

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 desenvolvidos pela comunidade;*
5. *Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;*

⁴⁹⁹ Ação Penal - Autos nº 0090.10.000302-0. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br>. Acesso em: 12/07/2018.

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.”

Cabe acentuar que todo o procedimento supramencionado foi realizado sem mencionar em momento algum a legislação estatal, tendo apenas como norte a autoridade que seus usos e costumes lhes confere.

[...] não considero aplicáveis ao caso regras penais e processuais penais, *in casu* atinentes à competência processual penal, já que as normas relativas ao processo – instrumento determinado pelo direito por meio do qual o Estado poderá exercer o poder jurisdicional que lhe foi conferido –, são limitadoras ao direito de punir estatal e não ao direito de punir das comunidades indígenas.

Assim sendo, não poderá ser aplicado ao caso nenhum instituto afeto ao direito estatal. [...] Para o deslinde do imbróglio, é importante definir algumas 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.

[...] Ante ao exposto, deixo de apreciar o mérito da denúncia do Órgão Ministerial, representante do Estado, para DECLARAR A AUSÊNCIA *IN CASU* DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, relativo ao acusado DENILSON TRINDADE DOUGLAS, brasileiro, solteiro, agricultor, nascido aos 13/03/89, filho de Alan Douglas e Demilza da Silva Trindade, com fundamento no art. 57, da Lei nº 6.001/73 e art. 231, da Constituição da República.

Outra decisão, no sentido do reconhecimento da aplicação de penas do Direito Indígena, foi proferida pelo professor Helder Girão Barreto no caso ocorrido no ano de 2000, em que o indígena Basílio Alves Salomão foi absolvido pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri Popular, na Seção Judiciária da Justiça Federal em Roraima. A tese foi de causa supralegal de culpabilidade, e Barreto, então presidente dessa Sessão do Júri Federal, assim explicou:

“...Pois bem; após cometer o crime, o acusado foi preso e julgado pela própria Comunidade Indígena à qual pertencia, recebendo as seguintes penas: cavar a cova e enterrar o corpo da vítima; e, ficar em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a comunidade achasse conveniente. No dia do julgamento o acusado estava há quase catorze anos sem poder retornar ao convívio da Comunidade Indígena do Maturuca. Ao ser interrogado em plenário o acusado declarou: ‘quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros Tuxauas’; e que isso ‘é um costume que vem antes do tempo dos seus avós’. As testemunhas confirmaram

os fatos. Em plenário, foi ouvida a antropóloga Alesandra Albert, que assegurou que na tradição da etnia Macuxi ‘um índio que mata outro é submetido a um Conselho, escolhido pela própria comunidade e reconhecido como detentor de autoridade; que a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento; que tanto o julgamento quanto a pena são modos como eles encaram a Justiça; e, conclui: ‘para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena têm o sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes [...]’.⁵⁰⁰

Algumas decisões judiciais aplicam a causa supralegal de isenção de pena, baseadas na inexigibilidade de conduta diversa, levando em consideração os hábitos culturais dos povos indígenas, a exemplo do acórdão abaixo transcrito:

Apesar de comprovada a configuração de fatos que implicaram a concretização do crime de dano qualificado, na medida em que houvera a ação de um numeroso grupo de manifestantes indígenas, alguns dos quais munidos com armas de fogo, com vistas a obstar a implementação do projeto aprovado e custeado com recursos da Funai, tendo havido a subtração e destruição de materiais que seriam empregados na obra, a intenção dos agentes envolvidos no delito não autoriza a aplicação da pena.

As razões motivadoras do agir dos índios, que se apresentam coerentes com o seu instinto de preservação, externado em defesa dos seus interesses e das prioridades traçadas pela sua comunidade, os quais, a seu ver, teriam sido mitigados, e atesta pericialmente a sua inimputabilidade, não há como a presente persecução penal redundar em resultado outro que não o absolutório.⁵⁰¹

O Supremo Tribunal Federal⁵⁰², considerando a proteção constitucional conferida aos índios (arts. 215, 216 e 231 da Constituição Federal), concedeu *habeas corpus* em favor do presidente do Conselho Indígena do estado de Roraima. Ele foi intimado para prestar depoimento em audiência relativa à CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), destinada a investigar ocupação de terras públicas na região da Amazônia, na cidade de Boa Vista. No seu voto, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu pela inquirição do depoente em área indígena, em data previamente pactuada com a comunidade, em uma magistral aula de respeito aos povos indígenas, como se colhe do trecho abaixo transcrito:

Dentre esses grupos étnicos, merecem especial atenção do legislador constituinte os povos indígenas, certamente em razão do seu caráter originário na formação da nação brasileira. Foi-lhes assegurada a ocupação das terras tradicionalmente ocupadas na constatação de que as mesmas seriam indispensáveis à sua existência física e cultural.

A autonomia dos povos indígenas, contudo, não se esgota no reconhecimento de um território no qual permaneçam, nem tampouco a ele se limita. Equivocada seria a leitura que se fizesse exclusivamente a partir do artigo 231 da Constituição, a pretender que o reconhecimento dos seus usos, costumes e tradições se desse apenas no âmbito do território que lhes foi outorgado, por ser este o objeto específico de regulação dos

⁵⁰⁰ BARRETO, Helder. *Direitos Indígenas – Vetores Constitucionais*. 1. ed. Ed. Juruá, 2003, p. 119-120.

⁵⁰¹ TRF 5ª Região – Apelação Criminal 1.349 – PE (95.05.20906-1) DJU 23.03.2001, Seção 2, p. 938. Jur. Ementada 786/2001, extraído do site do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: www.ibccrim.org.br

⁵⁰² HC 80.240-RO – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20.06.2001. INFORMATIVO 233, de 18 a 22.06.2001.

dispositivos invocado. Evidencia o artigo 216 da CF que, enquanto grupo formador da sociedade brasileira, os índios têm direito, em suas relações com os demais segmentos constituintes desta nação, a deles exigir observância aos seus modos de criar, fazer e viver (inciso II) e, muito mais, fazer-lhes ver como a eles – índios – se representam os modos de criar, fazer e viver desta sociedade que integram, de modo diferenciado (inciso II).

Resulta desta análise que, a par de lhes reconhecer o direito a uma existência diferenciada, a Constituição outorgou aos próprios índios o direito a dizer em que consiste esta diferença. Categorizar, como vinha fazendo o legislador a partir de sua própria perspectiva, os índios como “aculturados” ou “selvagens” revela preconceito etnocentrista e não mais encontra guarida no texto constitucional, na medida em que, ao admitir-se como multiétnica a sociedade brasileira, nega-se a possibilidade de que um de seus grupos formadores venha a dizer o que são ou como são os demais, por tal atitude importar em domínio de um único segmento étnico, o que antagoniza, em absoluto, com a própria noção de multi ou pluriétnica.

Ademais, ter contato com uma sociedade não significa necessariamente compartilhar a pauta valorativa que a orienta.

É nessa perspectiva que se revela a ilegitimidade do ato coator.

Na sequência do relatório, o reconhecimento e a preocupação do Ministro com a diversidade cultural dos povos indígenas e o seu direito à diferença, quando considera que:

Ademais, indispensável se faz a adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições. Não há como se desconhecer que a inquirição de uma testemunha se faz segundo códigos próprios de quem interroga, códigos esses não necessariamente compartilhados pelo depoente. Por outro lado, tudo aquilo que é dito também o é sob uma ótica diferenciada de vida, o que reclama correta tradução e compreensão. Tanto mais se revela necessária a cautela quando é certo que o depoente está passível de responsabilidade criminal por falso testemunho.

Relata-se outro caso, na cidade de Pato Branco, no estado do Paraná, ocorrido com os povos indígenas Kaingang, cuja liderança aplicou a pena de banimento/transferência a um ex-cacique e membros de sua parentela mais próxima daquela sociedade indígena, devido à má gestão do ex-cacique frente àquela comunidade, tendo praticado atos como venda de bens coletivos representados por gado e compra de carros velhos. A Assembleia da área indígena decidiu por transferir todos da família para outras áreas, decisão essa que foi corroborada pelo Conselho de Caciques da Região de Chapecó; contra essa decisão, foi protocolada ação de reintegração de posse junto à jurisdição oficial. Na análise e conclusão da Antropóloga responsável, destacou-se que a autoridade indígena é soberana e que sua decisão deve ser respeitada, pois está respaldada pela tradição dos antigos e pelo consenso da comunidade.

Concluiu que eventual intervenção do direito oficial poderia acarretar a anulação da autoridade indígena.⁵⁰³

Como se pode observar na fundamentação das sentenças e aresto anteriormente citados, existem magistrados que seguem a normativa constitucional e internacional, reconhecendo o protagonismo e a legitimidade dos povos indígenas de aplicarem suas próprias instituições jurídicas, ou de se conduzirem segundo a sua cultura, em uma demonstração de realização da interculturalidade e de efetividade de seu Direito.

Assim sendo, encontram-se decisões que, seguindo os ditames legais internacionais e nacionais, reconhecem e dão efetividade ao Direito Indígena.

5. Decisões judiciais considerando a prevalência do Direito Indigenista

Existem, porém, outras decisões, a exemplo da que será abaixo transcrita, que ainda falam em incapacidade para a prática dos atos da vida civil, impedindo, inclusive, o acesso à Justiça.

No voto proferido pelo Relator da Apelação Cível nº 0801805-79.2013.8.12.0004 (3ª Turma Recursal Mista – MS)⁵⁰⁴, verifica-se a orientação do magistrado no sentido da aplicação do Estatuto do Índio para regular a capacidade civil dos indígenas, ao julgar prejudicado o recurso da parte, que ingressou em juízo para pleitear seus direitos, para reconhecer, de ofício, a incompetência dos Juizados Especiais para o julgamento da demanda em decorrência da incapacidade da parte autora, uma mulher indígena, determinando, em consequência, a extinção do feito.

O relator cita, em sua decisão, que o Código Civil dispõe sobre a capacidade dos indígenas remetendo à lei especial, e que essa lei seria o Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/73, em seu artigo 7º, que dispõe que os indígenas não integrados serão tutelados pela FUNAI.

Ainda na fundamentação, o juiz relator considera que “por se afigurar incompatível com o sistema e as regras gerais especificamente providos pela lei geral de regência, não se pode admitir que o incapaz seja aceito a litigar perante os Juizados Especiais”.

⁵⁰³ Laudo Pericial Antropológico de novembro de 2005 emitido para a Ação de reintegração de Posse n. 2005.70120005372, Justiça Federal de Pato Branco, PR. *Apud* SILVA, Paulo, *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 189.

⁵⁰⁴ Apelação Cível nº 0801805-79.2013.8.12.0004 (3ª Turma Recursal Mista – MS). Disponível em: <http://www.tjms.jus.br>. Acesso em 02/03/2017.

Assim sendo, o feito foi extinto, de ofício, sem exame do mérito, com base no argumento da incompetência dos Juizados Especiais para o julgamento da demanda por incapacidade da parte autora.

No mesmo sentido, já em segunda instância, decisão proferida na Apelação Cível nº 0000756-03.2013.8.12.0015, onde, por unanimidade, a 3ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, conheceu do recurso e declarou a incompetência dos Juizados Especiais Cíveis, extinguindo a ação sem resolução de mérito, fundamentada na incapacidade civil da parte, uma indígena que ingressou com Ação de Obrigação de Fazer em desfavor de instituição financeira. A ementa traz o seguinte teor:

“RECURSO INOMINADO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER/NÃO FAZER – DIREITO DE INDÍGENA – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE O INDIVÍDUO ESTÁ INTEGRADO À SOCIEDADE – INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO – INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO – EXTINÇÃO DO FEITO EM RAZÃO DA INCAPACIDADE DA PARTE”.

A incompetência do Juizado Especial Cível para julgamento do presente feito deve ser declarada uma vez que o incapaz não pode ser parte no processo, consoante artigo 8º da lei n. 9.099/95, motivo pelo qual a sentença monocrática deve ser reformada.

Ademais, em se tratando de discussão que envolve direito de indígena *prima facie*, é imprescindível a comprovação de que o indivíduo está integrado à sociedade, o que demanda a confecção de provas mais complexas para aferir tal situação como, por exemplo, estudos antropológicos, assim a competência do Juizado Especial Cível também restaria afastada por força do artigo 3º, *caput*, da Lei n. 9.099/95.

Por ser matéria de ordem pública, a questão referente à incompetência absoluta deve ser declarada de ofício pelo juiz, a qualquer tempo ou grau de jurisdição”.⁵⁰⁵

A decisão judicial demonstra a orientação do magistrado em considerar a capacidade do indígena sujeita a restrições. Isso remete ainda, nos dias de hoje, ao Decreto n. 5.824/28 que, em seu artigo 5 dispunha que: “A capacidade, de fato, dos índios sofrerá as restrições prescritas nesta lei, enquanto não se incorporarem eles à sociedade civilizada”.

Negar o exercício da sua capacidade é negar a sua cidadania, é tornar o ente indígena um cidadão de papel.⁵⁰⁶

Em outro caso, um juiz de Direito indeferiu o pedido de retificação de registro civil, feito por um Procurador da República, para que fosse lavrado com os sinais indicativos de peculiaridades fonéticas da língua Yanomami. Invocou ausência de legitimidade do Ministério

⁵⁰⁵ Apelação Cível nº 0000756-03.2013.8.12.0015, 3ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br>. Acesso em: 06/03/2018.

⁵⁰⁶ Termo utilizado por Gilberto Dimenstein, no livro *A Cidadania de Papel*, para expressar a cidadania que só existe nas leis, portanto, no papel, e não se efetiva na prática.

Público, por não se tratar de direito da coletividade, mas de direito personalíssimo. Ora, o uso da própria língua e de seus sinais gráficos característicos diz respeito à cultura do povo indígena, bem protegido constitucionalmente, e a defesa desse direito está expressamente atribuída ao Ministério Público Federal.⁵⁰⁷

Caso também que merece destaque por revelar a ótica pela qual o índio é percebido, é o ocorrido no Amapá⁵⁰⁸ em uma apelação julgada em 18 de novembro de 2014, pela Câmara Única do TJAP, interposta por réu indígena condenado pelo crime de roubo tentado, seguido de roubo consumado, cumulado com corrupção de menores, na comarca de Oiapoque, conforme previsto no art. 157, § 2º, I e II, art. 14, II e art. 71, todos do Código Penal.

Conforme teor da decisão, teria havido a tentativa de roubo dos telefones celulares de duas jovens, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do réu. Todavia, em seguida, este consumou o roubo dos celulares de dois rapazes. O réu cometeu tais delitos acompanhado de seu primo, menor de idade, que portava uma arma de fogo. Após os delitos, foram presos pela polícia, que recuperou os objetos roubados e instaurou o inquérito policial. Na sentença de primeiro grau, o réu indígena foi condenado à pena de dezoito anos e oito meses de reclusão, em regime fechado. Todavia, ao apreciar sua apelação, a Turma Recursal do TJAP reformou a sentença quanto à dosimetria da pena, diminuindo-a para sete anos, dois meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e mais o pagamento de vinte dias-multa. Ao apreciar a aplicação do art. 56 do Estatuto do Índio, o relator afirmou:

Por fim registro, não ser o caso de se aplicar no caso concreto a atenuante prevista no art. 56 do Estatuto do Índio, seja porque como já assinalado o apelante se trata de índio já totalmente integrado aos costumes da sociedade civil, o que afasta o regramento especial do silvícola; seja porque as penas cominadas na primeira fase da dosimetria da pena pelos crimes de roubo consumado e corrupção de menores foram aplicadas no mínimo, e a circunstância atenuante não pode atrair a pena para alguém do mínimo, ao teor do enunciado da Súmula 231 do STJ. Destaque-se que para o crime de corrupção de menores a pena definitiva ficou no mínimo legal (BRASIL, 2014).

A ementa referente ao julgado foi redigida nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ROUBO. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRELIMINARES DE NULIDADE DO PROCESSO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE ESPECIAL. CONCURSO DE CRIMES. [...] 2) No caso concreto, não há nulidade por falta de aplicação de regras do Estatuto do Índio, dada a condição do réu como índio perfeitamente integrado à sociedade de modo responder por seus atos nos termos da legislação comum, máxime porque não demonstrado qualquer prejuízo à defesa, porquanto em Juízo, quando devidamente assistido por advogado, o réu confessou em parte o fato delitivo. [...] 12) A atenuante prevista no art. 56 do

⁵⁰⁷ CASTILHO, Ela W. Volkmer de. *Diversidade Cultural...*, cit., p. 3.

⁵⁰⁸ Apelação julgada em 18 de novembro de 2014, pela Câmara Única do TJAP. Disponível em: <http://www.tjap.jus.br>. Acesso em 16/02/2017.

Estatuto do Índio, não pode ser aplicada na hipótese dos autos porque o apelante réu se trata de índio já totalmente integrado aos costumes da sociedade civil, o que afasta o regramento especial do silvícola; bem assim as penas cominadas na primeira fase da dosimetria da pena pelos crimes de roubo consumado e corrupção de menores foram aplicadas no mínimo, e a circunstância atenuante não pode atrair a pena para alguém do mínimo, ao teor do enunciado da Súmula 231 do STJ. Destaque-se que para o crime de corrupção de menores a pena definitiva ficou no mínimo legal. 13) Apelação parcialmente provida (BRASIL, 2014)

Dentre os argumentos formulados pelo réu em sua defesa e expostos no relatório do acórdão denota-se a visão distorcida sobre a identidade indígena e seu tratamento pelos magistrados.

Em síntese, as alegações do réu expostas pelo relator são as seguintes: em sede preliminar, suscitou a nulidade do processo, alegando que não lhe foi nomeado curador ou defensor quando de seu depoimento na Delegacia, por ser índio e menor de 21 anos de idade; não houve o reconhecimento da atenuante prevista na Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio). O apelante investiu, ainda, contra a fixação de regime fechado para cumprimento da pena. Em contrarrazões, o Ministério Público rebateu as alegações do apelante, e postulou o não provimento do recurso para o fim de ser mantida, na íntegra, a sentença recorrida (BRASIL, 2014).

[...] Na hipótese, embora o apelante comprove sua condição de indígena da tribo Galiby (doc. f. 24), o próprio apelante informou nos autos, exercer atividade de ajudante de pedreiro; deter instrução até o segundo grau incompleto e residir no Município de Oiapoque, com endereço na BR 156, nº 405, bairro Universidade. Tal situação demonstra sua condição de índio integrado à sociedade, subsumindo-se a hipótese de incidência do art. 4º, inciso III, do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), de modo responder por seus atos nos termos da legislação comum, sendo inaplicáveis as regras do Estatuto do Índio (BRASIL, 2014).

No mesmo sentido da decisão acima transcrita, esclarece Wagner, é possível encontrar várias outras decisões de diferentes tribunais em todo o país, que entendem que índio alfabetizado, eleitor, falando fluentemente a língua portuguesa é integrado à comunhão nacional. Em tais hipóteses, a aplicação do art. 56 do Estatuto do Índio é afastada, olvidando-se o aplicador da lei que o Estatuto do Índio foi promulgado em 1973, sob a égide de ordem constitucional autoritária e superada. O Estatuto do Índio estava em conformidade com uma compreensão, então em vigor, de que os indígenas seriam paulatinamente integrados à comunhão nacional e que isso significava que deixariam de ser indígenas, perdendo sua identidade étnica, sendo assimilados na sociedade nacional. Todavia, esse entendimento não condiz com a realidade dos fatos: a extinção por assimilação dos índios, tantas vezes proclamada, não ocorreu nem encontra eco na CF/88. Esta, em vez disso, rompeu com essa

lógica e inovou drasticamente o cenário legislativo nacional ao reconhecer aos indígenas sua singularidade.⁵⁰⁹

Ora, se a Constituição Federal Brasileira reconheceu aos indígenas seus costumes, línguas, crenças e forma de organização social, consectário lógico é que reconheceu a identidade indígena, o direito à diferença, sem estabelecer qualquer critério de que o índio deixaria de “ser índio” se ambientado estivesse na sociedade não índia. Assim, mesmo estando em situação de contato, sabendo ler e escrever, permanece com sua cultura, com sua identidade, não deixa de ser índio.

Caso paradigmático de restrição de direitos indígenas ocorreu no Processo nº 2003.60.02.000374-2 (JP x Carlos Roberto dos Santos e outros), onde se negou intérprete no julgamento ocorrido na 1ª Vara Criminal Federal do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária de São Paulo – 1ª Subseção, que se passa a descrever.⁵¹⁰

Na data de 04/05/2010, ocorreu o julgamento dos acusados de assassinar o Cacique Guarani-Kaiowá Marcos Veron⁵¹¹, crime ocorrido na Fazenda Brasília do Sul, em janeiro de 2003, acampamento indígena Takuara, Município de Juti, estado de Mato Grosso do Sul.

Na Seção do Tribunal do Júri, foi solicitado pelo Procurador da República, intérprete para o depoimento dos indígenas, sob a alegação de que “Por se tratar de indígenas, é extremamente importante o diálogo na língua nativa, para que eles possam se sentir mais tranquilos e prestar informações com segurança”, e de que a falta de interpretação da língua guarani poderia ter permitido que muitas informações importantes ficassem fora do processo.

A defesa dos acusados pelo assassinato se pronunciou pelo indeferimento do pedido, sob a argumentação de que o intérprete poderia ser parcial e fornecer informações dúbias às testemunhas de acusação.

A Juíza indeferiu o pedido do Procurador, acolhendo a impugnação da defesa, que argumentou que as testemunhas já haviam prestado depoimentos anteriores em português, durante o curso do processo, e que declararam que sabiam ler e escrever.

⁵⁰⁹ WAGNER, Daize Fernanda. “Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil” in *Revista Direito GV*, v. 14, n. 1, Jan-Abr 2018, São Paulo: FGV Direito, p. 131-132.

⁵¹⁰ Processo nº 2003.60.02.000374-2 (JP x Carlos Roberto dos Santos e outros). 1ª Vara Criminal Federal do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária de São Paulo – 1ª Subseção.

⁵¹¹ Marcos Veron, cacique Guarani-Kaiowá, em comunicação pessoal, no ano de 2000, que consta do Relatório da Survival Internacional para o Comitê para Eliminação da Discriminação Racial da ONU (CERD ONU), intitulado “*Violações dos Direitos dos índios Guarani no Mato Grosso do Sul, Brasil*”, afirmou: “Isso aqui é minha vida, minha alma. Se me tirem a terra tirem a minha vida”.

Os Procuradores da República, diante da negativa da Juíza, após amplo debate, abandonaram o plenário, esclarecendo um dos Procuradores que: “Em 17 anos de júri esta é a segunda vez que abandono o plenário, mas não poderia aceitar que, justamente num júri, o direito fundamental de se expressar em sua própria língua fosse negado. Tribunal do Júri não é lugar para restrição de Direitos”.

E, ainda, acrescentou um dos Procuradores: “É direito deste índio e de todos que estão aqui de falar o idioma Guarani. Obviamente, falar Guarani, para eles, é mais fácil que o português, ainda mais que vários deles não tiveram educação formal bilíngue”.

Na argumentação, o Procurador citou o direito dos povos indígenas de se expressarem em sua própria língua, direito assegurado na Constituição Federal de 1988, e conferido desde o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil, estabelecido no artigo 27:

Nos Estados onde haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Esses exemplos de restrições aos direitos dos povos indígenas fazem com que eles se sintam como “estrangeiros em seu próprio país”, conforme consta do relatório elaborado pela Anistia Internacional.⁵¹²

O Estado Brasileiro tem a obrigação de deslocar o olhar para os seus povos originários, reconhecer o direito à diferença assegurado na Carta Magna, trazer para o centro o direito desses povos que invariavelmente encontra-se sempre à margem do direito pátrio.

Como lembra Castilho, há uma exigência que se impõe, advinda do Estado pluriétnico e multicultural, o reconhecimento da existência de *outros direitos*, ou *conjuntos de normas que regem uma organização social*. Entra-se no tema do pluralismo jurídico, de amplo tratamento na filosofia e teoria do direito no séc. XIX e primeiras décadas do séc. XX, e que, retomado em termos muito diferentes pela antropologia do direito, é uma das questões mais estudadas pela disciplina atualmente⁵¹³.

⁵¹² Vide: “Estrangeiros em nosso próprio país: Povos Indígenas do Brasil”, *Amnesty Internacional* (Anistia Internacional). AI Index: AMR 19/002/2005. INTERNATIONAL SECRETARIAT, 1 EASTON STREET, LONDON WC1X 0DW, UNITED KINGDOM. <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/I5D00098.pdf>. Acesso em 03/07/2019.

⁵¹³ CASTILHO, Ela W. Volkmer de. *Diversidade Cultural...*, cit., p. 3.

De acordo com Santos, o conhecimento multicultural – matéria-prima do pluralismo jurídico – é perpassado por duas dificuldades: o silêncio e a diferença. O direito estatal destruiu as formas de saber próprias dos povos que foram objeto do colonialismo ocidental⁵¹⁴. Como realizar o diálogo quando algumas culturas foram reduzidas ao silêncio, sem que o interlocutor fale a linguagem hegemônica que pretende fazer falar?

Segundo Castilho, o ponto crucial desse *déficit* de reconhecimento é o embate contínuo entre visões de mundo e, no interior mesmo do campo dos direitos humanos, o confronto entre direito ao desenvolvimento e direito à identidade cultural. É emblemática a decisão do juiz federal de Altamira no caso Belo Monte, segundo a qual “deve prevalecer uma política desenvolvimentista/integracionista no trato destas sociedades” (indígenas). A visão de direito ao desenvolvimento do referido juiz é restrita àquela da sociedade hegemônica, podendo ser imposta aos grupos subalternos, porque “os interesses indígenas não podem jamais soterrar o interesse público nacional”⁵¹⁵.

Coulter, advogado que participou da elaboração da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adverte:

“Debimos recurrir principalmente al derecho internacional, debido a la necesidad de mejorar y superar ciertas leyes y prácticas nacionales, pero también movidos por el deseo de recuperar un lugar para los pueblos indígenas en la comunidad internacional. No obstante, paralelamente fuimos aprendiendo que el derecho internacional de los derechos humanos no cubría todas las necesidades de los pueblos indígenas y que, en consecuencia, este también debía ser mejorado.”⁵¹⁶

Porém, do reconhecimento legal às práticas que realmente efetivam os direitos e garantias, há uma grande distância, e se sabe que maior distância existe quando o culturalmente dominante é incapaz de ver e aceitar que os povos de cultura diferente devem ser respeitados e devem ter seus direitos reconhecidos.

No sentido do olhar e entender a cultura diferenciada, vale lembrar o voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Brito na Relatoria da Ação Popular nº 3388, que tratou da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol:

⁵¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 27.

⁵¹⁵ CASTILHO, Ela W. Volkmer de. *Diversidade Cultural...*, cit., p. 3.

⁵¹⁶ COULTER, Robert *apud* CASAL, Jesús M. El pluralismo jurídico en América Latina: Algunas reflexiones *in* *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, nº 4. *Pluralismo Jurídico*. Colección Textos de Jurisprudencia. Editores Académicos: Víctor Bazán e Claudio Nash Rojas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jusrisprudencia, 2014, p. 75-76.

“[...] Como num aparelho auto reverse, pois também eles, os índios, têm o direito de nos catequizar um pouco (faamos assim)... Equivale a dizer: assim como os não índios conservam a sua identidade pessoal e étnica no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não-índios, pois a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas. É um somatório, e não uma permuta, menos ainda uma subtração.”

A prática da interculturalidade, o respeito aos conhecimentos milenares e práticas dos povos indígenas podem fazer com que se abra um novo horizonte, no qual, conhecendo a organização social desses povos, possa se realizar a justiça cultural. De outra forma, o caminho será sempre o da negação de direitos, mesmo com o reconhecimento destes no âmbito constitucional.

6. Delitos culturalmente motivados e Direito Punitivo Estatal

6.1 Considerações iniciais: a problemática

A opção pela abordagem na esfera criminal, trazendo a realidade da aplicação do Direito Estatal, com ênfase no direito punitivo, é devida aos conflitos entre a aplicação deste e do Direito Punitivo próprio das comunidades indígenas. Assim, tanto a interferência e proibição de aplicação do direito próprio indígena, como a aplicação do Direito Punitivo Estatal, sem levar em conta a cultura peculiar de cada etnia, causam situações de crise. Soma-se a isso, o fato, já relatado, de existirem muitos indígenas encarcerados no estado de Mato Grosso do Sul, em condições que muito se afastam de sua dignidade, de seu direito.

Dessa forma, apesar dos novos preceitos constitucionais brasileiros e os de âmbito internacional, que apontam para o reconhecimento da diferença, ainda se continua com um sistema que não dá conta dessas mudanças.

Além disso, há de se considerar, de acordo com Villares, o fato de que as diferenças e conflitos com outros costumes e ordens jurídicas se apresentam com maior nitidez no âmbito do Direito Penal. E isso ocorre em vista de o Direito Penal encontrar sua justificativa em um conjunto de valorações sociais – e cosmovisão etnocêntrica – a serem protegidas em último grau. Justifica-se, dessa forma, a atuação mais ostensiva do Estado, qual seja, a de se considerar legítimo para imputar uma pena a um ato definido em norma como infração ou crime. Assim, o reconhecimento das formas distintas de organização social, dos costumes e tradições, dos valores e da moral indígenas é imprescindível para a garantia de um tratamento justo a ser

dispensado aos índios (agressores ou agredidos), seus familiares e suas comunidades, diante de um processo criminal⁵¹⁷.

Quanto a esse reconhecimento, para o autor, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer as formas de organização, acolheu no ordenamento jurídico brasileiro a coexistência de outros sistemas jurídicos, inclusive os sistemas jurídicos penais indígenas, suas autoridades e procedimentos. Com isso, as condutas internas às populações podem ter sua resolução em normas da própria comunidade.⁵¹⁸

Também sobre a necessidade de reconhecimento e respeito às instituições e costumes dos povos indígenas, a Convenção 169 da OIT, no seu artigo 9º, dispõe expressamente que, na medida em que forem compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. Além disso, as autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

A respeito das sanções penais, o artigo 10 da Convenção 169 da OIT, estabelece que, quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais, e dever-se-á dar preferência a outros tipos de punição do que o encarceramento.

Respalhando esse entendimento contido na Convenção 169 da OIT, vem a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, no seu artigo 34, dispondo que os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

E acrescentando, ainda, sobre os procedimentos para a solução de conflitos, o artigo 40 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, dispõe que os povos indígenas têm direito a procedimentos justos e equitativos para a solução de controvérsias com os Estados ou outras partes e a uma decisão rápida sobre essas controvérsias, bem como a recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais e coletivos. Estabelece que

⁵¹⁷ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito penal na ordem...*, cit., p. 23.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 23.

essas decisões deverão levar em consideração os costumes, as tradições, as normas e sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos.

6.2 Possíveis soluções legais e doutrinárias

No âmbito do Direito Penal, então, realizar a interculturalidade e reconhecer o Direito Indígena poderia passar por medidas que vão desde buscar mecanismos para que as decisões tomadas com base no direito consuetudinário dos povos indígenas sejam respeitadas, criar jurisdição própria para tratar as questões dos conflitos e delitos, criar Varas Especializadas e acrescentar ao Código Penal Brasileiro artigos que respeitem o direito à diferença.

Essa recomendação de um olhar diferenciado para os povos indígenas no âmbito do Direito Penal vem expressa na Convenção 169 da OIT. O artigo 9, número 1, dispõe que: “Os costumes desses povos, sobre matérias penais, deverão ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais no processo de julgarem esses casos”. No artigo 10, número 1, encontra-se, ainda, a seguinte orientação: “No processo de impor sanções penais previstas na legislação geral a membros desses povos, suas características econômicas, sociais e culturais deverão ser levadas em consideração”.

Com relação ao Direito Penal, numerosas legislações de países da América Latina dão tratamento especial aos indígenas, mas apenas algumas se referem concretamente ao direito consuetudinário, às normas próprias de seu direito. Nesse sentido, destaca-se o Estatuto de Comunidades Indígenas do Paraguai, que destaca, no artigo 5: “Las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea incompatible con los principios del orden público”.⁵¹⁹

No Brasil, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), apesar de ser anterior à Constituição de 1988, e, portanto, não estar em consonância em muitos aspectos com o novo direcionamento e nova linguagem consubstanciada na Constituição Brasileira, já estabelecia, em seu artigo 57, a “tolerância” na aplicação de sanções pelos próprios indígenas, de acordo com suas instituições, desde que não revistam caráter cruel ou infamante:

Artigo 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

⁵¹⁹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito penal na ordem...*, cit., p. 36.

Portanto tem-se uma orientação para a aplicação de penas, o problema reside em calibrar a legislação nacional aos novos aspectos trazidos pela Constituição Federal no sentido do respeito à organização e costumes dos povos indígenas, inclusive para direcionar outros diplomas legais infraconstitucionais, a exemplo da legislação penal que poderia trazer uma visão diferenciada no que tange aos delitos culturalmente motivados.

Então, como norma penal, poder-se-ia seguir a orientação disposta no Código Penal Peruano que, respeitando a diversidade cultural de seu povo, estabelece no artigo 15:

Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado.

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.⁵²⁰

Assim, a isenção ou atenuação da pena em decorrência da prática de delitos culturalmente motivados poderia vir expressa no sistema do Direito Positivo Brasileiro, para que não ocorram decisões divorciadas do paradigma do respeito à diversidade étnica.

Dessa forma, em muitos casos, dependendo de perícia e laudo antropológico, se justificaria a isenção ou o abrandamento da punição pelo fato de a pessoa indígena estar, no âmbito de algumas comunidades indígenas, até mesmo em situação de quase isolamento, em que desconhece o teor da proibição legal, ou quando a pessoa se encontra coagida culturalmente, em muitos casos, a tal comportamento, motivada por padrões da tradição e cultura de seu povo.

O artigo a ser incluído no Código Penal Brasileiro teria a seguinte redação:

Em relação aos povos indígenas, após perícia e laudo antropológico, é isento de responsabilidade penal, quem pratica um crime culturalmente motivado, ou seja, quem, em decorrência de sua cultura ou de seus costumes, comete um fato punível sem ter a consciência ou compreensão do caráter delituoso de seu ato ou que não possa determinar-se se acordo com essa compreensão. A pena será atenuada, quando, por igual razão, tiver essa possibilidade diminuída.

E, como justificativa para essa modificação, levar-se-ia em conta o fato de que, sendo o Brasil um país que reúne vários povos indígenas, diante da diversidade étnica e cultural de cada um desses povos, a inclusão do artigo acima sugerido ao Código Penal se justifica, já que não

⁵²⁰ Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_75.pdf. Acesso em 05 ago. 2019.

se pode dar um tratamento isonômico, com as mesmas disposições legais, para não indígenas e indígenas, detentores de cultura diferenciada, no âmbito da punição por crimes, sob pena de se estar desviando da efetivação do princípio da igualdade insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil.

Como regra geral, à semelhança do disposto no Código Penal do Peru, a isenção ou atenuação da pena em decorrência da prática de delitos culturalmente motivados deve vir expressa no sistema do Direito Positivo Brasileiro, para que não se desvie do paradigma do respeito à diversidade étnica, em razão de ser o Brasil um país pluriétnico, com 305 etnias, 274 línguas distintas, tradições e costumes culturalmente diferentes.

A isenção ou o abrandamento da punição se justifica pelo fato de a pessoa indígena, no âmbito de algumas comunidades indígenas, estar até mesmo em situação de quase isolamento, em que desconhece o teor da proibição legal, ou se encontra coagida culturalmente, em muitos casos, a tal comportamento, motivada por padrões da tradição e cultura de seu povo.

A respeito dessa questão, Feijó lembra a prática, por determinados grupos tribais, de condutas abomináveis no âmbito do Direito Estatal, apesar de serem integrantes de um contexto cultural, tais como o infanticídio ou o estupro de vulneráveis (a partir da presunção de violência existente nas relações sexuais com menores de 14 anos), e considera que, deixando de lado valores morais historicamente construídos no núcleo da sociedade em que nos encontramos inseridos, referidas práticas, quando respaldadas em contextos culturais históricos, encontram-se amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base no artigo 231 da CF, que assegura às comunidades indígenas o direito de praticar seus costumes, crenças e tradições em uma reprodução física e cultural, pois, ao assegurar a reprodução cultural dos índios, a Carta Constitucional reconheceu suas práticas culturais e rechaçou qualquer interferência cultural forçada por parte dos não índios⁵²¹.

Dessa forma, para a autora, o direito brasileiro permite, tolera certas condutas que, fora do contexto cultural indígena, configurariam crime. Assim, poder-se-ia concluir que tais indivíduos estariam acobertados por uma excludente da culpabilidade, o exercício regular de um direito, afastando, assim, a própria existência do crime, da mesma forma que acontece com um aborto praticado em razão de estupro ou para salvar a vida da gestante.

⁵²¹ FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. *O Direito Penal e o Índio: Desafios Históricos sob a Nova Perspectiva Constitucional*, p. 7.

Tratando da configuração do erro culturalmente condicionado, Silva⁵²² lembra texto de Luis E. Francia Sánchez, cujo título é *Pluralidade cultural y derecho penal*, para quem, citando Zaffaroni, a dificuldade de compreensão se deve a que o indivíduo tem-se desenvolvido em uma cultura distinta da sociedade majoritária e, desde criança, tem internalizado as pautas de conduta dessa cultura⁵²³.

Silva lembra que o tema foi problematizado em outro artigo intitulado *La aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado*⁵²⁴. O professor da Universidade de Porres, Lima, trabalhando a partir de uma realidade normativa que estabelece um tratamento diferenciado aos índios – Código Penal peruano, de 1991, artigo 15, positivador da isenção ou redução da pena, quando a conduta houver sido resultado de um condicionamento cultural –, enumera os requisitos para que o erro de compreensão culturalmente condicionado se manifeste: a) pertencimento a uma comunidade indígena; b) que a cultura ou costume afete a compreensão do caráter delituoso do ato ou a possibilidade de se determinar de acordo com essa compreensão; c) requer-se precisar as normas consuetudinárias e os costumes da comunidade.⁵²⁵

O primeiro requisito exige que a pessoa seja índia, condição humana essa autorreconhecida, não sendo relevante, aqui, se integrada ou não, e se isolada ou autônoma, conforme preceitua a Convenção 169, OIT. Com relação ao segundo requisito, argumenta o autor que esse tipo de erro não se confunde nem com o de proibição nem com o de tipo, mas sim um erro de caráter distinto daquele que afeta a culpabilidade. Por fim, o terceiro requisito exige que o condicionamento cultural seja aceito pelo conjunto da comunidade, que tenha validade jurídica no direito consuetudinário do grupo.⁵²⁶

Silva esclarece que existe mais um pressuposto, que é o da possibilidade de se incluir pessoas externas à comunidade que se tenham integrado a ela e atuem de boa-fé, ou seja, a integração inversa⁵²⁷. Para Luis E. Francia Sánchez, essa premissa não parece possível ser aplicável a uma pessoa não índia que se integrou a um grupo indígena⁵²⁸.

⁵²² SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 48.

⁵²³ SÁNCHEZ, Luis. “Pluralidade cultural y derecho penal” in *Derecho*, 47/193, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 493-523 (505-506).

⁵²⁴ O artigo pode ser encontrado em www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis_pleno/.

⁵²⁵ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 48.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 48.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 49

⁵²⁸ SÁNCHEZ, Luis E. Francia. “Pluralidad cultural”, cit., p. 493-523 (505-506).

Trazendo para a realidade brasileira, Silva⁵²⁹ relata que a teoria começa a dar os primeiros passos em direção à formulação do erro de compreensão culturalmente condicionado.

Faz referência o autor a artigo escrito por Faccioni, que dispõe que esse tipo de erro é considerado como recorrente do direito fundamental à diversidade cultural ou à multiculturalidade⁵³⁰. Para Faccioni, os índios não são inimputáveis e, citando Zaffaroni e Pierangeli, afirma que o erro de compreensão se identifica com o de proibição, restando abrangido pela excludente de culpabilidade, o que está correto pela análise estrita do direito penal, mas não pelo que positiva o artigo 231, da Constituição. É que, explica o autor, muitas vezes há a prática de atos que são oriundos da própria cultura indígena e que, mesmo assim, se configurariam como injustos penais, portanto, ilícitos.

Porém, explica Silva que, uma vez a Constituição protegendo a cultura indígena, seria mais adequado enquadrar-se a hipótese respectiva no exercício regular de direito, causa excludente de antijuridicidade, conforme preceitua o artigo 23, III, do Código Penal brasileiro⁵³¹.

Nesse sentido, lembra Pontes que falar que um índio tem a capacidade de entender o caráter ilícito de um crime porque ele, mesmo que isolado, possui capacidade de compreender o certo e o errado, é um erro jurídico e cultural, pois pode até compreender que a prática de um homicídio, de um furto ou de um roubo em sua aldeia, é errado e merece uma reprimenda dentro de seus padrões culturais, tradicionais e costumeiros incorporados na sua inteligência, dentro de uma proporcionalidade sancionadora, totalmente diferente da proporcionalidade incorporada pela sociedade não índia – muitas vezes, enquanto um homicídio ou um estupro cometido por índio isolado é apenas uma questão pessoal, em outros casos, uma simples desobediência merece o completo abandono⁵³².

É necessário o respeito à tradição, à cultura e ao costume indígena. Portanto, se a cultura ética do índio é completamente outra em relação ao grau de punição para determinado erro, existe um óbice constitucional para quem deseja impor a reprimenda construída dentro da ética da civilização não indígena⁵³³.

⁵²⁹ SILVA, Paulo Thadeu. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 49.

⁵³⁰ FACCIONI, Eloi Francisco. *O tratamento jurídico-penal do indígena em face do direito fundamental à diversidade cultural*, in VITORELLI, Edilson (org.), *Temas aprofundados – Ministério Público Federal*, Juspodium, Salvador, 2013, p. 379-402.

⁵³¹ SILVA, Paulo Thadeu. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 49.

⁵³² PONTES, Bruno. *O índio e a Justiça Criminal Brasileira* in *Direito Penal e Povos Indígenas*, 1ª Edição, 3ª Impressão. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 188-189.

⁵³³ *Ibidem*, p. 188.

Silva destaca que, em vez de indicar a existência de um direito fundamental à diversidade cultural, trata-se de sistematizar o direito fundamental à diferenciação social, e não apenas à diversidade cultural, pois esta estaria como inserida no âmbito de proteção maior da diferenciação social, que, de sua vez, se compõe do direito ao território, à organização social e à cultura. Ademais, diversidade é conceito diferente de alteridade, assumido como componente do novo paradigma da diferenciação social, e que é mais restrito que diversidade, uma vez que esta pode ser identificada exclusivamente com o aspecto numérico⁵³⁴.

Em segundo lugar, a crítica do autor à identificação do erro de compreensão culturalmente condicionado com a excludente de culpabilidade, e não com de antijuridicidade, embora adequada, parece se referir apenas àquelas hipóteses em que haja a prática, em tese, por parte de índios, de atos que possam ser configurados como crimes para o direito ocidental, mas que sejam fruto de determinadas práticas culturais, não tratando o artigo daquelas práticas que não façam parte desse direito tradicional, que é também denominado de lei muda, o que, por certo, demandaria outra solução⁵³⁵.

Além de dever a culpabilidade penal do índio ser aferida pelo erro de compreensão culturalmente condicionado, há a necessidade, também, de se voltar os olhos à questão da culpabilidade penal dos índios que aplicam métodos próprios de solução de controvérsia nas áreas indígenas por meio do exercício da jurisdição especificamente indígena. Essa é uma questão um pouco diferente da primeira, e isso porque não diz respeito à prática de atos que, em tese, constituam crime, mas sim já à repressão que o próprio grupo realiza com relação àqueles atos.

Há que se trazer a lume, no caso da coação cultural como ensejadora da prática de crimes pelos indígenas, a terceira causa de exclusão da culpabilidade, prevista no Código Penal Brasileiro, que é a inexigibilidade de conduta diversa, que se desdobra em a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

A respeito da exclusão da culpabilidade nos casos de inexigibilidade de conduta diversa, Toledo leciona que:

Não age culpavelmente – nem deve ser, portanto, responsabilizado pelo fato – aquele que, no momento da ação ou da omissão, quem não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso. A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E

⁵³⁴ SILVA, Paulo. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 49.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 49-50.

constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa suprallegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas a esse respeito”.⁵³⁶

Para Rezende, o adultério, o aborto, a prática de duelo, o uso de determinadas substâncias entorpecentes, a forma de lidar com os cadáveres, a extração de minerais, de madeira, a caça, a pesca e inúmeras outras condutas que possam ser reprimidas pela legislação penal, podem ou não se conformar aos valores de determinados povos. A conformidade da conduta com os valores do povo a que pertence o agente indígena será o fator determinante para a incidência, ou não, da excludente da culpabilidade⁵³⁷.

No caso da coação moral irresistível, o que vicia a vontade do coagido é a grave ameaça, sendo distinta da coação física irresistível, pois, naquela, apesar de existir espaço para a vontade, mostra-se de tal modo comprometida que não se pode exigir do agente um comportamento conforme os ditames do ordenamento jurídico. O coacto, portanto, tem vontade, mas se encontra diante de um dilema: ante dois resultados indesejados, deve optar por um deles, e é exatamente nesse ponto que reside o fundamento da inexigibilidade da conduta que visa a salvaguardar o bem jurídico que, ao final, resulta lesado.⁵³⁸

Castro considera que, mesmo que os indígenas tenham conhecimento dos ditames penais e das normas proibitivas imperantes em virtude de interação com a sociedade não indígena, seus comportamentos dentro de seu povo devem ser respeitados, semelhantemente à proteção que se dá aos atos em razão de crença ou fé religiosa, sob pena de se incorrer em um processo sério de aculturação interétnica, provocando mudanças nos padrões culturais, sujeitando os índios à perda de sua cultura e identidade⁵³⁹.

Pode se dizer, enfim, que a inexigibilidade de conduta diversa aparece após a análise da atuação sob a excludente do erro de proibição, quando se constate que o indígena possuía plena consciência de seus atos e do padrão comportamental que a sociedade contemporânea exige, contudo não pode agir consoante as expectativas em razão do choque de valores.⁵⁴⁰

⁵³⁶ TOLEDO, Francisco. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 229-230.

⁵³⁷ REZENDE, Guilherme Madi. *Índio - Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 110.

⁵³⁸ PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.408.

⁵³⁹ CASTRO, Marcela Baudelde. *A culpabilidade dos indígenas à luz das exculpantes penais*. <https://jus.com.br/artigos/23972/a-culpabilidade-dos-indigenas-a-luz-das-exculpantes-penais>. Publicado em 03/2013. Elaborado em 02/2013.

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

Sobre a descriminalização do direito e da justiça indígenas, Yrigoyen considera que, como uma das demandas mais importantes e urgentes para se propiciar a coordenação entre sistemas, seria o sistema de justiça estatal descriminalizar ou despenalizar as práticas culturais e jurídicas indígenas que considera fatos puníveis ou delitos, a exemplo das formas de união conjugal precoce, o “rapto”, o uso de plantas medicinais, dentre outros, e, também o exercício da justiça indígena em si mesma. Segundo a autora, a criminalização da justiça indígena se dá porque a partir da exclusividade da função jurisdicional se entende que as autoridades indígenas que tomam decisões usurpam a função jurisdicional que somente é de competência do Órgão Judicial. Assim, uma das consequências do reconhecimento do Direito Indígena é que o exercício da justiça indígena por suas próprias autoridades, ao ser legal, já não configura usurpação de autoridade nem forma delitiva. Por isso, conforme a autora, deve-se evitar qualquer forma de perseguição ou estigmatização de autoridades indígenas que administram justiça de acordo com suas normas e procedimentos, e dos membros dos povos indígenas que se submetem a sua própria justiça. Do mesmo modo, tampouco deveriam ser puníveis os procedimentos, mecanismos e medidas de resolução de conflitos, assim como os mecanismos coercitivos e sanções que se deem na estrutura da justiça indígena⁵⁴¹.

De acordo com a fala do Guarani-Nhandeva Cacique G., da Aldeia Bororó, percebe-se que a direção apontada pela autora está distante de efetivação naquela comunidade indígena, pois as práticas tradicionais são impedidas por um direito que não encontra reflexo nas tradições, no costume do índio, e que impede a realização do seu modo de ser, que vai aniquilando o “sujeito índio”. Esse direito não nasce de suas necessidades, de seus anseios, mas vem do outro e é imposto sem se indagar a sua legitimidade. Sobre isso, esclarece o Cacique:

Antigamente tinha somente os caciques e os pajés, existia a casa de reza em uns 50, 100 metros, ali moravam todas as famílias, 15, 20 famílias, dali saía um representante como cacique. Depois tem outro, aí se junta e ali sai um líder. Aquele líder pode conversar com o pessoal, mandar naquela região e então combinava. Depois se misturou, chegou mais perto e se misturou, ficando tudo bagunçado. Hoje, como a gente está trabalhando, a gente vê que a justiça está em cima das lideranças, se fizer mal alguma coisa pode ser punido e processado. A gente pode olhar, observar. Estamos hoje procurando se unir mais, trabalhar mais.⁵⁴²

⁵⁴¹ YRIGOYEN, Raquel. “Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal ...”, cit., p.2. Disponível em *Alertanet en derecho y sociedad/ law& society alertanet@hotmail.com*

⁵⁴² Cacique Guarani-Nhandeva G., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 154.

Constata-se, assim, no depoimento do Cacique, a interferência do Direito Indigenista no Direito Indígena. Pela estrutura social tradicional, deveria existir um líder para cada grupo, que não se “misturaria” com outros, e dessa organização nasceria a ordem social, pois ele teria legitimidade. A proximidade dos grupos, resultante de um confinamento a que os índios foram submetidos dentro de uma mesma reserva, junto com a interferência e presença do não índio, culmina na fricção interétnica.⁵⁴³ Porém não se percebe qualquer tentativa, por parte do não índio, de resolver essa situação por meio do diálogo com o sujeito de direito, mas impõe-se o direito positivo da sociedade envolvente, a “justiça dos brancos”, no cotidiano do povo indígena. Ao contrário, percebe-se, pela fala do Cacique, que existe grande interferência na vida das comunidades indígenas, sempre em um sentido de imposição. Não se buscam alternativas para a solução de problemas, simplesmente acaba-se com o que não está dando certo sob a ótica da sociedade dominante, sem um diálogo que possibilite a realização dos costumes tradicionais do povo indígena.

O direito à própria identidade étnico-cultural, de acordo com De Maglie, assume visibilidade na sociedade pós-moderna precisamente como direito “*de los más débiles*” frente à cultura dominante, e devido a isso se legitima a introdução no sistema de diferentes técnicas diferenciadas e especiais dirigidas a proteger esse direito⁵⁴⁴.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reconhecendo aos índios, em seu artigo 231, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, deslocou o olhar para a realidade brasileira, de país pluriétnico e megadiverso. Reconheceu, então, a diversidade étnico-cultural dos povos indígenas, não sendo mais considerada cultura em extinção, fadada à incorporação na denominada ‘comunhão nacional’.

Assim sendo, a Constituição Brasileira assegura uma interação entre os povos indígenas e a sociedade envolvente em condições de igualdade, que se funda na garantia do direito à diferença, e esse direito somente será efetivado se houver o deslocamento do olhar para as diferenças em todos os seus aspectos, se houver uma adequação do sistema jurídico ao substrato cultural desses povos.

⁵⁴³ Termo utilizado por Roberto Cardoso de Oliveira para enfatizar a característica básica dessa situação de contato. Como exemplo, cita a expansão da sociedade não-indígena sobre os territórios tribais, a qual resulta na redução, dispersão, desorganização ou desagregação das populações tribais; segundo ele, “a sobrevivência de algumas sociedades tribais, se bem que descaracterizadas, não é suficiente para esconder o sentido destruidor do contato”. (OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O índio e o mundo dos brancos*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1996, p. 46-47)

⁵⁴⁴ DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados: ideologias y modelos penales*. Traducción e introducción de Víctor Manuel Macías Caro. Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 278.

Sobre a situação dos povos indígenas brasileiros, Castilho esclarece que falta aprofundamento, tanto teórico como prático, sobre os direitos dos povos à sua identidade cultural. Aprofundamento teórico, como se observa pela extensa bibliografia sobre direitos civis, políticos, econômicos e sociais, e ausência de literatura sobre eles; prático, quando se examina a implementação dos direitos humanos. E a insuficiente delimitação do conteúdo dos direitos culturais deve-se certamente ao fato de a codificação dos direitos culturais não se encontrar sistematizada em um só tratado, mas dispersa em grande número de instrumentos, tanto universais como regionais. Mas a verdadeira razão seria o temor dos Estados a que o reconhecimento do direito às diferentes identidades culturais pudesse colocar em perigo as unidades nacionais – um temor que revela a força do fenômeno histórico da colonialidade⁵⁴⁵.

A Constituição Brasileira, ao estabelecer a garantia do direito à diferença, seguiu os parâmetros delineados na legislação internacional, que caminha para a direção de que cada vez mais seja garantida a efetivação do direito dos povos indígenas no momento de sua aplicação. Esse olhar diferenciado para os povos indígenas vem consubstanciado em vários artigos da Convenção 169 da OIT, diploma legal internacional que trouxe avanços importantes para o direito dos povos indígenas, a exemplo do disposto no seu artigo 8, número 1, que estabelece: “Na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração”. O artigo 9, número 1, da Convenção, dispõe que: “Os costumes desses povos, sobre matérias penais, deverão ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais no processo de julgarem esses casos”. No artigo 10, número 1, da Convenção, encontra-se a seguinte orientação: “No processo de impor sanções penais previstas na legislação geral a membros desses povos, suas características econômicas, sociais e culturais deverão ser levadas em consideração”.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas também está repleta de orientações e direcionamentos sobre a necessidade do respeito à cultura desses povos, assegurando o direito à diferença. Nesse sentido, no seu preâmbulo, encontram-se afirmações de que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos, sendo reconhecido, ao mesmo tempo, o direito de todos os povos a serem diferentes, a considerarem-se a si mesmos como diferentes e a serem respeitados como tais. O artigo 34 da Declaração dispõe que:

“Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos,

⁵⁴⁵ CASTILHO, Ela W. Volkmer de. *Diversidade Cultural...*, cit., p. 1.

práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos”.

Verifica-se que a Convenção 169 da OIT, a Constituição da República Federativa do Brasil e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas remetem ao respeito aos povos indígenas, assegurando, pelo reconhecimento de sua tradição milenar, sua cultura, seu Direito e sua dignidade como povo.

Como exemplo das idiosincrasias existentes, pode-se citar a permissão para o casamento, que é realizado, na maioria das etnias indígenas, quando a menina torna-se moça, ou seja, quando vem sua primeira menstruação.

Graeff, em sua pesquisa sobre os índios do Alto Xingu, relata que:

O índio atinge a maturidade bem mais depressa que o civilizado. As crianças indígenas permanecem em contato com os pais 24 horas por dia [...] e as relações são diferentes das que se verificam no mundo civilizado, onde o pai, e muitas vezes a mãe, passa boa parte do dia fora de casa [...]. Com 10, 11 anos, um índio já sabe quase tudo o que um adulto de sua comunidade sabe. Entrando na puberdade ele já é aceito como um membro totalmente independente dentro da comunidade. E está pronto para o casamento.⁵⁴⁶

Nesse sentido, a explicação do Cacique Guarani-Nhandeva P. sobre a idade para casamento na tradição de seu povo:

A menina com sete anos tinha o cabelo raspado e era guardado, aí o pai saía daqui para ir lá para o Tecuê (região de Caarapó), quando ela tinha doze anos, quando a primeira menstruação dela vinha, aí ele ia lá para Caarapó, era um grupo, ia com a família toda, deixava a menina aqui com os guardas, dois ou três guerreiros, Ele saía e ia pelo meio do mato, fazendo picada, ia buscar marido para ela. Depois que menstrua já pode casar, é o costume. Muitos falam que aqui tem muitas índias novas que casam, mas é a cultura, não existe esperar os 20, 30 anos para casar.⁵⁴⁷

Porém os indígenas podem ser processados, baseados na Lei Penal vigente, criminalizando o rapaz que se casa com uma moça de idade inferior a 14 anos, por estar tipificada como estupro (artigo 213 do Código Penal Brasileiro) a conduta da conjunção carnal com menor de 14 anos, já que estaria configurada, pelo direito estatal, a violência presumida, mesmo com o consentimento de ambos e reconhecimento de sua comunidade.

⁵⁴⁶ GRAEFF, Eduardo *apud* LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro...*, cit., p. 36-37.

⁵⁴⁷ Cacique Guarani-Nhandeva P., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao Pão Novo...*, cit., p. 168.

Para que esses processos não mais ocorram, e para que não mais seja penalizado aquele que apenas está seguindo os padrões culturais de sua etnia, sugere-se a inclusão de um parágrafo ao artigo acima citado, dispondo da seguinte forma:

Artigo 213.

[...]

Parágrafo terceiro - No que tange aos povos indígenas, devem ser levados em consideração os costumes e a cultura da etnia envolvida, baseando-se sempre em perícia e laudo antropológico, pois muitos casamentos são levados a efeito por pessoas com idade até inferior a de 14 anos, com o consentimento dos envolvidos e da família, constituindo-se comportamento culturalmente motivado, não caracterizando, nesses casos, o crime de estupro.

Assim se estaria realizando a justiça cultural, uma vez que o comportamento, que constitui delito para o Direito Estatal, não passa de conduta que expressa o costume do povo indígena.

O delito culturalmente motivado é, nas palavras de Maglie, o comportamento realizado por um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário que é considerado delito pelas normas do sistema da cultura dominante, mas que esse mesmo comportamento na cultura do grupo a que pertence o autor é, pelo contrário, perdoado, aceito como normal ou aprovado, ou, em determinadas situações, inclusive imposto⁵⁴⁸.

Para muitos doutrinadores, no caso dos povos indígenas, é possível, ainda, excluir a culpabilidade reconhecendo a existência de erro de proibição ou da inexigibilidade de conduta diversa.

A respeito da *cultural defense*, não há dissensos na doutrina, e, assim, considera-se tratar-se de uma causa de exclusão ou de atenuação da responsabilidade penal alegada por um sujeito pertencente a uma minoria étnica com cultura, usos e costumes distintos ou inclusive em conflito com os da cultura do sistema anfitrião, sendo que, para fazer valer a defesa, o autor deve demonstrar que o comportamento ilícito foi realizado no razoável convencimento de atuar de boa fé, baseada na herança ou tradição cultural.⁵⁴⁹

Conforme esclarece Ruiz, o Estado deve reconhecer, através da Constituição, o direito de igualdade e o direito às diferenças dos povos indígenas, entre essas diferenças os sistemas jurídicos autóctones, pelo que as instituições governamentais somente devem exercer funções de instâncias coordenadoras e não reguladoras, para tal, o erro de proibição deve servir como

⁵⁴⁸ DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente...*, cit., p. 68.

⁵⁴⁹ GOLDSTEIN. Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a Cultural Defense?, en Dick. L. Rev., 1994, p. 143 *apud* MAGLIE, Cristina de *in cit.*, p. 136-137.

instrumento para o direito penal na garantia da autodeterminação das etnias para exercer seu sistema jurídico autóctone de maneira indireta, enquanto o Estado não realize tal reconhecimento⁵⁵⁰.

Para o autor, o erro de proibição serve como fator restaurador da dignidade e liberdade indígena no exame da culpabilidade do infrator étnico que cometeu uma conduta que violou a ordem estatal, posto que a dignidade e a liberdade são os direitos humanos mais prejudicados no confronto processual que o direito penal impõe ao infrator étnico, apesar de facilitar relativamente a assimilação do trauma jurídico que sofre o indígena, e levando em consideração que o julgador não conta com os conhecimentos étnicos, sociológicos e psicológicos indispensáveis para evitar desvalorizar a força da consciência da antijuridicidade que o indígena possui em um grau superlativo ao homem médio. Assim, o erro de proibição que potencializa a autodeterminação do povo indígena, pode inibir o órgão jurisdicional para que, no livre exercício do direito de autonomia do sistema jurídico autóctone, examine a culpabilidade sem vulnerar a dignidade e liberdade indígena, excluindo o Estado de uma possível afetação dos direitos humanos do infrator étnico⁵⁵¹.

O erro culturalmente condicionado se aplica à não compreensão do índio sobre a ilicitude de suas ações em relação ao sistema de punição da sociedade não índia⁵⁵².

Já Zaffaroni identifica três formas desse conceito: erro de compreensão, consciência dissidente e justificação putativa. Para ele, na primeira forma, há uma dificuldade inata para a compreensão da proibição normativa, ou seja, a pessoa pode conhecer a norma, mas razões culturais impedem-na agir de modo diverso. Na segunda, a pessoa tem conhecimento da proibição e da ausência de permissão legal, mas não se pode exigir dela sua interiorização. No caso da justificação putativa, o indígena vê o não índio como inimigo, o que justifica atitudes contrárias ao direito que antecipam a ação inimiga⁵⁵³.

Renteln distingue “*la cultural defense*” nas categorias de “*cultural defense cognitiva y cultural defense volitiva*”. Essa distinção, embora no plano sistemático sancionatório seja

⁵⁵⁰ RUIZ, Isaac. *Error de Prohibición y Derechos Indígenas: visión garantista del Derecho Penal*, 1ª reimpressão, México D. F.: UBIJUS Editorial, 2008, p. 296-297.

⁵⁵¹ RUIZ, Isaac. *Error de Prohibición y Derechos Indígenas...*, cit., p. 297.

⁵⁵² VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 301, *apud* CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *O projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 46, n. 183, ano: set.2009, p. 60.

⁵⁵³ ZAFFARONI, Eugênio, *apud* CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. E COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *O projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 46, n. 183, ano: set. 2009, p. 60.

irrelevante, informa sobre quais aspectos do processo de decisão do autor sofreram influência da motivação cultural. Segundo a autora, a primeira surge quando a bagagem cultural do autor lhe impede de entender que seu comportamento configura um delito, ou seja, quando o imputado não se dá conta de que as ações ditadas pela sua cultura estão em conflito com as leis do país. A segunda se verifica quando o sujeito é muito consciente de que suas ações estão proibidas pela lei criminal dominante, mas atua apesar disso, pelo fato de estar movido pela força imperativa de sua cultura de origem⁵⁵⁴.

O princípio da igualdade, conforme lembra Maglie, exige o respeito e a tutela das diferenças culturais. A configuração de uma causa de não punibilidade a favor do autor cultural, nos limites e condições antes destacados, não somente não pode parecer escandalosa, senão deve ser vista como instrumento possível e oportuno para a consecução desses objetivos. Trata-se de discriminações que são necessárias para realizar a igualdade material na tutela dos direitos de “*sujetos débiles*”, que, de outra forma, se veriam discriminados negativamente pela aplicação formalista de um conceito frio de igualdade⁵⁵⁵.

6.3 Modificação da legislação estatal

Os povos indígenas têm necessidade de um olhar diferenciado da legislação estatal. Não pode a lei estabelecer padrões igualitários para povos culturalmente diferenciados. Seria desvirtuar a aplicação do princípio da igualdade tratando de forma igual cidadãos de cultura diferente.

São muitas as alternativas para se chegar à inclusão com respeito às diferenças. Uma das sugestões apresentadas neste Capítulo é justamente a de adequação das normas estatais ao respeito pela cultura dos indígenas, elas devem se deslocar para o sentido do respeito aos direitos fundamentais dos povos indígenas, que seria o respeito à sua tradição, ao seu Direito.

O Direito deve ter como objetivo a inter-relação dos indígenas com a sociedade não indígena, pois todos são cidadãos brasileiros e merecem que a legislação propicie a equalização das diferenças para somente assim poder propiciar justiça social aos povos que integram o Estado Brasileiro, sem distinções nem discriminações.

⁵⁵⁴ RENTELN, Alison. *A Justificación of the Cultural Defense as a Partial Excuse*, in S. Cal. Rev. L. & Women's Stud., 1993, pp. 439 e seguintes, *apud* DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados: ideologias y modelos penales*. Traducción e introducción de Víctor Manuel Macías Caro. Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 137.

⁵⁵⁵ DE MAGLIE, Cristina, *Los delitos culturalmente...*, cit., p. 277-278.

Com a inclusão do artigo e parágrafo sugeridos ao Código Penal Brasileiro, poderíamos ter soluções adequadas culturalmente à tradição dos povos indígenas, pois, em muitos casos, ao realizarem os seus costumes tradicionais, ou por um erro de compreensão culturalmente motivado, integrantes desses povos poderão ser criminalizados apenas por estar seguindo sua própria cultura, seu próprio Direito.

Assim, a sugestão da inclusão dos referidos artigo e parágrafo ao Código Penal Brasileiro, seria uma das formas de assegurar a realização do princípio da igualdade, respeitando a diferença, aos indígenas, cidadãos do Estado Brasileiro, efetivando, dessa forma, a justiça cultural.

CAPÍTULO IV

PERSPECTIVAS PARA O CONVÍVIO ENTRE AS NORMAS DE DIREITO ESTATAL E AS NORMAS DE DIREITO INDÍGENA

1. Considerações iniciais sobre as soluções apontadas

As soluções apontadas anteriormente da inclusão de artigo e parágrafo ao Código Penal Brasileiro teria como objetivo possibilitar a implementação, nas estruturas estatais, dos direitos diferenciados culturalmente.

Considera-se que seria uma das formas de assegurar a realização do princípio da igualdade, respeitando a diferença, respeitando os indígenas, cidadãos do Estado Brasileiro, efetivando, dessa forma, a justiça cultural no cotidiano desses povos em todos os seus âmbitos.

Apontadas tais sugestões, passa-se a apresentar novas soluções para que o reconhecimento constitucional dos direitos dos povos indígenas não seja apenas expresso em papel, mas tenha efetividade e eficácia.

Deve-se ter em conta que todos os empenhos para que a efetivação do Direito Indígena possa ter concretude serão sempre considerados pequenos passos, pois é um caminho difícil, mas é desse empenho e da mobilização de atores que procedam como coadjuvantes, já que o protagonismo deve ser sempre do indígena, que surgirão novas forças para que se fortaleçam as lutas objetivando uma cultura de paz.

2. Foros de julgamento

Como caminho para a realização da justiça cultural, Aparicio aponta o do reconhecimento do pluralismo jurídico e da coexistência de jurisdições.⁵⁵⁶

Nesse sentido, cita as Constituições da Bolívia e do Equador que demonstraram que é possível conformar um sistema jurídico unitário, mas não uniforme. E essa unidade é a que se desenha no texto boliviano quando regula a Função Judicial do Estado incorporando a esta a

⁵⁵⁶ APARICIO, Marco. “Ciudadanías intensas. Alcances da refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia” *in* Crisis de la democracia y nuevas formas de participación, coord. Albert Noguera Fernández, Valencia: 2013. [https://www.academia.edu/7226991/Crisis de la democracia y nuevas formas de participacion](https://www.academia.edu/7226991/Crisis_de_la_democracia_y_nuevas_formas_de_participacion). Acesso em 30/05/2019.

jurisdição indígena, em relação de igualdade hierárquica, com a jurisdição ordinária e agroambiental. Já no Equador, ainda que se siga separando a Função Judicial da jurisdição indígena, também se toma a igualdade de jurisdições estabelecendo que “*El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas*” no marco dos mecanismos de coordenação e cooperação coma jurisdição ordinária.⁵⁵⁷

Na Bolívia, a principal novidade da Constituição, a ponto de se poder dizer que houve um giro paradigmático, é a previsão de que os direitos dos povos indígenas “a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado” (artigo 30 II.5), sendo que mais adiante, a Constituição boliviana torna concreta essa previsão por meio do reconhecimento de instituições próprias e de instituições compartilhadas. Como instituições próprias, devem ser destacadas as autonomias indígenas, assinalando que “el autogobierno de las autonomías indígena originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley”(artigo 292). Igualmente, na regulação do Órgão Judicial, a Constituição assinala que está formado pelas jurisdições ordinária, agroambiental e indígena (*originario campesinas*), regendo entre elas o princípio de igualdade hierárquica e, em consequência, a não revisibilidade (artigo 179.II).⁵⁵⁸

Junto com essas instituições particulares ou próprias das distintas realidades culturais que formam a Bolívia, aparecem, ainda, instituições compartilhadas, que se apresentam como plurinacionais: Assembleia Legislativa Plurinacional, Tribunal Constitucional Plurinacional e Órgão Eleitoral Plurinacional.⁵⁵⁹

A regulação constitucional da Assembleia Legislativa Plurinacional exige para eleição de seus integrantes a existência de circunscrições especiais indígenas (*indígena originario campesinas*, de acordo com a terminologia constitucional), derivando seu desenvolvimento à legislação posterior, com o limite que não transcendam as fronteiras departamentais e que “establecerán solamente en el área rural, y en aquellos departamentos en los que estos pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional”(artigo 146 VII).⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ APARICIO, Marco. “Ciudadanías intensas...”, cit.

⁵⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁵⁹ *Ibidem.*

⁵⁶⁰ *Ibidem.*

A Assembleia Legislativa Plurinacional representa o Órgão Legislativo, composto pela Câmara de Deputados junto com a Câmara de Senadores, pensada como um dos pilares centrais para a construção do Estado Plurinacional, é o espaço político no qual se articulam diálogos e negociações que vão delinear os direitos indígenas na definição do lugar que os povos indígenas ocuparão no conjunto da sociedade e do Estado bolivianos, sendo que sua função política de proximidade com a população possibilita acompanhar os desdobramentos do encontro, ou da tentativa de encontro, entre os povos indígenas e o Estado.⁵⁶¹

A respeito do Tribunal Constitucional e do Órgão Eleitoral, seu caráter plurinacional se estabelece constitucionalmente de modo muito breve. Sendo que, no Tribunal Constitucional, seus membros serão “elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”(artigo 197 I), mediante sufrágio universal (artigo 198). Se estabelece que as candidaturas poderão ser propostas “por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (artigo 199 II). Para o Órgão Eleitoral, se estabelece que o Tribunal Supremo Eleitoral estará composto por sete membros, seis de eleição parlamentarista e um de eleição presidencial, respeitando que “al menos dos de los cuales serán de origen indígena originario campesino” (artigo 206 II). Também se garante representação indígena nos Tribunais eleitorais departamentais.⁵⁶²

Merece crítica, dentro desse contexto boliviano, formado por avanços expressivos na participação dos povos indígenas, a restrição do alcance material da jurisdição indígena originário campesina consubstanciada na “*Ley de Deslinde*” (Lei 073, de 11 de janeiro de 2011), que prevê, no seu artigo 10.II, que no plano penal estaria excluída.⁵⁶³

Realidade muito diferenciada da acima apresentada, a que se experiencia no direito brasileiro com relação à participação dos povos indígenas nas instâncias decisórias, sejam legislativas ou judiciais. Esta inexistente, e tampouco existe previsão legislativa para que se proceda a essa inclusão.

No Brasil, a competência para julgar ações referentes a direitos indígenas, enquanto direitos coletivos, tais como aqueles que envolvam as retomadas de terras, é da Justiça Federal.

⁵⁶¹ BESSA, Juliana Pinheiro Nogueira. Por Nações Afirmativas: O Estado Plurinacional na Constituição Boliviana de 2009 e o papel da Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB). Dissertação de Mestrado. Centro de Pesquisa e Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas – PPG/CEPPAC. Brasília: UnB, Instituto de Ciências Sociais, 2015, p. 116-117.

⁵⁶² APARICIO, Marco. “Ciudadanías intensas...” cit.

⁵⁶³ *Ibidem*.

Já nos conflitos envolvendo delitos individualmente perpetrados, a competência é da Justiça Comum.

Assim se observa da previsão contida no artigo 109, IX da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
XI – a disputa sobre direitos indígenas.

Dessa forma, conclui-se que as ações que envolvam disputa sobre direitos indígenas devem estar a cargo do Ministério Público Federal, e aquelas que envolvam indígenas, mas sem se referirem a direitos indígenas, entram na esfera de competência do Ministério Público Estadual, englobando, assim, o seu papel institucional.

O Ministério Público, conforme prevê o artigo 129, V, da Constituição Federal, no que tange aos direitos indígenas, tem a seguinte atribuição:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Nesse comando constitucional, conforme analisa Silva, pode-se observar dois lados: o que expressa uma realidade ou atualidade e determina uma obrigação do Ministério Público em defender os interesses e direitos das populações indígenas, e o outro lado, que expressa a potencialidade ou possibilidade, que pode ser traduzida pelas seguintes ideias: essa norma expressa uma garantia fundamental; ao mesmo tempo, representa um direito fundamental; o plural nela existente, embora não exclua, *prima facie*, eventual manifestação do direito individual no interior do grupo, leva a crer que sempre haverá de se levar em consideração as relações estabelecidas entre o indivíduo e o grupo⁵⁶⁴.

O autor indaga, ainda, quais seriam esses interesses e direitos. Ao que responde:

Todos aqueles inerentes ao grupo e positivados, explicitamente, nas normas dos artigos 215, 216, 231 e 232, da Constituição, os quais decorrem da matriz representada pelo direito à diferenciação social: este, então, é gênero, do qual são espécies os direitos de organização social, os culturais e o direito à terra. Eventual violação estatal ou privada à norma de garantia produz os mesmos efeitos deletérios como se fosse violação ao próprio direito fundamental, pois que a Constituição Federal confere a eles, garantias e direitos, tratamento unívoco.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ SILVA, Paulo Thadeu da. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 90-91.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 91.

Sabe-se, assim, que no Brasil as instâncias para julgamento são as colocadas também para todos os outros cidadãos, não tratando da particularidade específica dos povos indígenas, não existindo, no sistema Judiciário, uma Vara Especializada para esses povos.

Não há inclusão de representantes dos povos indígenas em nenhum foro de julgamento no Brasil, o que deveria ser obrigatório, especialmente na esfera federal, para se propiciar um julgamento justo, pois a ausência de julgamento pelos seus pares, ou seja, por integrantes de uma mesma etnia e cultura, compromete a legitimidade do julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri que tenham o envolvimento de indígenas, questionando-se até a própria essência desse instituto.

Apesar de o Código de Processo Penal Brasileiro não conter restrições à participação de indígenas entre os jurados do Tribunal do Júri, é muito rara a presença deles por razões de preconceito, sob o argumento de sua pretensa “incapacidade” e até mesmo pela alegada falta de profissão, residência e documentos⁵⁶⁶.

Assim, ocorrem situações que, por falta de respeito à cultura indígena, por negativa do seu direito à diferença, deixa-se de efetivar a justiça, a exemplo do caso de um julgamento, no qual havia acusação de assassinato de indígena que ocupava uma terra reivindicada, e a tradução para a língua guarani de perguntas formuladas à testemunha não foi deferida pelo juiz. Isso, seguramente, impediu que ocorresse uma livre manifestação de pensamento e do relato dos fatos.

A Convenção 169 da OIT é clara, ao estabelecer a obrigatoriedade de tradução em casos que tais, como se observa do artigo 12, que dispõe que os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão, ainda, ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

No artigo 8 da Convenção 169 da OIT, encontram-se, também, as seguintes previsões:

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente

⁵⁶⁶ YAMADA, Erika; BELLOQUE, Juliana. “Pluralismo jurídico...”, cit., p. 137.

reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos I e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Conforme lembra Silva, há necessidade, também, de se voltar os olhos à questão da culpabilidade penal dos índios que aplicam métodos próprios de solução de controvérsia nas áreas indígenas por meio do exercício da jurisdição especificamente indígena. Assim, é de se reconhecer o direito fundamental à diferenciação social como gênero do qual decorrem as espécies da organização social, território e cultura; pode-se mesmo afirmar que o ordenamento jurídico nacional, embora não traga norma expressa que reconheça a jurisdição indígena, não positiva, ao mesmo tempo, qualquer norma que a proíba⁵⁶⁷.

Nas áreas indígenas, existe o exercício da jurisdição indígena, no mais das vezes, sem a ciência da sociedade majoritária. Esses atos são tolerados pelo Estado brasileiro, pois que derivam do direito à organização social – e não mais do direito à cultura, do qual decorre o erro de compreensão culturalmente condicionado, o que reforça a ideia de que se está diante não apenas de um direito à diversidade cultural, mas sim verdadeiramente de um direito à diferenciação social.⁵⁶⁸

Silva considera que a escassez de reflexão a respeito desse tema no Brasil não impede que se debruce sobre ele, especialmente tendo em consideração a profícua discussão teórica existente em outros países da América Latina, v.g., Peru, cuja realidade normativa positiva, tanto na Constituição, artigo 149, quanto no Código de Processo Penal, artigo 18, inciso III, o reconhecimento dessa jurisdição especializada e a incompetência da justiça ordinária para os casos adstritos à primeira. A Constituição peruana, à semelhança do disposto na Convenção 169, OIT, artigo 8, inciso II, coloca como limites ao exercício da jurisdição indígena os próprios direitos fundamentais, o que significa que estes não poderão ser violados. Essa proibição de violação se refere tanto ao procedimento em si mesmo considerado, quanto à sanção a ser aplicada pela jurisdição indígena. Em geral, esses direitos fundamentais se representam pelo devido processo legal, pela vida e sua integridade, pelo princípio da igualdade e da liberdade pessoal, pela comunicação do detido com sua família, pela proibição de decisões arbitrárias,

⁵⁶⁷ SILVA, Paulo Thadeu da. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 50.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 50.

pelo princípio da culpabilidade, pela aplicação da jurisdição indígena a pessoas não índias e pela proibição da sanção de banimento da comunidade respectiva⁵⁶⁹.

Para o autor, em uma perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, os direitos fundamentais como limites ao exercício da jurisdição indígena se justificam pelo fato de o país ter assumido compromisso internacional por meio de convenção específica, qual seja, a Convenção 169, OIT⁵⁷⁰.

Ao esclarecer sobre os critérios e pautas para a coordenação entre o direito indígena e o direito estatal, Yrigoyen considera que, apesar de indicar que deverão estabelecer-se procedimentos para solucionar os conflitos que podem surgir entre o direito consuetudinário e os direitos humanos, a Convenção 169 da OIT não especifica que tipo de procedimento deve ser seguido, se seria caso de criar um órgão específico ou dotar de tal função os órgãos existentes. Para a autora, seja qual for esse mecanismo criado, este deve garantir a compreensão intercultural dos fatos e interpretação cultural das normas aplicáveis, a fim de evitar uma interpretação monocultural e etnocêntrica. A respeito da diversidade cultural, a autora acredita que não pode ser somente uma orientação cultural a que defina quando se produz, ou não, uma vulneração de direitos humanos, e que solução pode ser dada⁵⁷¹. Assim, sugere a autora:

Para garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, se podría conformar “jurados escabinados” o tribunales mixtos, integrados por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión, a fin de que se permita entender los hechos dentro de su contexto cultural y resolver de acuerdo a la equidad. Si no se tiene en cuenta la diversidad cultural, podría darse casos absurdos que en vez de proteger a las personas las pudiesen victimizar más. A veces en los pueblos indígenas se resuelven casos con trabajo comunitario, sanción física y moral y/o la manutención de las víctimas por parte del agresor. Si el mismo caso pasase a los tribunales estatales tal vez la pena sería más gravosa para el autor y menos beneficiosa para las víctimas.⁵⁷².

Segundo Stavenhagen, um dos temas mais importantes e que requer mais atenção é o papel dos tribunais na interpretação e aplicação da legislação nacional e das normas internacionais de direitos humanos em questões relativas aos direitos humanos dos povos indígenas. Sugerindo que haja uma maior e mais constante capacitação dos juízes e operadores de justiça nesta matéria, sendo de extrema importância desenvolver mecanismos para o

⁵⁶⁹ SILVA, Paulo Thadeu da. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p-50-51.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p.50-51.

⁵⁷¹ YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal”. Tomado del capítulo IV.2: Pautas para el reconocimiento constitucional del derecho indígena y su coordinación con el derecho estatal Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999, p. 57.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 57.

reconhecimento e a prática do pluralismo jurídico, ou seja, a coexistência do direito positivo e do direito indígena.⁵⁷³

Esclarece o autor que:

Existen con frecuencia dificultades para el reconocimiento efectivo del derecho indígena, incluso en aquellos países donde el pluralismo jurídico se reconoce oficialmente. Se reportan casos en que decisiones ya tomadas por las autoridades indígenas han sido desechadas por los tribunales nacionales. Aún cuando las cortes se pronuncian a favor de los derechos de alguna comunidad indígena, es posible que las autoridades ejecutivas y legislativas no tomen las medidas necesarias para implementar o reforzar estos avances, obligando a los interesados a acudir nuevamente a los tribunales, con gasto considerable de recursos y tiempo de los cuales con frecuencia no disponen.⁵⁷⁴

A respeito de outras demandas de coordenação e adequação, a autora⁵⁷⁵ posiciona-se pela reforma dos corpos legais, como código penal, processual penal, civil, municipal, leis registras etc., objetivando-se, assim, ordenar a introdução de normas que explicitem esses conteúdos.

Esse posicionamento também se adota no presente trabalho, devendo, além disso, buscar-se uma clarificação sobre a esfera de aplicação do direito dos povos indígenas e âmbito de sua abrangência.

3. Jurisdição pessoal e jurisdição territorial

Quanto à competência territorial de aplicação do direito consuetudinário, Yrigoyen explica que a Convenção 169 da OIT, ainda que se refira aos povos indígenas e tenha um capítulo dedicado ao território e às terras deles, nada especifica a respeito. Nos Acordos de Paz tampouco existe menção expressa, apenas a referência a “*normas que rigen en las comunidades*” (AIPDI, IV,E,4). Assim, segundo a autora, cabe inferir que a competência para regular o direito indígena para a resolução de casos pela justiça indígena é o espaço territorial em que se localizam os povos e comunidades indígenas. Porém podem ocorrer situações jurídicas ou conflitos que se dão fora da comunidade ou povo indígena, mas cujos sujeitos ou matéria são da competência dos povos indígenas. Assim sendo, em tais casos, o direito e a justiça indígenas também poderiam ser competentes para garantir o direito à própria vida cultural das pessoas indígenas comprometidas com a situação de que se trate, esses casos

⁵⁷³ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: Unesco, 2007, p. 121.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 121.

⁵⁷⁵ YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 57.

poderiam ser remetidos à justiça indígena⁵⁷⁶.

No contexto brasileiro, Silva traz o exemplo do *Habeas Corpus* n. 80.240-1, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20/06/2001, onde a questão foi da impossibilidade de uma Comissão Parlamentar de Inquérito intimar um indígena para depor, como testemunha, fora dos limites territoriais de sua área indígena, tendo a petição invocado como fundamentos constitucionais do direito do paciente as normas dos artigos 215, 216 e 231 da Constituição Federal.⁵⁷⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil dispensa tratamento protetivo às manifestações culturais indígenas, e o artigo 216 reconhece os bens de natureza material e imaterial das etnias formadoras da sociedade brasileira como constitutivos do patrimônio cultural brasileiro. Já o artigo 231, § 5º, veda a remoção dos povos indígenas de suas terras. Foi com base nessa argumentação que o Supremo Tribunal Federal deferiu a ordem em favor do paciente, desobrigando-o de atender à intimação expedida.⁵⁷⁸

Nesse caso específico, vislumbram-se algumas observações: primeiramente, por mais que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido um direito individual, este se refere ao grupo, pois o que possibilitou a concessão da ordem de *habeas corpus* foi o paciente ser pertencente à determinada etnia indígena; a segunda está relacionada à aplicação do direito oficial, pois o *habeas corpus* é uma garantia que se refere a esse direito; a terceira é referente à jurisdicional que proferiu a última palavra, pois também ela é oficial.⁵⁷⁹

Conforme se pode perceber, a interdependência dos direitos indígenas, próprios da comunidade indígena, e do direito estatal não possibilita a formação de uma teoria geral que seja capaz de solucionar os conflitos, e assim as decisões seguem apontando soluções muitas vezes antagônicas a cada caso que for submetido à apreciação judicial.

Sobre esse conflito de competência, no que tange à competência pessoal, apesar de a Convenção 169 da OIT trazer alguns artigos que tratam do reconhecimento do direito consuetudinário, dos costumes e instituições, não fazem menção à competência pessoal, conforme se constata no artigo 8. 2. Porém, em matéria de repressão de delitos, refere-se aos métodos que se aplicam aos membros dos povos indígenas (art. 9. 1), podendo interpretar-se que, se esse artigo não limita necessariamente a intervenção da justiça indígena aos membros dos povos indígenas, garante que, nos casos de indígenas, lhes seja aplicado o direito que eles

⁵⁷⁶ YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 52.

⁵⁷⁷ SILVA, Paulo Thadeu da. *Os direitos dos índios...*, cit., p. 187.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 187-188.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 188.

conhecem e do qual participam. Já os Acordos de Paz não estabelecem nenhum limite específico sobre as pessoas que devam submeter-se ao direito e à justiça indígenas. Existem referências gerais sobre a comunidade e sobre os povos indígenas, mas não especifica nada a respeito⁵⁸⁰.

De acordo com Stavenhagen, em geral não existem nem mesmo mecanismos adequados para monitorar a efetividade da legislação indígena e para avaliar sua aplicação na prática cotidiana da Administração Pública e da sociedade. E parte do problema é a ausência de uma política coordenada e sistemática, com a participação dos povos indígenas, que de maneira transversal envolva os diferentes ministérios e órgãos do Estado.⁵⁸¹

Dessa forma, poder-se-ia interpretar que as normas indígenas estão destinadas à regulação ordinária da vida social e da vida interna dos povos indígenas, como parte do seu direito à própria vida cultural. Contudo, para Yrigoyen, se alguém que não é membro do povo indígena intervém em um ato com indígenas, a exemplo de uma transferência de propriedade, do uso de recursos como bosques, águas, será natural que a comunidade aplique suas regras para a regulação de tal fato e para resolver os conflitos que dele se derivem, desde que correspondentes⁵⁸².

Para a autora⁵⁸³, em princípio existe o direito de ser regulado e de ser julgado dentro da própria cultura, e isto vale em geral para todos. Não obstante isso, deve considerar-se que os sistemas jurídicos indígenas têm sofrido um processo de enfraquecimento por seu desconhecimento legal assim como pela intervenção do direito estatal dentro das comunidades, pelo que se requer um processo de fortalecimento.

Nesse sentido, Stavenhagen expõe que existe uma “*brecha de implementación*” entre a legislação e a realidade cotidiana dos povos indígenas. Assim, a plena implementação de qualquer avanço legislativo enfrenta múltiplos obstáculos e problemas, dentre eles o baixo nível de participação dos indígenas na vida política de seus países e, apesar de sua presença em alguns parlamentos nacionais e legislaturas nas províncias, as preocupações dos povos indígenas não encontram suficiente expressão nos trabalhos legislativos, em parte devido a sua marginalização dos processos eleitorais.⁵⁸⁴

Assim, embora em princípio exista um direito de ser julgado pelo próprio direito dentro

⁵⁸⁰ YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 53.

⁵⁸¹ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: Unesco, p. 131.

⁵⁸² YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 53.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁸⁴ STAVENHAGEN, Rodolfo. “*Los pueblos indígenas...*”, cit., p. 117.

da própria cultura, isso não seria obstáculo para que os sistemas jurídicos indígenas possam reagir em defesa de seus membros ou bens, se um terceiro não indígena realiza um fato nocivo contra pessoas ou bens indígenas dentro do âmbito territorial indígena. Isso permitiria não deixar vulneráveis os indígenas frente ao ataque ilegal de terceiros e evitar a intervenção nas comunidades de aparatos estatais que historicamente têm roubado a cultura e o direito indígenas. Nesses casos e em toda situação, os terceiros não indígenas podem demandar que se vele por seus direitos. Dessa forma, tanto os fatos como o direito deveriam ser interpretados interculturalmente.⁵⁸⁵

A intervenção estatal nas comunidades indígenas pode deslegitimar as lideranças responsáveis pela aplicação das sanções penais e causar conflitos de ordem social com consequências irreparáveis, pois gera, no desrespeito às formas de organização indígenas, o perecimento da cultura autóctone.

4. Conflito jurisdiccional

Na forma de julgamento e na aplicação de sanções decorrentes dos conflitos residem os maiores problemas jurídicos, onde se vislumbra a falta de respeito à cultura e à autodeterminação reconhecidas em diplomas legais aos povos indígenas.

Sobre os conflitos jurisdicionais, Stavenhagen esclarece que existem, em casos de disputas, diferentes níveis de administração de justiça aos quais podem se socorrer os interessados, de acordo com as normas tradicionais da comunidade. Quando existem conflitos entre membros da própria comunidade indígena, os afetados utilizam geralmente as instituições próprias, ou seja, o direito consuetudinário. Quando se apresenta um conflito entre indígenas e não indígenas, então se usa de preferência as instituições nacionais. Essa distinção encontra, às vezes, seu respaldo na própria legislação ou prática indigenista. Devido à quantidade de abusos a que estão expostos, os indígenas tendem a evitar, quando possível, socorrer aos tribunais e julgados de “*los mestizos o latinos*”. Mas também existem casos em que se buscam os tribunais com o objetivo de manter vivo um conflito, ou porque crê alguma das partes na possibilidade de, em conflito, obter vantagem procedendo dessa forma⁵⁸⁶.

De acordo com Yamada e Belloque, no âmbito do Direito Penal, os conflitos de diferentes ordens jurídicas e costumes se apresentam com maior nitidez do que nos outros ramos

⁵⁸⁵ YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 52.

⁵⁸⁶ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Entre la ley y la costumbre...*, cit., p. 42.

do Direito. Isso se deve ao fato de que o Direito Penal encontra seu fundamento num conjunto de valorações sociais - e cosmovisão etnocêntrica - a serem protegidas. Justifica-se assim a atuação mais ostensiva do Estado, qual seja a de considerar-se legítimo para imputar uma pena, geralmente com alto grau aflagante, à pessoa que comete um ato definido em norma como infração criminal. Assim, o não reconhecimento das formas distintas de organização social, dos costumes e tradições, dos valores e da moral indígenas (tal como prevê o art. 231 da Constituição Federal brasileira), no processo criminal, compromete a garantia do tratamento justo, a ser dispensado aos índios (agressores ou agredidos), seus familiares e, por vezes, até mesmo às suas comunidades⁵⁸⁷.

As autoras trazem, abaixo, exemplo de caso de prática de homicídio entre indígenas que vivem autonomamente, de acordo com seu modo tradicional de vida, situação que raramente chega ao conhecimento das autoridades estatais. Porém, em tais casos, impõe-se a seguinte indagação: diante do conhecimento da morte de tais indígenas pelas autoridades locais, ou por se tratar de ato cometido fora da comunidade indígena, como deve se posicionar o Estado na aplicação do Direito Penal?⁵⁸⁸

O caso do índio Sorias, da terra indígena Yanomami⁵⁸⁹, em Roraima, exemplifica o questionamento sobre a aplicabilidade do Direito Penal brasileiro como resposta estatal necessária. Sorias matou sua mulher, Suruwei, a facadas por traição no casamento, quando esta se encontrava na cidade de Boa Vista, recebendo tratamento de saúde. O caso foi levado às autoridades locais, que prenderam o índio Sorias preventivamente, impedindo-o de voltar à aldeia.

O Delegado da Polícia Federal, encarregado do inquérito policial, solicitou a verificação da capacidade do índio e de sua imputabilidade. A Procuradoria Jurídica da Funai requereu ao MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Roraima, responsável pelo processo em questão que, à luz do Estatuto do Índio, no lugar do exame de sanidade e de desenvolvimento mental incompleto sugerido, se procedesse a uma leitura técnica mais abrangente e circunstancial do incidente através de laudo antropológico específico. Isso porque

⁵⁸⁷ YAMADA, Erika; BELLOQUE, Juliana. “Pluralismo jurídico...”, cit., p. 122.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 128-130.

⁵⁸⁹ Os Yanomami são considerados índios de pouco contato com a sociedade nacional e conservam quase que praticamente intocados seus usos, costumes, tradições e línguas.

se trata de conduta de concessão cultural típica da etnia indígena Yanomami, e não de incapacidade mental. Assim, foi realizado exame técnico por antropóloga da FUNAI⁵⁹⁰.

O laudo antropológico do caso Sorias revelou que, entre os Yanomami, é comum o marido matar a mulher que faz sexo com outro índio.

"Os Yanomami costumam também dar grande surra, quebrar cabeça, cortar mão ou pé, para que a mulher fique marcada e sofra. A adúltera é abandonada pelo parceiro e sua família a leva de volta para a aldeia de origem. A morte da mulher inicia uma guerra, porque os parentes querem vingança, matando outros índios da família do marido. Sorias não conhece a lei do branco, nem sobre ficar preso por matar"⁵⁹¹.

Explica o estudo que:

"de acordo com a cultura Yanomami, quando alguém morre, seu corpo é queimado por longas horas. Acabado o fogo, os ossos são recolhidos e pilados até se transformarem em pó, que é guardado em uma cabaça, na casa dos pais ou do parente mais próximo do morto. No caso de o falecido ter sido morto por outro Yanomami, as cinzas ficam guardadas por tempo indeterminado, enquanto os parentes discutem sobre o castigo a ser infringido. Na maioria das vezes, a penalidade constitui-se em 'ataques' surpresa à aldeia do índio a ser castigado, quando, então, os parentes do morto lhe dão surras homéricas, munidos de pedaço de pau. O resultado dificilmente acaba em morte, ainda que ela possa ocorrer, em função da violência da surra. O 'ataque' se repete, as surras também. A quantidade de 'ataques' e de surras não é estabelecida previamente; ocorre de acordo com a necessidade de vingança, em razão da qualidade/condição do morto - avós, pais, filhos, netos e assim por diante. Concomitante aos 'ataques' e surras, o índio a ser castigado fica isolado de seus parentes e proibido de participar de qualquer atividade em grupo (caça, pesca, coleta, festas, cerimônias etc.), bem como fica proibido o contato/relacionamento com mulheres. Em ocasião propícia, determinada pela família do morto, os parentes fazem uma grande quantidade de mingau de banana verde, ao qual são misturadas as cinzas e, em seguida, o mingau é comido por todos os parentes do morto. A partir daí, o ritual fúnebre é encerrado"⁵⁹².

Conclui o exame antropológico que a penalidade ao adultério é prevista na tradição Yanomami apesar de não ser a morte sua única alternativa. Também informou o laudo que Sorias não fala nem entende português, vive aldeado, segue as rígidas normas sociais de sua cultura e conhece as tradições e proibições que regem a vida de seu povo. O índio Sorias não tem o hábito de sair de sua aldeia e tem pouquíssimo contato com não índios. No momento da morte de sua mulher, estava na cidade visitando-a no posto de saúde.⁵⁹³

Tendo em vista o fato de que o índio Sorias não conhece as leis, normas e códigos da sociedade nacional; não sabe o que é crime e que sua conduta é uma atitude a ser punida com

⁵⁹⁰ Exame Técnico 02/PGF/PFE-FUNAI/05 elaborado pela Antropóloga Sílvia Regina Brogiolo Tafuri em 24.08.2005.

⁵⁹¹ Ponto 6 Exame Técnico 02/PGF/PFE-FUNAJ/05.

⁵⁹² Entrevista com Sorias Yanomami, Exame Técnico 02/PGF/PFE-FUNAJ/05.

⁵⁹³ YAMADA, Erika; BELLOQUE, Juliana. "Pluralismo jurídico...", cit., p. 130.

uma sanção penal, dada a reprobabilidade da sociedade envolvente; e não conhece julgamento ou prisão, há de se questionar a aplicabilidade do art. 121 do Código Penal. O índio Sorias vive sob a ordem dos códigos e penalidades de sua comunidade. Ao tempo do exame antropológico, vencida a prisão preventiva, Sorias encontrava-se na aldeia, sofrendo as consequências pela morte de sua esposa, tais como isolamento, execração, surras e demais penalidades impostas pelos costumes e tradições Yanomami.

No caso em questão, seguindo os usos, costumes e tradições indígenas, o índio que matou, ciente de seu ato e suas consequências perante a comunidade, já estaria respondendo pela ofensa, independentemente de ação penal e de uma condenação estatal. Apesar do pedido formulado pela Funai pelo arquivamento do inquérito, tendo em vista os usos e costumes da sociedade Yanomami, o caso encontra-se em andamento na 2º Vara Federal de Roraima, processo 2000.42.00. 000870-1, qualificado formalisticamente como homicídio simples, crime de competência do Tribunal do Júri.⁵⁹⁴

Yamada e Belloque⁵⁹⁵, tecendo as considerações sobre o caso ocorrido com os Yanomamis, vislumbram claramente a necessidade constitucional de respeitar a organização social e os costumes de um povo indígena, pois, quando o Direito Penal e seus aplicadores tratam o homicídio retratado de forma geral, sem considerar as especificidades do caso indígena, ou seja, sem considerar a forma de organização social e de justiça do povo Yanomami, coloca em risco o direito individual do índio e o direito coletivo de todo um povo.

Quando não se respeita o pluralismo jurídico e a existência de respostas penais que não as previstas no Direito Penal, impede-se que os índios vivam e se organizem com seus costumes e tradições. No presente caso, os Yanomamis querem ver respeitados o seu agir social, tanto na resposta ao adultério quanto na condenação do ofensor da vida a uma pena tradicional da aldeia.⁵⁹⁶

Assim, de acordo com o entendimento de Yamada e Belloque, a aplicação do Direito Penal, sem atentar ao pluralismo, não corresponde a uma resposta satisfatória, pois impõe como resposta uma medida que não servirá para a prevenção de futuros ‘crimes’, ao mesmo tempo em que não pode ser considerada retributiva ao ponto de substituir uma necessária resposta da sociedade indígena - que trabalha com seu próprio código de castigos e expiações - para aquela conduta. O julgamento ou a prisão de Sorias apenas protelaria a angústia da família da ofendida

⁵⁹⁴ YAMADA, Erika; BELLOQUE, Juliana. “Pluralismo jurídico...”, p. 131.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 131.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 131.

em punir o ofensor, ou mesmo frustraria tal punição, caso o índio fosse removido para um estabelecimento prisional fora da aldeia. Para as autoras, permitir, nessas hipóteses, a aplicação das regras culturalmente aceitas pelos povos indígenas não significa o completo afastamento do Direito Penal. Pois este, apesar de permitir outra solução que não aquela prevista abstratamente nos tipos penais, continua atuante no que toca ao cumprimento de suas finalidades, possibilitando, ademais, a realização da justiça material no caso concreto, segundo as expectativas dos envolvidos e de suas comunidades⁵⁹⁷.

A solução apresentada pelas autoras seria a de que para os grupos indígenas com maior interação com a sociedade nacional, que estão minimamente cientes da organização estatal, cujo entendimento do conceito de crime e de repressão é presente, mesmo que incompletamente, há que se analisar caso a caso também com muita cautela. Assim, tal análise deve envolver tanto a complexidade de valores envolvidos no cometimento do que chamamos de crime por um índio, quanto sua possibilidade de entendimento da sua ação diante da estrutura social e punitiva da sociedade brasileira. Aí reside a importância do laudo antropológico no processo criminal que envolve indígenas, pois o respeito ao pluralismo também enseja o direito de os índios utilizarem-se da Justiça Penal brasileira para a resolução de seus conflitos, quando assim entenderem adequado. Consideram que nem sempre o afastamento da repressão Estatal é benéfico⁵⁹⁸.

Em Roraima, os índios Makuxi, em contato com não indígenas há mais de 300 anos, têm resolvido as ofensas internas, inclusive contra a vida, de forma mista. Quando o conflito, ou seja, a animosidade da comunidade após a morte de um índio por outro índio não se resolve internamente, as lideranças levam o caso às autoridades estatais, lavram boletim de ocorrência na delegacia, solicitam a intervenção da força policial e submetem o ofensor a julgamento pela Justiça Penal brasileira. Devido à excessiva morosidade e ao tratamento discriminatório do aparato estatal contra os índios, são bastante conhecidos os casos de arrependimento de submissão do índio à "justiça do branco".⁵⁹⁹

No ano de 2005, um índio da etnia Makuxi, já idoso, matou outro índio idoso por motivos ignorados. Em seguida, o filho do falecido resolveu vingar o ofensor de seu pai e, encontrando-o, provocou sua morte. Como resposta, o filho deste buscou e prendeu o jovem que havia matado seu pai. A comunidade entendeu que o filho do falecido que primeiro havia

⁵⁹⁷ YAMADA, Erika; BELLOQUE, Juliana. "Pluralismo jurídico...", p. 131-132.

⁵⁹⁸ *Ibidem.*, p. 132.

⁵⁹⁹ *Ibidem.*, p. 132.

matado não poderia matar nem torturar aquele que vingou a morte de seu pai. As lideranças e autoridades comunitárias determinaram, então, que o jovem que havia matado o idoso permanecesse preso na comunidade, livre de tortura, para responder à animosidade do outro jovem também órfão de pai. Optaram por não chamar a polícia nem iniciar processo criminal⁶⁰⁰.

Concluem as autoras, abordando a instituição estatal do Júri:

Assim se estabeleceu o júri popular como a instituição mais democrática do Poder Judiciário estatal. Sua valia, no entanto, depende da representatividade, dentre os jurados, das várias raças, etnias e culturas que constroem a sociedade brasileira. Abandonado esse critério, não passará o Tribunal do Júri de mais um instrumento de poder posto para servir à dominação econômica e cultural de um grupo sobre outros, como ocorre atualmente no que tange à preservação dos costumes e dos interesses dos povos indígenas.⁶⁰¹

Sobre a existência de sistemas penais originários na América Latina, Jiménez traz o caso da Colômbia, onde a Corte Constitucional, assentada em sólida doutrina com base na realidade jurisprudencial, elaborou autêntica teoria científica no campo do direito indígena. Assim, conforme a Constituição desse país, qualquer pessoa que seja reconhecida em seu grupo tribal como autoridade pode exercer a função jurisdicional de resolver os conflitos mais graves de convivência e impor a correspondente sanção, a qual pode ser mais benigna ou mais severa que aquela que corresponderia no direito estatal para idêntico comportamento. Admite, inclusive, a possibilidade de que se tipifiquem no direito indígena, como delitos ou faltas, condutas que não gozam dessa qualificação no ordenamento estatal⁶⁰².

A respeito do reconhecimento e os limites do direito indígena na Colômbia, o autor esclarece que a Corte Constitucional tem reconhecido, de forma muito ampla, a capacidade dos povos indígenas para criar e aplicar suas próprias normas penais sempre e quando se respeitem alguns limites básicos, como respeito mínimo ao marco dos direitos fundamentais, como o direito à vida, à integridade física, proibição de tortura e proibição de escravidão, desde que haja legalidade do procedimento, do delito e da pena. Nesse sentido, a Corte Constitucional da Colômbia não tem se oposto a que comunidades indígenas que pretendem recuperar seu direito consuetudinário, determinem seu próprio sistema punitivo sempre que se respeitem certos princípios como o que impõe a necessidade de que a pena seja proporcional ao delito. Chega mesmo a considerar que, quando se satisfazem determinados requisitos territoriais e pessoais, o indígena adquire um autêntico direito a seu próprio foro, que é titular da faculdade para que

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 132. YAMADA, Erika; BELLOQUE, Juliana. “Pluralismo jurídico...”, p. 132.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 132.

⁶⁰² JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *¿Existe un Derecho...*, cit., p. 107.

seja ajuizado conforme as suas normas e procedimentos e pelas autoridades tribais correspondentes⁶⁰³. Seria, assim, uma possibilidade de se efetivar o direito próprio segundo sua própria jurisdição.

Jiménez esclarece, ainda, que existe, em alguns povos originários da América Latina, um sistema de regras autóctones que estão destinadas a resolver os conflitos mais graves de convivência. Existem procedimentos para determinar a presença ou ausência e o grau de responsabilidade dos acusados, e existem autoridades encarregadas de aplicar essas regras e dirigir os correspondentes processos. Sobre a existência desse sistema penal, não há nenhuma dúvida⁶⁰⁴. Como argumentos, o autor aponta também a aprovação da Convenção 169 da OIT, que reconhece aos povos indígenas o direito a transmitir justiça de acordo com suas próprias instituições, reconhecimento que implica uma existência prévia. Cita como argumento os muitos casos que se têm julgado pelas instâncias judiciais e suprajudiciais e nos quais se leva em consideração um ajuizamento anterior conforme um ordenamento prévio de acordo com um ordenamento indígena, a exemplo do caso de três anos de trabalhos forçados e “cepa” marcava a punição pelo costume, e foi condenado a oito anos, primeiro, e a vinte depois⁶⁰⁵.

Nessa direção, a primeira parte do art. 9º, da Convenção OIT 169, dispõe que os métodos costumeiramente utilizados pelos povos indígenas para tratar de ofensas cometidas por seus membros deverão ser respeitados, desde que sejam compatíveis com o sistema legal nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos:

Art. 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.
2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Conforme explica Jimenez, não é necessário seguir aprofundando em um maior nível argumentativo para tentar demonstrar aquilo que aparece como evidente: existe o direito penal indígena ou, se assim preferir, existe esse sistema regulado de infrações e sanções que aporta soluções ante os fatos que constituem os conflitos mais graves de convivência. Porém questão distinta é o grau de evolução, diferente em cada povo, em cada aldeia, em cada comunidade⁶⁰⁶.

⁶⁰³ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *¿Existe un Derecho...*, p. 108.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 109-110.

Nos ordenamentos jurídicos autóctones, o autor explica que se pode perceber uma mistura de instituições originárias com outras que procedem da época colonial. Assim, algumas sanções, como a aplicação do “*fuate*” ou o “*cepo*”, são oriundas do direito espanhol anterior à independência. Porém isso não deve constituir nenhum obstáculo para afirmar que se trata de um ordenamento autóctone. Todo sistema jurídico vem a ser conformado por instituições da própria tradição e outras que têm exercido uma forte influência desde culturas e civilizações diferentes. Não existe nenhum sistema jurídico em «estado puro», mas todos são o resultado do espírito da influência das culturas que têm exercido seu peso na nação correspondente ao largo de seu desenvolvimento histórico. O próprio sistema penal espanhol mostra, todavia, instituições que procedem do direito romano, do germânico, do napoleônico, do anglo saxão, ou de os atuais alemão ou italiano. É lógico, portanto, que o direito indígena manifeste uma grande influência do direito espanhol da Colônia⁶⁰⁷.

Para Jimenez, em algumas ocasiões, se utilizam as estruturas de poder das autoridades para fazer valer determinados interesses, assim também se conhecem casos em que se instrumentaliza o aparente recurso a uma instituição de direito consuetudinário como mecanismo de vingança particular. Porém essas imperfeições do funcionamento do sistema de administração comum não devem conduzir à ideia de que isso se constitui na regra geral. Se tivéssemos que exigir um funcionamento ótimo ao mesmo sistema estatal de justiça, acabaríamos rejeitando-o, especialmente nos países latino americanos. O que o autor considera relevante a esses efeitos é que, no momento atual, existe uma forte consciência de querer resolver os conflitos no seio das comunidades em conformidade com o próprio direito, e essa vontade está dirigida a satisfazer o objetivo de pretender melhorar a aplicação das regras destinadas a solucionar os problemas. A questão não reside tanto no acúmulo de imperfeições existentes em um e outro ordenamento (o comunitário e o oficial), senão em elucidar, no âmbito interno da comunidade, qual dos dois direitos, o originário ou o estatal, resolve de maneira mais satisfatória — e, por que não dizer mais justa — os conflitos que surgem em seu seio⁶⁰⁸.

Não se pode perder de vista que os indígenas formam uma sociedade à parte, conforme lembra Pontes, pois as suas normas são diferentes, além do que não convivem com a noção da nossa sociedade do que seja a estrutura estatal⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *¿Existe un Derecho...*, cit., p. 110.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 111.

⁶⁰⁹ PONTES, Bruno. *O Índio e a Justiça...*, cit., p. 173.

Chama a atenção Jiménez, ainda, para o fato da diversidade de sistemas, que variam em cada etnia; exemplificando, cita o sistema punitivo indígena que se manifesta de maneira diferenciada em cada cultura. Assim, explica que a forma de castigar dos quechuas de Cotacachi, por exemplo, não tem nada a ver com a empregada pelos Kuna de Tubualá. Porém vamos encontrar certos elementos comuns na maioria dos conjuntos normativos originários. A heterogeneidade, não obstante, é uma característica que deriva da rica diversidade de culturas aborígenes⁶¹⁰.

Explicativa, também, a respeito do sistema punitivo é a resolução da Corte Colombiana, sentença T-254/94:

Un poblado indígena impuso la sanción de expulsión a uno de sus miembros al que acusó de perpetrar varios hurtos. El tribunal aceptó la forma de enjuiciamiento y la autoridad del órgano que impuso la mentada pena, pero otorgó la tutela al demandante porque entendió que el destierro del condenado y de su familia era desproporcionado y afectaba a miembros inocentes (su familia). De ahí que decidiese que la comunidad impusiese otra sanción más acorde con ciertos principios básicos del derecho penal. «La conducta punible por la que el petente fue sancionado se relaciona con el hurto de cultivos, animales y productos agrícolas. La sanción impuesta por la comunidad indígena fue la de expulsarlo junto con su familia del territorio indígena. Según el afectado, las directivas no aceptaron su propuesta de ausentarse voluntariamente siempre y cuando permitieran que sus hijos permanecieran en la parcela a él adjudicada».

Silva traz a lume dois casos também da Corte Constitucional Colombiana. O primeiro envolvendo um índio que teria sido apenado com desterro pela Comunidade Indígena El Tambo, onde a Corte considerou que as normas legais imperativas da República primam sobre os usos e costumes das comunidades indígenas, sempre e quando protejam diretamente um valor constitucional superior ao princípio da diversidade étnica e cultural, sendo que a plena vigência dos direitos fundamentais constitucionais nos territórios indígenas se constitui em limite ao mesmo princípio antecipado. Amparados nessa fundamentação, decidiram os juízes pela aplicação do princípio do devido processo legal ao caso do recorrente, o que lhe havia sido negado até então, além do que a penalidade de desterro aplicada o foi também aos familiares do acusado⁶¹¹.

O segundo caso relatado⁶¹², da Comunidade Indígena Páez, onde a interpretação foi reforçada e cuja Assembleia aplicou a pena a um índio que consistia em chibatadas aplicadas na parte inferior da perna e também a de desterro. Assim, nesse caso, ficou expresso que o

⁶¹⁰ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *¿Existe un Derecho...*, cit., p. 111.

⁶¹¹ SILVA, Paulo Thadeu da. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 189-190.

⁶¹² *Ibidem*, p. 190.

intérprete, ao ponderar os interesses que possam enfrentar-se em um caso concreto, tem que atender à regra da maximização da autonomia das comunidades indígenas e da minimização das restrições indispensáveis para salvaguardar interesses de superior hierarquia, isso em um contexto que expresse um consenso intercultural sobre o que verdadeiramente resulta intolerável por atentar contra os bens mais valiosos da pessoa. Assim, ficou assentado que o açoite é considerado, naquela comunidade, como elemento purificador, necessário para que a pessoa a quem se imputa a falta se sinta liberado, dessa forma, a pena imposta não se caracterizava como cruel nem como tortura.

Com relação ao primeiro caso, de aplicação da pena de desterro, a Corte entendeu ser a pena possível, pois que o acusado havia caluniado e desautorizado a liderança da comunidade, e as penas para essas faltas eram as aplicadas; portanto, eram previsíveis, aliado ao fato de que nenhuma das penas afrontou o direito à vida, a proibição da escravidão e a proibição da tortura.⁶¹³

Na Sentença T-496/96, da mesma Corte Constitucional, encontra-se a seguinte orientação a respeito do conflito de competências:

«2.4.2. El conflicto de competencias entre la jurisdicción páez y la Jurisdicción Nacional. Derecho al reconocimiento del fuero indígena. De acuerdo con lo establecido en esta providencia, el fuero indígena conjuga dos elementos: el personal, que establece que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, y el territorial, que permite a cada comunidad juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio».

Nessa questão, entre as jurisprudências mais relevantes e que não oferecem lugar a dúvidas, encontram-se as sentenças emanadas pelo Tribunal Constitucional Colombiano. Entre outras, podem ser citadas as seguintes: T-567/92, T-380/93, C-058/94, T-254/94, C-139/96, T-349/96, T-496/96 e T-523/97.

Segundo Jiménez, a jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano representa, nesse quadro, uma das doutrinas mais autorizadas e fundamentadas tanto no plano teórico como no prático⁶¹⁴.

Nas pesquisas de campo, percebe-se que, em muitos casos, dá-se a convivência dos ordenamentos comunitário e estatal, como pode ser observado nos depoimentos que se seguem de casos da Aldeia Bororó, no município de Dourados, estado de Mato Grosso do Sul.

⁶¹³ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *¿Existe un Derecho...*, cit., p. 190.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 190.

Indagado sobre qual ordenamento jurídico deve ser respeitado na aldeia em que vive, o Cacique Guarani-Nhandeva P. acha que eles (povos indígenas) têm que ser respeitados, que os direitos dos índios têm que ser respeitados: “se for para levar para a Federal, tudo bem, aí o conselho vai estar aqui e vamos levar ele para a Federal, se for decidido aqui. Mas se não for, vamos punir ele aqui, pois aqui é a nossa cultura, se for necessário levar ele para lá aí vamos levar e entregar ele lá”.⁶¹⁵

Ainda sobre o sistema de punição, a indígena Guarani-Kaiowá E.⁶¹⁶ relatou que, no caso de uma separação de casal que tenha por motivação a agressão de um dos cônjuges, são estabelecidos castigos, como “carpir com o enxadão, amontoar e carregar pedras em uma bolsa nas costas e trabalhar pelado”, sendo que, para eles, “o pior castigo é o de trabalhar nu”.

Percebe-se a interferência do colonizador nos hábitos e princípios morais, pois o costume de andar nu foi, além de abandonado, transformado em vergonha.⁶¹⁷

Indagada sobre se existiriam outros castigos no caso de brigas que culminavam em esfaqueamento ou algo mais grave, E. explicou que “aí vai para a justiça dos brancos”.⁶¹⁸

D.⁶¹⁹, índia Guarani-Nhandeva, falando sobre os castigos, explicou que, no caso de separação de casais, a punição para o culpado era trabalhar no posto da FUNAI. Disse também que, quando existe briga mais grave, “a polícia pega e leva”.

Nesse sentido, esclarece Jiménez, sobre essas ocasiões em que há *coabitação* entre o sistema penal originário dos povos indígenas e o sistema oficial, quando uma determinada comunidade exerce sua faculdade para processar fatos, objeto de sua competência, com solução de seu próprio direito, em princípio, não tem limites em razão da matéria. Assim, se encontra legitimada tanto para dirimir um caso de furto, como de estupro ou assassinato, mas haverão de cumprir pressupostos mínimos, ou seja, os de que exista, no meio de cada povoado, uma vontade comum de administrar sua própria justiça, que se siga uma lei imposta pela tradição e que se respeitem as regras básicas do devido processo. Daí observa-se o reconhecimento de sistemas aborígenes autóctones absolutamente autônomos que encontram reconhecimento e

⁶¹⁵ Cacique Guarani-Nhandeva P, *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao pão novo...*, cit., p. 149.

⁶¹⁶ E. é índia Guarani-Kaiowá, tem 32 anos, tem seis filhos e é casada com A., de 22 anos; mora na Aldeia Bororó.

⁶¹⁷ Nesse sentido, Souza Filho traz que: “os povos e costumes também foram alterados. Aos poucos se foi cobrindo as ‘vergonhas’ dos índios, retirando suas armas, branqueando a cor de sua pele e o sentimento de sua religiosidade. A natural nudez virou vergonha [...]”. *in* SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 33.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 150.

⁶¹⁹ D. é índia Guarani-Nhandeva, à época da entrevista tinha 35 anos, é casada com Epitácio, também Guarani-Nhandeva, tem seis filhos, mora na Aldeia Bororó, *in* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao pão novo ...*, cit., p. 150.

legitimidade no texto constitucional e em outros instrumentos internacionais como na Convenção 169 da OIT. Também observa-se, e não é incomum, que se encontrem outros povos que não mantiveram seu próprio direito e que se socorrem do aparato da justiça Estatal para resolver seus conflitos pelas vias jurídicas⁶²⁰.

O autor atenta, ainda, para o fato de ser bastante comum comunidades que empregam uma dupla via de ajuizamento para manter a convivência pacífica. Nos casos menos graves e mais frequentes, como furtos e roubos de pequeno valor, lesões, atentados à honra, usurpação de terras, fatos imprudentes, são submetidos a sua competência com adoção das regras tradicionais de solução de conflitos, e, em casos de maior gravidade, como estupro, assassinato ou tráfico de drogas, são levados aos órgãos jurisdicionais estatais⁶²¹. Produz-se, assim, uma singular fórmula de coabitação entre ambos os sistemas jurídicos que não apresentam demasiados problemas.

Para Jiménez, as causas em virtude das quais se estabelece essa delimitação de competências são de diversas índoles. Existem povoados muito isolados e pequenos onde nunca conheceram grandes atentados individuais ou sociais e, somente quando tiveram maior contato com o mundo exterior, esses fatos de maior relevância ocorreram. Em outros, ao contrário, se veem assolados por novas formas de criminalidade, contra as quais nada pode fazer seu direito ancestral. Existem, também, comunidades que remetem à justiça ordinária exclusivamente os casos de homicídio e exercem seu próprio direito para o resto das infrações que perturbem a ordem social⁶²².

No Brasil, são exemplos dos povos mais isolados os Korubos⁶²³, que vivem quase sem contato com os não indígenas. Ao contrário, temos os Guarani-Kaiowá, Guarani - Nhandeva e Terena, que habitam as aldeias Jaguapirú e Bororó, localizadas ao lado da cidade de Dourados, Mato Grosso do Sul, que, por morarem ao lado de uma cidade de porte médio, estão em contato frequente com todos os tipos de crimes graves que ocorrem dentro e fora das aldeias.

Lembra-se, então, na realidade pluriétnica do Brasil, o que antropólogo francês Claude Lévi-Strauss afirmou:

⁶²⁰ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *¿Existe un derecho...*, cit., p. 118-119.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 119.

⁶²² *Ibidem*, p. 119.

⁶²³ O Brasil é o país que possui o maior número de povos não contactados em todo o mundo. Na Terra Indígena Vale do Javari, no Amazonas, encontram-se sete grupos de índios isolados: Cabeceiras do Igarapé Santana e do Igarapé Flexeira, Korubos, Isolados do Rio Coari-Rio Branco, Isolados do Rio Quixito, Isolados do Rio Jandiatuba, Isolados do Alto Rio Jutaí, Isolados dos rios Jaquirana/Amburus (https://pt.wikipedia.org/wiki/Povos_isolados, acesso em 05/10/2018).

Nós não estamos em contato com um povo de cultura primitiva, nem em contato com um povo de cultura paralela. Nós estamos tendo a oportunidade de viver uma outra humanidade, com uma outra ética, outra moral, outra visão do mundo.⁶²⁴

Essas realidades e humanidades tão distintas em um só país levam à reflexão sobre de que forma se pode assegurar uma resolução judicial mais eficiente e que mais resguarde a cultura dos povos indígenas.

5. Critérios para resolução judicial entre as normatividades distintas

As distintas normatividades, ou seja, as idiosincrasias existentes entre o sistema punitivo indígena e o direito positivo, podem trazer um complicador quando o caso é submetido a julgamento, revelando a falta de completude e interação entre essas normatividades existentes no mesmo território, o que poderia sugerir uma incompletude do direito vigente em um determinado país composto de várias etnias indígenas, cada qual com seu código próprio de regras e valores, o que se assemelharia aos casos difíceis abordados por Ronald Dworkin.

Na visão de Dworkin, o Direito não pode ser incompleto assim, deixando espaços a serem preenchidos. Para ele:

[...] cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles. Por el contrario, mi argumentación supone que, con frecuencia, abogados y jueces razonables estarán en desacuerdo sobre los derechos, así como ciudadanos y estadistas discrepan en cuanto a los derechos políticos.⁶²⁵

Esclarece Sgarbi que a Constituição Brasileira, segundo dispõe o artigo 231, reconhece o caráter jurídico da normatividade indígena. Porém, ainda que o Estado brasileiro reconheça o direito indígena, assume o *jus puniendi* de certos delitos, a exemplo do homicídio, desconsiderando outros comportamentos. Isso ocorre devido ao caráter dominante ou hegemônico do Direito do Estado Brasileiro, prevalecendo sobre o Direito Indígena⁶²⁶.

⁶²⁴ Cf. PONTES, Bruno, *O Índio e a Justiça...*, cit., p. 173.

⁶²⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1997, p. 146.

⁶²⁶ SGARBI, Adrian, *Introdução à Teoria...*, cit., p. 46.

Lembra, ainda, o autor os artigos 56 e 57 da Lei 6.001/1973, que estabelecem, respectivamente: “No caso de condenação do índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”, e “será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, se sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.⁶²⁷

Há de se desenvolver uma maneira, através de instrumentos adequados, para que se respeitem a tradicionalidade dos povos indígenas, o seu modo de ser e de viver, garantindo-se o seu direito da igualdade nas diferenças, e apesar das diferenças.

De acordo com Habermas, uma minoria discriminada somente obterá a igualdade de direitos por meio da separação com a condição improvável de sua concentração espacial. De outra forma, os problemas antigos reaparecerão com outros sinais. O problema das minorias “inatas”, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, intensifica-se nas sociedades multiculturais. Porém, quando estas se organizam como Estados democráticos de direito, surgem diferentes caminhos para se chegar a “uma inclusão ‘com sensibilidade para as diferenças’ [...] acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias”.⁶²⁸

O reconhecimento e a compreensão dessa autonomia cultural são fundamentais para que se possam construir formas de convívio pacífico em meio à diversidade cultural, que também é dotada de conflitos, mas é a partir do diálogo que se construirá uma sociedade que respeite o viver próprio de cada povo.

Rawls afirma que uma sociedade bem ordenada não apenas está planejada para promover o bem de seus membros, mas regula-se efetivamente por uma concepção pública de justiça. Ou seja, uma sociedade na qual todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça e na qual as instituições sociais básicas satisfazem esses princípios e se tem consciência disso. Dessa forma, embora os homens possam fazer excessivas exigências mútuas, eles reconhecem um ponto de vista comum a partir do qual suas reivindicações podem ser julgadas. Esse sentido público de justiça torna possível a associação segura contra uma possível inclinação dos homens aos seus interesses próprios, baseada na vigilância de uns sobre os outros. No entanto o autor assinala que, entre indivíduos com objetivos e propósitos

⁶²⁷ SGARBI, Adrian, *Introdução à Teoria...*, p. 47.

⁶²⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro...*, cit., p. 166.

diferentes, uma concepção partilhada de justiça estabelece os vínculos da convivência cívica, de forma que o desejo geral de justiça limita a persecução de outros objetivos. Para ele, “pode-se imaginar uma concepção de justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem ordenada”.⁶²⁹

Para o indígena Guarani/Nhandeva A., habitante da Aldeia Jaguapirú, na Reserva Indígena Francisco Horta Barbosa⁶³⁰, a justiça seria seguir os seus próprios códigos, pois o direito indígena está vivo em sua comunidade. Assim, para ele:

Em todo e qualquer lugar o ser humano sempre se guia muito por instinto, e se você vive na cidade, você tem o instinto da cidade, você tem o instinto de sobrevivência na cidade. Nós, em nosso caso, não somos nem da cidade nem da floresta, no entanto, em nosso sangue tem um instinto que veio nos guiando durante toda a nossa história e, quando alguma coisa acontece, o nosso instinto nos leva a praticar, a se comportar de acordo com o que nosso código preceituava, mesmo sem a gente conhecer. Hoje, por exemplo, se existe um problema, dificilmente se fala “vamos levar o problema para a polícia lá fora”. Não, vamos levar para nosso Capitão, para ver como resolvia isso antigamente. Instintivamente, se tenta aplicar isso, ele está vivo, mas ele só não está aplicado entre os brancos, aqui nas quatro divisas, ele ainda está vivo. Eu creio que ele deveria ser respeitado e aproveitado naquilo que faz bem para a comunidade, porque ele pode fazer bem para uns e mal para outros, mas naquilo que se aproveita para o todo seria bom⁶³¹.

Na medida em que essas regras primárias, valores e princípios divergem, dentro de uma mesma comunidade, pelo fato de essa sociedade sofrer pressões externas de tal relevo que a impede de buscar um consenso para o bem viver, não ocorre a efetivação da justiça cultural, pois ocorre a negação do direito do outro.

Sobre a jurisdição indígena, no âmbito dos povos indígenas do Brasil, Souza Filho, relata que quem visita uma aldeia Yanomami ou conhece o exercício determinado da liderança de Kroukenoum em Mãe Maria⁶³², não alegaria qualquer norma do direito brasileiro em caso de ter seus direitos violados, pois o que rege essas comunidades é a ordem interna, é o direito que aquele povo escolheu, respeita e pratica. Caso ocorram conflitos, quem decidirá será a autoridade política, o pajé ou o conselho de anciãos. Assim sendo, é incontestável que os

⁶²⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 5.

⁶³⁰ A Reserva Indígena Francisco Horta Barbosa se localiza na cidade de Dourados, estado de Mato Grosso do Sul, é constituída pelas Aldeias Bororó e Jaguapirú, e abriga três etnias: os Guarani-Kaiowá, os Guarani-Nhandeva e os Terena. Cerca de 11.000 indígenas habitam a Reserva.

⁶³¹ Guarani-Nhandeva A., *apud* UJACOW MARTINS, Tatiana. *Direito ao pão novo...*, cit., p. 207.

⁶³² Kroukenoum é a autoridade política e espiritual do povo Gavião, os parkategê do sul do Pará. Mãe Maria é a terra indígena que ocupam às margens do rio Tocantins.

grandes povos indígenas do Brasil mantêm uma jurisdição própria, como sistema de julgamento e decisão segundo regras conhecidas e respeitadas pelo grupo, porém a lei brasileira não o reconhece⁶³³.

Lembra Souza Filho que o próprio Estatuto do Índio dispõe que deveriam ser respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos e negócios realizados entre índios, “salvo se optarem pela aplicação do direito comum” (artigo 6º). Mas não há resposta sobre quem aplica essa norma subsidiária; será o juiz federal da sessão correspondente, ou o simples pedido para que um juiz “comum” julgue é o bastante para reconhecer a opção que afaste a norma subsidiária?⁶³⁴

Esclarece, ainda, que esse artigo 6º parece estar possuído de uma inafastável vocação ao desuso. As relações de família, a ordem de sucessão, o regime de propriedade e os negócios jurídicos conformam um direito próprio que, ou existe, respeitado ou clandestino e o povo por ele se rege, ou não existe e não haverá lei que o faça subsistir.

Quanto à responsabilidade penal dos indígenas, Souza Filho lembra que o mesmo Estatuto do Índio faz a ressalva da possibilidade de aplicação de sanções penais, que poderão ser feitas (toleradas, diz a lei) pelas autoridades indígenas, desde que não se revistam de caráter cruel ou infamante (artigo 57). Esse dispositivo é um convite à reflexão, com vários objetos. O que significa, juridicamente, tolerada? A que princípio responde a separação civil/penal? O que são penas de caráter cruel ou infamante? Seguramente, esse dispositivo revela uma intolerância e auto referência cultural sem limites⁶³⁵.

Segundo Silva, o direito tradicional se insere na forma de autorreprodução das comunidades indígenas, e ainda que não trabalhem elas com codificações, pois não têm na escrita a maneira por excelência de preservar sua história e sua memória, mas sim na oralidade, seus costumes comprovam a prática de composição de conflitos de interesses.⁶³⁶

A aparentemente sofisticada separação entre civil e penal como ramos do direito somente tem sentido numa sociedade que divide o público do privado, que se erige sobre pilares do individualismo e contratualismo. Uma organização social que não acumula excedentes nem se divide em público e privado, porque todos os lugares são praça e jardim, não pode ter essa divisão. A violação da norma pública ou a inadimplência contratual têm o mesmo peso de

⁶³³ SOUZA FILHO, Carlos. *O renascer dos povos...*, cit., p. 160-161.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 161.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 162.

⁶³⁶ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios ...*, cit., p.184.

repugnância para uma sociedade coletiva e haverá de diferir de um povo para povo em grau de intensidade.

Na mesma linha do enfoque cultural, Souza Filho indaga: Se deve perguntar o que quer dizer apenas cruéis e infamantes? Pode haver maior crueldade e infâmia do que destruir os sítios onde vivem os espíritos antepassados? E é o que se fez na construção da represa de Tucuruí e se faz com a extração clandestina de ouro e cassiterita nas montanhas yanomamis. Os espanhóis relataram a infâmia e crueldade dos povos da América Central e México porque faziam, na época, sacrifícios humanos a seus deuses. Esqueciam eles mesmos que, em suas “civilizadas” cidades, queimavam-se pessoas vivas por discordar da fé. Quem seria cruel, o que sacrificava o inimigo por respeito a seu deus, ou quem escolhia o melhor de seus filhos para oferecê-lo? Nenhuma pessoa sensata, hoje, responderia diferente: ambos. E tampouco nenhuma pessoa culta condenaria a sociedade espanhola e a asteca naquele momento histórico porque cometiam o que nos parece hoje grosseira infâmia⁶³⁷.

Essas reflexões nos levam a sentir que o diálogo entre duas culturas tem que estar recoberto pela aceitação e respeito. Respeito esse que deve emergir de relações tão assimétricas de poder, resquício da dominação.

E dominação, conforme lembra Silva, pode possuir vários nomes e várias formas de descrição: exclusão, opressão, falta de acesso aos sistemas, colonialidade interna, mas o que não varia é o elemento característico que se faz presente em todas elas, qual seja, a assimetria de poder e de informação que marca as relações entre as sociedades indígenas e a ocidental.⁶³⁸

Nesse sentido, Souza Filho relembra que o estatuto ainda utiliza o verbo tolerar, significando que, ainda que indesejável, é suportável. Na verdade, e por mais contraditório que pareça, é o verbo da intolerância. Para o autor:

A Constituição muda o tom e o conteúdo. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas crenças e tradições (artigo 231). O Estado protegerá as manifestações das culturas indígenas (artigo 215). Reconhece e protege, despendo-se de qualquer juízo de valor. Ao ser assim, a Constituição abre as portas para o reconhecimento da jurisdição indígena, quer dizer ao reconhecimento das normas internas que regem as sociedades indígenas e os processos pelos quais se decidem os conflitos por ventura ocorrentes. Mais alguns passos, e os povos indígenas poderão, em seus idiomas tradicionais, exercer entre os seus membros seu direito tradicional. Como passo final, há de ser reconhecido inteiramente o direito de asilo àqueles que não concordarem com as normas aplicáveis.⁶³⁹

⁶³⁷ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios ...*, cit., p. 162.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 211.

⁶³⁹ SOUZA FILHO, Carlos. *O renascer dos povos...*, cit, p. 162.

A aprovação da Convenção 169 da OIT e a celebração do V Centenário do descobrimento da América, entre final da década de oitenta e início da década de noventa, mobilizaram muitos povos indígenas para reivindicar um espaço dentro do Estado, espaço esse em que se reconhecesse sua cultura, tradição e identidade como nação e, por conseguinte, seu direito de resolver seus conflitos conforme as suas próprias normas, seguindo seus procedimentos e perante as suas autoridades. Essa vontade emancipadora levou as comunidades a movimentos ideológicos, e estas começaram a recuperar o espírito de seu próprio ordenamento tradicional, criando tribunais que ajuízam seus próprios conflitos amparados pela Convenção 169 e os textos constitucionais correspondentes.⁶⁴⁰

A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas também ampara esses direitos ao estabelecer, em seu artigo 3, o direito à livre determinação, e que, em virtude desse direito, podem determinar livremente sua condição política e buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Porém aponta, no artigo 4, a possibilidade de autogoverno nas questões relacionadas apenas com assuntos internos e locais, em evidente restrição ao exercício dos direitos estabelecidos no artigo 3.

Além disso, culmina a restrição ao exercício de direitos, a expressa disposição contida no artigo 46.1 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas que estabelece que nada do que foi determinado nessa declaração se entenderá no sentido de que autoriza ou favoreça ação alguma dirigida a romper ou diminuir, total ou parcialmente a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

Poder-se-ia entender, então, que existe, nas legislações específicas dirigidas aos povos indígenas, em certo momento, uma restrição à prática da cultura própria de cada povo?

A cultura dos povos indígenas deve ser compreendida no seu sentido plural, como afirma Geertz, para quem as culturas são redes de significados com os quais os humanos se envolvem em sua trama e os distingue a partir de um conjunto de comportamentos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam as diversas sociedades ou grupos sociais, o que abrange, também, além das letras e das artes, os modos de vida, as maneiras de viver e conviver, os sistemas políticos, jurídicos, religiosos, econômicos e sociais, as tradições, os valores e as crenças⁶⁴¹.

Assim sendo, os sistemas jurídicos próprios de cada povo expressam a cultura que lhes

⁶⁴⁰ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *¿Existe un derecho...*, cit., p. 17.

⁶⁴¹ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das...*, cit., p. 32-33.

é peculiar e determinam a ordem social de cada etnia.

Os países com populações indígenas, conforme expõe Sousa Santos, não podem ter um sistema jurídico unitário. Em sua opinião, deve ser unificado, mas não unitário. Há que se criar novas formas de convivência, como um Tribunal Constitucional idôneo, uma Corte Constitucional idônea, sendo ela plurinacional, intercultural e pós-colonial, com capacidade para resolver os conflitos. O sistema indígena tem o seu devido processo, portanto o importante no constitucionalismo intercultural é que se há diferenças, o objetivo não seja por uma uniformidade, mas um consenso baseado no reconhecimento das diferenças.⁶⁴²

Entre os povos originários da América Latina, Jiménez refere-se à existência de um sistema de regras autóctones que estão destinadas a resolver os conflitos mais graves de convivência, com procedimentos para determinar a presença ou ausência e o grau de responsabilidade dos acusados, com autoridades encarregadas de aplicar essas regras e dirigir os processos correspondentes⁶⁴³.

Esclarecendo a respeito do reconhecimento legal das decisões indígenas na resolução dos conflitos, tomadas pelas autoridades e instâncias correspondentes dentro da justiça indígena, Yrigoyen adverte que as normas de coordenação devem estabelecer mecanismos para que essas decisões sejam respeitadas pelas autoridades jurisdicionais e estatais. Esse reconhecimento, porém, não outorgaria às autoridades estatais a faculdade de revisão dos requisitos para condicionar sua validade, aceitação ou vigência. O mero reconhecimento do Direito Indígena implica o reconhecimento da validade das decisões judiciais de autoridades indígenas, como alcaides auxiliares, conselho de anciões, assembleias comunitárias, dentre outros, quando tais intervêm para administrar a justiça. Isso pode implicar que as autoridades estatais devem fazer ou abster-se de fazer algo, suspender atos pelos quais outorgavam direitos ou obrigações de modo distinto ao das decisões indígenas, ou simplesmente homologar tais decisões para que estas sejam registradas ou executadas de acordo com o que corresponda, e sejam, assim, oponíveis perante terceiros de fora da comunidade ou povo indígena⁶⁴⁴.

A respeito da possibilidade da remessa de situações ou casos à Justiça Indígena, esclarece Yrigoyen que, com o reconhecimento do Direito consuetudinário, corresponderia ao direito e à justiça a regulação e resolução de conflitos da vida social indígena. Para o fortalecimento de tal sistema, cabe aos juízes e outras autoridades do sistema estatal remeter ou

⁶⁴² SOUSA SANTOS, Boaventura de. *La reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia: Alianza Interinstitucional CENDA _ CEJIS _ CEDIB, 2007, p. 24

⁶⁴³ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *¿Existe un derecho...*, cit, p. 18.

⁶⁴⁴ YRIGOYEN, Raquel, "Pautas de Coordinación...", cit., p. 55.

devolver os casos que envolvam indígenas ou terceiros, mas que se refiram a pessoas ou bens indígenas a respeito de casos ocorridos dentro do espaço territorial das comunidades ou povos indígenas. Processualmente, isto pode ser feito apenas pelo juiz ou operador jurídico desde que se informem das circunstâncias que são da competência do Direito Indígena pelas próprias partes ou por outras fontes verificadas. Isto suporá o estabelecimento de mecanismos de comunicação simples e diretos entre autoridades estatais e indígenas que devam conhecer os casos. Por esse meio, se evitará também a duplicidade que possa haver no conhecimento de um caso ou situação. A remessa de casos judiciais em qualquer etapa do processo (policial, fiscal, judicial) pode dar-se de modo imediato pelo mero reconhecimento do Direito Indígena. Por outro lado, a remessa de ofício de situações jurídicas como união conjugal, filiação, transferência de propriedade, heranças etc., requererá o estabelecimento de maiores coordenações para ser efetivada para que o sistema estatal tenha mecanismos processuais e registrais que deem aos povos indígenas segurança de que as situações que regulam, serão reconhecidas pelo direito estatal ante terceiros ou fora das comunidades e povos indígenas⁶⁴⁵.

As sugestões de Yrigoyen encontram eco no cotidiano do indígena entrevistado, Cacique V., da etnia Terena, morador da aldeia urbana Darcy Ribeiro, na cidade de Campo Grande, MS, o qual, quando questionado sobre que tipo de conflito os indígenas estão resolvendo, com seu direito próprio, na Aldeia Urbana, respondeu:

Sobre as coisas que têm na cidade e eles querem fazer e outras famílias acham que está causando problema, procura a liderança e explica-se que está sujeito às penalidades deles e se não obedecer. Briga de marido e mulher, já aconteceu por causa da bebida, o índio vai, toma e quer criar problema com a família. Aí o Cacique chega lá, conversa com a família, procura ajudar através do apoio, dentro do nosso direito, da nossa lei da aldeia aqui também é aplicado; se continuar, a gente aplica a lei que a gente está sujeito também, a lei do branco. Na aldeia o tipo de punição para esse tipo ele recebe pena de castigo como roçar. Existe a Lei Maria da Penha, se continuar fazendo o cacique ameaça que vai aplicar o outro direito.

As causas aqui são diferentes, pois estão inseridos no trabalho do dia a dia e aqui eles são empregados, lá na aldeia cuidam da roça, vai onde quer, aqui está sujeito ao trabalho como qualquer um, aqui se aplica a punição do direito deles. A mulher indígena não denuncia, mas ela cansa de sofrer ameaça ou agressões e fala para a liderança que o marido está fazendo isso, o indígena estava castigando a esposa e fica sabendo que se acontecer de novo, nós conversamos dentro da nossa lei não deu certo, levam para a lei dos brancos.⁶⁴⁶

⁶⁴⁵ YRIGOYEN, Raquel, “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 55.

⁶⁴⁶ Cacique V., é da etnia Terena, reside na Aldeia Urbana Darcy Ribeiro, na cidade de Campo Grande, estado de Mato Grosso do Sul.

Ao ser indagado sobre se ele teria ideia de alguma interação que possa existir entre o direito deles e o do branco, e se a criação de Varas Especializadas de Justiça Indígena poderia auxiliar, respondeu que:

Antigamente a FUNAI fazia o papel de referendar as decisões deles, então a representante com a família explicava na língua materna, pois muitas vezes o índio não entende a explicação em outra língua. Eles não sabem que existe um direito indígena, se criassem as Varas Especializadas de Justiça Indígena seria melhor.

Quando começa essas coisas, ser aprisionado, com qualquer um nem sabe por que ele está lá, não tem o cárcere no direito deles. A pena tradicional, vai carpir a rua, limpar, vai ser submetido ao Conselho que explica para ele e é difícil acontecer de novo. Antigamente, existia um aposento, à determinação da liderança, pois existia a polícia indígena, o cacique chamava as pessoas da comunidade e eram encarregados. Quando matava, mandava para outra aldeia trabalhando por lá, a polícia relatava as coisas e mandavam para o conselho que decidia quanto tempo passava em outra aldeia, aí o pessoal de lá não desfaz dele, mas tenta ajudar.

Isso dava certo e ele não praticava mais crime, tanto lá na outra aldeia conversavam com ele, o cacique nunca viu caso de reincidência.

Uma briga, em legítima defesa, comete um crime, da mesma forma tem punição, não muda nada, tem punição. O ancião fala que não temos direito de tirar a vida de ninguém. Nunca viu pessoas que mataram, tiveram pena e fizeram de novo, fica na outra aldeia até a outra liderança de lá dizer que já está bem, Não tem também limite de idade para aplicar as punições, mas é muito difícil o adolescente praticar crime.

O jovem respeita, mas o pai ele ouve muito, a gente ensina desde novo quem é quem, explica para eles. Nessa aldeia urbana, existe a liderança, o conselho, o jovem está bebendo, chama a família e conversa o conselho, e o ancião com ele. A polícia indígena acabou, ele acha que foi a própria Funai que interferiu em muita coisa e depois deixou na mão. A polícia funcionava muito bem, direito.⁶⁴⁷

Como solução, o Cacique disse que acharia bom criar, no âmbito do Judiciário, uma Vara Especializada formada por indígenas que já estão preparados, pessoas que tivessem conhecimento da realidade deles, precisaria ter a homologação do Estado, que ajudaria mais ainda, viria para somar, formada por gente da etnia deles. E justificando esse posicionamento relata que:

Já participei do julgamento de um indígena certa vez, e no meio viu o juiz falar com o promotor: e agora como vamos aplicar a lei?

Que os julgamentos tivessem validade para toda a sociedade e ficassem sabendo que a penalidade deles resolve, que julgaram de acordo com a pena deles e a sociedade ficaria sabendo que resolve.

Tem muito índio preso que nem sabe por que está lá, porque não entende, pensa que é porque não tem conhecimento da lei, para ter a punição para todos ele tem que conhecer, tem que saber que se errar tem a penalidade daqui e se errar pior tem uma penalidade maior. É difícil.

⁶⁴⁷ Cacique V., etnia Terena, reside na Aldeia Urbana Darcy Ribeiro, na cidade de Campo Grande, estado de Mato Grosso do Sul.

Tem que ter um esclarecimento maior, com seminários dentro da aldeia, já vi caso que o índio esfaqueou aqui e foi para a aldeia e fica espantado e começa colocar na cabeça por que eu fiz isso, agora não posso voltar para a aldeia, no caso de pagar pensão ele não conhece. Quando separa aqui a casa fica para a mulher, geralmente por espontânea vontade ele já começa a ajudar. A falta de esclarecimento da outra lei a que ele está sujeito. É isso que eles não sabem nem o próprio juiz sabe.⁶⁴⁸

Concluindo, o Cacique Terena V. considera que existe muita interferência errada do direito do branco, os políticos atrapalham muito, criam problemas, pois gera conversa, a pessoa promete e não cumpre.

O entrevistado E., indígena da etnia Terena, da Aldeia Limão Verde, ao ser indagado sobre solução para os conflitos gerados entre a aplicação do direito estatal de punição e o que eles compreendem com direito próprio, responde e faz uma denúncia:

É preciso haver mais esclarecimento para o indígena, temos que entender nossos direitos e deveres. Muitas vezes, o índio é preso sem nem ter a noção de como vai ser a pena. Acho que um diálogo entre as duas justiças seria bom, pois tem muita ONG que vem aqui e só fala o que querem, para fazer a gente de massa de manobra. Utilizam o que sabem para induzir a gente a fazer o que eles querem.⁶⁴⁹

Sobre essa questão, lembra Silva, que se pode afirmar que o ordenamento jurídico nacional, embora não traga norma expressa que reconheça a jurisdição indígena, não positiva, ao mesmo tempo, qualquer norma que a proíba. Sabe-se que há, nas áreas indígenas, o exercício da jurisdição indígena, no mais das vezes sem a ciência da sociedade majoritária. Esses atos são tolerados pelo Estado brasileiro, pois que derivam do direito à organização social – e não mais do direito à cultura, do qual decorre o erro de compreensão culturalmente condicionado, o que reforça a ideia de que se está diante não apenas de um direito à diversidade cultural, mas sim verdadeiramente de um direito à diferenciação social⁶⁵⁰.

Considerando a respeito dos limites de aplicação, levando em consideração uma perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, os direitos fundamentais como limites ao exercício da jurisdição indígena se justificam pelo fato de o país ter assumido compromisso internacional por meio de convenção específica: a Convenção 169 da OIT. No que se refere ao caráter sociológico-jurídico, o tema coloca em discussão as relações entre as sociedades indígenas e a sociedade ocidental, moderna e diferenciada funcionalmente⁶⁵¹, e a

⁶⁴⁸ Cacique V., etnia Terena, reside na Aldeia Urbana Darcy Ribeiro, na cidade de Campo Grande, estado de Mato Grosso do Sul.

⁶⁴⁹ E. é indígena da etnia Terena, morador da área rural, na Aldeia Limão Verde.

⁶⁵⁰ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 50.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 51.

busca por caminhos visando conferir aplicabilidade aos preceitos constitucionais de respeito às diferenças culturais em um país megadiverso e pluriétnico como o Brasil.

As lutas pela dignidade humana significam problematizar a realidade, o que importa em uma dupla tarefa: ao problematizarmos a realidade, primeiro desvalorizamos uma parte da realidade que nos parece rechaçável e, ao mesmo tempo, reavaliamos o que antes estava marginalizado, oculto ou ignorado, permitindo-nos, desse modo, criar heterogeneidade frente ao herdado e criatividade frente ao futuro.⁶⁵²

A norma constitucional brasileira, dessa maneira, dá conta de abarcar e compreender uma realidade altamente complexa, que é aquela referente às relações existentes entre as sociedades indígenas e a ocidental ou moderna e que são fruto do processo inexorável do contato. Nessa linha de compreensão, o direito à diferenciação social, ao menos ao nível normativo, serve como uma forma de imunização das sociedades indígenas contra políticas estatais oficiais de aculturação.⁶⁵³

Afinal, a diversidade cultural foi elevada ao *status* de patrimônio comum da humanidade, em 2002, pela UNESCO, que assim estabeleceu:

A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.⁶⁵⁴

Considerando essa diversidade cultural, Clavero esclarece que o princípio da igualdade entre culturas constitui por sua parte a justificativa e o motivo para o direito à própria cultura, um direito em primeiro lugar individual, o direito de todos e todas, de cada uma e cada um, àquela cultura na qual se individualiza e socializa, assim como, desde logo, a toda aquela a que livremente aceda e pela qual, acumulando ou alternando, livremente opte. É o direito à identidade cultural cuja premissa constitui o princípio de igualdade entre culturas, e o que há de representar é a liberdade individual e não aceitação forçada à comunidade de origem, nem derivação forçada em direção a outras posições como a que se identifique com o Estado e seja promovida por ele mesmo. Se ele governa o princípio de igualdade entre culturas, se este há de

⁶⁵² FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Os Direitos Humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 14.

⁶⁵³ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os Direitos dos Índios...*, cit., p. 51.

⁶⁵⁴ UNESCO. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2002.

levar a sério, em termos de direito, a mesma identidade cultural do Estado, por muita abrangência mesmo que haja logrado, há de permanecer suspensa e deve ser desativada. De outro modo, nunca haverá pela América relação em pé de igualdade entre culturas indígenas e não indígenas⁶⁵⁵.

Conforme relata Castilho, a insatisfação dos grupos étnicos ou culturais está crescendo. Não se conformam mais em ser invisíveis para a burocracia do Estado e para a sociedade, nem se contentam com a simples carta de direitos. Querem que sejam extraídas todas as consequências do reconhecimento étnico e cultural⁶⁵⁶.

Assim, por exemplo, a demanda pela educação e saúde indígena diferenciada, por programas no rádio e na televisão em língua indígena, pelo registro civil dos nomes indígenas, pelo respeito às suas normas. Assim também, a demanda pela titulação das terras ocupadas por comunidades tradicionais as mais diversas, não mais restritas a indígenas ou quilombolas.

Além da luta incessante dos povos e grupos que têm suas identidades étnicas e/ou culturais negadas, a ampliação do reconhecimento dos direitos culturais exige um conjunto de iniciativas do Estado brasileiro. Uma delas diz respeito ao ensino jurídico que, de modo geral, só estuda o direito estatal e propaga a ideia de que o costume é desimportante no Brasil. Por outro lado, prevalece a ótica do direito subjetivo individual sobre os direitos coletivos ou transindividuais – o que pode ser percebido na interpretação dada pelo Judiciário nas ações civis públicas.

O objeto de estudo jurídico continua sendo a norma, e não a situação-problema, a demanda, e o modo de aplicar a norma a essa situação. Não se proporciona a oportunidade de estudar a legislação indigenista e os direitos culturais, não se trabalha com o conceito de território étnico/cultural, com o direito à diferença e tantos outros conceitos desenvolvidos pelas ciências sociais. Não há pesquisa sobre normas estabelecidas ao lado e, às vezes, até contra o direito estatal.

Também o sistema de justiça não tem fornecido a adequada resposta às violações que lhe são levadas ao conhecimento. Apesar de a Constituição de 1988 ter rompido com o paradigma assimilacionista, presente nas políticas indígenas desde o período colonial, a prática judiciária oferece respostas tímidas diante do novo modelo do constitucionalismo plural, pautado numa concepção da igualdade que incorpora a diferença.

⁶⁵⁵ CLAVERO, Bartolomé. *Novedades Constitucionales...*, cit., p. 13.

⁶⁵⁶ CASTILHO, Ela Volkmer Wiecko de. *Diversidade Cultural...*, cit., p. 3.

Subjacente a essas dificuldades (do ensino e prática jurídica), encontra-se uma controvérsia ainda mais ampla sobre uma concepção de direito e de justiça, sobre um modelo de ordem econômica e política e sobre um paradigma de relações sociais e de cultura⁶⁵⁷. Para concretizar o Estado Democrático de Direito pluriétnico e multicultural, é necessário reinterpretar as leis e construir uma *nova sensibilidade jurídica*, diante da interculturalidade e do lugar da diversidade no constitucionalismo.

Lembrando a doutrina de justiça complexa, Walzer esclarece que o que um conceito mais amplo de justiça requer não é que os cidadãos governem e sejam governados em revezamento, mas que governem em uma esfera e sejam governados em outra – donde “governar” não significa que exerçam o poder, mas que desfrutem uma parcela maior do que as outras pessoas de um bem qualquer, a ser distribuído. Aos cidadãos não se pode garantir sua “vez” em toda parte, nem se pode garantir uma “vez” para eles em lugar nenhum. Mas a autonomia das esferas representará um compartilhamento maior dos bens sociais do que qualquer outro arranjo imaginável⁶⁵⁸.

Será dessa forma que se espalhará de maneira mais ampla a satisfação de governar; e isso definirá o que está sempre em questão hoje – a compatibilidade entre ser governado e de respeitar a si mesmo, pois governar sem dominar não é uma afronta a nossa dignidade, não é uma rejeição da nossa capacidade moral ou política. O respeito mútuo e o autorrespeito compartilhado são as grandes forças da igualdade complexa e, juntos, são a fonte de sua possível durabilidade.⁶⁵⁹

Sobre os usos e abusos dos conceitos de autonomias indígenas, Ramirez⁶⁶⁰ traz a seguinte pergunta: Pode-se falar de autonomias indígenas? Em resposta, o autor esclarece que não se pode, porém tem que se reconhecer que existem movimentos com essa tendência e que a cada dia já é uma demanda dos próprios povos e, no âmbito do direito internacional, também se reconhecem esses direitos. No México, está sendo construída essa demanda e se está trabalhando para seu reconhecimento, junto com a construção simultânea do sujeito

⁶⁵⁷ FARIA, José. *A reforma do ensino jurídico*. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, v. 21, p. 45, nov./1986.

⁶⁵⁸ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça...*, cit., p. 440.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 441.

⁶⁶⁰ RAMÍREZ, Zózimo. Autonomías indígenas em México. Entre la vía legal y la vía de los hechos. In: GIRAUDO, Laura (Ed.). *Ciudadanía e derechos indígenas em América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Madrid: Centro de Estudios e Políticos y Constitucionales, 2007. p. 219-235. (Cuadrenos y Debates, v. 179), p. 234.

autônomo⁶⁶¹. Porém, alerta o autor, o que tem que se cuidar é para não confundir o discurso de alguns líderes indígenas com o discurso dos povos indígenas, pois, apesar de haver a intenção de exercer a autonomia, estes nem sequer são das autoridades indígenas, mas de alguns líderes que, às vezes, estão completamente distanciados de seus povos e, na maioria das vezes, são somente próximos ou utilizados pelos governos para legitimar suas ações e manter um discurso de inclusão. Existem experiências autonômicas exercidas pelos indígenas, mas com estruturas e funções que não são indígenas e, muito menos, que resolvam ou exerçam direito eminentemente indígenas⁶⁶².

Para o autor, o exercício incipiente está sendo realizado por líderes indígenas que, de alguma maneira, conhecem esse direito, sendo profissionais com uma formação próxima ao Estado. Alguns desses profissionais foram assimilados por completo e podem ter alterado “lo” indígena ou tergiversando para seus fins. Alguns deles são “operadores” indiretos do Estado e, às vezes, sem se dar conta, respondem com suas ações por compromissos pessoais ou de filiação partidária. São quotas de poder que se exercem, muitas vezes, com um discurso indigenista, sem que isso queira dizer que são os povos indígenas ou suas autoridades as que estejam exercendo esse direito. Alguns líderes indígenas têm-se convertido em legitimadores de ações ou de políticas de governo que atentam contra os direitos dos povos indígenas, em nome de quem falam. Isso coloca o Estado e mesmo os povos, incluindo seus líderes em uma situação de enorme confusão, trazendo como consequência desqualificação ou desconfianças⁶⁶³. O governo fala com um discurso legitimado por líderes próximos às estruturas de poder e estes em nome dos povos indígenas, deixando de lado os “verdadeiros” representantes ou autoridades dos povos indígenas, que deveriam ser os únicos interlocutores legítimos. O que falta fazer pelos povos indígenas é conhecer seus direitos, buscar seu reconhecimento constitucional e exercê-los.

Com o reconhecimento do Direito Indígena ocorrerá, conseqüentemente, o fortalecimento das autoridades indígenas e das pautas de relação com as autoridades estatais, pois esse fortalecimento deriva desse reconhecimento, incluindo o respeito e reconhecimento de seus próprios procedimentos para a constituição e designação dessas pautas. As normas de

⁶⁶¹ RAMÍREZ, Zózimo. Autonomías indígenas em México. Entre la vía legal y la vía de los hechos. In: GIRAUDO, Laura (Ed.). *Ciudadanía e derechos indígenas em América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Madri: Centro de Estudios e Políticos y Constitucionales, 2007. p. 219-235. (Cuadrenos y Debates, v. 179), p. 234.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 235.

⁶⁶³ *Ibidem*, p. 235.

coordenação não podem incluir mecanismos de inscrição, acreditação ou registro que condicionem a designação, legitimidade ou vigência das instituições ou autoridades indígenas. A lei deve estabelecer determinados canais de diálogo com autoridades indígenas, com base na consulta prévia aos povos indígenas, mas não pode obrigar ao registro ou à listagem de todas as autoridades indígenas, afinal existem os temores historicamente fundados que dizem respeito a possíveis atos repressivos. Também em consulta e com a participação dos povos indígenas, a lei deveria estabelecer alguns mecanismos para o fortalecimento das autoridades indígenas, assim como das instâncias de decisão que têm um caráter consensual e participativo (assembleias, conselhos etc.)⁶⁶⁴.

Afinal, como lembra Flores, problematizar é fazer perguntas, analisar as variáveis, estabelecer relações e sentidos para construir saberes e intervir na realidade.⁶⁶⁵

Yrigoyen considera que, como uma das demandas mais importantes e urgentes para se propiciar a coordenação entre sistemas, seria o sistema de justiça estatal descriminalizar ou despenalizar as práticas culturais e jurídicas indígenas que considera fatos puníveis ou delitos e também o exercício da justiça indígena em si mesma. Segundo a autora, a criminalização da justiça indígena se dá porque, a partir da exclusividade da função jurisdicional, se entende que as autoridades indígenas que tomam decisões usurpam a função jurisdicional, que é de competência somente do Órgão Judicial⁶⁶⁶. Porém esclarece que uma das consequências do reconhecimento do Direito Indígena é que o exercício da justiça indígena por suas próprias autoridades, ao ser legal, já não configura usurpação de autoridade nem nenhuma forma delitiva. Por essa razão, deve-se evitar qualquer forma de perseguição ou estigmatização de autoridades indígenas que administram justiça de acordo com as suas normas e procedimentos, e dos membros dos povos indígenas que se submetem à sua própria justiça. Da mesma maneira, tampouco são puníveis os procedimentos, mecanismos e medidas de resolução de conflitos, assim como mecanismos coercitivos e sanções que se deem no âmbito da justiça indígena⁶⁶⁷.

A aplicação das regras aceitas e adotadas pelos povos indígenas não significaria o completo afastamento do Direito Penal estatal, mas o diálogo com este, desde que se respeitem as especificidades próprias do direito indígena.

Para Yamada e Belloque⁶⁶⁸, o respeito ao pluralismo enseja também o direito dos índios

⁶⁶⁴ YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 55-56.

⁶⁶⁵ FLORES, Joaquín Herrera. *Teoría Crítica...*, cit., p. 73.

⁶⁶⁶ YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 54.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 54.

⁶⁶⁸ YAMADA, Erika; BELLOQUE, Juliana, “Pluralismo jurídico...”, cit., p. 132.

de utilizarem-se da Justiça Penal estatal para a resolução de seus conflitos, quando entenderem mais adequado.

Pode-se destacar também o papel importante da realização dos laudos antropológicos para dirimir conflitos, visto que muitas vezes o desconhecimento da língua portuguesa pode levar à imputação de delitos por total ausência de oportunidade de compreensão e expressão por parte de povos pertencentes a etnias com pouco ou quase nenhum contato com a sociedade envolvente. Portanto esses laudos constituem-se instrumentos para possibilitar o diálogo intercultural e propiciar decisões judiciais mais justas e consentâneas com o modelo de Estado pluralista e megadiverso.

Com a mudança de paradigma do ideal da integração para a interação, trazido pelos ditames da Constituição brasileira, o Brasil passa a ser reconhecido constitucionalmente como Nação pluriétnica, mas, principalmente no âmbito do processo criminal, não se efetiva o respeito à diversidade.

Os operadores do Direito esquecem, muitas vezes, que reconhecer a diversidade significa reconhecer o “outro”, e que esse “outro” não compartilha as mesmas formas de compreensão nem os mesmos critérios de comportamento e de julgamento, pois toda cultura possui especificamente concepções diferentes de dignidade humana, e nenhuma tolera sua violação. Quando estas ocorrem, são discutidas e resolvidas no âmbito interno, por meio de mecanismos próprios de se imputar justiça, e, assim sendo, as concepções ocidentais de direito podem figurar bastante incongruentes ou injustas. Portanto, considerando-se que qualquer crime praticado por ou contra indígena tem fundo étnico, os aparatos judiciais devem estar preparados e suficientemente sensíveis para respeitar o multiculturalismo⁶⁶⁹.

Segundo o entendimento de Yrigoyen o Estado deve abster-se de uma intervenção punitiva quando os fatos se fundamentam na cultura e práticas jurídicas indígenas. Para ela, isso deve ser explicitado em normas constitucionais, em lei específica de coordenação e nos respectivos códigos penal e de processo penal. Assim, se houver uma denúncia por pretensa violação de direitos humanos, esta deve ser investigada e resolvida conforme um procedimento específico que garanta a interculturalidade, objetivando-se evitar que, pela via da denúncia, se neutralize ou se criminalize a justiça indígena⁶⁷⁰.

Nesse sentido, abordando situação de excludente de ilicitude, esclarece Rezende:

⁶⁶⁹ AMORIM, Elaine. “A perícia antropológica no processo criminal: estudo de caso” in VILLARES, Luiz Fernando (org.) *Direito Penal e Povos Indígenas*, Curitiba: Editora Juruá, 2014, p.151-152.

⁶⁷⁰ YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 54.

[...] É importante que se avalie se a conduta do indígena estava de acordo com os valores próprios de seu povo. Se sim, considerando que estes valores, apesar de conflitantes com os valores da norma que incrimina a conduta, são respeitados e protegidos, estará o indígena acolhido pela inexigibilidade da conduta diversa...⁶⁷¹

Conforme aponta Villares, reconhecer a coexistência de outros sistemas organizacionais ou ordens jurídicas indígenas em que pese ao Direito Penal significa pensar, principalmente, em três questões: reconhecimento da jurisdição e direito penal indígena; existência de uma justiça especial para indígenas; imputabilidade ou inimputabilidade do indígena diante da sanção penal⁶⁷².

Para Yrigoyen, com relação aos mecanismos para assegurar o respeito dos atos jurídicos indígenas, seria também função das normas de coordenação estabelecer mecanismos registrais para o reconhecimento desses atos realizados dentro do direito indígena, como casos de uniões conjugais, nomes, filiação, formas de contrato, transferência de propriedade e outros atos, sem estabelecer novos requisitos que, na prática, signifiquem o desconhecimento do que foi praticado, e que existam mecanismos para que se coordene com as instâncias registrais a fim de que os atos jurídicos realizados pelos povos indígenas com seus procedimentos e, principalmente dentro de sua cultura e idioma, tenham validade também fora de suas comunidades⁶⁷³.

Esclarecendo a respeito do reconhecimento legal das decisões indígenas na resolução dos conflitos, tomadas pelas autoridades e instâncias correspondentes dentro da justiça indígena, a autora adverte que as normas de coordenação devem estabelecer mecanismos para que essas decisões sejam respeitadas pelas autoridades jurisdicionais e estatais. Esse reconhecimento, porém, não outorgaria às autoridades estatais a faculdade de revisão ou requisitos para condicionar sua validade, aceitação ou vigência. O mero reconhecimento do Direito Indígena implica o reconhecimento da validade das decisões judiciais de autoridades indígenas, como alcaides auxiliares, conselho de anciões, assembleias comunitárias, dentre outros, quando intervêm para administrar a justiça. Isso pode implicar que as autoridades estatais devem fazer ou abster-se de fazer algo, suspender atos pelos quais outorgavam direitos ou obrigações de modo distinto ao das decisões indígenas ou simplesmente homologar tais decisões para que estas sejam registradas ou executadas de acordo com o que corresponda e

⁶⁷¹ REZENDE, Guilherme, *Índio - Tratamento Jurídico...*, cit., p. 110.

⁶⁷² VILLARES, Luiz. *Direito penal na ordem...*, cit., p. 22.

⁶⁷³ YRIGOYEN, Raquel. "Pautas de Coordinación...", cit., p. 54.

sejam, assim, oponíveis perante terceiros de fora da comunidade ou povo indígena⁶⁷⁴.

6. Fundamentação das soluções e dos critérios sugeridos

Alguns critérios e soluções foram apontados objetivando a equalização das diferenças através do deslocamento do olhar para as diversas culturas e, assim, permitir-se o exercício pleno da cidadania participativa de acordo com as “mundividências”, ou seja, conforme o modo de perceber e de ver o mundo de cada povo, todos merecedores da tutela do Estado, o que inclui o respeito ao Direito próprio dos distintos e dignos povos indígenas que o integram.

Concluindo, concorda-se com Sousa Júnior que considera que a perspectiva de criação de novos instrumentos jurídicos pressupõe a recriação da noção de Justiça e a ampliação do conceito de Direito, que não se reduzem à ordem estabelecida, mas apontam para a indisponibilidade do direito popular de autoexercício de participação como sujeito determinante, ativo e soberano, da direção de seu próprio destino.⁶⁷⁵

A Constituição Brasileira de 1988, ao romper o paradigma assimilacionista e reconhecer os direitos aos povos indígenas, consubstanciados no direito à diferenciação social, abre caminho para que o processo interpretativo conduza o direcionamento de toda legislação infraconstitucional que possa concretizar o que foi estatuído constitucionalmente.

No processo interpretativo os aplicadores da Constituição e da legislação infraconstitucional não devem esquecer-se da premissa básica que antecedeu o texto constitucional e foi resultado de inúmeras lutas dos povos indígenas: o respeito às diferenças culturais. Esse princípio foi razão e objetivo maior da mudança paradigmática ocorrida com a promulgação da Constituição de 1988.

Conforme expõe Canotilho, “interpretar a constituição é uma *tarefa* que se impõe metodicamente a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administrador, tribunais), o que significa, por conseguinte, “que toda a norma é ‘significativa’, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa”. Dessa forma, aqueles que detêm a incumbência de aplicar e concretizar a Constituição devem: “(1) encontrar um resultado constitucionalmente ‘justo’ através da adoção de um procedimento

⁶⁷⁴ YRIGOYEN, Raquel. “Pautas de Coordinación...”, cit., p. 55.

⁶⁷⁵ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Função social do advogado. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Introdução crítica ao Direito*. 4. ed. Brasília: UnB, 1993. (Série: O Direito achado na rua, v. 1), p. 129-130.

(método) racional e controlável; (2) fundamentar este resultado também de forma racional e controlável”⁶⁷⁶.

Nesse sentido, esclarece Habermas que “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles.”⁶⁷⁷

Porém adverte Hesse que as normas constitucionais possuem caráter aberto e amplo que faz surgir problemas de interpretação não verificados em outros ramos do ordenamento jurídico, cujas normas são mais minudentes.⁶⁷⁸

Assim, face à natureza especial das normas constitucionais – principalmente àquelas atinentes aos direitos fundamentais, que geralmente envolvem referência a valores individuais e coletivos – a utilização dos princípios constitucionais como premissa de argumentação jurídica torna o procedimento da interpretação constitucional racional e controlável, ao evitar que o intérprete-aplicador lance mão de sua mera subjetividade, invocando ideias ou valores que não estejam respaldados no texto constitucional.⁶⁷⁹

A respeito dos princípios estruturantes ou fundamentais, que Canotilho nomina “princípios politicamente conformadores”, estes podem ser conceituados como “os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte” e neles “se reflete a ideologia inspiradora da constituição”. Para ele:

Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucional são o *cerne político de uma constituição política*, não admirando que: (1) sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; (2) se revelem os princípios mais directamente visados no caso de alteração profunda do regime político”.⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ CANOTILHO, J. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 209.

⁶⁷⁷ HÄBERLE Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1977, p. 43.

⁶⁷⁸ HESSE. Konrad. *La interpretacion constitucional: Escritos de Derecho Constitucional*, apud FARIAS, Edilson Pereira de, cit., p. 33.

⁶⁷⁹ FARIAS, Edilson Pereira de, cit., p. 33.

⁶⁸⁰ ANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1091-1092.

Os princípios estruturantes ou fundamentais são dotados de tamanha importância para a identidade de uma constituição que a modificação dos mesmos implicaria a sua destruição. Na Constituição Brasileira, os princípios da igualdade e da dignidade humana são princípios fundamentais.

Assim sendo, uma interpretação jurídica que almeje estabelecer igualdade e compartilhar justiça, em um país pluriétnico como o Brasil, deve ser orientada pelo deslocamento do olhar sobre os povos culturalmente diferentes, para a prática da alteridade para que, dessa forma, os princípios da igualdade e da dignidade humana sejam efetivados na sua plenitude.

Portanto o princípio da igualdade jurídica implica necessariamente o reconhecimento da pluralidade cultural da sociedade. Sem esse reconhecimento, ou quando este exista, mas não tenha efetividade, os sistemas constitucionais somente darão forma jurídica às bases de uma das culturas, ou seja, da cultura dominante, levando a uma situação de discriminação jurídica, pois enquanto uma parte da população tem reconhecido o direito à própria cultura, o mesmo não se sucede com pessoas pertencentes a grupos culturais distintos, como ocorre com os povos indígenas⁶⁸¹.

De acordo com o que esclarece Aparicio:

La manera de responder a esta desigualdad jurídica pasa por reconocer de manera efectiva el derecho a la propia identidad cultural. No es un juego de palabras: el derecho a la diferencia es producto del principio de igualdad. La neutralidad o imparcialidad cultural del Estado no es posible; el Estado y el Derecho son, por definición, un producto cultural. Por ello, la solución se halla en asegurar que las distintas culturas puedan participar en pie de igualdad en la creación y en el desarrollo de las instituciones jurídicas y políticas.⁶⁸²

Segundo Piovesan, discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em um campo qualquer⁶⁸³. Para ela, a discriminação significa sempre desigualdade.

Bobbio ensina que a igualdade, entendida como a equalização dos diferentes, é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade e que toda superação desta ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização. Para ele, “jamais

⁶⁸¹ APARICIO, Marco. “La construcción de la autonomía indígena ...”, cit., p. 269.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 269.

⁶⁸³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 132-133.

como em nossa época foram postas em discussão as três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça (ou, de modo mais geral, a participação num grupo étnico ou nacional), o sexo e a classe social”.⁶⁸⁴

Conforme lembra Sen, o uso da razão pode servir para refletirmos sobre a maneira certa de ver e tratar as outras pessoas, as outras culturas e as pretensões alheias, mas também sobre os diferentes fundamentos que levam ao respeito e à tolerância. Podemos ainda discorrer racionalmente sobre os nossos próprios erros e tentar aprender para que não os repitamos⁶⁸⁵.

De acordo com Flores, os direitos humanos não devem ser medidos por possibilidades de se realizarem no futuro, mas pela concretização de lutas atuais, a indignação diante do intolerável deve conduzir ao encontro positivo e afirmativo de vontades críticas, pois nem tudo vale o mesmo, os direitos humanos são produtos culturais.⁶⁸⁶

É necessário um resgate cultural urgente para reparação de injustiças históricas cometidas contra os povos indígenas. Não existe democracia possível sem o respeito às diferenças.

⁶⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 43.

⁶⁸⁵ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Lisboa: Editora Almedina, 2010, p. 89.

⁶⁸⁶ FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria Crítica ...*, cit., p. 21.

CONCLUSÃO

Vive-se, hoje, uma crise de paradigmas em uma sociedade pluralista e multifacetada, contexto em que se devem buscar convergências que levem ao respeito à cultura alheia e à assimilação de práticas, de vivências há muito desprezadas e desrespeitadas sob o manto do processo colonizatório, pois, à época da conquista, exploração e colonização do Novo Mundo, o colonizador impôs suas práticas jurídicas, educacionais e culturais, recusando-se a assimilar qualquer conceito diverso de seus paradigmas e cultura, tanto quanto a acatar outros saberes.

Assim, os conquistados, sobretudo os indígenas, de cultura milenar, vistos como seres exóticos, predestinaram-se à incorporação progressiva à sociedade ocidental. Imbuídos de uma pretensa superioridade cultural, os então soberanos abstiveram-se de saberes únicos e próprios de povos que, então, já se organizavam em sociedade e se estruturavam politicamente de forma diferente da do colonizador.

Essa imposição de valores e práticas provocou a destruição da cultura autóctone. Além de que, muitos pesquisadores, tentando explicar os fenômenos sociais, culturais e jurídicos dos povos indígenas, procuraram amoldar o “modo de ser” dos povos indígenas a conceitos prévios e às suas próprias visões sobre o contexto indígena. Porém olvidaram-se de que, nesse contexto, domina um conteúdo de sabedoria intangível e cujo viver não se desagrega da espiritualidade, da integração com a natureza, da cosmovisão que lhe é ínsita. E essa cosmovisão é o novo enfoque dos direitos humanos, é o desafio que deve ser incorporado nas mentalidades e nas leis para a salvação da natureza, para o desenvolvimento com sustentabilidade e para a própria sobrevivência da espécie humana.

É mister, então, além do reconhecimento da pluralidade de culturas, uma reforma nas organizações institucionais e nos modos de produção jurídica para que se contemple a diversidade de povos e culturas, pois, nas situações de fricção com o posicionamento ocidental, não é considerada a autonomia cultural desses povos.

Dessa forma, ao invés de se realizar a interculturalidade, a troca de experiência e o respeito pelas diferenças culturais e, com isso, agregar conhecimentos milenares dos povos indígenas, quando suas regras, valores e princípios divergem da cultura imposta pelo não índio, há pressões externas que impedem que esses povos busquem soluções adequadas e legítimas para seus próprios conflitos e, sem um consenso para o bem viver, com respeito à cultura alheia, oprimem-se esses povos e os sujeita novamente à vontade do colonizador.

Para se efetivar o diálogo intercultural nas várias culturas dos povos indígenas, reparar

a injustiça histórica e resgatar suas necessidades e aspirações, é necessário que ocorra um processo de descolonização. Essa seria uma forma de se permitir a esses povos a possibilidade de terem reconhecido seu direito à sua própria organização e se reorganizarem depois de tanto tempo de imposição cultural.

Sabe-se que, através do diálogo com realidades diferenciadas, é que os direitos humanos podem migrar do plano abstrato para a concretude necessária à realização da justiça.

Os direitos humanos, para se efetivarem, devem seguir os movimentos da sociedade e os diversos parâmetros que surgem do contínuo desenvolvimento das pessoas e das suas relações, sob pena que não servirem ao que se propuseram, ou seja, assegurar que cada ser humano tenha seus direitos básicos respeitados.

Não se pode conceber o Direito como uma ordem engessada e estanque, aprisionado em seus próprios dogmas, distanciado na realidade social e da diversidade cultural dos povos indígenas, o que leva os povos nativos de um país se sentirem estrangeiros em seu próprio território. Os direitos humanos têm que ser concebidos no contexto onde se realizam, sob pena de os povos indígenas ficarem totalmente alijados dos princípios que norteiam a dinâmica e a abrangência desses direitos.

A participação nas decisões, o controle do exercício do poder, o direito de escolher governantes e de ser governante expressam a liberdade do cidadão de inclusão efetiva nos processos que lhe digam respeito e na caminhada rumo à realização de cada ser humano enquanto cidadão.

De acordo com a normativa internacional e constitucional, os povos indígenas são titulares de direitos individuais e, inquestionavelmente, de direitos coletivos, pois cada etnia forma um grupo com forma de vida, costumes e línguas distintos e reivindicações pelas terras tradicionalmente ocupadas por esses grupos.

A luta que é travada, atualmente, é justamente para a efetivação desses direitos inerentes aos seres humanos e aos grupos de seres humanos que compartilham direitos coletivos, perpassando todas as dimensões e enfrentando as vicissitudes entre a normatização e a concretização desses direitos, levando-se em conta realidades culturais muito distintas.

A Declaração da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas está repleta de orientações e direcionamentos sobre a necessidade do respeito à cultura dos povos indígenas, assegurando o seu direito à diferença. Nesse sentido, no seu preâmbulo, encontramos afirmações de que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos, sendo reconhecido, ao mesmo tempo, o direito de todos os povos a serem diferentes, a considerarem-

se a si mesmos como diferentes e a serem respeitados como tais. Reconhece que todos os povos contribuem para a diversidade e riqueza das civilizações e culturas, e que constituem o patrimônio comum da humanidade.

Nesse sentido, a Convenção n. 169 da OIT, o texto constitucional brasileiro e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas também remetem ao respeito aos povos indígenas, assegurando, pelo reconhecimento de sua tradição milenar, seu Direito e dignidade como povo. Assim, foi superado o ideal integracionista contido no Estatuto do Índio pelos ideais da interação e do respeito às diferenças.

O Estatuto do Índio é uma lei especial, do ano de 1973, portanto anterior à Constituição Federal, que foi promulgada no ano de 1988. Sendo a Lei Maior do Brasil, e hierarquicamente superior a todas as outras leis do país, as disposições constitucionais têm superioridade absoluta a todas as outras normas jurídicas. Toda lei anterior deve ser interpretada segundo a Constituição Federal, considerando-se derrogada qualquer disposição de lei que não esteja em consonância com os ditames constitucionais.

Houve, então, no Brasil, depois de 1988, uma mudança no modelo adotado para posicionar o índio no contexto da sociedade envolvente. Antes, o índio somente era admitido como cidadão enquanto futuro integrante da sociedade nacional. Hoje, a Constituição Federal assegura uma interação entre os povos indígenas e a sociedade envolvente em condições de igualdade, que se funda no direito à diferença. As normas constitucionais se revestem de caráter preservacionista, de respeito pela tradição, pela cultura dos povos indígenas.

Contudo, para que não existam interpretações prejudiciais ao exercício da cidadania garantido constitucionalmente aos povos indígenas do Brasil, torna-se urgente um novo diploma legal que possa estar em consonância com a Constituição Federal e com os Tratados e Declarações Internacionais.

Verifica-se que tanto no âmbito nacional, como no âmbito internacional, a legislação assegurou o respeito ao protagonismo indígena e à livre determinação dos povos indígenas.

Os povos indígenas são os titulares de seus direitos fundamentais e não meros espectadores. Porém sabe-se que é necessária uma garantia de respeito a esses direitos por parte da sociedade não indígena para que não sejam mais cometidos tantos abusos contra os povos indígenas, nem sejam vítimas de discriminação, e, acima de tudo, para que eles sejam os protagonistas da sua história, da sua vida, dos seus direitos.

Ao impor práticas alheias à cultura indígena e desprezar suas lideranças, seus religiosos, suas práticas jurídicas, na tentativa de desligar os povos indígenas da sua cultural, ocorre uma

pressão, na maioria das vezes invencível para mantê-los subordinados à cultura não índia. Ao invés de incluí-los, respeitando as diferenças, os conhecimentos e práticas tradicionais, a tendência é a de aniquilar a cultura que os sustentou até os dias de hoje.

O direito à diferença cultural, apesar de expresso nas leis, Declarações, Convenções e Tratados, não é priorizado no trato da coisa pública nem na implantação de programas governamentais que acolham e contemplem a especificidade dos povos indígenas.

Sabe-se que do reconhecimento legal às práticas que realmente efetivam os direitos e garantias, há uma grande distância, e se sabe que maior distância existe quando o culturalmente dominante é incapaz de ver e aceitar que os povos de cultura diferente devem ser respeitados e devem ter seus direitos reconhecidos.

A orientação do texto constitucional brasileiro é voltada ao multiculturalismo, pois é obrigação do Estado Brasileiro proteger as manifestações culturais dos diferentes grupos étnicos e sociais que formam a sociedade brasileira. Apesar dessa orientação, sabe-se que existem inúmeros freios, barreiras que impedem o reconhecimento da pluralidade cultural e étnica. Portanto a proteção efetiva dos direitos somente se dará de forma plena se for respeitada a especificidade do direito de cada indivíduo, mas também de cada grupo social.

Desta forma, apesar do reconhecimento da pluralidade étnica e cultural na ordem constitucional, considerando a existência de um pluralismo cultural, verifica-se que a efetividade dos direitos dos povos culturalmente distintos depende da modificação e da criação de outras leis que lhes deem concretude por parte do Estado e que tenham a participação desses povos, pois na maioria das vezes não lhes é garantida nenhuma participação nas decisões que lhes dizem respeito; as leis se afiguram, portanto, alienígenas e não são resultado de seus anseios. Assim, não se verifica a existência do pluralismo jurídico no Estado Brasileiro.

Ainda não se vislumbra, no Brasil, a participação efetiva dos povos indígenas, através do diálogo intercultural, sendo imposta aos indígenas a ordem da sociedade não indígena, o predomínio de uma legislação em dissonância com seus direitos fundamentais, sem nortear-se o ordenamento jurídico estatal por um pluralismo jurídico. Não se vê, assim, uma transformação na estrutura societária que incorpore e respeite valores diferentes. Portanto, não se garante a dignidade cultural aos primeiros habitantes da Nação brasileira.

A Constituição de 1988 abriu caminho para o pluralismo jurídico, porém falta a sua efetivação, a oportunidade de debate, do reconhecimento da legitimidade do direito dos povos indígenas, além da ausência de incorporação de seu direito próprio pela ordem jurídica, o que leva a se concluir que o pluralismo aceito e reconhecido é apenas o cultural, pois somente se dá

efetividade às normas indígenas no âmbito interno de suas comunidades. Portanto o pluralismo jurídico distanciado está no que se refere aos povos indígenas brasileiros, evidenciando, dessa forma, o caráter colonialista ainda vigente.

Assim, além do reconhecimento dos direitos indígenas na legislação, necessário se torna a participação dos povos indígenas na construção de políticas públicas com o seu protagonismo, onde não sejam espectadores de um processo que lhes diga respeito, mas sujeitos que decidam sobre os direitos que devam ser efetivados no seu contexto. É necessária, então, uma reconfiguração do sistema político, através da participação e representatividade dos povos indígenas.

Os indígenas brasileiros têm seu próprio direito, baseado em costumes, tradição, o qual independe de leis escritas, pois são transmitidos e aplicados oralmente, reconhecidos e compartilhados por todos em cada contexto diferenciado. Esse direito está presente e é eficaz em sua comunidade e deve ser reconhecido e respeitado. Porém, para que a sociedade nacional respeite o Direito Indígena, é necessária uma nova legislação, especial, no sentido de reafirmar os direitos que foram reconhecidos e declarados pela Constituição Federal de 1988, e que já foram reconhecidos pelas leis internacionais. São as relações com a cultura própria de cada povo que devem nortear o fundamento do direito que diga respeito a esses povos.

A partir do texto da Constituição Brasileira de 1988, ocorreu um novo movimento: o do deslocamento do olhar para as diferenças culturais, e como corolário dos princípios constitucionais está o da dignidade da pessoa humana.

Somente os povos indígenas sabem o que é para eles uma vida digna, o que é viver de forma plena.

E esse viver, para os povos indígenas, está intrinsecamente ligado ao contato com a terra, pois é o local onde reproduzem seus conhecimentos ancestrais, fazendo parte de seus direitos naturais, e por essa razão possui a terra um valor infinitamente maior do que para a comunidade não índia.

Seja qual for a opção de vida digna para os povos indígenas, o Estado deve garantir que o princípio da dignidade humana possa, realmente, ter efetividade, que a “igualdade de todos perante a lei” não seja apenas um comando legal afastado da realidade dos seus cidadãos, que seja garantido aos índios o seu direito de viver no seu modo de ser.

Os conceitos trazidos por quem não é índio, muitas vezes, tentam transmitir ideias que não partem da cultura de povos indígenas. Por essa razão, a legislação que assegurará o respeito ao Direito Indígena por quem não é indígena deve ser fruto de uma construção em que haja a

participação efetiva dos povos indígenas, pois eles devem legitimar as decisões sobre seu futuro e a legislação que lhes diga a respeito.

Especificamente no que tange ao direito dos povos às relações de justiça, este traduz a ideia de respeito aos padrões de justiça próprios de cada povo dentro do seu contexto cultural, englobando sua liberdade de crença, expressão e modo de vida peculiar.

Daí a importância da perícia antropológica para que se possa averiguar a percepção dos índios que se envolvem em crimes, para constatar se tinham ou não consciência da conduta ilícita, e até mesmo para que se possam aquilatar os costumes, as práticas da cultura própria de cada etnia, para que não sejam criminalizados e punidos pela prática de condutas que apenas expressam seus hábitos e seguem suas regras tradicionais.

Desde o momento da detenção policial, incluindo as audiências e a custódia na unidade penitenciária, os indígenas, de modo geral, não estão bem informados sobre sua situação jurídica e não compreendem o objetivo de cada procedimento jurídico, desconhecem muitas vezes até mesmo a razão pela qual estão presos e o tempo de cumprimento de pena. Assim, diversos indígenas estariam cumprindo uma sentença por algo que alegam não terem cometido e, no entanto, não teriam tido o direito de se defenderem adequadamente. Dessa forma, pode-se afirmar que, durante os processos judiciais, muitos indígenas não têm uma defesa adequada, que respeite as particularidades culturais e que permita, no mínimo, a compreensão dos procedimentos.

Também o desconhecimento da língua portuguesa pode levar à imputação de delitos por total ausência de oportunidade de compreensão e expressão por parte de povos pertencentes a etnias com pouco ou quase nenhum contato com a sociedade envolvente. Tanto os laudos antropológicos como o processo de tradução constituem-se instrumentos para possibilitar o diálogo intercultural e propiciar decisões judiciais mais justas e consentâneas com o modelo de Estado pluralista e megadiverso.

Fica reservado aos povos indígenas, então, apenas um lugar à margem da sociedade e das leis que lhes dizem respeito, os conduzindo, muitas vezes, pela falta de entendimento específico da sua cultura, por ausência de respeito às suas formas tradicionais de aplicação de suas punições, até a situação de restrição máxima da liberdade: o encarceramento. E a restrição de liberdade para povos que têm como premissa de vida digna a liberdade, o contato com a natureza, é seguramente mais desolador.

A mudança de paradigma do ideal da integração para a interação, trazido pelos ditames da Constituição brasileira, leva o Brasil a ser reconhecido como Nação pluriétnica, mas,

principalmente no âmbito do processo criminal, ainda não se efetiva o respeito à diversidade, desrespeitando-se o direito indígena.

A forma própria de resolução dos problemas ocorridos na comunidade indígena, a obediência às suas próprias normas, estabelecidas e transmitidas por gerações, aceitas e efetivas no âmbito da sua comunidade, são expressão da existência de um Direito Indígena e constituem instrumentos que asseguram a manutenção da ordem e da paz social, por serem dotados de legitimidade.

Dentre os direitos fundamentais dos povos indígenas, destaca-se o direito ao seu próprio Direito: o Direito Indígena.

Quando se despreza a diferença, impedindo o diálogo, não se possibilita a realização da interculturalidade. Ao se imputar regras da cultura majoritária a povos culturalmente distintos, desprezando seu Direito, estão se estabelecendo padrões que não partem de sua cultura e, portanto, não terão legitimidade. Isso afasta a própria cultura e desvirtua princípios milenares, provoca uma ruptura na estrutura social, que se sedimenta em valores coletivos, valores salientados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos legislativos correlatos, contexto em que há uma evolução na discussão e adoção de novos princípios concernentes aos direitos humanos, aos direitos fundamentais dos povos indígenas.

Os povos indígenas têm necessidade de um olhar diferenciado da legislação estatal. Não pode a lei estabelecer padrões igualitários para povos culturalmente diferenciados. Seria desvirtuar a aplicação do princípio da igualdade tratando de forma igual cidadãos de cultura diferente.

Para concretizar o Estado Democrático de Direito pluriétnico e multicultural, é necessário reinterpretar as leis e construir uma nova sensibilidade jurídica, diante da interculturalidade e do lugar da diversidade no constitucionalismo.

Assim sendo, apresentam-se sugestões que podem levar à realização da justiça cultural no cotidiano dos povos indígenas, para que seu direito próprio não fique à margem do direito: o reconhecimento da jurisdição e direito penal indígenas pelo Estado; existência de uma justiça especial para indígenas com a coordenação entre sistemas indígenas e estatais; a inclusão obrigatória de intérpretes e de perícia antropológica em qualquer processo em que figurem indígenas; a obrigatoriedade da inclusão de integrantes da etnia indígena como parte dos jurados em casos de indígenas submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri; a formação de jurados ou tribunais mistos, para garantir a interpretação intercultural dos fatos e do direito, integrados por juízes estatais e membros da comunidade ou povo indígena, a fim de que se permita

entender os fatos dentro de seu contexto cultural e resolver de acordo com a equidade; o sistema de justiça estatal descriminalizar ou despenalizar as práticas culturais e jurídicas indígenas que considera fatos puníveis ou delitos e também o exercício da justiça indígena em si mesma; a inclusão do parágrafo e do artigo sugerido ao Código Penal Brasileiro, pois assim poderíamos ter soluções adequadas culturalmente à tradição dos povos indígenas, já que, em muitos casos, ao realizarem os seus costumes tradicionais, ou por um erro de compreensão culturalmente motivado, integrantes desses povos poderão ser criminalizados apenas por estar seguindo sua própria cultura, seu próprio Direito. E, fundamentalmente, deve-se propiciar aos povos indígenas o seu direito fundamental ao seu próprio direito. Afinal, não há democracia possível sem respeito às diferenças.

Considera-se que o caminho para uma sociedade mais justa é o da interculturalidade, e para isso é necessário que haja a descolonização, o que significa quebrar paradigmas equivocados e romper com as amarras seculares que escravizam e causam tantos conflitos. E para que isso se realize é necessária a prática da alteridade, é preciso ouvir a voz dos povos e reconhecer que eles têm sua própria estrutura social, seu próprio direito, sua própria cultura, e que seus costumes têm eficácia na comunidade a que pertencem. E sabe-se que é sobretudo através do respeito às diferenças que se poderá manter o equilíbrio e a paz social, condições indispensáveis para uma sociedade mais justa.

A vida dos povos indígenas se realiza no coletivo, sendo a terra a grande mantenedora da força espiritual. Portanto sua relação com a terra é de filiação, fazendo esta, parte de seus direitos fundamentais. Os povos indígenas são os titulares desses direitos humanos fundamentais e não meros expectadores da realização destes na cultura do colonizador.

O Direito Indígena está vivo com seus sistemas próprios e se realiza independente de normas escritas.

A dignidade, para o indígena, passa pela dignidade de seu grupo social, pois sua vida se realiza no coletivo. Dignidade para os povos indígenas está ligada, de forma inseparável, ao respeito por sua tradição, por suas manifestações culturais, espirituais e pela terra, pois, para eles, a terra é mãe, é ela quem dá a vida. Então, o respeito pela terra faz parte de seus direitos fundamentais, por essa razão, são direitos personalíssimos, inalienáveis e imprescritíveis.

Para os povos indígenas, dignidade humana significa ter saúde, educação de acordo com seu processo educacional, não lhes sendo imposto um padrão de educação que oprime seu modo de ser, pois nega sua educação tradicional, reprime a cosmovisão que é ínsita em sua existência. É ter seu espaço de terra, não com objetivos comerciais, mas como lugar onde eles reproduzem

sua espiritualidade e de onde possam tirar o alimento para matar a fome de seus filhos. É poder participar da sociedade nacional em igualdade de condições e oportunidades, se assim o desejar, sem discriminação, sem restrições, e que a palavra integração não se traduza por abandono de sua cultura, e sim que se consubstancie em troca de experiências. É poder viver de acordo com os parâmetros que eles elegeram. É poder tanto permanecer dentro de sua forma tradicional de viver, no cultivo da terra, como estudar, trabalhar, exercer uma profissão sem perder sua identidade. É poder ser índio, e, principalmente, poder permanecer vivo.

Cada povo indígena brasileiro tem seu espaço de construção de uma realidade social e de valores. É necessário que se desloque o olhar para essa realidade. É fundamental que se substitua o foco de legislar para “o outro”, para a atitude de estar junto com o outro. Deve-se realizar uma mudança do campo de visão, respeitar o ser indígena, propiciando a grande proteção fundamental de sua cultura, de suas normas.

O Direito deve ter como objetivo a inter-relação dos indígenas com a sociedade não indígena, pois todos são cidadãos brasileiros e merecem que a legislação propicie a equalização das diferenças para somente assim poder propiciar justiça social aos povos que integram o Estado Brasileiro, sem distinções nem discriminações.

Para que haja justiça cultural é fundamental que ocorra justiça social, pois a igualdade entre etnias e povos distintos, o reconhecimento de suas regras de convívio e o respeito pela aplicação das mesmas no seu cotidiano é consectário da aplicação de princípios de convivência que possibilitem o diálogo necessário para a realização da justiça social. E a justiça social só poderá ser plena se embasada na justiça cultural.

Apesar das diferenças entre os diplomas legais dos diversos países do mundo e do direito próprio de cada povo, ainda que sem legislação escrita, existem direitos básicos da existência humana que se encontram tanto nas legislações dos países, como no direito consuetudinário dos povos ágrafos, pois nascem com os seres humanos e são considerados valores de cada povo.

Através do diálogo com realidades diferenciadas, os direitos humanos, sejam eles individuais ou coletivamente considerados, podem migrar do plano abstrato para a concretude necessária à realização da justiça em cada contexto étnico.

O reconhecimento e a compreensão da autonomia cultural dos distintos povos indígenas são fundamentais para que se possam construir formas de convívio pacífico em meio à diversidade cultural, que também é dotada de conflitos, mas é a partir do diálogo que se construirá uma sociedade que respeite o viver próprio de cada povo.

As normas legais de proteção aos indígenas brasileiros, com um complexo sistema de “tutela”, acabam negando-lhes a condição de legítimos cidadãos com direitos plenos.

Há de se pensar e desenvolver uma forma de convívio para a efetivação de uma cultura de paz, para que em se respeitando a tradicionalidade dos povos indígenas, o seu modo de ser e de viver, possa ser garantido o seu direito da igualdade nas diferenças, e, acima de tudo, além e apesar das diferenças.

Quando não se respeita o pluralismo jurídico e a existência de respostas penais que não as previstas no Direito Penal, impede-se que os índios vivam e se organizem com seus costumes e tradições. E o direito à autodeterminação é consectário do direito à liberdade, à dignidade e à própria vida.

A aplicação de regras aceitas e adotadas pelos povos indígenas não significaria o completo afastamento do Direito Penal estatal, mas o diálogo com este, desde que se respeitem as especificidades próprias do Direito Indígena.

Assim, sabe-se que é necessária uma garantia de respeito a esses direitos por parte da sociedade não indígena, para que não sejam mais cometidos tantos abusos contra os povos indígenas, para que eles não mais sejam vítimas de discriminação e, acima de tudo, para que eles sejam os verdadeiros donos de seus direitos, de sua história, de sua vida.

Os direitos humanos, para se efetivarem, devem seguir os movimentos das distintas sociedades e os diversos parâmetros que surgem do contínuo desenvolvimento das pessoas e das suas relações, sob pena que não servirem ao que se propuseram, ou seja, assegurar que cada ser humano tenha seus direitos básicos respeitados.

O reconhecimento e a efetivação do direito próprio dos Povos Indígenas nada mais é que a consolidação de seus direitos humanos, direitos esses inerentes a todo ser humano, os quais nascem com todas as pessoas e os acompanham até o final de sua existência, como o direito à igualdade, o direito à liberdade, o direito a uma vida digna, o direito à felicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ, J. Alberto del Real. *El derecho a la identidad cultural: ¿derecho de Persona o derecho de los pueblos?* Navarra: Thompson Reuters; Aranzadi, 2014.

ALCOREZA, Prada. *Que és la descolonización?* Periódico Cambio, 24 mar. 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Dean. *Direito socioambiental: o significado da eficácia e da legitimidade*. 1 ed. (ano 2003), 3 reimpr. – Curitiba: Juruá, 2008.

ALMEIDA, Rita Heloisa de. *O Diretório dos índios: Um projeto de civilização no Brasil do Séc. XVIII*. Brasília: Ed. UnB, 1997.

ALMEIDA, João Pacheco de (Org.). *Indigenismo e territorialização; poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 1998.

ALMEIDA, Rubem Ferreira Thomaz de. *Do desenvolvimento comunitário à mobilização política: O Projeto Kaiowá/Ñandeva como experiência antropológica*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2001.

ANAYA, James S. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press, New York, 1996.

_____. “Los derechos de los pueblos indígenas”, in *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Serie Derechos Humanos. BERRAONDO, Mikel (coord.). Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

ANJOS FILHO, R. N. dos (Ed.). *O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno*. In: ANJOS FILHO, R. N. dos. *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2001.

APARICIO WILHELMI, Marco. *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*. Colección Diversitas n° 53. Girona: Publicacions de la Universitat de Girona, 2005.

_____. “Ciudadanías intensas. Alcances da refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia” in *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, coord. Albert Noguera Fernández, Valencia: 2013.

_____. “Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas” in *Revista de Antropología Social*, 24, 2015.

_____. “El derecho de los pueblos indígenas a Libre determinación”. in *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Serie Derechos Humanos. Mikel Berraondo (Coord.). Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

_____. “La construcción de la autonomía indígena: hacia el estado intercultural como nueva forma de estado”, in Martí i Puig, Salvador, *Pueblos Indígenas y Política em América Latina: El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inícios del siglo XXI*. Barcelona: Fundación CIDOB, 2007.

_____. “Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008” in *Povos Indígenas, Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Ricardo Verдум organizador. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

ARENDDT, Hannah. *A Dignidade da Política*. Antonio Abranches (org.). Tradução Helena Martins, Frida Coelho, Antonio Abranches, César Almeida, Cláudia Drucker e Fernando Rodrigues. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001a.

_____. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001b.

_____. *Sobre a violência*. Tradução e ensaio crítico de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

ARISTÓTELES, *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção os Pensadores).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARIÉ, Cletus Gregor. *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales em América Latina: um panorama*. 2ª edición actualizada y aumentada. Bolívia: Instituto Indigenista Interamericano (México), Comisión Nacional para el desarrollo de los Pueblos Indígenas (México) y Editorial Abya-Yala (Ecuador), 2003.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas – Vetores Constitucionais*, 1. ed., Ed. Juruá, 2003.

BELLEY, Jean-Guy, “Pluralismo Jurídico”, in André-Jean (ed.), *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BELTRÃO, J.F.; BEGOT, M.; LIBARDI, E. Povos indígenas e direito à diferença: colonialismo jurídico versus pluralidade de direitos. In ANNONI, D. (org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos. São Paulo: Conceito, 2010.

BESSA, Juliana Pinheiro Nogueira. *Por Nações Afirmativas: O Estado Plurinacional na Constituição Boliviana de 2009 e o papel da Confederación de Pueblos Indígenas de Bolívia (CIDOB)*. Dissertação de Mestrado. Centro de Pesquisa e Pós-Graduação em Estudos

Comparados sobre as Américas – PPG/CEPPAC. Brasília: UnB, Instituto de Ciências Sociais, 2015.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale *et alii*. Coordenação da tradução: João Ferreira. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Imprensa Oficial do Estado. Vol. I.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1991.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação?* 25. ed. São Paulo Ed. Brasiliense, 1989. (Coleção Primeiros Passos).

CADOGAN, Léon. Aporte a la etnografía de los Guarani del Amambai. *Revista de Antropologia*, São Paulo, 1962. V. 10.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. V. I.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *A crise do indigenismo*. Editora da Unicamp, Campinas, 1988.

_____. *Identidade, etnia e estrutura social*. São Paulo: Pioneira, 1976.

_____. *O índio e o mundo dos brancos*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1996.

_____. *A noção de “colonialismo interno” na etnologia* in *Sociologia do Brasil Indígena*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1972.

_____. *Aculturação e fricção interétnica*. Rio de Janeiro: América Latina, ano VI, n. 4, 33 p., out./dez. 1962.

_____. *Problemas e hipóteses relativos à fricção interétnica* in Sociologia do Brasil Indígena. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1972.

CASAL, Jesús M. “El pluralismo jurídico en América Latina: Algunas reflexiones”, in *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, n° 4. *Pluralismo Jurídico*. Colección Textos de Jurisprudencia. Editores Académicos: Víctor Bazán e Claudio Nash Rojas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jursprudencia, 2014.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. E COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 46, n. 183, ano: set. 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Diversidade Cultural, esquecida da Justiça*. Disponível em: <http://www.reformapolítica.org.br>. Acesso em: 30 de janeiro de 2014.

CASTRO, Marcela Baudelde. *A culpabilidade dos indígenas à luz das exculpantes penais*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23972/a-culpabilidade-dos-indigenas-a-luz-das-exculpantes-penais>. Publicado em 03/2013. Elaborado em 02/2013.

CLASTRES, Pierre. *A Sociedade contra o Estado*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

CLAVERO, Bartomé. *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*. México. Siglo XXI. 1994.

_____. “Consulta Indígena Colombia (y España) entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos” in *Convenção 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Organizadora Deborah Duprat. Brasília-DF: ESMPU, 2015.

_____. *Novedades Constitucionales Y Continuidades Constituyentes: Ecuador, Venezuela, México, Bolívia (1998-2004)*, in *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*. Aparicio Wilhelmi, Marco (coord). Girona: Publicacions de la Universitat de Girona, 2005.

COLAÇO, Thais Luzia. *Incapacidade indígena: Tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas missões jesuíticas*. Curitiba: Juruá, 1999.

COLLETTI, Lucio. *Le marxisme et Hegel*. Paris: Éditions Champ Libre, 1976, p. 335.

COLOM, Francisco. *Razones de identidad: Pluralismo cultural e Integração política*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Povos indígenas do Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, 1991.

CUEVAS GAYOSSO, José Luis. *La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas em la Constitución Del Estado de Vera Cruz, México (2000), de la Norma a la Práxis*. Ciudad de México: Universidad Veracruzana, 2000.

CUNHA, Leonardo, R. C. da. *Projeto AVEDA-KAIOWÁ: Relatório de Impacto Sócio-econômico*. Rio de Janeiro, 1995.

CUNHA, Manoela Carneiro da. *História dos índios no Brasil*, 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *Definições de índio e Comunidades Indígenas*. In: *Sociedades Indígenas e o Direito – uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: Ed. da UFSC.

CURI, Melissa Volpato. *O direito consuetudinário dos povos indígenas*. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, jul./dez. 2012.

CUSICANQUI, Silvia Rivera. *Violencias (re) encubiertas em Bolívia*. La Paz: Piedra Rota, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O índio e a cidadania*. S. Paulo: Brasiliense, 1993.

DE LA CRUZ, Rodrigo. *Conocimientos Tradicionales y Derecho Consuetudinario*. Documento revisado. UICIN – Unión Mundial para la Naturaleza, Febrero, 12 de 2006.

DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados: ideologias y modelos penales*. Traducción e introducción de Víctor Manuel Macías Caro. Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 137.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio: Estudos de Sociologia*. Trad. de Mônica Stahel. S. Paulo: Martins Fontes, 2000.

DUSSEL, Enrique. Palestra proferida por ocasião da I Semana de Educação em Direitos Humanos, na Universidade Metodista de São Paulo, sob o tema “Educação e Religião na América Latina: Memória, Justiça e Libertação”. Disponível em: <http://www.metodista.br/fateo/noticias>.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 1995.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986.

ESQUIROL, Josep M. *Diálogo y Encuentro: Uno mismo y los otros: de las experiencias existenciales a la interculturalidad*. Barcelona: Helder Editorial, 2005.

FACCIONI, Eloi Francisco Zatti, *O tratamento jurídico-penal do indígena em face do direito fundamental à diversidade cultural*, in *Temas aprofundados – Ministério Público Federal*, Juspodium, Salvador, 2013.

FAGUNDES, Lucas Machado; PATRÍCIO, Ághata July Goularte; CACIATORI, Emanuela Gava. *Pluralismo Jurídico no processo constituinte boliviano*. Editora Lumen Juris, 2019.

FAGUNDES, Lucas Machado et al. *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências Contemporâneas*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

FALCÃO, Ismael Marinho. *O Estatuto do Índio Comentado*. Brasília: Ed. Senado Federal, 1985.

FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, v. 21.

FARIAS, Edilsom, *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada x a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. *O Direito Penal e o Índio: Desafios Históricos sob a Nova Perspectiva Constitucional*.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1. S. Paulo: Saraiva, 1989.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Os Direitos Humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Tradução de Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Microfísica do poder*. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramallete. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIRAUDO, Laura. *Ciudadanía e derechos indígenas em América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Madrid: Centro de Estudios e Políticos y Constitucionales, 2007.

GOLDSTEIN, “Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a Cultural Defense?” en *Dick. L. Rev.*, 1994.

GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1991.

GRESSLER, Lori A.; SWENSSON, Lauro J. *Aspectos históricos do povoamento e da colonização do Estado de Mato Grosso do Sul*. Dourados: LAG, 1988.

GRIFFITHS, John. *What is legal pluralism?* *Journal of Legal pluralism* n. 24, 1986.

GUEVARA-GIL, Armando e THOME, Joseph, *Notes on legal pluralism in Beyond Law*. Bogotá: ILSA, v.2, Jul./1992.

GURVITCH, Georges. *Sociología del derecho*. Rosario: Editorial Rosario, 1945.

HÄBERLE Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1977.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe [UFPR]. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. De Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. “Israel y Atenas o a quien pertenece la razón anamnética? Sobre la unidad em la diversidad Multicultural”, in *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 10 (1994).

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian., 1994.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos*, volume 1, Gênese dos Direitos Humanos, São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

HESSE. Konrad. *La interpretacion constitucional* Escritos de Derecho Constitucional. Selección, tradición e introducción Pedro Cruz Villalon. 2ª edición. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. “Sobre los ordenamientos sancionadores originários de Latinoamérica. In: *Derecho Penal y Pluralidad Cultural*”. Anuário de Drecho Penal 2006, disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2006_09.pdf, acesso em 16/06/2016, p. 110.

_____. “*Existe un Derecho Penal Indígena?*”. Conferencias Magistrales núm. 13. México DF: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

KYMLICKA, W. "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal", in *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, n.º 14, México DF, 1996.

KYMLICKA, Will; STRAEHLE, Christine. *Cosmopolitismo Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Um análisis crítico de la literatura reciente*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Série Ensayos Jurídicos, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Kalouste

Gulbenkian, 1989.

LÉVI-STRAUSS, C. *Raza e Historia*. Madrid: Altaya, 1999.

LLANO ALONSO, F. H. “Los derechos colectivos desde una perspectiva humanista-cosmopolita” in ANSUÁTEGUJ ROIG, F.J. (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2001.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* São Paulo: Brasiliense, 1999. (Coleção primeiros passos; 62).

LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996.

LÓPEZ CALERA, N. M. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Editorial Ariel, 2000.

LÓPEZ. Pedro Garzón. *Ciudadanía indígena: del multiculturalismo a la colonialidad del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Poder*. Trad. De Martine Creusot de Rezende Martins. 2. ed. Brasília: UnB, 1992.

MACHADO, Almiros Martins. *Função social do Ministério Público Federal como o fiscal da lei em relação à comunidade indígena de Dourados*. Monografia apresentada ao Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN, em 30/11/2004.

MAIA, Luciano Mariz. *Do Papel da Perícia Antropológica na Afirmação dos Direitos dos Índios*. Brasília: Ministério Público Federal – 6ª Câmara.

_____. *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel, 1991.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTO, Zelia Maria Neves. *Antropologia: Uma introdução*. São Paulo: Atlas, 1986.

MARGALIT, Avishai Y RAZ, Joseph. *National Self-determination*. The Journal of Philosophy. Volume 87, Issue 9, September, 1990.

MARITAIN, Jacques. *Discurso na Segunda sessão da Conferência Geral da UNESCO, 1947*. In: *O direito de ser homem*. UNESCO, 1972.

MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. *Diálogo Intertextual entre o Direito Kaiowá/Guarani e o Direito Positivo Brasileiro em uma perspectiva da dignidade da pessoa humana*. 2002. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UnB, Brasília.

MBAYA, Etienne Richard. *Gênese, evolução e universalidade frente à diversidade de culturas*

In: Revista Estudos Avançados São Paulo. USP, vol. 11, Número 30, maio/ago. 1997.

MELIÁ, Bartomeu S. J. El “modo de ser” Guaraní en la primera documentación jesuítica: 1594-1639. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 24, 1981.

MELO, Milena Peters e BURCKHART, Thiago Rafael. *Direito indígena e inovações constitucionais na América Latina: uma leitura a partir da teoria crítica do direito* in Revista Jurídica – CCJ ISSN 1982-4858 v. 17, nº. 34, p. 97 - 120, jul./dez. 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Relatório do Núcleo de Apoio Local de Dourados*. Dourados: FUNAI, [s.d.]

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. 4. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. IX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. v. 1. S. Paulo: Brasil, 1960. (Coleção as Grandes Obras da Filosofia).

MONTORO. André Franco in *Cultura dos Direitos Humanos*/ Maria Luíza Marcílio, Lafaiete Pussoli coordenadores. São Paulo: LTr, 1998. (Coleção Instituto Jacques Maritain).

NASCIMENTO, José do. *Direitos Humanos, Multiculturalismo e as Diversidades Culturais*, Campo Grande: IDHMS, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel. *Los Pueblos Indígenas a la Conquista de sus Derechos: fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2012.

PECES-BARBA, G. *Derechos sociales y positivismo jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Colección Bartolomé de las Casas. Madrid: Editorial Dykinson, 1999.

_____. *Los derechos colectivos*. Madrid: Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, 2001.

_____. *Sobre el fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1989.

PAREKH, Bhikhu. *Repensando el Multiculturalismo: diversidad cultural y Teoría Política*, Colección Fundamentos nº 222, Madrid: Ediciones Istmo, S. A., 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Traducción de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos" in Ansuátegui,

F. J. Roig, *Uma discusión sobre derechos colectivos*, Madrid: Editorial Dykinson, 2001.

_____. *La universalidade de los derechos humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PIOVESAN, Flávia. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1998. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Direito, cidadania e justiça: Ensaio sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1995.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1996, p. 60.

PONTES, Bruno César Luz. “O índio e a Justiça Criminal Brasileira” in *Direito Penal e Povos Indígenas*, 1ª Edição, 3ª Impressão. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

QUIJANO, A. “Bien vivir”: entre el “desarrollo” y la des/colonialidad del poder. *Viento Sur*, n.122, 2012.

RAMÍREZ, Zózimo Hernández. “Autonomías indígenas em México. Entre la vía legal y la vía de los hechos”, in *Ciudadanía e derechos indígenas em América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Madrid: Centro de Estudios e Políticos y Constitucionales, 2007. p. 219-235. (Cuadernos y Debates, v. 179).

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. “Fundamentos da concepção tridimensional do Direito”, in *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. X. Fasc. IV, p. 463, out./dez. 1960.

RENTELN, Alison. A Justificación of the Cultural Defense as a Partial Excuse, in *S. Cal. Rev. L. & Women’s Stud.*, 1993.

REZENDE, Guilherme Madi. *Índio - Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba, Juruá, 2009.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RODAS, Francisco Cortés y SOLÓRZANO, Alfonso Monsalve. *Multiculturalismo Los Derechos de las Minorías Culturales*. Murcia: Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquía, 1999.

RODRIGUES, J. Barbosa. *História de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Editora do Escritor, 1985.

RODRIGUÉZ-PIÑERO, Luiz. “Cuando Proceda: vigilância y aplicación de los Derechos de los Pueblos Indígenas segun la Declaración” in *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*.

ROULAND, Norbert. Pluralismo Jurídico (Teoria antropológica), Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social II*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

RUIZ, Isaac González. *Error de Prohibición y Derechos Indígenas: visión garantista del Derecho Penal*, 1ª reimpresión, México D. F. : UBIJUS Editorial, 2008.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier. *El Derecho al Ambiente como Derecho de Participación*. Bilbao: Editora Arateko, 1992, p. 81.

SÁNCHEZ, Luis E. Francia. “Pluralidade cultural y derecho penal”, in *Derecho*, 47/193, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Garantismo y Derecho Penal*. Colección Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales, dirigida por Eduardo Demetrio Crespo y José Tamón Serrano-Piedecasas. Madrid: Iustel Portal Derecho S. A, 2011.

SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. Coordenação Abdala Junior e Isabel Maria M. Alexandre. Série Ponto Futuro; 1. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

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

_____. *La reinención del Estado y el Estado Plurinacional*. Santa Cruz de La Sierra, Bolívia: Alianza Interinstitucional CENDA _ CEJIS _ CEDIB, 2007.

_____. *Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. v.3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Sílvio Coelho dos *et.al.* (Orgs.). *Sociedades indígenas e o Direito: Uma questão de direitos humanos – Ensaio*. Florianópolis, Ed. da UFSC; CNPq, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SCHADEN, Egon. *Aculturação indígena: Ensaio sobre fatores e tendências da mudança cultural de tribos índias em contato com o mundo dos brancos*. S. Paulo: Pioneira; Edusp, 1969.

SCHAVELZON, Salvador. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolívia: Etnografía de una Asamblea Constituyente*, 2015.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Lisboa: Editora Almedina.

SEREJO, Hélio. *Ciclo da ERVA-MATE em Mato Grosso do Sul*. Campo Grande: Instituto Eivaldo Lodi, 1986.

SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. Coleção Filosofia e Direito. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Jorge Medeiros da. *Direito Penal Especial*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os Direitos dos Índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015.

SOUSA, Rosinaldo Silva de. “Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica”, in Novaes, Regina Reyes. Lima, Roberto Kant de. *Antropologia e Direitos Humanos*. Niterói: EdUFF, 2001.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Função social do advogado. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Introdução crítica ao Direito*. 4. ed. Brasília: UnB, 1993. (Série: O Direito achado na rua, v. 1).

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

_____. *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá; NDI, 1992.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos, *História dos índios no Brasil: O governo dos índios sob a gestão do SPI*. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; FAPESP, 1992.

STALIANO, Pamela; MONDARDO, Marcos Leandro; LOPES, Roberto Chaparro. Onde e Como se Suicidam os Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul: Confinamento, Jejuvy e Tekoha.

STAVENHAGEN, Rodolfo y ITURRALDE, Diego. *Entre la ley y la costumbre: el Derecho Consuetudinario indígena em America Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35030.pdf>.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: Unesco, 2007.

TAPIA, Luis. Bolívia: ciclos y estructuras de la rebelión. In: SVAMPA, Maristella; STAFANONI, Pablo (Orgs.) Bolívia: memoria, insurgencia y movimientos sociales. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

TAYLOR, Charles. Multiculturalismo y “la Política del Reconocimiento”, México: FCE, 1993.

TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition in Multiculturalism and the "The Politics of Recognition"*, New Jersey Princeton Univ Press, 1992.

- TOBEÑAS, Jose Castan. *Los derechos del hombre*. Madrid: Reus, 1969.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TOULEMONT, René. *Sociologie et pluralisme dialectique. Introduction a l'oeuvre de Georges Gurvitch*. Louvain/Paris: Nauwelaerts, 1955.
- TOURAINÉ, A. “Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas”. *Claves de Razón Práctica*: n. 56/10 (1995).
- UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Direito ao Pão Novo: o princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena*. São Paulo: Editora Pillares, 2005.
- _____. “Reflexões sobre Direitos Humanos”, in Borges de Paula, Marco Aurelio, *Estudos de Direito Público*, Campo Grande: CEPEJUS, 2009.
- UN Doc.E/CN.4/ Sub.2/1986/7 and Add.E / CN.4 / Sub.2 / 1986/7.
- VALLESCAR, Diana Palanca de. *Cultura, Multiculturalismo e Interculturalidad: hacia una racionalidad intercultural*. Madrid, Editorial Perpetuo Socorro, 2000.
- VAN COTT, D. L. *The Friendly Liquidation of the Past: the Politics of Diversity in Latin America*, University of Pittsburg Press, 2002.
- VAZ, Enrique C. de Lima. *Antropología Filosófica*. v. 1. e 2. S. Paulo: Loyola, 2001. (Coleção Filosofia)
- VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político: Constitución de 1978 y transformación político-social española*. v. 4. Madrid: Technos, 1984.
- VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.
- VILLORO, Luis. “Multiculturalismo y Derecho”, in Krotz, Esteban, *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho* – 2ª edición. – Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2014.
- VILLARES, Luis Fernando (Coord.). *Direito penal e povos indígenas*. 1. ed. 3. imp. Curitiba: Juruá, 2014.
- VITORELLI, Edilson (org.), *Temas aprofundados* – Ministério Público Federal, Juspodium, Salvador, 2013.
- WAGNER, Daize Fernanda. “Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil” in *Revista Direito GV*, v. 14, n. 1, Jan-Abr, 2017.
- WALSH, Catherine. “Interculturalidad y Colonialidad del Poder”, in Walsh, Catherine, Garcia Linera, Álvaro; Mignolo, Walter. *Interculturalidad, descolonización del Estado y del*

Conocimiento - Colección El Desprendimiento: Pensamento crítico y giro Des-Colonial. Buenos Aires: Del Signo, 2006.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias Araújo. Coleção justiça e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WENCESLAU, Marina Evaristo. *O índio kaiowá e a comunidade dos brancos*. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 1990.

WIPO; GRTKF; IC; 7; 6, parágrafo 48.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito: O direito nas sociedades primitivas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

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, Luis Fernando (Coord.). *Direito penal e povos indígenas*. 1. ed. 3. imp. Curitiba: Juruá, 2014.

YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. “Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal”. Tomado del capítulo IV.2: Pautas para el reconocimiento constitucional del derecho indígena y su coordinación con el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

_____. “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial em los países andinos”, in *El Otro Derecho*, número 30, Junio de 2004. ILSA, Bogotá D. C., Colombia.

YUDICE, George. “O Multiculturalismo e novos critérios de Valoração Cultural”, in *Revista Sociedade e Estado*, vol. IX, n. 1-2, Jan, Dez, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de.; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 46, n. 183, ano: set. 2009.

LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS CONSULTADOS

Código Penal Brasileiro.

Código Penal do Peru.

Constituição da República Federativa do Brasil.

Constituição do Equador.

Constituição do Peru.

Constituição da Bolívia.

Constituição da Colômbia.

Constituição do Paraguai.

Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho.

Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Decreto nº 8.154, de 16 de dezembro de 2013.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2007.

Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, UNESCO. 2002.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

Estatuto do Índio (Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973).

Estatuto das Sociedades Indígenas do Paraguai.

Lei Federal nº12.847 (2013).

Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT).

ONU, Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, "Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre Os Direitos dos Povos Indígenas."

Pacto de San José da Costa Rica.

Relatório da Survival Internacional para o Comitê para Eliminação da Discriminação Racial da ONU (CERD ONU).

Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Súmula 140.

Superior Tribunal de Justiça (STJ) - TERCEIRA SEÇÃO, DJE15/ 12/2014, CC 201402792497, Walter De Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP).

Tratado de Versalhes.

SITES CONSULTADOS

<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>.

<https://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/populacao-indigena-no-brasil>.

<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>.

<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>.

<http://classroom.orange.com/pt/constituicao-de-colombia-de-1991.html>

www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>

http://www.politicaspublicas.net/panel/attachments/article/706/2010_lrp_vigilancia_derechos_declaracion.pdf

www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf

www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf

www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_75.pdf

http://www.onu-brasil.org.br/conheca_hist.php

<https://nacoesunidas.org/onu-proteger-os-direitos-dos-povos-indigenas-e-proteger-os-direitos-de-todos/>

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2006686/cidh-caso-n-29-comunidad-mayagna-sumo-awas-tingni-vs-nicaragua>.

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S0103-4014201800030037300063&lng=en.

<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v39nspe/1982-3703-pcp-39-spe01-e221674.pdf>.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1980835

<https://www.google.es/search?newwindow=1&sxsrf=ACYBGNQktXTG2HTZjiR9>

https://www.iwgia.org/images/publications//0606_El_nacimiento_del_estado.pdf.

<http://www.politicaspublicas.net/panel/not/internacional/707-libro-declaracion-onu.htm>.

<http://classroom.orange.com/pt/constituicao-de-colombia-de-1991.html>.

<https://nacoesunidas.org/onu-proteger-os-direitos-dos-povos-indigenas-e-proteger-os-direitos-de-todos/>

http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

<https://www.youtube.com/watch?v=yOtmujhpl0>

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/>

<https://www.todamateria.com.br/sesmarias/>

http://cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=19&tipoVisao=presos

<http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamehto-nacional-de-informacoes-penitenciarias>

<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016>

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf

<http://www.tjms.jus.br>

<http://www.tjap.jus.br>

<https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/I5D00098.pdf>

<https://jus.com.br/artigos/23972/a-culpabilidade-dos-indigenas-a-luz-das-exculpantes-penais>