

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

ARTHUR PEREIRA DE JESUS

PLURALISMO JURÍDICO EM UM BRASIL-INDÍGENA:
O Índio e o direito de ser julgado conforme seus costumes.

BRASÍLIA
2021

ARTHUR PEREIRA DE JESUS

PLURALISMO JURÍDICO EM UM BRASIL-INDÍGENA:
O Índio e o direito de ser julgado conforme seus costumes.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - Escola de Direito e Administração Pública, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, elaborada sob orientação do Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho.

BRASÍLIA

2021

ARTHUR PEREIRA DE JESUS

PLURALISMO JURÍDICO EM UM BRASIL-INDÍGENA:

O Índio e o direito de ser julgado conforme seus costumes.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado Profissional em Direito do Instituto brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Brasília, 17 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho
Orientador

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dra. Amanda Costa Thomé Travincas
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Ao meu Deus, pai de amor e misericórdia.
Aos meus pais, à minha noiva, aos meus
irmãos e à toda minha família.
Sem vocês, nada disso seria possível.

*“Só eu sei cada passo por mim dado
Nessa estrada esburacada que é a vida,
Passei coisas que até mesmo Deus duvida,
Fiquei triste, capiongo, aperreado,
Porém nunca me senti desmotivado,
Me agarrava sempre numa mão amiga,
E de forças minha alma era munida
Pois do céu a voz de Deus dizia assim:
- Suba o queixo, meta os pés, confie em mim,
Vá pra luta que eu cuido das feridas”.*

(Bráulio Bessa).

RESUMO:

Este trabalho busca entender se a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer aos indígenas seu direito a organização social, manutenção da cultura, costumes e tradições, permitiu a existência de um “foro judicial indígena” para que os indígenas por meio de seu direito consuetudinário possam julgar os ilícitos penais praticados por indígenas, contra outros indígenas. Para tal, buscou-se entendimento por meio de pesquisa bibliográfica sobre o tema, analisando o impacto do abandono cultural nos direitos indígenas, durante a formação do Estado brasileiro, bem como, a necessidade de não entender o indígena como ser infantil, abandonando a política de integração, respeitando os direitos fundamentais destes povos. Chegou-se à hipótese, por meio de análise jurisprudencial e de normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas, que é possível que ilícitos penais, que tenham infrator e vítima indígena, sejam julgados conforme os direitos consuetudinários destes povos, entendendo estes como parte do direito fundamental à cultura, além de que, quando estes ilícitos não forem puníveis na visão indígena, o Estado-juiz deverá levar em consideração os costumes e tradições para o julgamento destes fatos, primando sempre por um tipo de punição que não o cárcere, quando possível.

Palavras-chave: Direito Consuetudinário; Povos Indígenas; Ilícitos Penais; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT:

This paper seeks to understand whether the Federal Constitution of 1988, by recognizing indigenous peoples' right to social organization, maintenance of culture, customs and traditions, allowed the existence of an "indigenous judicial forum" so that indigenous peoples, through their customary law, could judge the criminal offenses committed by indigenous peoples against other indigenous peoples. To this end, an understanding was sought through bibliographical research on the subject, analyzing the impact of cultural abandonment on indigenous rights during the formation of the Brazilian State, as well as the need to not understand the indigenous as a child, abandoning the integration politic, respecting the fundamental rights of these peoples. The hypothesis was reached, through jurisprudential analysis and internationally recognized human rights norms, that it is possible that criminal offenses, which have indigenous as offenders and victims, be judged according to the customary rights of these peoples, understanding these as part of the fundamental right to culture, in addition to the fact that, when these offenses are not punishable in the indigenous view, the State-judge must take into account the customs and traditions for the judgment of these facts, always prioritizing a type of punishment other than imprisonment, When possible.

Keywords: Customary Law; Indigenous People; Criminal Offenses; Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O ÍNDIO E O DIREITO À DIFERENÇA	11
1.1. DOMÍNIO CULTURAL NA FORMAÇÃO DO POVO BRASILEIRO.....	11
1.1.1. O paradigma da integração na ocupação do território nacional....	18
1.2. CRÍTICAS À LEI 6.001/1973 E A INTEGRAÇÃO DO ÍNDIO À SOCIEDADE.....	21
1.3. O INDÍGENA NA PERSPECTIVA DO OUTRO E O DIREITO À DIFERENÇA.....	31
1.3.1. A necessária visualização do indígena como o “outro” que é.....	34
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA	40
2.1. PLURALISMO JURÍDICO: DIREITO POSITIVO X DIREITO CONSUETUDINÁRIO..	40
2.2. ORDEM CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA EFETIVIDADE.....	48
2.2.1. Direitos consuetudinários como parte do direito fundamental à cultura.....	51
2.3. HIPÓTESES DE CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	57
2.3.1. Restrições ao direito à cultura e sua diferença quanto à cultura indígena.....	61
3. O DIREITO À DIFERENÇA E O DIREITO PENAL	67
3.1. A REGULAÇÃO DO FORO JUDICIAL INDÍGENA NO NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	67
3.2. A APLICAÇÃO DE PENA PELA COMUNIDADE INDÍGENA COMO IMPEDIMENTO A NOVA PUNIÇÃO PELO ESTADO-JUIZ.....	71
3.3. OS FATORES ENTRE A ABSOLVIÇÃO E O ENCARCERAMENTO DO INDÍGENA.....	79
3.3.1. O problema da inserção do indígena no cárcere quando o fator cultural é ignorado.....	82
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

A formação do povo brasileiro, bem como do Estado, teve total influência do padrão cultural europeu trazido pelo colonizador português (MONTEIRO, 1994), e demais povos de cultura eurocêntrica que também fizeram parte, diretamente ou não, da ocupação do território nacional e da colonização do povo brasileiro.

Ao chegarem ao Brasil, à época de seu “descobrimento”, percebeu-se que por aqui já haviam outros, um “outro” diferente do padrão por eles já conhecido. Um outro que, aos olhos de quem os via pela primeira vez, eram desprovidos de “sabedoria, cultura” e passíveis de serem integrados.

O índio, visto como ser infantil, desprovido de cultura, conhecimentos, roupas, foi assim tratado durante o processo de formação do povo brasileiro. Atrelado a isto, a forte influência do tráfico negreiro que trouxe diversos povos e etnias, a chegada de imigrantes das mais diversas nações e o ideal de um povo único, tornaram a multiculturalidade de toda uma nação, englobada em apenas um ponto e padrão a ser atingido, qual seja, o “Europeu”.

Aos povos indígenas, segundo Oliveira (1979), a colonização trouxe dizimação causada tanto por mortes em conflito, quanto por doenças trazidas pelos Europeus que o sistema imunológico dos indígenas não conseguia se defender, tendo assim como resultado a perda da cultura, e o que a autora chamou de “distribalização” de grupos diversos, quando eram retirados de suas terras e eram reunidos forçadamente em espaços destinados pelo governo colonial.

A dominância cultural, a prevalência de costumes da cultura dominante sob os diversos povos indígenas que aqui já estavam, reduziu a existência desses povos e construiu o entendimento social geral sobre quem são os indígenas, como são e a figura principal de como eles devem ser.

Dentro dessa tônica, construiu-se o Estado brasileiro, com esparsas legislações que pouco protegiam ou garantiam a estes povos seus direitos, e, bem como, faziam com que a eles fosse dado tratamento como se seres infantis fossem, sem capacidade civil e postos cada vez mais a margem da sociedade.

A mais recente legislação indígena infraconstitucional, Lei 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio) replicou todo o discurso do indígena como ser passível de aculturação, cujo objetivo anterior deveria se repetir, para que fosse possível integrar

os indígenas à comunhão nacional, dividindo-os entre integrados, parcialmente integrados e isolados.

A inovação, veio por conta da Constituição Federal de 1988, que trazendo maiores garantias coletivas, deu ao índio o reconhecimento de sua organização social, direito à manutenção de sua cultura, costumes e tradições, garantidas como dever do Estado de tutela desses direitos.

O Estatuto do Índio (BRASIL, 1973) fora então parcialmente revogado, ao passo que a CRFB/88 passou a tratar dos direitos dos indígenas em capítulo próprio (Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo VIII, Dos Índios), com a ideia central de garantir o respeito à organização, às línguas, crenças, costumes e tradições.

Diante de tamanha evolução, da ideia primária de integração à comunhão nacional, até a garantia e respeito aos direitos indígenas, ainda restam lacunas que carecem de debate, regulação e desenvolvimento dos temas, como por exemplo, quando o indígena, ao cometer crime, é colocado diante do poder de punir do Estado-Juiz.

Fato é que o artigo 57 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), ainda que sob aquele mesmo aspecto integracionista, dispôs sobre a tolerabilidade de julgamentos por parte da comunidade indígena quando diante de crimes cometidos por índios que pertençam àquela comunidade.

Então, aí está o problema de pesquisa a ser estudado, afinal, ao reconhecer aos povos indígenas sua organização social, costumes e tradições, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a possibilidade de aplicação, pelos povos indígenas, de um direito consuetudinário para a reprimenda de ilícitos penais?

Para buscar esse entendimento, o primeiro capítulo deste trabalho buscará entender o processo de colonização do Brasil, enquanto nação, e qual a sua influência no reconhecimento dos Direitos dos povos indígenas e o quanto, historicamente, a visão de dominância cultural e a busca pela integração forçada influenciaram para a construção do Direito Indígena.

Assim, o primeiro capítulo utilizará de um intercâmbio disciplinar para com a antropologia e a história, por meio de pesquisa bibliográfica para buscar entender o papel da cultura na formação do indivíduo, utilizando-se da história para tentar vislumbrar o quanto uma cultura dominante influenciou na visão do indígena como povo e o efeito da política integracionista na formação dos direitos desses povos.

Passando deste ponto, merecerá análise, em um segundo capítulo, a relação entre o Direito Positivo e o Direito Consuetudinário dos povos indígenas, buscando entender o que são os direitos fundamentais a fim de saber se esse direito consuetudinário faz parte do direito fundamental à cultura.

Por fim, utilizaremos dois casos para testar a hipótese de pesquisa, buscando observar quais os efeitos da aplicação de penas por comunidades indígenas, buscando entender, qual a relação da integração cultural perante o encarceramento de indígenas e qual o papel do Estado-Juiz perante estes casos.

1. O ÍNDIO E O DIREITO À DIFERENÇA.

O primeiro capítulo deste trabalho procura entender como o processo de colonização do povo brasileiro e a ocupação do território nacional, influenciaram na legislação brasileira sobre os Direitos Indígenas, bem como, utilizando-se de conceitos antropológicos e narrativas históricas para entender o porquê da necessidade de se olhar o indígena como ele o é, de acordo com sua própria cultura e tradições.

Para tal, observa-se em específico a história da ocupação do território nacional e o tratamento dado aos povos indígenas desde o Brasil colonial, até a República, buscando entender a insistente política integracionista e os seus efeitos na perda de direitos e tradições dos povos indígenas.

Posteriormente, abordaremos a Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), buscando entender minimamente como os povos indígenas são vistos pelo Direito e o quanto a escassez de legislações e a prevalência de leis arcaicas podem ter prejudicado os povos indígenas.

Por fim, o tópico 1.3 busca entender a diferenciação cultural entre os povos indígenas e a cultura dominante, e o motivo e necessidade de tutela dos direitos ao uso, costume e tradição, utilizando-se de meios para entender o que é a cultura e os costumes como essência de formação para os indígenas, como eles enxergam o mundo e como o mundo os vê na perspectiva do “outro”.

1.1. Domínio cultural na formação do povo brasileiro.

Existe há tempos no Brasil a tendência popular de refutar tradições indígenas salutaras para manutenção daquela cultura. Talvez, isto se deva ao processo de colonização portuguesa, que como aponta o poema “Erro de português” de Oswald de Andrade (1995), há implícita sobreposição da cultura do dominador sobre a cultura do dominado, vejamos:

“Quando o português chegou,
Debaixo de uma bruta chuva,
Vestiu o índio.
Que pena!
Fosse uma manhã de sol,
O índio tinha despido
O português.”
(ANDRADE, Oswald de, 1995, p. 146-147).

Com clareza, pode ser afirmado que a Constituição Federal de 1988 garante os direitos indígenas, como princípio fundamental, quanto à manutenção de sua cultura, tradições, costumes, propriedades e afins. Isto, presente em seu artigo 231, que dispõe que:

“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.”. (BRASIL, 1988).

E assim, desde o período colonial, passou-se à evolução normativa dos direitos indígenas e até reguladores, como por exemplo, a missão de proteger e promover os direitos dos povos indígenas em âmbito nacional coube à Fundação Nacional do Índio - FUNAI, criado por meio da lei n. 5.371 de 5 de dezembro de 1967.

Entretanto, durante o período colonial e por grande tempo posterior à Proclamação da República a situação fora tratada de forma diversa, de modo que por muitas vezes o índio deveria ser integrado ao pleno convívio da sociedade dominante, sem que a eles fosse considerado o direito mínimo de posse de suas terras, de manutenção de seus costumes, tradições e afins.

Lopes e Mattos (2006) destacam que, quando do início do século XVI, não existia órgão específico responsável pela problemática indigenista, mas, já existiam publicações de cartas régias, ordens e afins, que objetivavam dar recomendações acerca deste tema.

Em 1548, período de governo de Tomé de Souza, primeiro governador-geral do Brasil, foi outorgado por D. João III, um regimento que tratava das primeiras disposições legais acerca dos povos indígenas. Destacou-se a justificativa de que a necessidade de povoamento da colônia se devia à necessária catequese dos nativos. (SANTOS JUNIOR, 2012).

Ponto de interesse para reforçar o objetivo da coroa portuguesa durante o período colonial é o fato de que, no ano de 1611, lei chancelada pela coroa portuguesa, durante o governo-geral de D. Diogo de Menezes, confirmava o retorno da escravidão dos povos indígenas, sob olhos de reconhecida “liberdade”, porém, prevendo punições aos infratores (GILENO, 2007).

Durante o período colonial, ao contrário da política adotada pelo constituinte de 1988, vê-se que a Coroa Portuguesa objetivava deslocar o indígena de suas terras

originárias a fim de alocá-los em propriedades “doadas” pela Coroa, que seriam os aldeamentos.

Assim, conforme Perrone-Moisés (2000), apesar de as normativas descritas nos alvarás e cartas régias apontarem para o índio como Senhor de suas terras, nota-se que não se tratava das terras de sua posse originária, mas sim de terras de aldeamentos, doadas pela Coroa portuguesa, em sesmarias.

Ainda, assinala que, “O projeto da Coroa portuguesa, (...), era convencê-los, pacificamente a ‘descerem’ do interior (...) Lá, junto aos portugueses, os índios seriam aldeados, sob a administração (inicialmente) de missionários” (PERRONE-MOISÉS, 2000).

Os índios eram então “descidos” das serras para os aldeamentos que a eles eram doados pela coroa portuguesa, iniciando sobre eles processo de imposição da cultura europeia, ao passo que eram “domesticados” e forçados a adotar modelos produtivos e sociais a eles impostos. (BRAGA, 2005).

Importa dizer que, o modo genérico com que foram tratados os diversos povos que originalmente ocupavam o território brasileiro, influenciou na descaracterização de quem eram, eis que foram reduzidos ao termo “índios”, independente do seu povo, língua ou costumes.

A história da ocupação do território brasileiro aconteceu em conjunto com a descaracterização do indígena, desconstrução deles como povos, com objetivo de tomar posse de terras, protegê-las de invasores de outros países, utilizando os indígenas como massa de mão de obra escrava e por vezes, dependentes financeiramente dos proprietários de terras.

Dentre a tônica da colonização do Brasil indígena, sempre esteve presente o debate acerca da posse das terras já habitadas pelos povos indígenas. Isto se dava basicamente sob o olhar dominante da Coroa Portuguesa, que apesar de legislarem quanto a garantia do direito do índio sobre a terra, o faziam de modo a limitar tal direito.

O processo de migração do índio de suas terras, para terras que lhes eram destinadas pela Coroa Portuguesa, já tinha um caráter disciplinador, objetivando-se nas entrelinhas “domar” àqueles povos indígenas, mantendo-os sob os olhos da Coroa e doutrinando-os segundo costumes alheios a sua cultura e identificação.

Passando pelo período colonial, é apontado também que durante o governo imperial o processo de ocupação das terras não foi diferente. Deu-se então

continuidade, conforme Silva Filho (2007) à “política de miscigenação, esbulho territorial, presença constante de não indígenas nos aldeamentos” e como consequência do processo migratório forçado, desfez-se às inúmeras terras originalmente ocupadas pelos povos indígenas.

Silva Filho (2007), aponta que após o início da administração pombalina, momento em que o trabalho indígena passou de servil para assalariado, foi iniciada no Brasil a aplicação da tutela orfanológica dos índios. Isto porque, por meio de Leis e Alvarás, foi proibida a escravidão do índio, porém, estabeleciam numerosa série de restrições à capacidade civil do índio.

Assim, Souza e Barbosa (2014) aduzem que:

“(…), o que se institucionalizou foi uma política de integração dos considerados como silvícolas (aquele que vive na selva, estranho à civilização, à comunhão nacional), ou seja, o modo próprio de organização, crença e costumes das populações tradicionais não constituía parte integrante da identidade nacional do país, devendo os integrantes destas populações se adequarem a um modelo de sociedade imposto, renegando suas identidades em nome de sua inserção à nação brasileira.”. (SOUZA, M.N; BARBOSA, E.M, 2014).

Em meados de 1757, como já falado anteriormente, de acordo com o Diretório Pombalino, a ordem era de que os índios fossem integrados ao modo civilizado do Europeu e sua cultura, com o objetivo primeiro de marcar o domínio português e para que, em possíveis confrontos contra estrangeiros e/ou índios não integrados, estes já integrados seriam “aliados” em possível retaliação. (SANTOS; GODOY, 2011).

Conforme Oliveira (1979), existiram duas frentes de expansão que iam de encontro à cultura e vivência indígena, quais sejam, a ideológica (religiosa) e a econômica, perfazendo-se por modos e objetivos com os quais eram forçados aos povos originários a padronização da cultura dominante, com fins de dominação de terras e integração dos povos indígenas, como fora dito anteriormente.

Então, essas duas frentes de expansão estariam por exercer papel de expressão no processo de “destribalização e deculturação dos indígenas, fazendo com que os índios perdessem cada vez mais sua auto-suficiência” (OLIVEIRA, 1979).

Ainda, segundo Oliveira, na visualização da problemática indigenista à época, narra o fato de que os índios da etnia *Baniwa*¹, alvo de suas pesquisas, encontravam-

¹ O povo *Baniwa*, autodenominado por *Walimanai*, vive na fronteira do Brasil com a Venezuela e Colômbia, à margem do Rio Içanas e seus afluentes. Possuem talento para a confecção de cestaria *arumã*, que lhes fora repassada por heróis criadores e que hoje tem sido comercializada no mercado brasileiro.

se em processo de integração à sociedade, o que se tratava de um processo irreversível.

Completa por apontar solução para as consequências daquela integração irreversível, nos seguintes termos:

“Como sabemos que as resultantes desse processo são a miséria, a prostituição, a perda de terras e a descaracterização tribal inclusive com consequências psicológicas graves, desejamos chamar a atenção para o fato de que embora realisticamente não possamos colocá-los dentro de redomas e salvaguardá-los, revertendo o processo, o Governo pode, pelo menos, dar-lhes a garantia de suas terras e uma assistência médica permanente a fim de que possam sobreviver”. (OLIVEIRA, 1979, p. 30).

Basicamente a visão do indígena como espécie de ser desprovido de cultura e sendo obrigado a integrar-se ao convívio dos “civilizados” era o que constituía a ideia colonizadora da Coroa portuguesa e assim, tal pensamento fora sendo passado no decorrer dos anos.

Apesar de muito ser dito a respeito do Estatuto do Índio, cabe salientar que este não foi totalmente recepcionado pela CRFB/1988, de modo que parcela de seus dispositivos encontram-se com eficácia de aplicabilidade suspensa.

Fundamental para essa observação é o artigo 1º do referido diploma legal, visto que é acentuada a intenção, à época, de integrar o indígena de forma progressiva e harmoniosa, enquanto a Constituição de 1988 vem na contramão reconhecendo o direito à diferença (AMADO, 2015).

Este ponto, muito se deve a construção política do Estado brasileiro, que, persistiu no domínio e formação territorial, visando a expansão e controle de territórios que hoje formam o Brasil, e que de certa forma continua por acontecer internamente tendo em vista o domínio exercido sobre espaços ocupados por povos tradicionais, a exemplo do indígena. (LOUREIRO, 2010).

Além disso, cabe destacar que a forma e os métodos usados para colonização do Brasil foram quase que os mesmos utilizados pelos Espanhóis enquanto colonizadores da grande maioria dos países sul-americanos, onde a história de construção política da sociedade e o modo com que os indígenas eram vistos, muito se assemelha ao que existiu e existe no Brasil.

Conforme aponta Carvalho (2004), o desrespeito à cultura e diferença dos povos indígenas era característica comum à época, porém, ressalta que tal processo se intensificou no decorrer da “Era moderna”, em decorrência de um “intenso processo de homogeneização das identidades culturais, de silenciamento de saberes e práticas

alternativas”, além de padronização de discursos impostos versando sobre uma suposta verdade única e universal.

No Estado de Roraima, mais especificamente na bacia do Rio Branco, trabalho publicado pelo Centro de Informação da Diocese de Roraima - CIDR, em 1989, citado por Raimundo Nonato Gomes dos Santos (2015), então professor chefe do departamento de história da Universidade Federal de Roraima, possível notar a evolução do processo de colonização das terras ao norte do país e que eram habitadas por diversas tribos indígenas de etnias diversas.

Anterior ao citado, temos que, segundo narram Santos e Godoy (2011), no século XVIII foi que se intensificaram incursões de exploração na região da bacia do Rio Branco. Mas, apesar disso, nota-se a escassez de descrições de tais expedições que exploram características dos povos indígenas que ali habitavam, sem descrição quanto ao modo de vida, organização social e suas tradições.

É citado, por exemplo, que foi possível observar alteração em documentos oficiais sobre a região, diminuindo a referência aos índios e massificação de notícias sobre a criação de gado, de modo que era dado às terras o tratamento de que caso ali houvesse criação de gado, a terra tinha proprietário, caso naquela terra não houvesse criação de gado, ainda que habitada por índios, não teria dono e seria passível de apropriação. (SANTOS, 2015).

O autor continua citando que, apesar de inicialmente a violência ter sido bastante empregada na ocupação do território, esse cenário passou a mudar em decorrência do processo de ocupação da área por fazendeiros, quando passou-se a ver o indígena como possível investimento de “clientelismo”, eis que buscou-se estabelecer relação de compadrio e aliança. Isto não pela vontade de coabitação, mas com a intenção de dominação da região. (*idem*, 2015).

A hipótese citada se confirma quando, conforme apontam Santos e Godoy (2011), os registros da atividade de exploração e dominação da região norte, especificamente no Estado de Roraima, omitem informações a respeito do modo de vida dos povos indígenas que ali habitavam, sua organização social ou tradições.

Atualmente, conforme aponta o censo demográfico do IBGE de 2010, o Estado de Roraima possui, proporcionalmente, a maior população de indígenas entre os demais Estados da Federação, com cerca de 49.637 pessoas autodeclaradas indígenas, dentro de população total de 450.479 habitantes.

Apesar dos dados apresentados, o processo de ocupação do antigo território Federal de Roraima, a formação da capital Boa Vista, foi marcado pela forte questão de esquecimento dos povos originários daquelas terras, de suas tradições e costumes, sob a justificativa de fixação do domínio das terras.

O abandono da cultura e tradição dos povos indígenas, tendo como exemplo o Estado de Roraima, tem como exemplo o silêncio quanto à presença destes povos, nas páginas do Jornal Boa Vista, que era de propriedade do Governo do Território Federal de Roraima, com edições semanais publicadas durante a década de 1970 (SANTOS, 2015).

Sobre tal silêncio, Santos (2015) aduz que a não referência da presença de indígenas no processo de ocupação do Território Federal de Roraima, significava que a presença do índio não era significativa e isto reforçava a ideia de serem apenas ajudantes desqualificados sem papel de importância para o desenvolvimento dos planos de ocupação que ao Governo do Território era desejado.

A ocupação do Estado de Roraima, desde o período colonial, é reflexo do processo de colonização de toda a América portuguesa e espanhola. A disputa de terras entre índios e portugueses, índios e fazendeiros, garimpeiros e empresários, ainda refletem no ser índio, trazendo à tona toda uma problemática de relevância cultural sofrida pelo abandono e esquecimento do índio.

Exemplo disso é, todo o debate acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol², permeado por conflitos diretos entre fazendeiros e índios, de grande repercussão nacional e que ainda hoje é motivo de debates e de sub-julgamentos para com os povos indígenas.

Para Loureiro (2010), ponto de interesse para a construção deste trabalho, a problemática ocupação do Estado de Roraima intensificou-se a partir de uma nova corrente migratória vinda do nordeste do Brasil e do Rio Grande do Sul, durante a década de 1980, quando o avanço sobre terras indígenas ofereceu grande impacto na vida do Estado de Roraima, colocando a atividade econômica em clara oposição aos seres “primitivos” que habitavam a região.

² Para melhor entendimento do assunto, sugere-se a seguinte leitura: YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. Revista Direito GV, v. 6, n. 1, p. 145-157, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/08.pdf>

1.1.1. O paradigma da integração na ocupação do território nacional.

O fenômeno da ocupação do território brasileiro como um todo, baseado na política de dominação territorial como objeto de busca pelo desenvolvimento e progresso da economia, foi pautado pelo fator de esquecimento e descuido para com aqueles que aqui já estavam, de modo que, conforme amplamente discutido por historiadores e antropólogos acima citados, ao passo que o domínio territorial avançava e que as políticas econômicas iam ao seu encontro, a integração dos povos indígenas era dada como obrigação.

Exemplo disso, voltando ao período colonial, é que a precificação do índio escravizado se dava em consonância ao fator da sua “adaptação” e o período em que era retirado do sertão e levado ao povoado. Chegando, a serem chamados de “negros da terra”, aconteceu de, em um dos casos citados por Monteiro (1994), conforme registros, vinte índios do sertão, teriam sido dados como moeda de troca por doze índios já “integrados”.

Como resultado, os “negros da terra” precisaram sofrer ajustamentos por parte de seus senhores, processo de mudança, para adequação ao trabalho e ao convívio, que, segundo Monteiro (1994), a identidade do índio que passava a ser escravizado era mudada quando os senhores exigiam que fossem batizados, perdendo seus nomes de origem e recebendo nomes dados a eles após o batismo.

Monteiro (1994), cita como exemplo o nascimento de uma índia chamada Albana, filha de um índio já batizado, chamado Pantaleão, e sua mãe não possuía nome de registro, tendo ocorrido que a mãe recebeu o nome de Luzia após ter sido batizada.

De tal modo, a obrigatória integração durante este processo pode ser clara em algumas situações e implícitas noutras, e resultam de valores de formação nacional, pautados na construção de um povo único em contraponto à multiculturalidade presente (LOUREIRO, 2010).

O problema do reflexo do modo em que se conduziu a história do Brasil desde o período colonial ao período atual, no que se refere aos povos indígenas, é justamente em como estes povos são vistos, como se veem e como essa problemática é tratada no ordenamento jurídico pátrio.

A marginalização do índio combinado com a forçada política integracionista, que como já visto, era tratada como parte da “adaptação” do índio ao trabalho escravo,

refletiu-se no abandono dos direitos culturais desses povos de serem e se verem como são, sem as amarras da necessária integração e adaptação a cultura do seu colonizador, processo que tanto influencia na identidade dos povos.

A antropologia divide a “identidade” em duas dimensões, quais sejam, a dimensão pessoal e a dimensão social, que se conectam, porém, tem sua realização pautada em níveis diferentes.

A dimensão pessoal, seria o alicerce para a construção da identidade de um todo/grupo, pois, para que seja identificado o outro, é necessário que se identifique o “eu”, sendo esta dimensão a base para a identidade étnica, social e profissional. Enquanto, a dimensão social, se dá pelo reconhecimento por indivíduos partes desse todo como semelhantes, unindo os que estão em comunhão, diferenciando quem pertence ou não aquele grupo/povo (BRAGA, 2005).

Sobre isso, Braga (2005) alerta para o fato de que, apesar das várias tentativas empregadas pela coroa portuguesa, pelo governo imperial e republicano de sobreposição de uma cultura única sobre os saberes culturais indígenas, a perda dessa identidade nunca foi totalmente concluída e que traços identitários dos povos indígenas permaneceram, tendo por consequência despertado interesse ou uma mínima aceitação por parte do colonizador.

Assim, tal ideia tende a concordar com o que aponta Barreto (2003), quando diz que na corrente dominante da antropologia durante o século XIX, denominada evolucionismo unilinear, predominava a ideia de que o desenvolvimento cultural se daria de maneira uniforme e que cada sociedade percorreria as mesmas etapas de evolução, justificando então uma escala hierárquico-evolutiva.

Tal percepção soa discriminatória, pois permite a ideia de que a sociedade mais “evoluída” possa ditar o ritmo de desenvolvimento da cultura menos “evoluída”. Isto também implica na ideia de como uma sociedade deve ser, o que seus membros devem ser e fazer e possibilitando um critério de valoração de cultura para cultura, forçando que a cultura “inferior” seja abandonada e que esta sociedade se adapte à cultura dominante.

Os efeitos desse desprestígio combinado com o paradigma da cultura dominante são que, “(...), populações nativas relegadas à pobreza, à desagregação com suas respectivas comunidades, além da violência imposta por setores econômicos e latifundiários, (...)” (PEREIRA, 2018, p. 261).

Ainda, Pereira (2018), relata que no ano de 1981 a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) reconheceu a existência do genocídio cultural, como etnocídio, e esse seria um importante passo para o reconhecimento da destruição de grupos humanos por razões étnicas como genocídio cultural passível de julgamento perante o Tribunal Penal Internacional.

O autor ainda cita que os exemplos históricos do genocídio sofrido pelos povos Namas e Hereros, somando-se aos armênios, pelo Império Alemão, tem o condão de comprovar que o extermínio cultural se perfaz de método eficaz quando o resultado objetivado é o desaparecimento de um povo, pois assim, a sua cosmologia deixa de ser visível (*idem*, 2018).

A dominância de uma cultura sobre a outra, pautada então pelo que chamou Barreto (2003) de “paradigma da integração”, não obstante aos casos mais graves, se reflete na sociedade brasileira, que, apesar de multicultural, tende a elevar-se a um padrão superior quando em comparação aos povos indígenas.

Esse caminho, percorrido durante anos, determina o padrão de aceitação da cultura indígena como ainda não superado, refletindo no dia a dia do brasileiro. Exemplo disso, é o que relata Aluizio Vieira Ferreira (2016), Juiz de Direito, de origem indígena, titular da vara da fazenda pública da comarca de Boa Vista/RR, em sua dissertação de Mestrado, vejamos:

“Recordo-me que ouvia muitas estórias de mortes sangrentas oriundas dos conflitos entre indígenas e garimpeiros, o que naturalmente recrudescia o preconceito contra quem tivesse traços indígenas. Assim, já na escola do ensino fundamental, ouvir as “piadinhas” atinentes às expressões indígenas dirigidas a mim e a outros era fato recorrente.” (VIEIRA, 2016, p. 13).

Entende-se que em decorrência de todo o processo de formação do Brasil, tais relatos podem se manter presentes no dia a dia, implicando inclusive na determinação de quem pode ou não ser considerado indígena, e por vezes, no entendimento popular, de que o indígena precisa necessariamente viver na selva, sem roupas ou qualquer inovação trazida pelos não-indígenas.

Isso pode ser resultado, não somente do processo de colonização e ocupação do território nacional, mas também dá exaustiva política de integração, que ainda tende a equalizar indígenas e silvícolas, pois, conforme aponta Cunha *apud* Barreto (2003), o próprio estatuto do índio trata o indígena como silvícola, como se o indígena fosse unicamente o habitante da selva.

Todo esse processo pode ser visto como parte de um todo que na tentativa de serem inseridos, são tratados como se inferiores fossem, e, ignorando a diferença cultural como ponto intrínseco a determinado povo ou nação e a forma com que aquele povo vê o mundo.

1.2. Críticas à lei 6.001/1973 e a integração do índio à sociedade.

A legislação indígena no Brasil tem sido construída pautada nos valores de unidade e comunhão nacional que buscava a integração do indígena, sem que se diversificasse a multiculturalidade de povos indígenas, de modo que o tratamento dado aos povos indígenas era como se povo uno fossem.

Foi assim que ainda em 1910 foi editado o Decreto-Lei nº. 8.072, que criava o Serviço de Proteção aos Índios com o fim de proteger os indígenas ao passo que buscava a ocupação territorial. Posteriormente, após a extinção do Serviço de Proteção ao Índio, a Lei nº. 5.371/1967 criou a Fundação Nacional do Índio, durante a ditadura militar (SILVA, 2013).

Ressalta-se ainda, como já exposto anteriormente quanto ao processo de colonização e ocupação territorial da América Latina, que a ideia de integração dos povos indígenas não era exclusividade do Brasil, ao passo que a própria Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº. 107 (1957), traz em sua Ementa que tratava-se de seu objetivo ser, “Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes.”.

Segundo Marcos Pereira da Silva (2013), o Estatuto do Índio (1973), “divulgara e respeitara as normas da Convenção 107 da OIT”, no sentido de integrar o Índio à comunhão nacional e à cultura dominante.

O Estatuto do Índio, Lei federal 6.001/1973, foi editado durante período em que a ideia de integração do indígena era objetivo a ser alcançado, inclusive pelo legislador, afinal, como demonstrado acima, tal ideia persistiu durante todo o Brasil-Colônia, Brasil-Império e ainda persiste durante a República.

É possível notar esse pensamento logo no artigo 1º, que, ao tratar do objeto da referida legislação, logo diz que, “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 harmoniosamente, à comunhão nacional.” (BRASIL, 1973).

A contradição trazida no artigo 1º é também o motivo pelo qual o respeito ao direito e às diferenças não se aplica, pois, não há como preservar a integralidade da cultura, a identidade dos povos indígenas, se o objetivo é forçar assimilação, de modo que os dois ideais não convivem em simultânea reciprocidade. (LOUREIRO, 2010).

Apesar de ter o texto constitucional, em 1988, trazido novidades quanto aos Direitos dos povos indígenas e resultando na não recepção de grande parcela dos artigos do Estatuto, e, por não ter havido revogação expressa, o Estatuto continua vigente, de modo que dele devem ser considerados apenas o que não for incompatível com a carta magna.

Contudo, o discurso trazido pelo Estatuto ainda impera nos hábitos e práticas de juristas, entendimento que apesar de ultrapassado demonstra a necessidade de debate e evolução normativa, conquanto a Constituição Federal ainda, popularmente, não alcançou os objetivos referentes ao respeito e garantia de direitos dos povos indígenas; talvez, porque ainda não há possibilidades jurídicas que permitam ao Estado brasileiro fazê-lo em sua totalidade.

Passando adiante, percebe-se que, segundo Barreto (2003), o Estatuto define o indígena sob três critérios, quais sejam, o genealógico que se refere a origem e ascendência pré-colombiana, o critério cultural, quando menciona suas características e os distingue da sociedade nacional e por último o critério do que chamou de “pertença étnica” quando se identifica ou é identificado como parte de determinado grupo étnico.

Surge então a problemática separação de povos e membros, quando encaixados dentro de um povo ou comunidade indígena, levando-nos a crer que todo silvícola e comunidade indígena deverão ser integrados à comunhão nacional, enquanto ao Estado cabe resguardá-los para que essa integração aconteça.

O último critério apontado por Barreto (2003), qual seja, a pertença étnica, vislumbra necessário cuidado pois levaria ao imbróglio da “desindianização”, inclusive de grupos e comunidades indígenas, pois, conforme o inciso II, do artigo 3º do Estatuto do Índio, a comunidade ou grupo indígena se caracteriza, também, pelo fator isolamento ou comunhão intermitente ou permanente junto à comunhão nacional, porém, sem que seja integrada a esta.

Desse modo, a descaracterização do indígena, atrelada a imposição de necessária integração aos costumes dominantes, acabaria por definir o fim de uma comunidade indígena.

Com efeito, Loureiro (2010), destaca ser clara a integração forçada do indígena à sociedade nacional, buscando o mito de um povo único, a não aceitação da multiculturalidade e, na década de 1970, atrelou-se a esta motivação a vislumbrada ideia de progresso e desenvolvimento.

Ademais, no artigo 4º, o Estatuto trata por denominar as fases de integração do indígena, em isolados, em vias de integração e integrados, sendo isolados os que vivem em grupos desconhecidos e de pouco conhecimento ou contatos eventuais com elementos da comunhão nacional, em vias de integração aqueles que conservam menor ou maior parte das suas condições como indígena e aceitam algumas práticas comuns à comunhão nacional e integrados seriam aqueles já incorporados à comunhão nacional, podendo exercer plenamente direitos civis.

Ainda, Barreto (2003), afirma que o enfoque dado pelo Estatuto do Índio é de ser o indígena aquele ser primitivo e que ou está evoluindo para se tornar um ser civilizado ou está em processo de integração à comunhão nacional, ao passo que quando estiver integrado, perderá o sistema de “especial proteção que o envolvia”.

Em crítica a legislação em comento, o autor acima referido, cita Manuela Carneiro da Cunha, antropóloga, para confirmar sua ideia de que quando o Estatuto do Índio traz a ideia de “características culturais”, incorre-se na possibilidade de erro quanto a quem é ou não indígena, pois, segundo a Antropóloga os traços de cultura de determinado povo ou ser pertencente àquele grupo poderá variar no decorrer do tempo e espaço e mesmo assim, isto não afetará a identidade daquele grupo, esclarecendo ainda que só é imutável culturas de sociedades mortas. (CUNHA *apud* BARRETO, 2003).

Ainda mais, o modelo integracionista e a tutela indigenista pelo Estado, com viés de assimilação, realmente não é questão exclusiva ao Brasil. Isto porque, segundo Arnaud (1991), nos Estados Unidos, a partir de 1820 deram início a uma política de tutela dos indígenas pelo Estado, reduzindo suas terras e iniciando uma espécie de assimilação compulsória dos indígenas dentro da sociedade.

Além disso, Souza Filho (1998) cita, por exemplo, as dificuldades para o reconhecimento de direitos coletivos, e que as Constituições latino-americanas

omitiam a questão indígena e tratavam por definir uma nação como dona de uma única cultura, reconhecendo a todos direitos iguais, sem distinção quanto a etnia ou cultura.

Ainda, a exemplo da Bolívia, que, apesar de ser o país de maior percentual indígena em toda a América (e, aqui, subentende-se que sua fala se refere a América Latina), após o advento de dezenove constituições, somente na sua Constituição de 1994 foram introduzidos os direitos indígenas ao texto constitucional. (SOUZA FILHO, 1998).

Isto pode possibilitar a compreensão de um sentimento anterior, comum ao Estado brasileiro, sua população, e aos demais Estados latino-americanos de que os indígenas possuem capacidade inferior, devendo serem destinados a tratamento desigual para suprir a “desigualdade” trazida por eles desde o berço, até o ponto em que estes já estiverem completamente integrados à comunhão nacional e portanto, até lá, dar-se-ia aos indígenas capacidade civil incompleta.

Quanto ao Estado brasileiro, Silva (2013), por sua vez, reforça a ideia trazida desde o Código Civil de 1916, reafirmada no art. 4º, parágrafo único, do Código Civil de 2002, de que a capacidade civil do indígena será tratada pela Lei nº. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), tendo em vista ser essa a legislação especial tratada pelo Código Civil.

Importante analisar, ainda que brevemente, que o parágrafo único do art. 4º do Código Civil (BRASIL, 2002), sofreu alteração em seu texto, mas apenas para trocar o termo “Índio” por “Indígena”, por ter se tornado o termo Índio alvo de críticas por grande parte da Doutrina, enquanto o termo indígena tem sido o termo adotado como correto.

Porém, é curioso notar que a Lei Federal que deu nova redação para o texto acima mencionado fora a Lei nº. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que também trouxe nova redação ao texto do art. 4º do Código Civil de 2002, quando disse ser a incapacidade civil absoluta apenas destinada aos menores de 16 anos de idade.

Então, quanto a capacidade dos indígenas, o Estatuto do Índio, como já mencionado, os divide em isolados, em vias de integração e integrados, e, conforme é apontado por Castilho e Costa *apud* Silva (2013), os que se enquadram como isolados ou em vias de integração devem ser assistidos pelo órgão indigenista

(FUNAI), porém, essa classificação seria incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Ademais, a CF/88, em seu art. 231, reconheceu a organização social, costumes, idiomas, crenças, tradições e direitos originários dos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, reconhecendo assim a identidade indígena.

Ainda, a divisão imposta pelo Estatuto do Índio inferioriza o indígena e o coloca como alvo da assimilação, e ao contrário do novo tratamento dado pela CF/88, o Estatuto do Índio torna os indígenas suscetíveis ao entendimento de serem, então, seres realmente inferiores e passíveis de tutela específica.

Souza Filho (1998) aponta para uma dificuldade preexistente em proteger os direitos coletivos, mas, cita que para tanto, a defesa do individual se sobressai e que a partir daí é que se deixa a tutela dos direitos indígenas de lado, uma vez que se perfazem pela coletividade.

A opinião do autor citado, quanto a existência de lacunas jurídicas de tutela dos direitos indígenas na América Latina, teria como motivação o fato de que, "(...) o individualismo é festejado no ocidente como nova fronteira da civilização, novo marco da liberdade, portanto nada mais razoável do que extinguir toda a fenomenologia coletiva" (SOUZA FILHO, 1998, p. 85).

Santos (2015), aponta que na década de 1970, mais especificamente no Estado de Roraima, os esforços para transformar o indígena em homem comum eram envoltos, segundo a opinião do autor, por gestos que objetivavam evitar dar reconhecimento sobre qualquer traço indígena, a fim de que não fosse exigido direito diferenciado.

Isto porque, o interesse era de modernização do Estado, expansão agrícola e construção de estradas. Não havia, portanto, espaço para convivência do modelo de sociedade indígena e do modelo de sociedade vislumbrado, e, ainda, Santos (2015), afirma que para o pensamento da época, "um era a morte do outro".

Há época da edição do Estatuto do Índio, com sua concepção infantilizada do ser indígena, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) era incumbida da missão de representar judicialmente os povos indígenas, bem como, a tutela de seus bens e patrimônios. (SILVA FILHO, 2007).

Prova disso é que, o art. 7º do Estatuto, ao afirmar que “os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta lei” (BRASIL, 1973), fortaleceu o entendimento de serem os indígenas incapazes e somente poderiam exercer seus direitos através da FUNAI, quando estivesse lhe assistindo. (AMADO, 2015).

Amado (2015), conta que os caciques anciãos relatam ainda as lembranças do período em que necessitavam de autorização da FUNAI para poder viajar, e que sem essa autorização não poderiam sequer sair da comunidade.

Isso mudou com o advento da Constituição Federal de 1988, que no art. 232, dispôs que os índios, comunidades indígenas e suas organizações, são partes legítimas para ingressar em juízo para defender seus direitos e interesses e a obrigatória intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo. (BRASIL, 1988).

Além do mais, a convenção nº. 169 da OIT, ratificada pelo congresso nacional em 2002, diz em seu artigo 12, que, os povos interessados deverão ter proteção contra a violação do seu direito e poderão iniciar procedimentos legais, pessoalmente ou por meio de seus organismos de representação, para o fim de defender seus direitos.

A CRFB/1988 ao reconhecer a organização social dos povos indígenas, reconheceu também a possibilidade de sua organização social ser diferente da sociedade que visa tutelar estes povos, entrando então num paradoxo, que conforme Wagner (2018), se perfaz por atos contraditórios de tratamento desigual que ora se dá pelo “reconhecimento e apreço, ora de despreço, intolerância e desrespeito”.

Esse paradoxo reflete na aplicação do direito, desde a forma com que são vistos e deixam de receber o tratamento devido, desde o mínimo respeito às suas tradições e costumes, sendo então esse desrespeito e inobservância resultados da política de integração.

A distinção dada pelo art. 4º, como identificador da capacidade do indígena como consequência da sua integração, reflete também no Direito Penal, que, conforme Dias (1996) *apud* Torres (2015), o modelo de entendimento dado pelo Estatuto do Índio termina por considerá-los imputáveis ou não, dependendo do grau em que estivessem integrados por meio de processo educativo.

Barreto (2003), afirma que a razão de terem sido destinados aos indígenas tratamentos relacionados a suposta inferioridade, e merecedores de regime especial

de proteção, é resultado do contexto histórico em que se confundiu tutela com incapacidade.

Torres (2015), continua dizendo que a imputabilidade dos indígenas seria, para os adeptos dessa corrente, inerente ao estágio de aculturação, sendo então os indígenas isolados inimputáveis, os integrados imputáveis e os em vias de integração, a depender de laudo pericial, poderiam ser considerados imputáveis ou não.

Wagner (2018), criticando a corrente da imputabilidade indígena, que afirma que a imputabilidade ou não dependerá da divisão de indígenas entre isolados, em vias de integração e integrados, relata que, “inicialmente é perquirida a identidade do indígena, num aparente reconhecimento de sua distinção”.

Porém, segundo a autora, a partir dessa constatação, quando o réu indígena entra em contato com a sociedade, esta sociedade considera-o aculturado e não mais mereceria o tratamento mais benéfico, a exemplo do próprio art. 56 do Estatuto do Índio.

Porém, ao contrário do que aponta Wagner (2018), Baines (2015), em pesquisa sobre a situação carcerária de Indígenas no Estado de Roraima, afirma que o tratamento dado aos indígenas no processo criminal, desde o inquérito policial, é dado como igualitário, reforçando o negacionismo da etnicidade e chegando ao ponto de que os próprios indígenas chegam a se identificar com o discurso dos agentes policiais, por vezes negando sua identidade indígena.

Pelo caráter da diferença, pelo aspecto cultural e entendimento do indígena como povo, o caminho a ser utilizado atualmente, talvez seria o apontado pelo art. 10, inciso I, da Convenção 169 (OIT, 1989), que diz que, na medida da compatibilidade com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, deverão ser respeitados os métodos tradicionalmente utilizados pelos povos indígenas e tribais para a repressão de delitos causados por membros daquele povo.

Diferente, pois, do que diz o art. 57 do Estatuto do Índio quando diz que será tolerada a aplicação de sanções penais ou disciplinares pelos grupos tribais. E, apesar da ideia de respeito, o ato de “tolerar”, continua por reduzir o indígena e seus costumes, sem que seja reconhecido o que a eles é inerente, ou seja, a sua diferença.

Tal ponto será melhor abordado posteriormente durante este trabalho, porém, havia necessidade de pontuá-lo brevemente enquanto abordamos o tema referente

ao Estatuto do Índio e a integração do indígena, para destacar o que se nota a respeito dos reflexos da cultura integracionista ainda nos tempos atuais.

Avançando além deste ponto, vale destacar que após a convenção 169 da OIT (1989), diversas normas de direito internacional avançaram no tratamento destinado aos povos indígenas e tribais, como por exemplo, a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (2007) e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016), porém, ao Brasil, apesar de signatário, ainda se fala do antigo e inadequado Estatuto do Índio (1973),

Tentou-se avançar no ordenamento jurídico pátrio quanto a legislação indigenista, quando por meio do Projeto do Estatuto das Sociedades Indígenas (Projeto de Lei 2.057, de 1991), foram trazidas novidades, que segundo Barreto (2003) apesar de também ser merecedor de críticas, se diferencia do atual Estatuto do Índio por não ter sido elaborado em período de autoritarismo e exclusão por parte de amplos setores da sociedade.

Segundo Barreto (2003), o projeto de lei 2.057 de 1991, Estatuto das Sociedades Indígenas, abandonava os critérios de caracterização da “indianidade” do indígena contidos no art. 4º do EI, e, ainda que utilizando uma única vez o termo “índios isolados”, foi para dar-lhes a garantia de proteção à sua integridade física e cultural, bem como, o direito de permanecerem como são, senão, vejamos:

“Não cogita da ‘incapacidade’ porque ‘a nova concepção constitucional’ supera totalmente o entendimento de que os índios são relativamente incapazes para a realização de atos da vida civil. No entanto, ‘face à reconhecida diversidade cultural’, exige que seja dada proteção especial aos seus direitos”. (BARRETO, 2003, p. 40).

Daí seria então a premissa objeto do projeto do Estatuto das Sociedades Indígenas, ao ser apresentado ao plenário da Câmara dos Deputados, no dia 23 de outubro de 1991, eis que já eram passados 3 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O projeto de Lei em questão, PL nº. 2.051/1991³, sofreu 51 emendas, e, ainda encontra-se em tramitação, porém, desde o ano de 2009 não sofre nenhum andamento, estando, conforme disposto no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, pronto para pauta em plenário.

3

Conforme, [disposto em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569).

Posteriormente, foi apresentado no Senado Federal o projeto de Lei nº. 169/2016, que conforme ementa, dispõe sobre o Estatuto dos Povos Indígenas, ainda em tramitação, porém, seu primeiro e último andamento é datado em 25 de fevereiro de 2021, conforme consta do sítio eletrônico do Senado Federal, e, ainda aguarda designação de relator.

Ponto interessante ao objeto do presente trabalho é que o PL nº. 169/2016 dispõe, entre seus 175 artigos, o reconhecimento do Direito Consuetudinário Indígena para celebração de contratos entre indígenas, reconhecimento a sua organização social conforme seus costumes e tradições; e, diferente do disposto no art. 57 do EI, o art. 150 do PL em comento, afirma que deverão ser respeitadas a aplicação de sanções de natureza coercitiva ou disciplinar pelas comunidades indígenas quando do julgamento de crimes em que seus membros forem autor e réu, ainda possibilitando à comunidade indígena o direito de optar por ser o fato julgado pela Justiça Federal.

Destaca-se que nosso objetivo não é destrinchar por completo ambos os projetos de Lei acima citados, porém, ambos podem servir para demonstrar que após o advento da carta magna de 1988, o Estatuto do Índio, Lei nº. 6.001/1973, não mais merece servir de fonte jurídica cabível a tutelar os direitos dos povos indígenas e que ainda existe a clara necessidade de avanço na legislação pátria para fazer valer o próprio texto constitucional.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo anterior, que fora estampado no EI, pois, segundo o que afirma Braga (2019), toda a legislação vigente no Brasil anterior a carta magna impulsionava a construção de políticas públicas que tinham o objetivo de tutelar os povos indígenas, não reconhecendo-os como sujeitos de direitos. Ainda, segundo Braga (2019), a carta magna vigente reconheceu a diversidade cultural que fora pilar para a construção e formação do povo brasileiro.

Porém, os possíveis efeitos da política integracionista e do ser indígena como povo inferior, sendo possuidores ilegítimos de suas terras, infere também no que, conforme Loureiro (2010), seria contrário ao já descrito desejo “nacional” de evolução e modernização do Estado brasileiro.

Loureiro (2010), cita que, no conflito entre indígenas e fazendeiros durante o período de demarcação da terra indígena “raposa serra do sol”, no Estado de Roraima,

houve protestos, queima de pontes, obstrução de estradas e ameaças armadas por parte dos fazendeiros que buscavam legitimar sua posse.

Os atos precursores da decisão de homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol, a revolta e ameaças por parte de fazendeiros que ocupavam a região, ainda era reflexo do contexto com qual os povos indígenas e seus direitos foram tratados desde o período colonial.

Souza filho (1998), relata o fato de que, aos povos indígenas, toda a imposição da cultura dominante com viés integracionista, forçou-os a se adaptarem, transformando-os em cidadãos, deixando de ser índios, ou mantiveram-se em vida coletiva, conforme seus costumes, religião e cultura, e, segundo o autor, com direitos mais ou menos simulados dentro da sociedade.

Dentro desse contexto, se faz necessário analisar o fato de que, apesar da vasta gama de tratados e convenções sobre os Direitos Indígenas dos quais o Brasil é signatário, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, a cultura integracionista como fenômeno colonial, de absorção obrigatória aos povos indígenas quanto a cultura dominante, ainda se faz presente.

Sem que sobre tal fato recaia a ideia de que, como destaca Pereira (2018), sobre a assimilação forçada com qual foi construída a política de integração no Brasil, corra o risco de resultar no etnocídio de culturas e povos.

Além do que, ao citar o período colonial, o período do governo Getúlio Vargas, a ditadura civil-militar de 1964 e o período da Nova República, destaca-se o fato de que o desenvolvimento da sociedade brasileira se baseou, como já dito anteriormente, em um viés econômico, teve como base a opressão e violência contra os povos tratados como inferiores (PEREIRA, 2018).

E, justamente por isso, a integração do indígena, pelo viés praticado no decorrer da formação do Estado brasileiro, ainda que o Estado em sua Constituição garanta o direito à diferença, foi e continua sendo prejudicial, pois, as diferenças entre culturas e costumes não devem justificar a destinação de tratamento como se fossem incapazes, nem deve ter em comparação uma cultura perante outra para determinar qual cultura e costume deve dominar, afinal, para que tal fato seja determinado é necessário que se olhe para o outro, e por isso a análise do outro, pela sua própria perspectiva é tão importante.

1.3. O indígena na perspectiva do outro e o direito à diferença.

Dentro de todo o contexto já apresentado, com o qual os povos indígenas foram no decorrer do processo ocupacional e de construção do Brasil, referente ao abandono cultural e forçada integração à cultura dominante, seria difícil entender o contexto de como os povos indígenas se veem utilizando apenas o contexto histórico.

Por isso, para melhor entendimento do tema, é necessário o auxílio da antropologia para entender os aspectos culturais, individuais e coletivos desses povos, bem como, o que a terra, os costumes, hábitos e tradições dizem sobre estes povos.

Ponto de significativa observação, é a figura do *Canaimé*⁴, presente na cultura dos indígenas do norte do país, parte de sua crença religiosa, em suas variadas etnias, que estão localizados no norte do país, e neste caso, principalmente no Estado de Roraima.

O *Canaimé*, segundo Carvalho (2016), citando texto de Ivônio Solon Wapichana (2009), seriam *pajés*⁵ que quando morriam, suas almas ficavam vagando pela terra sem conseguir ir para o céu, iam para as serras e lá adormeciam dentro de uma planta que os indígenas chamam de *tajá*, que possuía propriedades de cura e enfeitiçamento, e esses *pajés* utilizavam essas plantas e seus poderes para tornarem-se invisíveis, ou para se transformar nas mais variadas formas de animais, cujo único objetivo é matar, sem motivo, mas por pura crueldade.

Segundo o autor, os ataques de um *Canaimé*, são identificados por um padrão de prática e ritual de ataque, mesmo *modus operandi*, vez que o ataque nem sempre ocasionará a morte da vítima, porém, suas consequências envolvem a vítima em forte febre e que após poucos dias ela morrerá, momento em que, após o enterro, o *Canaimé* voltará a sua cova, para se alimentar dos restos mortais da sua vítima.

Carvalho (2016) ainda aponta para a pesquisa de Koch-grunberg (2006) para dispor sobre a referência dada por um indígena àquele autor, na tentativa de ensiná-

⁴ Para melhor entendimento do tema, indica-se a seguinte leitura: CARVALHO, Agnaldo Teixeira de. **Canaimé: a personificação do mal**. 2016. 80 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Letras, Programa Pós-Graduação em Letras, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufr.br:8080/jspui/handle/prefix/279>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁵ O *Pajé* é líder espiritual de um povo ou comunidade indígena, detentor da responsabilidade e dos saberes do manejo de plantas para realização de curas e rituais, além de ser o responsável pelo ensinamento das tradições e culturas de um povo.

lo sobre quem é o *Canaimé* e o motivo de terem tanto medo dessa entidade, senão, vejamos:

“O conceito de Kanaimé desempenha um papel muito importante na vida desses índios. Designa, de certo modo, o princípio mau, tudo é sinistro e prejudica o homem e de que ele mal consegue se proteger. O vingador da morte, que persegue o inimigo anos a fio até matá-lo, esse ‘faz kanaimé’. Quase toda morte atribuída ao kanaimé. [...] Kanaimé, porém, é sempre o inimigo oculto, algo inexplicável, algo sinistro. ‘Kanaimé não um homem’ diz o índio”. (KOCH-GRUNBERG, 2006, *apud*, CARVALHO, 2016, p. 19).

Ressalta-se que, a figura do *Canaimé* está presente também além da fronteira do Brasil, mas também povos indígenas oriundos da Venezuela e Guiana também acreditam na entidade, e, ainda que mude a grafia do nome, *Canaimé*, *Kanaimé* ou *Canaima*, confirmam-se a mesma narrativa e o temor deste ser por parte dos indígenas, que passam a obstinar a luta contra essa ameaça, que segundo eles não se trata de pessoa humana. (CARVALHO, 2016).

Sobre esse desejo de proteção comunitária, do temor do que para a população em geral é apenas um mito e para muitos dos povos indígenas oriundos do Estado de Roraima é uma entidade real, torna-se comum a presença de notícias de crimes contra a vida praticados por indígenas, em que estes alegam se tratar de legítima defesa, pois estavam se defendendo ou sua comunidade de um *Canaimé*.

O *Canaimé* nos serve, por exemplo, para tentar entender o motivo pelo qual somente o Direito não conseguiria, por si só, lidar com a perspectiva indígena, sob seu próprio olhar, sem que antes seja possível verificar sobre o que se trata a cultura indígena e ainda tentar entender o que seria na prática a cultura apontada pelo art. 231 da Constituição Federal de 1988 como alvo de proteção.

Segundo Laraia (2001), o termo cultura se deu pela sintetização de *Kultur*, de origem germânica, que se referia ao simbolismo de aspectos espirituais de uma comunidade, com a palavra *Civilization*, do francês, que se referia a realizações materiais de um povo, e, portanto, o termo cultura trataria por abranger todas as possibilidades de realização do homem por meio do aprendizado, opondo-se à ideia anterior de aquisição cultural por meio biológico.

Laraia (2011), com relação ao desenvolvimento do conceito de cultura, destaca que a década de 60 do século XIX proporcionou a massificação de estudos a respeito da teoria do evolucionismo unilinear, já citado anteriormente por Cunha *apud* Barreto (2003), e segundo o autor, a ideia do evolucionismo unilinear era presente na grande maioria dos estudos, senão, vejamos:

“Por detrás de cada um destes estudos predominava, então, a idéia de que a cultura desenvolve-se de maneira uniforme, de tal forma que era de se esperar que cada sociedade percorresse as etapas que já tinham sido percorridas pelas ‘sociedades mais avançadas’.”. (LARAIA, 2001, p. 33).

Superado este ideal, na obra anteriormente apresentada, *Cultura: um conceito antropológico*, de Roque Laraia (2001), vê-se que não há uma unanimidade doutrinária a respeito do que é cultura, tema este que já sofreu várias mudanças no decorrer dos anos.

Porém, nos parece um bom caminho o entendimento de que, “o homem é resultado do meio cultural em que foi socializado”, herdando extenso processo acumulado no decorrer da formação de um povo, e isto reflete nas experiências e conhecimentos que foram adquiridos geração após geração. (LARAIA, 2001).

Ainda, o autor utiliza a obra de Alfred Kroeber (1949), analisando sua contribuição para o conceito de cultura, como forma de buscar entender o processo de evolução do homem, citando por exemplo, pontos de contribuição da pesquisa de Kroeber para ampliação do conceito de cultura.

Segundo Laraia (2001), portanto, Kroeber contribuiu com a noção de que a cultura não é advinda de herança genética, pois determina o comportamento do homem e justifica seus feitos, além de que o homem age em acordo com o que se espera de seus padrões culturais, ao passo que seus instintos são quase que anulados em decorrência do processo de formação daquela cultura, e a cultura então se formaria através de processo de acumulação através de gerações, pelo qual experienciaram em suas construções históricas.

Utilizando o estudo de Roger Keesing, Laraia aponta para duas divisões de teorias modernas⁶ sobre o que viria a ser cultura, que, segundo Keesing (1974) *apud* Laraia (2001), são, a teoria de ser a cultura um sistema adaptativo, que enxergam a cultura como mescla de padrões de comportamentos transmitidos socialmente com o fito de adaptar as comunidades aos seus alicerces biológicos, e, a teoria idealista de cultura, que, se divide em três correntes, que são os que consideram a cultura como sendo um sistema de conhecimento, outros que consideram como um sistema estrutural e por último, os que consideram a cultura como um sistema de símbolos.

⁶ Não sendo o aprofundamento no tema o objetivo deste trabalho, eis que buscamos ajuda perante a antropologia apenas para entender minimamente o que vem a ser a cultura e o que torna cada uma diferente, indica-se, portanto, para maior aprofundamento do tema, a leitura de: “LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. 120 p.”.

Passando então pela ideia primária da teoria da cultura unilinear, quando acreditava-se que todos os povos se desenvolveriam paulatinamente até chegar a um denominador comum, percebe-se que tampouco a antropologia possui uma definição exata do conceito de cultura, porém, pode ser possível entender que, pela superação da teoria unilinear, cada povo ou comunidade, indígena ou não, possuem culturas diversas e que não necessariamente irão se igualar para que se defina qual povo ou nação, pessoa ou grupo, possui cultura superior ao outro.

Laraia (2001), ainda aponta para o fato de que a cultura de cada povo deve ser analisada pela sua própria ótica, afinal, “Homens de culturas diferentes usam lentes diversas e, portanto, têm visões desencontradas das coisas”, pois, um indígena tem uma noção do que é o seu espaço diferente de quem olha de fora, pois, segundo o autor, quem vê de fora, enxerga a floresta amazônica como um amontoado de árvores, enquanto para um indígena, cada árvore possui um significado de local e espaço diversos e únicos em sua visão, pelo resultado de sua herança cultural.

Alerta ainda, para o fato de que quando a cultura do outro, é vista sob a ótica de quem a ela está alheio, o resultado poderá ser a consideração de valorar qual modo de vida é o correto, e com isso, a mesma ideia de que a cultura tida como correta, deve sobrepor a outra. Eis que, aí, surge a necessidade de entender quem é o outro.

1.3.1. A necessária visualização do indígena como o “outro” que é.

Vieira (2011), diz que a figura central para a estruturação dos Direitos Humanos é a figura do “outro”, ao passo que o ato de enxergar o outro, de entendê-lo, depende do fator cultural. Portanto, de acordo com o fator cultural de quem enxerga o outro, implica em saber que, segundo o autor, a história deixa clara que apesar de gradual, lenta e presa ao padrão contextual de quem olha e, portanto, reconhecer o “outro” como ele é, jamais se dará de maneira completa, afinal, conforme diz o autor citado, temos que,

“Em termos de Direitos Humanos, um bom início é compreender o outro como todo aquele que não faz parte do processo de construção desses direitos e que sofrem uma profunda dificuldade em ter reconhecidas as suas práticas ‘despadronizadas’.”. (VIEIRA, 2011, p. 109).

Dessa forma, o preço a se pagar para reconhecer e garantir a presença da multiculturalidade dentro de um mesmo ordenamento jurídico, encontra óbice não somente no que diz respeito à Lei dizer que tal cultura é garantida e/ou que a sua

manutenção, proteção e garantia são deveres do Estado, porque aí se entra em um aspecto que a Lei não poderá tratar.

A diferenciação do “Eu” e do “Outro” traz em seu bojo a diferença cultural, os costumes, a forma com que o outro vê o mundo, de modo que para sua interação e entendimento é necessário basear bem mais ao aspecto sociológico, antropológico e doutrinário do que sob o aspecto jurídico dos Direitos Humanos. (VIEIRA, 2011).

Por isso, a ideia anterior de integração do indígena, passando para a necessária visualização do quanto àquele indígena está integrado na sociedade para então se auferir culpa, capacidade civil e penal, sempre esbarrou no limite entre o poder de punir estatal e a obrigatória inserção do indígena aos padrões comuns, reforçando mais ainda a ideia do evolucionismo unilinear e da aculturação forçada.

Adiante, tratando da socialização e formação do indivíduo, Vieira (2011), aponta que o processo de socialização, que seria a maneira a qual o indivíduo aprende a ser membro de uma sociedade, sustenta-se pela junção de características particulares a cada local, de maneira que o entendimento social de um indivíduo nascido no oriente médio se diferencia da maneira que um indivíduo nascido no Brasil entende por sociedade.

Este problema também é visto em âmbito nacional, dentro de um Brasil formado por traços culturais e povos diversos, onde apesar de ser o português a língua oficial, existem diversos outros idiomas falados por brasileiros, quais sejam, os idiomas indígenas.

Isso permite ainda que um indígena do povo *Wapichana*⁷, que vive no extremo norte do país, possua características sociais, organizacionais, costumes e crenças diversas do povo *Guarani*⁸, que vive mais ao sul e sudeste do Brasil, reforçando, portanto, a impossibilidade de o direito por si só lidar com a causa indígena.

Nasce então a problemática apontada por Vieira (2011), quando afirma que a necessidade de reconhecimento de direitos vai além das causas legais, isto porque,

⁷ O povo *wapichana* habita entre o Rio Branco e o Rio Rupununi, na fronteira entre Brasil e Guiana, e, em solo brasileiro, localizam-se na região conhecida como Serra da Lua. Possuem uma população de aproximadamente 13 mil indivíduos, sendo a língua desse povo oriunda da língua *Aruak*, falada por povos indígenas da Venezuela, Guiana, Suriname e algumas ilhas antilhanas. (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2008).

⁸ O povo *guarani* habita em território amplo que compreende regiões do Brasil, Bolívia, Paraguai e Argentina, possuindo internamente diversos grupos semelhantes quanto à cultura e organização sociopolítica. Sendo falantes do idioma guarani, possuem diferenças linguísticas a depender de cada grupo, sendo os que vivem no Brasil os *Mbya*, *Kaiowá* e *Nandeva*. (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2011).

as normas de direitos humanos não podem determinar comportamentos individuais, e portanto, reconhecer o Outro em relação ao Eu, depende muito mais de um conjunto de regras sociais e culturais do que pela própria lógica jurídica.

O autor ainda aponta que, em se tratando de Direitos Humanos, não haveria modo de se esperar por resoluções futuras de conflitos sociais e antropológicos, e por isso o mesmo mecanismo adotado desde a revolução Francesa se repete, eis que para fixar uma regra normativa é mais fácil generalizar e abstrair, por não se vislumbrar outra solução. (*idem*, 2011).

Ocorre que, apesar de que dentro dessa generalização de normas há a tentativa de resguardar o todo, pode ter como resultado a exclusão do Outro, ignorando o bem jurídico alheio visando a proteção do nós, e assim se repetiria a ideia anterior e por diversas vezes aqui repetida de que há um caminho comum a se seguir e que este caminho deverá ser seguido por todos, sem que para isso seja levado em consideração as condições, como era pregado anteriormente pelos defensores da teoria do evolucionismo unilinear.

Maldonado (2011), aponta para a teoria do liberalismo multicultural como uma hipótese de entendimento dos grupos indígenas e de seus membros, ao passo que explica que para essa corrente, a cultura é um bem social ou primário necessário para o exercício da autonomia.

Segundo ele, os indivíduos não escolhem transformar ou mudar seus projetos de vida dentro de um contexto vazio, mas sim, dentro das opções disponíveis para cada indivíduo dentro de um mesmo contexto cultural, de modo que esse contexto cultural é que permite a construção da personalidade e por isso a cultura seria um bem social ou primário, indispensável.

Entender o que seria a cultura como bem primário ou social se dá pela própria divisão entre os defensores dessa corrente, pois, para uns, protege-se a cultura por se tratar de um bem social, que tem valor em si própria, enquanto para outros deve ser protegida por se tratar de um bem primário para cada indivíduo. (*idem*, 2011).

Com efeito, apesar de não haver consenso entre os defensores do liberalismo cultural quanto ao motivo para o qual a cultura deve ser protegida, há consenso quanto às razões que justificam a sua proteção, pois através desta é que se encontra a formação individual de cada indivíduo e de cada povo.

Nessa motivação é que as minorias culturais precisam ser titulares de direitos que lhes permitam proteger sua cultura e costumes, como ferramentas jurídicas para que evitem o perecimento de uma cultura, pois o perecimento desta teria como resultado o desaparecimento de um povo, de indivíduos membros daquele povo e de sua visão de mundo.

Maldonado (2011), afirma que admitir o declive ou desaparecimento de uma cultura deve ser uma decisão própria dos membros de um povo e não o resultado das relações de poder que dentro do Estado venham a suprimir o direito de cada povo em ter sua cultura, costumes e direitos reconhecidos, tão somente por se tratar de minoria.

Não obstante a isto, Alves e Boas (2010) propõem a figura do diálogo intercultural como forma de socialização de uma cultura a outra, não como forma de sobrepor uma à outra, mas de corroborar com os direitos conquistados por ambas, reconhecendo, portanto, o direito de os povos dialogarem como forma de avaliação de possibilidades de encontrarem uma solução para determinadas demandas.

Ademais, Villares (2009) *apud* Alves e Boas (2010), afirma que por meio desse diálogo intercultural o conceito de que índios são seres humanos de cultura primitiva é abandonado, dando lugar a uma mudança cultural que não resultaria na perda da identidade indígena.

Por sua vez, a CRFB/1988, por meio do art. 231, como já citado anteriormente, deu o devido reconhecimento aos índios em terem mantidas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Porém, nos resta entender o que seria reconhecer, admitir e garantir aos povos tradicionais o Direito de terem reconhecidos seus usos, costumes e tradições dentro de um ordenamento jurídico que, por meio de sua constituição, pode se parecer como que admitindo a existência de pluralismo jurídico.

Seria então o art. 231 da CRFB/1988 reconhecedor de um foro judicial indígena, pois, além do já defasado Estatuto do Índio que traz a possibilidade de “tolerância” de julgamentos de fatos típicos penais pela comunidade indígena e suas autoridades, eis que reconhece sua organização social, costumes e tradições.

Afinal, auto-organizar-se, com a intervenção absoluta do Estado sob o direito, teria o condão de contrapor o direito constitucional de manutenção de costumes e

tradições, eis que dentro desses dois, existe o que se chama de direito consuetudinário ou costumeiro, que será melhor abordado posteriormente.

O fenômeno de reconhecimento e garantia dos direitos indígenas não ocorreu apenas no Brasil, por meio da Constituição Federal de 1988, mas também na grande maioria dos países latino-americanos, a exemplo do México e da Bolívia.

Sobre isso, Miguel Carbonell (2003), aponta que várias constituições de países da América Latina outorgaram aos povos indígenas autonomia, inclusive para a aplicação de seu próprio sistema jurídico baseado em seus usos e costumes, utilizando como limite para sua aplicação o respeito aos direitos fundamentais que por aqueles textos constitucionais eram reconhecidos.

Sob a ótica da própria Constituição Federal de 1988 vê-se que foi de grande evolução o tratamento dado aos direitos culturais, ao próprio direito indígena, e ainda que salutar a experiência de outros países latino-americanos, acreditamos que a Carta constitucional brasileira cumpre com seu papel de dar garantia a estes direitos indígenas.

Sobre os perigos das respostas buscadas por estes questionamentos, Miguel Carbonell (2003), citando a experiência mexicana sobre o tema, afirma que o que é visto dentro do ordenamento jurídico mexicano é que, quando surgirem dúvidas sobre serem os usos e costumes indígenas compatíveis ou não com os direitos fundamentais, dificilmente poderão ser sanadas pela via judicial de forma legítima, com base nos dispositivos de lei já existentes e que regulam tais fatos.

Remontando assim, o ponto de que somente o Direito não poderia lidar de forma isolada com as demandas indígenas, estando a sua aplicação pelo Estado atrelada a necessidade de adaptação do judiciário a essas demandas, bem como, um avanço legislativo no que se refere a possibilidade de reconhecimento e aplicação do direito consuetudinário pelos indígenas e para os indígenas.

Ainda, passaremos a analisar de qual forma a Constituição Federal de 1988 pode ser vista como fonte integradora do direito consuetudinário dos povos tradicionais e se ela reconhece que no Brasil existe o chamado pluralismo jurídico, permitindo a coexistência do direito codificado estatal, e o direito costumeiro, e, tendo como limites os próprios direitos fundamentais.

Saindo da ideia de integração forçada, da perda da identidade e adentrando ao diálogo intercultural, tendo como apoio os direitos fundamentais, é que se passaria a

vislumbrar a possibilidade de comunhão de direitos e de limites desses direitos, sem que o reconhecimento dos costumes se dê na via de exclusão da soberania brasileira e da unidade de jurisdição.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA.

Neste capítulo será analisado os pontos que possam caracterizar o direito consuetudinário como um direito fundamental, tendo em vista a necessidade de entender se caso seja um direito fundamental, qual a possibilidade de sua extensão perante o ordenamento jurídico pátrio.

É necessário analisar se ao reconhecer aos índios a sua organização social, costumes e tradições, a Constituição coloca implicitamente o direito costumeiro dos indígenas como parte do direito à cultura, tornando-o um direito fundamental merecedor de tutela e máxima efetividade.

Para tal, será abordado o Direito Positivo, buscando entender o que pode ser reconhecido como Direito, se seriam somente leis escritas e códigos ou se, havendo a necessidade de inclusão da moral e dos direitos humanos, bem como, de costumes e tradições, pode ser considerada a coexistência destes dois polos, Direito Consuetudinário e Direito Positivo, tendo como limite a Constituição Federal.

Deve ainda ser feita uma análise do que a doutrina entende por direito fundamental e qual o papel do Estado na garantia destes direitos. Ainda, quando dois ou mais direitos fundamentais estiverem em possível conflito, qual deve ser o papel do Estado.

2.1. Pluralismo Jurídico: direito positivo x direito consuetudinário.

Em um primeiro momento cumpre destacar a diferenciação do Direito Positivo para com o Direito Consuetudinário ou Costumeiro. Assim, para entendimento tanto do Direito Positivo quanto do Consuetudinário, segundo Flores e Ribeiro (2017), é necessário buscar analisar o que os fundamenta filosoficamente, conceitualmente e suas distinções.

Tendo como ponto de partida a análise conceitual do Direito Consuetudinário, destaca-se que este se refere ao conjunto de normas sociais criadas pelo povo, de forma não escrita ou codificada, tendo sua origem nos costumes de determinado povo. Já o Direito Positivo, estaria fundamentado na preexistência do Estado como autoridade política, de onde emana seu poder (CURI, 2012).

Conforme Curi (2012), o Direito Costumeiro ou Consuetudinário existe em oposição ao Direito Positivo, sendo que este dá aos costumes valor secundário, tendo o Direito Consuetudinário como inferior ou precário/atrasado, de modo que o Direito Positivo estaria em patamar superior.

Corroborando com este posicionamento, Marques e Ribeiro (2015), apontam que o Direito Consuetudinário é baseado em um ambiente pluralista, onde há a duradoura e constante repetição de costumes por determinado grupo social, em localidade específica, e que caso não observados os limites culturais de identificação daquele povo, sua prática restaria prejudicada e como resultado haveria a sobreposição de uma cultura sobre a outra.

Já o Direito Positivo, origina-se no positivismo de Augusto Comte, que como ponto importante, detinha o ideal de que tendo como premissa maior os valores éticos e morais comuns à natureza humana, seria possível prever condutas e já que as condutas poderiam ser previstas, então também seria possível estabelecer regras em leis, com cunho retributivo ou punitivo (FLORES; RIBEIRO, 2017).

Marques e Ribeiro (2015), citando Marky (2007), lecionam que o Direito Costumeiro, seria parte de um patrimônio cultural. A partir desse entendimento, temos que ele está atrelado a cultura de um povo, índio ou não, mas que à esta cultura não se desvincula.

O conceito dessa coexistência, desse pluralismo, seria a qualificação daquilo que não é único e que se caracteriza também na coexistência de diferentes grupos ou organismos, de forma independente, porém, dentro do mesmo sistema político; e, por isso, o entendimento do pluralismo e o reconhecimento desta pluralidade seria, portanto, legitimar a diversidade (CURI, 2012).

Todavia, para que haja o respeito ao direito costumeiro, ao seu reconhecimento, não seria necessário imaginar a preexistência de sua autonomia ou anterioridade, visto que para Cunha (1990) *apud* Curi (2012), o direito costumeiro somente existe em relação ao próprio direito positivo.

Quanto à coabitação de diferentes sistemas jurídicos em âmbito nacional, fala-se então em pluralismo jurídico. Para Griffiths (1986) *apud* Cardoso e Conci (2019), o pluralismo jurídico distingue-se em duas vertentes de abordagem, sendo uma abordagem como ciência social, quando haveria a presença de mais de um sistema jurídico a depender de cada subgrupo e a abordagem do pluralismo jurídico “legalista”.

Assim, o pluralismo jurídico legalista seria aquele que a soberania de um determinado país, povo ou nação designaria corpos jurídicos diversos para seus diferentes grupos populacionais, estando de acordo com sua etnia, religião, nacionalidade ou geografia. Em complemento, também será legalista quando estes regimes jurídicos em coexistência forem dependentes do sistema jurídico estatal (CARDOSO; CONCI, 2019).

Reconhecer que o Direito não é apenas Leis ou conjunto de normas, possibilita o entendimento de que existem direitos subjetivos às pessoas e grupos sociais, costumes e práticas comuns a determinados grupos étnicos. No Brasil, temos que o Direito Positivo, o conjunto de normas, constitucional, infraconstitucional e afins, está em patamar superior ao direito costumeiro. Por vezes, o direito consuetudinário dos povos indígenas é tido como inexistente.

Aos Índios, às comunidades indígenas, é dado tratamento como se povos primitivos fossem, descaracterizando seus sistemas e regras de convivência por não possuírem sistema de leis escritas, corroborada pela ausência estatal. E, assim, a doutrina tradicional considera que o direito codificado/escrito viria a favorecer ainda mais a ideia de certeza do Direito, do que em relação às normas costumeiras e este seria o motivo de que a Lei estarão em patamar superior ao costume (CURI, 2012).

Entretanto, o índio, frente a sua cultura, costumes e tradições, não deve ser analisado com foco ao silogismo típico do positivismo, conforme apontam Flores e Ribeiro (2017) quando dizem que este silogismo típico do positivismo é que coloca valores éticos e morais “comuns” à natureza humana como “premissa menor de observação científica do comportamento social” e que dele se extrairia a possibilidade de prever e narrar condutas em abstrato nas leis.

Isto porque, a justiça indígena não decorre pura e simplesmente do reconhecimento dado ao pluralismo jurídico para que seja o Direito Consuetudinário aceito perante o Direito Positivo, mas também porque essa justiça indígena é necessária para compensar a aplicação do Direito em áreas que o Estado não está presente, por vários motivos e entre eles, por vezes, a exclusão da diversidade indígena perante o Direito. (CARDOSO; CONCI, 2019).

As controvérsias existentes na afirmação da existência de dois sistemas jurídicos “*side by side*”, lado a lado, a coexistência já tratada anteriormente, é de difícil conciliação, não só no ordenamento jurídico brasileiro mas também em diversos

países em que existe a necessidade de conciliar o direito costumeiro e o direito codificado.

Em obra dedicada ao estudo da plurinacionalidade, interculturalidade e justiça indígena, precisamente no Equador e Bolívia, Santos (2012) aduz que o reconhecimento plurinacional de existência de um Direito Consuetudinário Indígena é facilmente impugnado por “supostamente” afrontar três princípios fundamentais do Direito moderno em uma concepção eurocêntrica, quais sejam, o princípio da soberania, o princípio da unidade e o princípio da autonomia.

Ainda, o autor destaca que com o advento do positivismo jurídico do século XIX e sua maneira de conceber solidez ao Estado de Direito moderno, a justiça indígena se tornou uma violação ao monopólio Estatal. Isto porque, para que o Estado se consolide, seria necessário a presença de uma só nação, uma só cultura, um único sistema educativo, um único exército e um único Direito (SANTOS, 2012).

Exemplo disso, é o que explica Maxuell (2015), em trabalho realizado a respeito da existência de sistema jurídico do povo aborígine australiano, quando diz que lhe parece difícil conciliar dois sistemas de lei perante o princípio de que todos os australianos são iguais perante a lei e que as pessoas não devem ser tratadas com diferentes sanções criminais.

Tal fato também se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro, afinal, conforme disposto no artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” e ademais, foi a Constituição de 1988 a primeira carta magna brasileira a dispor um capítulo sobre o Indígena.

Nesse aspecto, a definição de igualdade perante a lei deve ser entendida também como o Direito de ser como se é, o Direito à própria diferença tanto no seu aspecto cultural quanto social que nele englobam o direito de um povo, de uma comunidade, o respeito aos seus costumes e tradições.

Afinal, conforme apontam Marques e Ribeiro (2015), não é possível que se pretenda que em um país como o Brasil, “gigante pela própria natureza”, com identidades diversas e peculiares a cada localidade, seja possibilitado o estabelecimento de um padrão único de comportamento.

E assim, vencendo a ideia colonial de integração do indígena à sociedade, foi preconizado na CRFB/1988, no *caput* do artigo 231, o reconhecimento aos índios de terem sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições respeitadas,

além de garantidos seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocuparam.

Importante ressaltar isto pois mesmo após o advento do estatuto do índio, lei 6.001/1973, a ideia anterior de integração do indígena continuava presente e apenas através da Constituição Federal de 1988 os direitos indígenas passaram a receber tratamento diferente do que já houvera sido costume na vigência de Constituições anteriores.

Aliás, o Estatuto do Índio foi recepcionado apenas parcialmente pela CRFB/88, porém, através dele foram respeitados alguns avanços para que seja dado ao direito consuetudinário indígena a sua pronta aplicação.

Exemplo disso, é o que estabelece o *caput* do artigo 57, quando diz que,

“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” (BRASIL, 1973).

Desta forma, foi possível notar um avanço sob forte influência da “nova constitucionalização latino-americana”, apontada por Cardoso e Conci (2019), baseada em tendências de reconhecer e proteger o Direito Costumeiro das comunidades indígenas.

Voltando ao ponto do positivismo anteriormente apresentado, Flores e Ribeiro (2017) dizem que o positivismo brasileiro estabelece características que visam engendrar posição científica que legitime comportamentos aceitos pela sociedade.

Assim, conforme Darcy Ribeiro (1993) *apud* Lopes e Uchoa (2018), as manifestações culturais indígenas mereceram do legislador reconhecimento especial visto o seu reconhecido estado de vulnerabilidade em que se encontram após séculos de tratamento desigual, vindo de um período em que se pensava o índio como empecilho para a colonização do sertão que habitava.

O processo de reconhecimento do Direito Consuetudinário Indígena também tem grande influência do Direito Internacional, visto ser o Direito Internacional baseado na proteção dos costumes, quando estes não se voltam contra os direitos humanos.

Sendo o Direito Consuetudinário determinado a partir dos costumes e cultura de um povo, foi somente no advento da CRFB/1988 que os direitos culturais ganharam previsão em sessão específica, apesar de que, já era possível identificar referências aos direitos culturais na Constituição de 1934 (LOPES; UCHOA, 2018).

O corpo legislativo, se assim pode ser chamado, anterior a Constituição de 1988, foi baseado na ideia do espanhol Francisco de Vitoria, da hipótese da infantilidade do índio, a qual apontava o índio como um ser em estágio infantil e que deveriam ser instruídos, tutelados e governados. (SILVA FILHO, 2007).

Desta forma, ponto importante é ter a Constituição vigente dado reconhecimento a distinção cultural coletiva da população indígena, devendo receber tratamento respeitável quanto as suas diferenças, justamente por seus costumes e cultura diversa, afirmando o direito à diferença e quebrando o paradigma integracionista e de assimilação. (Araújo *et al*, 2006, p. 45).

Talvez por isso que Silva Filho (2007), ao falar sobre a redação do artigo 231 da CRFB/1988, diz que o dispositivo não deixa dúvidas quanto a esta especificação, dos povos indígenas, não consistir em um lugar de inferioridade que deva ser corrigido, pelo que chamou de “tutela orfanológica”. Isto porque, noutro sentido, a assimilação cultural do índio à cultura dominante trataria de afastar progressivamente este padrão inferior.

De igual modo, em se tratando de identidade cultural, costumes e tradições destes povos, é necessário que seja dado o reconhecimento não apenas de lhes conferir um direito, porém, de reconhecer os seus direitos como predecessores do próprio Estado brasileiro (SILVA FILHO, 2007), o que, porém, não significaria a desigualdade de valores entre o positivo e o costumeiro, mas somente que ambos existem em paralelo, tendo a própria Constituição Federal como limite para sua aplicação.

Quanto ao reconhecimento cultural, o artigo 215 da CRFB/1988, em seção própria (da cultura), determina que “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”. (BRASIL, 1988).

A proteção às manifestações culturais dos povos indígenas, vem no parágrafo 1º do referido artigo, junto aos povos de cultura afro-brasileira e demais grupos que participam do processo civilizatório do Brasil.

De acordo com Santos (2012), conforme a existência e cultura de cada comunidade indígena, por vezes, o padrão cultural e a forma com que eles enxergam seus costumes e tradições se diferem; e assim, o reconhecimento da existência desse

Direito Costumeyro se dá através do reconhecimento da pluralidade cultural do índio e o que o autor chamou de “normas y procedimientos propios”.

Ainda, segundo Santos (2012), “El pluralismo jurídico no pone en cuestión la unidad del derecho si establecen mecanismos de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria”, levando-nos a entender que o reconhecimento de um direito plural em âmbito nacional não tende a afetar a unidade do Direito quando há mecanismos de coordenação entre o ordenamento jurídico de um país e o Direito Costumeyro dos povos indígenas.

Acreditamos que os principais mecanismos de coordenação, para que não seja afetada essa unidade, sejam os Direitos Fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e o próprio ordenamento jurídico brasileiro, cujo Norte é apontado pelo legislador que representa o próprio povo.

Souza Filho (1998), faz uma analogia quando da questão de se enquadrar o Direito de um povo indígena dentro do Direito do Estado, comparando essa tentativa com o ato de “tentar guardar um grande e colorido balão dentro de uma estreita gaveta”.

Então, para que esse grande balão colorido (Direito dos povos indígenas) caiba na gaveta (Direito do Estado), deve ser dele retirado o ar, tendo como resultado a desfiguração de sua forma, que seria a perda da cultura dos povos indígenas, nos remetendo a ideia de integração e assimilação pregada no Estatuto do Índio. Também há a problemática de não fechar a gaveta, permitindo que o balão nela fique, desfigurando-se assim o sistema, pois deixaria suas funcionalidades comprometidas (SOUZA FILHO, 1998).

E então, Souza Filho (1998) parece concordar com Santos (2012) ao lecionar que seria impossível enquadrar em um sistema de várias gavetas um sistema de balões coloridos, mas sim, existe a possibilidade de ambos os sistemas subsistirem em mútuo respeito e admiração, desde que haja coordenação que dirija ambos os sistemas para o mesmo caminho.

Essa diferença entre sistema jurídico fundamentado nos costumes e tradições de um grupo, a exemplo das comunidades indígenas, e o Direito Estatal positivado, é a figura central com a qual tal direito busca atingir. Sendo para as comunidades indígenas o foco estritamente coletivo, normas que tutelam a coletividade, criadas e pensadas tendo como objeto o alcance deste sujeito coletivo (CURI, 2012).

Para Melissa Volpato Curi (2012), é esse coletivo que garante aos povos indígenas sua autodeterminação, ao passo que essa autodeterminação, ao consolidar o “direito do grupo”, garante a eles a possibilidade de “gerir a sua sociedade e decidir o seu próprio destino”.

Nas palavras da autora, temos que,

“Com base nessa perspectiva, impõe-se um limite de interferência ao direito impositivo e centralizador do Estado. Diferente do papel de interventor, o Estado deve assumir um posicionamento de mediador de conflitos e interesses. A autonomia do sujeito coletivo deve ser respeitada em termos políticos, administrativos, econômicos, culturais e judiciais, tanto no âmbito interno como externo à comunidade indígena”. (CURI, 2012, p. 242).

Falar em Positivo x Consuetudinário, portanto, é mais do que falar sobre Leis e Códigos escritos ou costumes e tradições. Isto porque, a visão da impossibilidade de coexistência de ambos em um mesmo ordenamento jurídico se perfaz por ideias que tendem a englobar uma como principal e a outra como ineficaz, sem que para isso seja necessário levar em consideração a identidade minoritária do indígena como merecedora de lugar próprio para sua subsistência.

Não pode ser esquecido o que dispõe o art. 232 da CRFB/1988, quando dá permissão para índios, comunidades e suas organizações possam ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, e assim, nada impede que na busca pela defesa de seus direitos e interesses aos indígenas seja possibilitado o direito de fundamentar seus pedidos no seu próprio Direito Consuetudinário.

Adiante, Violeta Refkalefsky Loureiro (2010), aponta a existência de duas racionalidades (Econômica e Comunitária), que movem segmentos da sociedade, no Brasil, quando de frente a posições e interesses diante da terra indígena, por exemplo e estando a Econômica em predominância perante a comunitária.

A autora cita que uma destas racionalidades seria a econômica, que, “visa o mercado e a geração do lucro individual”, e a outra de caráter comunitário que, “valoriza os direitos humanos, respeita a pluriculturalidade da Nação da brasileira e entende a terra indígena como lugar de vida e cultura”. (LOUREIRO, 2010, p. 506).

Por isso, o costume, sendo reconhecido como Direito, vai além da ideia anterior de que o indígena deveria ser integrado à sociedade e sua putabilidade seria verificada por estudos antropológicos em concomitância com seu nível de perda da sua cultura original e conseqüente integração à sociedade, trazendo a ideia de que é preciso que o índio evolua.

Segundo Albuquerque (2013), mesmo quando se trata da evolução natural, a alteração da imagem temporal de traços culturais, não interfere na identidade cultural. Impossível, portanto, falar em integração do índio à cultura comum, tendo em vista que para o índio ser “índio”, não é necessário que esteja de acordo às primeiras impressões destacadas pelos portugueses quanto a imagem do índio.

No entanto, respeitado o próprio direito à diferença, se deve ter em mente que, sendo a Constituição Federal o ponto inicial de referência para o ordenamento jurídico brasileiro, os Direitos fundamentais devem ser respeitados, e aí adentramos a possibilidade de divergência quanto a colisão desses mesmos Direitos Fundamentais.

2.2. Ordem Constitucional, Direitos Fundamentais e a máxima efetividade.

Segundo Bello Filho (2014), os direitos fundamentais são categorias dogmáticas, sendo proposições jurídicas com sentido e função prática para o ordenamento social, possuidores de conteúdos variáveis e que poderão se diferenciar a depender da cultura e do meio político com o qual foram formados.

São estes mesmos direitos fundamentais que assumirão importante papel na sociedade, invertendo-se a tradição que relacionava o Estado e o indivíduo, reconhecendo que antes dos deveres do indivíduo para com o Estado, ele tem direitos, e a própria relação dos direitos do Estado para com o indivíduo possui como fundamento o objetivo de zelar pelos interesses dos indivíduos (MENDES; BRANCO, 2020).

Em se tratando de categorias dogmáticas, Canotilho (2003) aponta para três sentidos de uma teoria dogmática, sendo um sentido analítico, que se preocupa com a construção sistemático-conceitual do direito positivo em si, também, um sentido empírico, que, tendo em vista a necessidade de se dar aos direitos fundamentais uma força normativa, acabam por tornar obrigatório que seja levado em consideração as condições de eficácia e o modo como o legislador, os juízes e a administração aplicarão esses direitos, e, por fim, um sentido normativo que pressupondo uma fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor, será importante para a aplicação das normas de direitos fundamentais.

Das normas de direitos fundamentais tem-se o resultado da soma de uma fundamentalidade formal e de uma fundamentalidade substancial, que conforme Alexy

(2006), a fundamentalidade formal é a qual as normas de direitos fundamentais encontram-se em posição superior às demais dentro de uma estrutura escalonada do ordenamento jurídico, e por ser assim, vinculam tanto o legislador quanto os poderes Executivo e Judiciário.

Quanto à fundamentalidade substancial, diz serem os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais substanciais porque delas decorrem as decisões normativo-estruturais do Estado e Sociedade, e devido a elas é que a igualdade e a liberdade não se enquadram apenas como questões abordadas por apenas um ramo do direito, mas algo que transpassa todos eles, não sendo para os ramos do direito uma questão exclusiva desse ramo, mas sim fundamental (ALEXY, 2006).

Assim, os direitos fundamentais são normas de eficácia e aplicabilidade imediatas, protegidas constitucionalmente e definidas pela doutrina moderna em direitos fundamentais de primeira geração, sendo estes os direitos e garantias individuais, os de segunda geração que são os direitos sociais, econômicos e culturais, e por fim, os de terceira geração, chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, dentre os quais encontram-se os direitos ao meio ambiente equilibrado, ao progresso, a autodeterminação dos povos, entre outros direitos difusos (MORAES, 2003).

Os direitos fundamentais de primeira geração, assim denominados por terem sido os primeiros a serem positivados, à época das revoluções americana e francesa, buscavam dar lugar a uma autonomia do indivíduo perante a expansão do Poder do Estado, "(...), criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre os aspectos da vida pessoal de cada indivíduo". (MENDES; BRANCO, 2020).

A segunda geração de direitos fundamentais, os direitos sociais, culturais e econômicos, trouxe maior ênfase ao princípio da igualdade de fato, tendo em vista o vislumbre pelo atendimento a direitos prestacionais e do reconhecimento de liberdades sociais, ainda que neste momento os titulares desses direitos sejam indivíduos singularizados e não o coletivo (*idem*, 2020).

Moraes (2003) nos aponta para a terceira geração de direitos fundamentais como se tratando de direitos solidários, de interesse coletivo, a exemplo do direito à autodeterminação dos povos, e, conforme Mendes e Branco (2020), estes se diferenciam por possuírem titularidade coletiva, eis que buscam a tutela e defesa de bens comuns a um grupo difuso e não a um indivíduo singular.

Os direitos fundamentais teriam então dupla dimensão, subjetiva e objetiva, sendo a primeira (subjetiva) a dimensão cuja outorga aos titulares de direitos fundamentais o direito de imposição de seus interesses perante os órgãos obrigados, e, a segunda (objetiva), indo além do que preconiza a subjetiva, diz serem os direitos fundamentais a base do ordenamento jurídico em um Estado democrático de direito, cujo reconhecimento traz como consequência o reconhecimento dos direitos fundamentais como valores em si, merecedores de preservação e fomento (MASSON, 2017).

Quanto a aplicabilidade das normas definidoras dos direitos fundamentais, Masson (2017) destaca que têm aplicabilidade imediata, em conformidade com o art. 5º, § 1º da CRFB/1988, o que é resultado da intenção de ser superada a concepção de um Estado de Direito formal, cujos direitos fundamentais carecem de regulação por lei para ganharem expressão, porém, não se trata de regra absoluta, pois, nas palavras da autora, “(...) existem normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que são evidentemente não autoaplicáveis, isto é, que carecem de mediação legislativa para que possuam plena efetividade, (...)” (*idem*, 2017).

Lecionam Mendes e Branco (2020), que a cláusula que impõe o imediatismo na aplicabilidade das normas de direitos fundamentais diz ser a essência dessas normas o caráter preceptivo e não meramente programático. Além disso, citam que os direitos fundamentais são fundados na própria constituição e não na lei, e que à lei cabe o papel de se moldar aos direitos fundamentais, tendo em vista que os direitos fundamentais são normas reguladoras de relações jurídicas.

Os direitos fundamentais então, sendo valores, merecedores de tutela do Estado e reguladores de relações jurídicas, estampam a necessidade de proteção a certos pontos da vida para a garantia da dignidade da pessoa humana, para que se tenha uma efetiva garantia sobre os direitos do homem tanto como sociedade, quanto como ser individual.

Mendes e Branco (2020), destacam como espécies de direitos fundamentais, os direitos de defesa, direitos à prestação e ainda direitos de participação, que segundo os autores, os direitos de defesa, estando a maioria prevista no art. 5º da CRFB/1988, são aqueles que por sua característica impõem ao Estado um dever de não intervir na autodeterminação do indivíduo, atuando como limitação às ações do Estado. O Estado estaria, portanto, impedido de interferir na liberdade do indivíduo,

eis que a função de defesa dos direitos fundamentais vedaria essa interferência estatal, impossibilitando a censura, por exemplo, às manifestações artísticas.

Já os direitos de prestação, que se dividem em direitos a prestação jurídica e direitos a prestação material, ainda Mendes e Branco (2020), dizem ser a razão destes o dever de que o Estado, ao contrário da vedação a invasão a liberdades individuais dada pelos direitos de defesa, busque meios para abrandar as desigualdades. Seria então o fornecimento pelo Estado de condições efetivas de o indivíduo usufruir das liberdades asseguradas pelos direitos de defesa, enquanto, os direitos fundamentais de participação seriam os direitos de o indivíduo participar na formação da vontade do Estado.

2.2.1. Direitos consuetudinários como parte do direito fundamental à cultura.

Passando dessa análise do que são os direitos fundamentais, suas variáveis e características que os fazem tão necessários às funções de manutenção e tutela dos direitos do homem, coletivo ou não, e, tendo identificado o local dos direitos culturais e demais direitos fundamentais outorgados aos indígenas pela Constituição Federal, passaremos a ver o local do direito consuetudinário dos povos indígenas nos direitos culturais dos povos e sua posição dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, Canotilho (2003) aponta para a perda, por parte das sociedades modernas, de traços de identificação comunitária, baseada em uma sociedade homogênea em decorrência da multiculturalidade e multietnicidade que as compõem, o que gerou o reconhecimento do direito internacional para o direito das minorias, que teve como exemplo desse reconhecimento a Declaração dos direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas da Assembleia Geral das Nações Unidas, dezembro de 1992.

Ainda, o autor conceitua “minorias” como um grupo de cidadãos de um Estado, que possam, ou estar em minoria numérica, ou em posição não dominante, sendo estes possuidores de características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes da maioria populacional daquele Estado.

Dessa concepção surgem grupos diversos, quando no campo dos direitos fundamentais, dividindo-se entre direitos dos indivíduos que pertencem a essa minoria

e os direitos da própria minoria, que estão em estreita relação de convívio quanto aos seus direitos, e assim, temos que,

“Como pessoas, não podem reivindicar outra coisa senão a do tratamento como igual quanto aos direitos fundamentais. Enquanto grupo, põe-se o problema de direitos colectivos especiais dada a sua identidade e forte sentimento de pertença e de partilha (língua, religião, família, escola). Neste sentido se fala de minorias *by will* (em contraposição às minorias *by force*): aquelas que atribuem valor à sua diferença e especificidade relativamente à maioria, exigindo a protecção e garantia efectiva desta diferença e especificidade”. (CANOTILHO, 2003, p. 387).

A problemática indígena sob a ótica do direito à cultura e do direito a sua autodeterminação se confundem e estão caracterizados exatamente neste ponto em que é tratado por Canotilho (2003) como a necessidade de que, enquanto grupo, tenham seus direitos coletivos protegidos, em decorrência de seu enorme sentimento de pertencimento àquela comunidade, por meio da língua, religião, família.

O direito das minorias é então uma realidade presente nas discussões do Estado brasileiro, decorrente do processo de formação e miscigenação do Brasil, sua diversidade étnico-cultural, de modo que estes grupos sociais têm o direito de que quando se sentirem ameaçados na fruição de seus direitos possam buscar auxílio no judiciário (ALBUQUERQUE, 2013).

E é nesse ponto que se encaixa a discussão a respeito do direito fundamental à cultura e a autodeterminação dos povos, merecendo então ser discutido quantas questões se incluem nos direitos culturais, que, inclusive, se confundem ao direito à autodeterminação dos povos.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 215 o dever de o Estado brasileiro garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, destacando ainda no §1º que o Estado deve proteger as manifestações das culturas populares, indígenas, afro-brasileiras e das de outros grupos que possam ter participado do processo civilizatório nacional.

Quanto a essa proteção e garantia, a Constituição também cita o que se enquadra como patrimônio cultural, sendo estes, conforme art. 216, os bens tanto de natureza material quanto imaterial, sejam eles individuais ou conjugados, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos grupos que formam a sociedade brasileira, incluindo dentro deste rol, as formas de expressão.

E então, é no art. 231 que a Constituição traz o reconhecimento à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as

terras pelos indígenas tradicionalmente ocupadas, determinando que cabe à União o dever de demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Assim, como foi visto, ao índio, tanto suas formas de expressão cultural quanto o espaço por eles ocupados se confundem com o modo como eles se entendem como seres humanos, devendo ser a cultura do indígena entendida como quem eles o são, como um conjunto de fatores que em sua síntese fazem o índio ser quem ele é.

Isso nos remete ao que fora apontado por Canotilho (2003) quando citou que houve uma preocupação do direito internacional em reconhecer o direito dessas minorias, resultando portanto no crescimento da discussão dos direitos humanos e dos direitos dos povos indígenas em âmbito internacional.

A Declaração das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas estabeleceu parâmetros para salvaguardar os direitos dos povos indígenas, inclusive àqueles que dizem respeito ao seu modo de viver, às suas instituições tradicionais, sistemas políticos e jurídicos, quando não afrontarem os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

É dito no art. 5, por exemplo, que os povos indígenas têm o direito de manter conservadas suas instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, e ainda assim, têm estes povos o direito de manutenção da vida política, econômica, social e cultural do Estado (ONU, 2007).

O art. 34 do mesmo diploma destina também aos povos indígenas o direito de promoção, desenvolvimento e manutenção de suas estruturas institucionais e, quando existirem, seus costumes ou sistemas jurídicos, devendo para tal estarem em consonância com as normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidos (*id*, 2007).

A convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 143 de 2002, sobre povos indígenas e tribais, traz no art. 3º a definição de que aos povos indígenas e tribais deverá ser possibilitado o pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, esclarecendo posteriormente no art. 4º que devem os Estados adotar as medidas que forem necessárias para proteção das pessoas, instituições, bens, culturas e o meio ambiente dos povos (OIT, 1989).

O art. 8, parágrafos I e 2, destacam que quando forem aplicadas a legislação nacional aos povos interessados deverá ser levado em consideração seus costumes

e o seu direito consuetudinário, estendendo ainda a eles o direito de conservação de seus costumes e instituições próprias quando compatíveis com os direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos; Dispõe ainda, no art. 9º, parágrafos I e 2, que quando compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos aos quais estes povos utilizam para repressão de delitos cometidos por seus membros devem ser respeitados, de modo que quando autoridades e tribunais venham a ser solicitados para se pronunciarem sobre questões penais, deverão ser os costumes dos povos levados em conta (*idem*, 1989).

Nota-se então uma similaridade e possibilidade de conciliação e complemento entre o reconhecimento dado pela CRFB/1988 com o que dispõe, por exemplo, o texto normativo da Convenção nº 169 da OIT, e esta, uma vez aprovada pelo Brasil pelo já citado Decreto Legislativo nº 143, de 2002, possuindo *status* supralegal, conforme entendimento do STF, merece destaque de sua tutela normativa para com as instituições indígenas dentro dos limites impostos pela Constituição Federal.

Entender o direito consuetudinário como parte dos direitos fundamentais⁹ reconhecidos pela Constituição aos indígenas torna possível a busca pela máxima efetividade desses direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à cultura, parte fundamental para reconhecimento do também fundamental princípio da dignidade da pessoa humana.

Não significaria atrelar a estes direitos consuetudinários um significado de que aos povos indígenas é permitido viverem como Estado autônomo, ainda porque a própria Declaração das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas e tribais (2007) afirma não ser a expressão “povos” quando se referindo aos indígenas a mesma utilizada para identificar uma nação.

Portanto, o reconhecimento desses direitos costumeiros são necessários como uma possibilidade de cumprimento ao que dispõe a Constituição quanto ao direito à cultura, que a nosso ver englobam os costumes e tradições; e, se dentro de seus costumes e tradições há um sistema “jurídico” de normas costumeiras que os povos originários utilizam para resolução de seus conflitos internos, para repressão de

⁹ Isto não deve ser entendido como um novo direito fundamental, mas sim como parte do direito fundamental à cultura. Não estaria sendo criado um novo direito fundamental, tampouco, referenciando à constituição nova interpretação quanto aos tipos de direitos fundamentais existente.

delitos cometidos por seus membros, estes o devem ser respeitados, tendo por óbvio que dentro dos limites admitidos pelo sistema jurídico brasileiro.

Pedro Lenza (2020) diz que os direitos de segunda dimensão (geração), ou seja, os direitos sociais, culturais e econômico, exigem para sua implementação uma prestação estatal, e, citando Canotilho (1996), aduz que é a indeterminação normativa dos direitos sociais que faz repercutir na instabilidade de definições de políticas públicas, que por meio de um Estado Social de Direito, exige que exista um comportamento positivo.

Sendo o direito Consuetudinário dos povos indígenas, a nosso ver, parte intrínseca à sua cultura, à sua tradição e costumes, não restaria dúvidas de que é o próprio texto constitucional de 1988 que dá permissão para que este direito seja aplicado, inclusive, para repressão de delitos que tenham sido cometidos no âmbito das comunidades indígenas, quando autor do ato e a vítima sejam parte daquele povo.

Não significaria dizer que os costumes e tradições destes povos possuem valor hierárquico maior do que a Lei Penal, mas sim que a Constituição Federal de 1988, retira a possibilidade de atuação desse direito consuetudinário de forma autônoma mas que coordene os passos de sua aplicação, afinal, se o texto constitucional reconhece a organização, a tradição, os costumes, também é a própria Constituição que servirá como base permissiva e proibitiva, afastando as hipóteses de contrárias a ela e protegendo o que for compatível.

Nas palavras de Barroso (2006, p. 75), sabe-se que a Constituição é um sistema de normas jurídicas, que, "(...) institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados", perfazendo-se por uma característica de imperatividade, que nem sempre se impõe com a mesma intensidade, eis que nela sempre haverá a imperatividade com diferentes graduações de seu teor.

Poderia ser questionado também quanto ao fato de que haveria dúvida sobre a possibilidade de aplicação do direito consuetudinário já que a Constituição também, por meio do art. 232, garante aos indígenas, suas comunidades e organizações a legitimidade de ingresso no judiciário para buscar a defesa de seus interesses e direitos.

A resposta para esse questionamento pode ser dada também pela Convenção nº 169 da OIT, que, no art. 8º, parágrafo 3, destaca que, ainda que deva ser levado

em consideração os costumes ou direito consuetudinário, ou que os povos indígenas tenham o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, não deverá ser impedido o direito de que esses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e que assumam as obrigações correspondentes.

Além do que, conforme já decidido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703¹⁰, de relatoria do Ministro Carlos Britto, os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter *supralegal* por estarem abaixo da Constituição e acima da legislação interna, servindo como complemento ao texto constitucional que serve como parâmetro para essas normas.

Portanto, a garantia dada pelo art. 232 da Constituição não exclui o direito de os povos indígenas se utilizarem dos meios que tradicionalmente utilizam para repressão de delitos cometidos por membros de suas comunidades contra outros membros.

Ressalta-se que, conforme aduzido no tópico 2.1 deste trabalho, não basta que a comunidade indígena alegue que esta tem o direito de julgar um fato, mas que exista uma tradição passada no decorrer dos tempos de formação daquele povo, para que se cumpra exatamente o que a grande maioria das normas internacionais sobre os direitos dos povos indígenas aduzem, que é o fato de que, somente será permitido aos povos indígenas a utilização desse direito costumeiro quando “houver” um sistema tradicional presente na vida cultural, preexistente ao fato e passado por gerações daquele povo, havendo ainda a necessidade de que este sistema “jurídico” seja equivalente ao ordenamento jurídico daquele Estado e que não viole os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

A presença do Estado aconteceria de forma a tutelar esses direitos e a preservar os demais direitos fundamentais, garantindo que aos indígenas seja permitida a manutenção de suas tradições e costumes, pois, sendo direitos fundamentais desses povos merecem máxima efetividade, e, protegendo os demais titulares dos direitos fundamentais para que um bem jurídico não viole outro bem jurídico.

¹⁰ STF Recurso Extraordinário n. 349703, Relator(a): CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, data do julgamento: 03/12/2008, publicado em: 05/06/2009.

2.3. Hipóteses de conflito entre Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Referente a temática que abordamos no presente trabalho, tendo como ponto de partida a verificação da possibilidade de serem os crimes praticados por indígenas contra outros indígenas julgados por seus pares, quando o fato ocorre dentro da comunidade e/ou terra indígena, vê-se a necessidade de discorrer quanto a hipótese de ocorrência de colisão entre normas.

Sabemos que se classificam as normas jurídicas em dois grupos, sendo o grupo dos princípios e o outro grupo o das regras, que, no caso das regras, quando uma contrapõe a outra, “havendo conflito de uma regra com a outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade” (MENDES; BRANCO, 2020).

Quanto a solução de um conflito entre regras, é necessário que esteja presente uma cláusula de exceção que dê solução ao conflito ou para que seja declarado uma das regras como inválida, e, nas palavras de Alexy (2006), temos que,

“Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios em si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio” (ALEXY, 2006, p. 92).

O autor aduz que caso a existência de uma cláusula de exceção não seja suficiente, ao menos uma das regras deverá ser declarada inválida, tendo em vista que a consequência jurídica da validade de uma norma jurídica não é graduável, não sendo possível que quando da constatação de contradição entre o resultado alcançado por duas regras seja esse resultado válido (*idem*, 2006).

Sob tais conflitos e colisão de normas é que pode ser argumentado quanto a possibilidade de restrições a um direito, que, conforme Alexy (2006), existem duas teorias que buscam definir o conceito de restrição a um direito, sendo elas a teoria externa e a teoria interna.

A teoria externa seria a relação entre o direito e a restrição, quando existiria o direito em si, sem qualquer restrição e posteriormente o que restaria do direito após a restrição, sendo este o direito restringido; e, para essa teoria, é necessário ser

ênfatisado que existe o direito restringido, mas antes disso, tal direito é concebido sem restrição. Já para a teoria interna não há distinção entre o direito e a restrição, mas somente o próprio direito com conteúdo determinado, quando se substitui o conceito de restrição pelo conceito de limite (*idem*, 2006).

Tal abordagem merece ser feita não para saber qual norma aplicar ou para que, conforme apontam Mendes e Branco (2020), seja vislumbrado que as duas em conflito, quando se tratar de regras, não possam conviver em simultâneo no ordenamento jurídico.

Em tempo, os autores indicam que quando se tratar de direitos fundamentais, é comum que tais normas configurem princípios e que estes princípios, sendo determinações de proteção e satisfação de determinado bem jurídico a depender das circunstâncias que os permitam, sejam entendidos como “mandados de otimização”, devendo ser realizados da maneira mais extensiva possível (MENDES; BRANCO, 2020).

Além do mais, os direitos fundamentais, em sua concepção individual e coletiva, não devem ser aplicados ou entendidos como matéria de resguardo e proteção ao ilícito, tampouco, podem ser entendidos como meio para exclusão de responsabilidades, seja civil ou penal, quando do cometimento de ilícitos, de maneira que estes direitos fundamentais não são ilimitados, pois, encontram seus limites nos demais direitos fundamentais, e, segundo Moraes (2003), aqui se trata do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

O que significa dizer que ainda que exista uma tradição cultural atrelada a história de um povo indígena, a qual tem se perpetuado no decorrer dos anos, cujo haja identificação cultural daquele povo, ainda assim, esta não poderá violar outro direito fundamental, pois, apesar de haver necessidade de proteção daquele direito fundamental, este também necessita de proteção.

Havendo hipóteses de conflito de normas, colisão de direitos fundamentais, sendo estes princípios, o objeto almejado não deverá ser tratado como quando ocorre com as regras, ao contrário, deve ser buscada a conciliação entre eles, pois, temos que,

“No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.”. (MENDES; BRANCO, 2020).

O conflito entre princípios, tratado de forma diversa a que é dada às regras, não tem como resultado a declaração da invalidade de um, sendo necessário que apenas seja dado um dimensionamento quanto ao peso daquele princípio, tendo em vista que sendo os dois necessários para tutela e resguardo de bens jurídicos de maior importância, quando estes estiverem em conflito um deverá ceder lugar ao outro.

Alexy (2006) ensina que quando ocorre conflito entre regras, a resolução desse conflito se dará por meio da validade, enquanto quando os conflitos estiverem relacionados a princípios, se resolverá o conflito de outra forma, justamente pelo fato de terem os princípios pesos diversos e, os princípios de peso maior terão predileção ao princípio em conflito.

Com efeito, Moraes (2003) salienta que quando diante a um conflito entre direitos ou garantias de ordem fundamental, deverá ser utilizado o princípio da concordância prática ou da harmonização, de maneira que os bens jurídicos em conflito possam ser coordenados para que não haja exclusão de um em relação ao outro.

Alexy (2006), em análise da teoria das restrições, aponta duas espécies de restrições a direitos fundamentais, sendo a primeira espécie, a das restrições diretamente constitucionais, que por se tratar de direitos de hierarquia constitucional, os direitos fundamentais só poderão ser restringidos por outras normas de hierarquia compatível ou em virtude delas.

A segunda espécie seria a das restrições indiretamente constitucionais, que seriam normas infraconstitucionais mas que decorrem da força normativa das normas constitucionais, que, teriam sua forma mais clara nos casos das cláusulas de reservas explícitas; sendo estas, aquelas que são o todo ou parte de disposições constitucionais que de forma expressa autorizam intervenções ou restrições, porém, não necessariamente a espécie de restrições indiretamente constitucionais necessita ser expressa, podendo estas estarem implícitas na norma constitucional autorizativa.

Assim, sabemos por exemplo que, sendo o direito à cultura um direito fundamental, cuja titularidade se estende ao coletivo, e que sua proteção não se refere a um sujeito individual mas sim a uma coletividade, a um grupo, e, caso haja entendimento de que a tradição e os costumes (consubstanciando-se em direito costumeiro) de um povo indígena somam-se ao direito à cultura que aos povos

indígenas remete a quem estes o são, merece tratamento e proteção como direito fundamental.

Isso implicaria em dizer que o modo como os indígenas julgam determinadas condutas, baseados no seu direito consuetudinário mereceria absoluta defesa e aplicação? Ainda, significaria também que qualquer prática comum a determinado povo indígena merece tutela efetiva e total permissão estatal?

Pelo contrário, pois, conforme demonstrado acima, um direito fundamental deve ser conservado no máximo de sua extensão, desde que não haja conflito deste com outros direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à cultura e o direito à vida;

Portanto, a efetivação de um direito fundamental quando em paralelo a outro deverá ser conciliada para que a efetividade de um não exclua a do outro, porém, ainda pode haver conflitos em que a continuidade de uma prática tutelada por uma espécie de direito fundamental significará a total violação a outro direito fundamental, e é aí que deverá ser sopesado os valores protegidos por aquele princípio.

Para Alexy (2006), o que se restringe são os bens protegidos pelos direitos fundamentais e as posições *prima facie* que sejam garantidas pelos princípios de direitos fundamentais, que, quando princípios, exigem a maior abrangência protetiva para com os bens protegidos.

A universalidade conferida aos direitos fundamentais diz respeito não somente ao fato de que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais, pois nem todos os direitos se destinam a qualquer pessoa, além do que, haverá sempre a necessidade de observar se, e quais direitos fundamentais são obrigações somente do poder público ou também de particulares (MENDES; BRANCO, 2020).

Em se tratando de serem não serem estes absolutos, conforme Mendes e Branco (2020) há de ser considerado que a estes direitos fundamentais são toleradas restrições, afinal, sem restrições estes direitos limitariam poderes e objetivos estatais e sociais. Essas limitações vêm à tona quando defronte a valores de ordem constitucional e por outros direitos fundamentais.

Em outra margem necessário se faz o entendimento de que para que se restrinja um direito fundamental será necessário que os princípios a ele colidentes tenham peso maior, que se trate de um bem fundamental indiscutivelmente merecedor maior de tutela, do que ao que se restringiria, e assim, nas palavras de Alexy (2006,

p. 296), temos que, “Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade”.

2.3.1. Restrições ao direito à cultura e sua diferença quanto à cultura indígena.

Nesse contexto, apesar de que aos direitos fundamentais estão vinculados tanto o legislador, a administração e o judiciário, é ao poder judiciário que será incumbido o papel de defender esses direitos quando alvos de violação, sendo, segundo Mendes e Branco (2020), a defesa dos direitos fundamentais a essência da função do judiciário, de modo que, tanto estão as cortes vinculadas aos direitos fundamentais no sentido de destinarem a eles eficácia máxima, quanto tem o “(...) o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais”.

Exemplo disso, é o caso da Farra do Boi¹¹, objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 153.531-8 SC, que declarou a inconstitucionalidade da tradicional farra do boi, que ocorria no Estado de Santa Catarina, pois, apesar de haver a necessidade e obrigação por parte do Estado de garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, tal prática viola o inciso VII, do §1º, art. 225 da CRFB/1988, pois, sujeita animais à crueldade.

Conforme a ementa do acórdão, ao Estado compete garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, cabendo a este o dever de incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, no entanto, não poderia ser autorizado que a prática cultural da Farra do Boi continuasse por violar o inciso VII, do art. 225 da CRFB/1988, uma vez submete animais à crueldade, senão, vejamos:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi". (RE 153531, Relator(a): FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388).

¹¹ A farra do boi, tradicional festa popular de ocorrência no Estado de Santa Catarina, é um ritual que é representado pela prática da soltura de um boi, em local aberto, com o fim de agredi-lo e/ou feri-lo para que corra atrás das pessoas que participam da festa, e os animais envolvidos na prática acabam tendo que ser sacrificados ao final.

No voto¹² do Ministro Presidente do STF, à época, Néri da Silveira, foi trazido exatamente o que aqui é discutido, o conflito entre bens jurídicos protegidos pela Constituição que são protegidos por serem direitos fundamentais.

Por um lado, o Ministro Néri da Silveira cita que, os princípios e valores da CRFB/1988 apontam para a carência de reconhecimento da necessidade de serem impedidas a realização de práticas que danifiquem o meio ambiente, provoquem a extinção de espécies e que submetam animais a crueldade; e, portanto, por mais que haja também a tutela constitucional do direito à cultura, esta não pode ser instrumento impeditivo para o cumprimento do que dispõe o inciso VII, do §1º, art. 225 da CRFB/1988.

A manifestação cultural ali invocada pelos praticantes da “farra do boi” implicava em agressões aos animais, tendo estes como parte do meio ambiente natural, de forma que a colisão dos direitos fundamentais à cultura e ao meio ambiente equilibrado deveria ser analisada por meio da máxima proporcionalidade, não sendo o caso de tutelar a manifestação cultural sem que fosse levado em consideração as particularidades que acabam por ofender a integridade física dos animais (RANGEL, 2010).

Entendendo correta a posição do Supremo no caso da “farra do boi”, Rangel (2010), porém, faz críticas à ausência de “método e consistência argumentativa” na decisão, pois, segundo ele, as posições adotadas foram extremas e acabaria por fundamentar “uma hierarquização de valores e direitos fundamentais no plano abstrato”.

Lisboa (2021) faz interessante reflexão sobre o caso da farra do boi e a percepção de questões culturais e jurídicas, pois, segundo ele, quando se submete a noção de direito a uma abertura é perceptível que as questões jurídicas também são questões culturais, e, isto faz com que em alguns casos o contrário também seja verdade, tendo em vista que a farra do boi se caracteriza não somente como questão cultural, mas jurídica.

Ora, por óbvio que aos praticantes da farra do boi cabe o direito de alegar ser a prática uma manifestação cultural pura e detentora do direito de receber proteção

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Costume- manifestação cultural- estímulo- razoabilidade- preservação da fauna e da flora – animais – crueldade. Recurso Extraordinário nº 153.531-8-SC. Recorrente: Associação dos Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Francisco Rezek, Brasília, DF, 03 de julho de 1997, DJU de 13.03.1998, p.417.

estatal em busca de sua máxima efetividade, porém, a sua concepção como manifestação cultural ultrapassa a linha imaginária dos limites traçados pela ordem constitucional por meio dos direitos fundamentais.

O cuidado para com a desclassificação de uma prática como manifestação cultural é necessário e obrigação do próprio Estado, pois este tem o dever de tutela dos direitos fundamentais, não sendo justo adotar o entendimento de que uma prática cultural pode ser, simples e facilmente, descartada.

Do mesmo modo ocorreu no julgamento da ADI 1.856 RJ, cujo objeto era a declaração da inconstitucionalidade da lei nº 2.895/98 do Estado do Rio de Janeiro, que tratava da autorização para a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (briga de galo).

Por unanimidade, o STF julgou procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade da referida lei, reiterando a jurisprudência da Suprema Corte sobre o mesmo tema, afastando a possibilidade de enquadramento da “briga de galo” como manifestação esportiva e/ou cultural, por evidente violação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em trechos de relevância para o debate aqui proposto, o voto do Ministro relator, Celso de Mello, destacou o impacto negativo que as práticas de comportamentos predatórios e lesivos à fauna produzem no próprio patrimônio ambiental dos seres humanos, ressaltando que se trata de prática que submete os animais à crueldade e, portanto, não merece ser entendida como prática cultural e/ou expressão folclórica, senão, vejamos:

“Cabe reconhecer, portanto, Senhor Presidente, o impacto altamente negativo que representaria, para a incolumidade do patrimônio ambiental dos seres humanos, a prática de comportamentos predatórios e lesivos à fauna, seja colocando em risco a sua função ecológica, seja provocando a extinção de espécies, seja, ainda, submetendo os animais a atos de crueldade.

(...)

Nem se diga que a “briga de galos” qualificar-se-ia como atividade desportiva ou prática cultural ou, ainda, como expressão folclórica, numa patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, dentre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais”. (STF Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856 RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 26/05/2011. Publicado DJE em 13/10/2011).

Neste ponto, resta claro o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade de proteção e garantia do direito fundamental à cultura, mas

que não é porque a cultura, naqueles casos em específico, merece ser preservada que esta pode violar outros bens fundamentais.

Tal fato não deve ser considerado absoluto pois deve ser levado em consideração o peso dado aos bens jurídicos protegidos, de modo que pela essência de um direito fundamental, ao Estado cabe a proteção deste em sua máxima efetividade, mas sempre levando em consideração que a restrição para um direito fundamental é exatamente outro direito fundamental.

Retornamos então ao que lecionam Mendes e Branco (2020) quando dizem que no conflito entre princípios deve haver uma conciliação entre eles, para que se alcance o máximo de sua efetividade sem que para tal seja violada a efetividade total do outro.

Então, sabendo que a cultura e os direitos culturais são direitos fundamentais, recebedores de tutela constitucional, sendo garantido a todo cidadão o direito de buscar auxílio no judiciário para requerer tutela a estes direitos (SIQUEIRA, 2016), ainda assim não se admite que sejam estes direitos culturais ameaças a aplicação otimizada de outros direitos fundamentais, ainda que estes direitos culturais estejam inseridos dentre os direitos indispensáveis à dignidade da pessoa humana, conforme art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das nações Unidas (ONU, 1948).

De outro modo, é sabido também que sendo a cultura indígena algo intrínseco a estes povos, que se confunde não somente com mera manifestação, mas com a maneira com que eles enxergam o mundo e como eles se entendem como seres humanos, resta por óbvio que a efetividade do direito à sua cultura, costumes e tradições se molda dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental à vida; então, poderia ser o caso de se afirmar assim como o direito à vida limita o direito à cultura, este também o garante e valida.

O problema torna-se maior quando temos em conflito a cultura e o direito à vida, a exemplo dos casos de infanticídio praticados por indígenas quando estes indígenas nascem com alguma deficiência, ou, nascem gêmeos e ainda, quando do sexo feminino nascidos de mães solteiras, que segundo Alves e Boas (2010), dentro da cultura de algumas comunidades indígenas tal prática é costume milenar que se “justifica” por se tratar, na visão daqueles indígenas, como prática de cautela e de

proteção da própria comunidade, pois aquela criança ao nascer deficiente não teria condições de trabalhar pela comunidade.

Os casos da “farra do boi” e da “briga de galo” esclarecem o entendimento do STF, que ao reconhecerem que, apesar de serem legítimas manifestações culturais, ambas encontravam seu óbice quando ao expor animais a maus tratos, acabavam por ferir o direito à proteção ambiental e a proibição de maus tratos aos animais (SIQUEIRA, 2016).

E então, estaríamos diante de mais um confronto de direitos fundamentais, dessa vez, sem que haja dúvidas sobre qual o ponto de restrição de um em relação ao outro, afinal, se é a cultura indígena um direito fundamental a eles atribuído pela Constituição Federal nos arts. 215 e 231, também é o direito à vida, fundamental para a própria manutenção da cultura e a dignidade da pessoa humana.

Moraes (2003, p. 50), em posição não majoritária, diz que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”, e, a CRFB/1988 proclamou o direito à vida com dupla extensão, sendo uma relacionada ao próprio direito de viver e outra diretamente ligada ao direito de ter vida digna.

Analisando então o direito à vida como sendo o mais fundamental de todos os direitos poderia ser este argumento utilizado como forma de invalidar o direito à cultura, afinal, o arcaísmo de tratamento dado a vida de recém-nascidos, na cultura de específicas comunidades indígenas, é um ultraje ao direito à vida, direito comum a todos, desde a sua concepção.

Porém, tal análise pode ser feita sem que seja deslegitimado todo um povo, pois sabe-se que a cultura de um povo indígena vai além de práticas, mas do modo que estes povos se entendem como seres humanos individuais e coletivos, de modo que para eles a deficiência seria um mal a toda àquela comunidade, apesar de ser inegável o dever de proteção à vida, independente do motivo que fundamente a defesa em contrário.

Para tal, a defesa da vida, através de um diálogo intercultural pode funcionar como via de solução para a proteção de bens fundamentais, pois, conforme Alves e Boas (2010), em casos por eles apontados, muitos indígenas que antes acreditavam que o fato de uma criança nascer deficiente era uma maldição, ao tomarem conhecimento de que havia possibilidade de tratamento médico a fim de dar solução

para melhor qualidade de vida daquela criança, muitos passaram a aceitar tais tratamentos e optaram por lutar pela vida dos filhos, ainda que fossem objeto de críticas por seu povo.

Alves e Boas (2010), lembram que o diálogo intercultural é proposto por Boaventura de Souza Santos (2003), como modo de solucionar “preocupações isomórficas”, tendo em vista que todas as culturas possuem preocupações e valores que se convergem entre si, ainda que tratados por expressões distintas.

E, é exatamente no ponto em que um direito fundamental colide a outro que deve haver essa conciliação, de modo que se intervenha sob a forma com que um direito afeta o outro sem que para tal seja o outro invalidado, além do que, o direito à cultura necessita, como todos os outros direitos fundamentais, da efetividade do direito à vida para sua máxima efetividade.

O infanticídio não pode ser tolerado e entendido como meio de conservação da cultura de um povo justamente por violar outro direito fundamental, e nestes casos em que a comunidade indígena não entende aquele ato como um ilícito é que o Estado deverá levar em consideração as condições de indígena de um possível infrator para o julgamento do caso e aplicação de pena.

3. O DIREITO À DIFERENÇA E O DIREITO PENAL.

Neste capítulo, último ponto de análise deste trabalho, serão analisados não somente o direito consuetudinário e positivo, mas também e principalmente, os reflexos da atuação estatal sem a observância das peculiaridades do fator cultural no julgamento de ilícitos penais cometidos por indígenas, bem como os reflexos do encarceramento de indígenas no sistema prisional tradicional em sua cultura e tradição.

Adiante, será analisado a possibilidade e o direito de os indígenas serem julgados por seus pares quando do cometimento de ilícitos penais contra outros indígenas, o chamado “foro judicial indígena” e análise dos Casos Denilson Trindade, que merecem destaque no judiciário roraimense pela manutenção da pena aplicada pela comunidade indígena e a hipótese do *ne bis in idem*, trazida no julgamento do caso perante o TJRR, na apelação criminal nº. 0090.10.000302-0 de 2016, e também do caso Basílio, que tratava-se da ação penal nº 92.0001334-1, de competência do Júri Federal, cujo teve como fim a absolvição do acusado indígena pelo conselho de sentença por entender que a pena aplicada pela comunidade indígena era suficiente para reprimenda do ilícito penal.

3.1. A regulação do foro judicial indígena no neoconstitucionalismo latino-americano.

No Brasil, sabemos que a Constituição Federal enumerou garantias e princípios fundamentais, dentre os quais estão contidos os direitos indígenas, o direito à cultura, o direito à vida, dentre outros direitos, cuja proteção e garantia de sua máxima efetividade cabe ao Estado, por meio de seus poderes e, possível dizer, também responsabilidade de todos.

No tocante aos direitos indígenas, estes são direitos que englobam desde o direito de manutenção de seus usos e costumes, tradições, crenças, até os direitos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, conforme disposição do art. 231 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

No decorrer deste trabalho foi debatido o fato de que existe legislação que dá permissão para que aos povos indígenas seja garantido seu direito de manutenção

de suas tradições, instituições e sistemas jurídicos quando houver e quando compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Foi citado também os exemplos de alguns Estados que por meio do que foi chamado de novo constitucionalismo latino-americano reconheceram essa autonomia dos povos indígenas de terem competência para julgar seus ilícitos penais por meio de seu direito consuetudinário, a exemplo, da Constituição boliviana (2008).

A Constituição Federal de 1988 se enquadra como uma das primeiras Constituições do movimento neoconstitucionalista da América Latina, e, este movimento neoconstitucionalista se deu de certo modo como uma reação ao totalitarismo do início do século XX, acrescentando uma série de princípios e valores, tendo como exemplo a dignidade da pessoa humana e a noção de direitos fundamentais (FERREIRA, 2017).

A Constituição brasileira não carrega traços do neoconstitucionalismo latino-americano tão marcantes quanto as demais Constituições, sendo algumas destas características os ideais de superação do Estado burguês e liberal-individualista (*idem*, 2017).

Segundo Nascimento (2013), o neoconstitucionalismo vai de encontro ao processo de internacionalização dos direitos humanos, o qual gerou a busca massiva por demandas sociais, e como consequência a necessidade de os Estados Constitucionais buscarem a garantia de sua estabilidade institucional através da inclusão dos interesses de grupos e comunidades que antes estavam à margem dessa proteção social, reconhecendo suas identidades.

Dentro desse cenário, de luta por parte das populações indígenas na América Latina, é que surgiram os ideais de constitucionalização de direitos e liberdades fundamentais, e, a partir dos anos 90 um novo constitucionalismo latino-americano surgiria, baseado numa fundamentação de se declararem Estados plurinacionais (NASCIMENTO, 2013).

A Constituição boliviana de 2008 reconhece o Estado Plurinacional, eis que se articula com conceito da interculturalidade, prevendo por meio da plurinacionalidade a diversidade de nações dentro de um Estado unitário, ampliando os direitos coletivos dos povos indígenas para além dos que já eram previstos pelas normas daquele Estado e das normas internacionais (HUERTAS, 2017).

Segundo Huertas (2017) a Constituição boliviana de 2008 também buscou aprofundar-se no reconhecimento das autonomias e da jurisdição dos povos indígenas, reconhecendo um pluralismo político, econômico, jurídico, cultural, epistêmico e linguístico, partindo de uma premissa crítica aos ideais coloniais, promovendo um diálogo intercultural.

Estes Estados Plurinacionais teriam o condão de destinar uma valorização aos povos originários, das nacionalidades indígenas, reconhecendo sua livre determinação e reconhecendo-as como nações competentes para autogovernar-se, de modo que haveria não somente um diálogo intercultural simples, mas o consentimento de convivência de várias culturas em conversação para buscar um consenso (OLIVEIRA, 2015).

Oliveira (2015) cita, por exemplo, que a Constituição do Equador confere às autoridades das comunidades indígenas uma função jurisdicional, com base em suas tradições ancestrais e seu direito, exercendo-a dentro de seu território, e, a Constituição boliviana afirma que as nações e povos indígenas possuem e podem exercer função jurisdicional, de acordo com seus princípios e procedimentos próprios; Além disso, ambas as citadas constituições determinam que estas jurisdições indígenas possuem como limite os direitos constitucionalmente previstos, estando passíveis de controle de constitucionalidade.

Embora possam ser apontados avanços no chamado novo constitucionalismo latino-americano, Oliveira (2015, p. 91) aponta para a necessidade de ser questionado se o fenômeno é decorrente de um ideal meramente político ou se trata propriamente de um evento constitucional. Isto pelo fato de que as Constituições da Venezuela, Equador e Bolívia, segundo o autor, “(...) são frutos de uma movimentação política que alcançou os governos e que ensejou o despontar de figuras carismáticas de alta envergadura (...)”, e, seria necessário aguardar se esse processo constitucional desses países dependeria da atuação de seus líderes para se manterem ou se a queda destes líderes comprometeria negativamente os projetos dessas constituições.

É certo dizer que a Constituição Federal de 1988 não deixou de prever e proteger direitos aos indígenas ou de reconhecer a pluralidade de direitos, isto porque ela o faz. Talvez não da mesma forma como as constituições do Equador e Bolívia, que expressamente outorgam uma função jurisdicional às comunidades indígenas,

mas reconhece sim o direito de os povos indígenas terem reconhecidas suas organizações sociais, usos, e costumes.

Nascimento (2013, p. 12), diz que a constitucionalização da diversidade étnica, quando se dá pelo reconhecimento de sua organização cultural, de seus costumes e tradições, bem como seus direitos territoriais, “(...), não é desprovida de normatividade, e funciona como parâmetro para a efetividade jurídica, na dimensão da realidade”.

O problema estaria na escassez estrutural organizativa do Estado brasileiro, que mesmo após a normativa constitucional de garantia e reconhecimento da diversidade étnica e cultural, não houve, embora necessária, alteração institucional capaz de atender as demandas de uma interação étnica, e, como consequência a promoção e proteção dos direitos indígenas, mercedores de políticas específicas, acabam sendo ainda hoje realizadas por meio de medidas de inclusão com caráter integracionista, que acabam indo ao objetivo contrário de garantir sua autonomia e direito à diferença (*idem*, 2013).

Reconhecer os direitos indígenas, autorizando que estes povos exerçam uma “função judicial” não significaria dizer que aos povos indígenas quando possuidores de instituições próprias, costumes e tradições de solucionar conflitos baseados nos direitos consuetudinários estariam desvinculados da ordem jurídica pátria, assim como, ao garantir aos indígenas os direitos originários sobre as terras que ocupam, a Constituição não lhes deu autonomia de se tornarem território político ou que uma etnia ou comunidade indígena seja constituída como uma unidade federativa, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Pet 3388¹³, de relatoria do Ministro Carlos Britto.

Porém, há críticas sobre a medida com a qual a aplicação e efetividade dos direitos fundamentais dos indígenas merecem ser levadas em consideração, como por exemplo, o fato de serem reconhecidas as expressões culturais, costumes e tradições não poderá estar alheio a um entendimento a respeito do que na realidade seria um direito fundamental à diversidade étnica, ou, o direito à cultura. E, é aí que nasce o problema de o Estatuto do Índio classificar os indígenas pelo seu grau de integração e que ainda os aplicadores do direito se utilizem de tal fundamentação, eis

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 3388. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 01 jul. 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 01 dez. 2021.

que o direito fundamental vincula os poderes públicos, e portanto, o legislador está impedido de editar normas que possam ferir os direitos fundamentais que foram outorgados pela Constituição Federal (NASCIMENTO, 2013).

Como será visto, no caso Denilson, que será abordado no tópico seguinte, foi com base no reconhecimento e permissão por parte da Constituição e da normativa internacional reconhecida pelo Brasil que se entendeu pertinente o reconhecimento do julgamento da comunidade indígena do *Manoá/Pium* e o modo como os indígenas solucionaram o conflito deu causa a impossibilidade de o Estado impor nova sanção penal ao acusado sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Entendemos que a Constituição Federal de 1988 cumpre seu papel protecionista de garantir os direitos indígenas, dependendo porém, que aconteça uma adaptação do judiciário para atender as demandas indígenas, ainda pelo fato de que o atual Estatuto do Índio se encontra defasado, e não há legislação pátria que trate do direito indígena, fora as normas e tratados de direitos humanos.

3.2. A aplicação de pena pela comunidade indígena como impedimento a nova punição pelo estado-juiz.

No dia 20 de junho 2009 houve a prática de um ilícito penal que alguns anos a frente marcaria a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Roraima e seria um marco na defesa dos direitos indígenas, dada as características do caso e o “consentimento” dado pelo Judiciário ao que, em primeiro grau, foi chamado de *Duplo jus puniendi* e, em segundo grau, apesar de mantida a sentença, afastou-se a tese do *Duplo jus puniendi* dispondo que ali se tratava da hipótese do *ne bis in idem*.

Tratava-se do julgamento da Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, cujo apelante era Ministério Público do Estado de Roraima e o apelado, indígena, membro da comunidade Manoá/Pium, localizado na região do município de Bonfim/RR, região da Serra da Lua, Denilson Trindade Douglas (TJRR, 2015).

Conforme voto do Desembargador Relator, Mauro Campello, o acusado teria desferido facadas na vítima, também indígena, Alanderson, após ingerir bebida alcoólica, o que ocasionou a morte da vítima.

Após o fato, no dia 26 de junho de 2009, os Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá/Pium reuniram-se a fim de decidirem sobre a

punição que a comunidade iria impor ao acusado, e, após a oitiva do acusado, de seus pais e outros membros da comunidade, impuseram ao acusado sanções que, segundo as palavras do próprio Relator, “(...), vê-se que as penas alternativas impostas pela comunidade ao apelado não têm nada de medievais, mas, ao contrário, em muito se parecem com penas restritivas de direitos, (...)” (TJRR, 2015).

A decisão do juízo de primeiro grau, no presente caso, com base no art. 57 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) e do art. 231 da CRFB/1988, entendeu que o poder judiciário não poderia aplicar o código penal quando um indígena já houvesse sido responsabilizado por sua própria comunidade, e, que a punição estivesse de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro (LOPES; UCHOA, 2018).

Sobre o caso de julgamento do fato por parte de um conselho de membros da comunidade Manoá/Pium e demais Tuxauas, Aluizio Ferreira Vieira (2016), que foi o juiz do caso em primeiro grau e que também tem descendência indígena, cita em sua dissertação de mestrado que nos povos indígenas do Estado de Roraima, o papel de resolução de conflitos internos, inclusive os de cunho criminal, é competência dos Tuxauas.

No entanto, o autor cita que por vezes, quando os casos chegam ao conhecimento do Judiciário, desrespeitam-se as decisões da comunidade, e o Estado parte para novo julgamento do fato, que, em sua opinião, deixa claro que mesmo que a CRFB/1988 tenha ditado o respeito à diversidade cultural e a pluriétnicidade do Estado brasileiro, esta deixou de criar instrumentos para que tal discurso fosse levado às comunidades indígenas (VIEIRA, 2016).

Sobre o caso Denilson, Vieira (2016) aponta para fato de que ao tomar conhecimento do caso e do fato de que o ato ilícito já teria sido julgado pela comunidade e que inclusive o acusado já estava cumprindo a pena a ele imposta, entendeu por bem que,

“Tal circunstância fez-me alçar questão de ordem por meio de prolação de sentença, aduzindo que o fato já havia sido julgado pela autoridade competente, qual seja, a comunidade indígena e, ainda, que o Estado não detinha o direito de punir *in casu*, podendo tão somente agir subsidiariamente nos casos de omissão de julgamento por parte da comunidade indígena” (VIEIRA, 2016, p. 29).

Na decisão de primeiro grau houve o entendimento de que ali estava presente o caso de um *Duplo jus puniendi*, que segundo o autor acima referenciado, se distingue do *non bis in idem* entendido pelo TJRR, pois havia distinção do *non bis in*

idem, destacando que havia dois entes detentores do direito de punir, eis que, tendo em vista que a comunidade indígena já havia exercido seu direito, o Estado estaria impedido de fazê-lo (*idem*, 2016).

Importante destacar que as penas impostas pela comunidade indígena ao acusado não encontram previsão no Código Penal brasileiro, tampouco fora a legislação penal utilizada pela comunidade indígena. Houve sim, a possibilidade do contraditório, vez que o acusado foi ouvido e teve oportunidade de se defender, não houve a pena de banimento da comunidade, que seria o mais grave dentre as etnias do Estado de Roraima, e sem qualquer afronta ao art. 57 do Estatuto do Índio, tendo em vista que não houve a aplicação de penas revestidas de crueldade ou infamantes.

As lideranças indígenas reuniram-se novamente no dia 06 de abril de 2015 e, além das penas iniciais de não se ausentar da comunidade Manoá/Pium sem autorização dos Tuxauas e o dever de construir uma casa para a esposa da vítima, decidiram por imposição de novas sanções, que constam das folhas 185/187 da Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, e foram as seguintes:

- a) O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região do Wai Wai por mais 5 (cinco) anos com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
- b) Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a Convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
- c) Participar de trabalho comunitário;
- d) Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;
- e) Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com o tuxaua;
- f) Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
- g) Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
- h) Aprender a cultura e a língua Wai Wai;
- i) Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar (sic) outra decisão". (TJRR, 2015, p. 224).

A discussão de posição entre o juízo de primeiro grau quanto ao “duplo *jus puniendi*” e o Tribunal de Justiça de Roraima quanto ao “*ne bis in idem*”, traz a diversidade de entendimentos, que embora salutares, declaram ambiguidade no que entendeu a justiça de Roraima sobre a possibilidade de julgamento de ilícitos penais por parte da comunidade indígena.

Isto porque, apesar de que tanto o juízo *a quo*, quanto o juízo de segundo grau terem reconhecido a validade do julgamento do fato pela comunidade indígena, ambas as teses possuem divergência prática no que fora defendido pelo primeiro e segundo grau de jurisdição.

Ao falar sobre o duplo *jus puniendi*, Vieira (2016), aponta para o reconhecimento de um “foro judicial indígena”, destacando que nos casos em que o ilícito fora praticado em âmbito da comunidade indígena, por indígena e contra indígena, o poder de punir estatal é subsidiário, eis que a competência para julgar o fato é da comunidade indígena.

Quanto ao *ne bis in idem* o TJRR afastou a tese do duplo *jus puniendi*, indicando a não existência de uma jurisdição indígena, mas apenas que, pelo fato já ter sido julgado e que a pena já estava sendo cumprida, não poderia ter dupla punição, sob pena de infringirem garantia processual penal do indivíduo, qual seja, o princípio do *ne bis in idem*.

O princípio do *ne bis in idem* não encontra previsão expressa na legislação nacional, tendo sua fundamentação em maior parte na doutrina, é possível que se encontre referências a ele na Convenção Americana sobre direitos Humanos, nos arts. 8º, parágrafo 4, e art. 9º, e ainda, repercute na aplicação da lei penal brasileira, residindo seu fundamento na necessidade de segurança jurídica, tendo como norte o caráter repressivo do Direito Penal, proibisse que a uma mesma conduta seja o indivíduo duplamente punido (JAPIASSU, 2003-2004).

Para Lopes e Uchoa (2018), apesar de não haver previsão expressa do princípio do *ne bis in idem*, este pode ser considerado uma garantia constitucional tendo em vista que o §2º do art. 5º da CRFB/1988 prevê que os direitos e garantias fundamentais encontram-se na Constituição Federal, derivando dos princípios pela Constituição previstos, além de serem também os que estão previstos em tratados internacionais de direitos humanos ao qual o Brasil faz parte.

No caso Denilson, o Ministério Público recorreu da decisão por entender que a decisão do juízo de primeiro grau havia violado os princípios constitucionais do monopólio da ação penal pública e da inafastabilidade da jurisdição, o que para a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria de justiça a decisão merecia ser mantida pelo fato de reconhecer e valorizar os direitos dos indígenas previstos no art. 231 da Constituição Brasileira, o qual tanto é abordado no presente trabalho (LOPES; UCHOA, 2018).

O voto do Relator na Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, sobre o fato de que não caberia o entendimento do Duplo *Jus Puniendi* disse apenas que ao caso deveria ser entendido como a hipótese do *ne bis in idem* pelo fato de que entendê-lo

como no primeiro momento poderia acarretar um debate a respeito de um conflito de jurisdições e que terminaria por não responderia corretamente ao argumento da acusação de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (TJRR, 2015).

Acreditamos ser mais correto o entendimento do juízo de segundo piso, pois caso realmente o debate ocorresse acerca de possível Duplo *Jus Puniendi* estaria a decisão criando o entendimento de que ao sistema judicial dos povos indígenas estaria presente uma jurisdição diversa, um ordenamento jurídico a parte e que ali o papel de o Estado proteger os direitos fundamentais restaria prejudicado e impedido o Estado de agir.

Por outro lado, o art. 231 da Constituição Federal ao reconhecer aos povos indígenas sua organização, costumes e tradições, bem como, por reconhecer como legislação os tratados de direitos humanos com caráter *supralegal*, e que estes, em conjunto com o art. 57 do Estatuto do Índio reconhecem a possibilidade de julgamento de ilícitos penais pelas comunidades indígenas quando em acordo com as normas internacionais de direitos humanos e com o ordenamento jurídico brasileiro, deu permissão para que este sistema judicial do indígena exista, porém, a jurisdição continua pertencente ao Estado.

O Estado reconhece a possibilidade, afasta a possibilidade de imposição de penas não condizentes com o ordenamento jurídico pátrio e as normas internacionais de direitos humanos, dando legitimidade aos povos indígenas para manterem seus usos e costumes, e portanto, é o próprio Estado que proíbe que a um fato julgado e punido pela comunidade indígena seja dado novo julgamento.

Sobre essa legitimidade, Torres (2015) diz que a Constituição de diversos países sul-americanos já dá expressa legitimidade e reconhecimento para essa jurisdição indígena, a exemplo do Equador, Colômbia e Bolívia, e, o autor também aponta para o fato de que no Peru os limites para a validade de um direito penal indígena seriam os direitos fundamentais da pessoa humana.

No caso, estaríamos diante de uma jurisdição, não a concepção de jurisdição adotada pelo Estado, mas decorrente desta, pois esse sistema jurídico indígena baseado em seus costumes e tradições estão vinculados ao Estado pelo fato de ser necessário que haja respeito aos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e que o Estado o garanta pelo fato, já analisado anteriormente, de que aos direitos fundamentais deve ser dada máxima efetividade.

Para entender o direito penal indígena, há necessidade de buscar entender a finalidade de sua aplicação, pois sua a flexibilidade de que o Estado permita sua aplicação não implica ofensa ao princípio da segurança jurídica e tampouco ao princípio da culpabilidade, eis que nos casos dessas minorias, a finalidade da pena é atingida de modo diverso (TORRES, 2015).

Suas peculiaridades seriam decorrentes de dois pontos que somente aos indígenas é pertencente e se difere da tipicidade que tem por base a legislação positivada, sendo o primeiro ponto o fato de ser o direito consuetudinário baseado nos costumes e repassados por via oral, e, não ofenderia a segurança jurídica pelo fato de que as normas de proibição possuem facilidade de assimilação pelo grupo, cuja confirmação se dá ao longo do tempo, o que as legitima por meio de sua democracia;

Segundo ponto, quanto ao princípio da culpabilidade, torna necessário que essa culpabilidade se vincule ao coletivo, pois em sua maioria o fato recai sobre a comunidade ou povo, tendo em vista que o modo de vida dos povos indígenas busca sempre o interesse coletivo que se sobressai ao individual, e, quando da aplicação de pena a um infrator, tem como objetivo restaurar a paz social por meio de pena que atinge não somente o infrator, mas também a comunidade que pertence (TORRES, 2015).

Esse exemplo pode ser visto também na pena aplicada pela comunidade indígena do Manoá/Pium ao índio Denilson, que, em um primeiro momento resta clara a vontade daquele povo em proteger a vida e em penalizar o indivíduo que atentou contra a vida de *outrem*, e segundo por que dentre as penas a ele impostas, estavam as de construir uma casa para a esposa da vítima, mudar para outra comunidade a fim de aprender o idioma e cultura daquele povo, trabalhar na terra e ajudar na comunidade que cumpriria a pena, o que nos leva a crer que a visualização do cárcere não existe pois ele seria uma mão de obra a menos a contribuir para sua comunidade.

Lopes e Uchoa (2018) reiteram essa afirmação, de modo que destacam que a decisão do TJRR serve como demonstração da percepção de justiça da cultura indígena, ao entender que para aquele povo, a pena imposta ao infrator deveria trazer benefícios à comunidade e à vítima, ainda que desta forma ele devesse pagar pelos seus atos e, caso a punição estatal fosse estabelecida, esta poderia não ser considerada justa por aquele povo, tendo em vista que o infrator continuaria em dívida para com seu povo.

Aos defensores da justiça indígena, cumpre destacar que a necessidade de instalação de uma justiça indígena cabe ao fato de que esta é um meio de compensação a deficiente prestação do sistema formal de justiça do Estado, pelo fato de que este não consegue estar presente em todas as áreas da sociedade plural, que segundo Cardoso e Conci (2019), tem sua razão, ou pela distância geográfica ou pela exclusão do diverso.

Noutro ponto, em referência a justiça indígena do povo *waiwai*, os autores acima citados aduzem que o funcionamento da justiça desse povo se dá pela reunião de seus líderes, antes ou após reuniões públicas para discutir problemas de sua comunidade ou convocar famílias para resolução de seus conflitos, e, quanto a justiça indígena em geral, aduzem que,

“Segundo seus próprios princípios e práticas, a justiça indígena visa restaurar e reconciliar, mais do que punir, o que pode implicar, e.g., a realização de rituais como a *wajta* (oferenda à *Pacha Mama*), ou cavar a cova e enterrar o corpo da vítima. Portanto, na justiça indígena, a restauração ou a reconciliação podem atingir dimensões para além da própria comunidade, em sentido estrito, extrapolando dimensões terrenas da realidade, podendo incluir a própria *Pacha Mama* ou, se preferir, uma dimensão sobrenatural” (CARDOSO; CONCI, 2019, p. 563).

Em um contexto geral é certa a dificuldade do Estado em administrar a possibilidade de se ter um ilícito penal julgado fora do aparato de controle estatal, e por isso, entendemos que não há necessidade de enxergar este sistema jurídico do indígena como alheio ao Poder do Estado, mas tão somente como um sistema merecedor de tutela estatal e por assim o ser, a presença do Estado servirá para lhe dar garantia.

Moreira et al. (2020) aduzem que, há claro descompasso entre a atuação do Estado brasileiro e os seus próprios direitos e garantias fundamentais aplicáveis aos índios quando em matéria penal, tendo em vista que reconhece a pluriétnicidade e garante a aplicação de tratamento diferenciado, porém, na prática se tem afirmado a supremacia do direito penal do Estado.

Talvez por isso é que o “caso Denilson” seja tão importante, tendo em vista a inovação jurisprudencial, quando o próprio Estado reconhece o julgamento da comunidade indígena e afasta o direito de punir do Estado em clara observância a normativa Constitucional e as normas de tratados internacionais de direito humanos.

Essa dualidade de cenários em que o Direito transpassa em sua função é que deve ser fundamento para que se busque uma integração, de modo que o

reconhecimento a um pluralismo jurídico não significa a renúncia ao direito do Estado, mas que seja buscado como meio de integrar duas realidades socioculturais opostas, deixando claro a observância de que existem diferentes meios para resolução de conflitos (HOGEMANN, 2018).

Segundo Holliday (2015), a jurisdição sendo monopólio estatal, destina ao Estado o poder de aplicação do direito para resolução de conflitos humanos, e, que em regra se dá por meio do Poder Judiciário, sem que haja distinção na aplicação da jurisdição, “por mais diversa que seja a cultura e os costumes de seus jurisdicionados”, é sempre aplicada uniformemente dentro de uma sociedade, ainda que multicultural, respeitando-se a delimitação de território.

Hogemann (2018) ressalta que, quando se utiliza o termo “jurisdição indígena” este não deve ser entendido como a Jurisdição que significa a manifestação do poder do Estado, mas sim que esta é resultado do reconhecimento por parte do Estado de que o pluralismo jurídico decorre das várias expressões de direitos consuetudinários que se manifestam na tradição e costumes de comunidade indígenas.

No Brasil, como já fora exaustivamente citado, o art. 57 do Estatuto do Índio vem dar essa permissão, desde que sejam “toleradas” a aplicação de sanções penais pelas comunidades indígenas, desde respeitados os direitos humanos e o ordenamento jurídico pátrio.

Além do que, quando os fundamentos e princípios da CRFB/1988 são associados ao Estatuto do Índio e a Convenção nº 169 da OIT, nasce, ainda que de forma embrionária, uma jurisdição indígena, “cuja amplitude ou alcance deverá ser balizado pela construção criativa dos juízes e Tribunais, tendo em conta os limites ali previstos” (HOLLIDAY, 2015, p. 10).

Diante de tal entendimento, Holliday (2015) ressalta que a aplicação desses dispositivos internacionais que tratam de uma manutenção de sistemas jurídicos de povos indígenas deve significar e, por que não, justificar uma mudança estrutural no Estado brasileiro, e, que o fato de ser garantido aos indivíduos a sua auto definição de acordo com sua consciência, essa mudança tenderia por romper com a maneira tradicional de se pensar o direito, tornando mais amplo o modo como são vistas as práticas jurídicas.

O fato de que seja reconhecido, pelos tratados e convenções internacionais que o Brasil faz parte, aos índios o direito de serem julgados conforme seus costumes,

por meio de suas práticas de solução de conflito, seria apenas consequência de que agora o Estado reconhece essa jurisdição indígena, vez que esta já existia antes mesmo da criação do Estado, de modo que é clara necessidade de manutenção dos sistemas e instituições das comunidades indígenas, “bastando para isso enfrentar as dificuldades técnicas e políticas de sua experimentação, tendo em conta a sua alta complexidade” (HOLLIDAY, 2015, p. 12).

3.3. Os fatores entre a absolvição e o encarceramento do indígena.

A consequência do julgamento de um indígena sem a observância de suas peculiaridades pode ser devastadora quando o resultado alcançado possa ser a desculturação, o julgamento com olhos alheios ao “outro” como já visto no primeiro capítulo, pode ser traiçoeiro para com a realidade do indígena.

A importância de notar a sua cultura é clara, e a tutela de seus direitos é exigida pelos diversos diplomas legais já citados, inclusive pelo próprio, apesar de defasado, Estatuto do Índio, que, no art. 56, *caput* e parágrafo único, apesar de constar a velha ideia de medição da culpabilidade pelo grau de integração, atentam para a necessidade de ser atenuada a pena quando da imposição de sanção penal ao indígena e da adoção de um regime de semiliberdade (BRASIL, 1973).

Desvinculando-se do arcaico pensamento do Estatuto do Índio, a Convenção nº 169 da OIT, cita no art. 10, parágrafos 1 e 2 que quando sanções penais forem impostas pela legislação geral deverão ser levados em consideração sua condição social, econômica e cultural, além de que deve ser dada preferência a outro tipo de punição que não o encarceramento (OIT, 1989).

A inserção do indígena no sistema carcerário pode ser um problema na tutela de seus direitos fundamentais e o ideal de ressocialização buscado pelo direito penal pode não ser alcançado como fora objetivado pelo direito penal tradicional, uma vez que, como já demonstrado anteriormente, a ideia de pena que é tida por parte dos povos indígenas se diverge do senso comum, uma vez que para eles o sentido da pena é que além de punir o infrator, seja a comunidade indígena beneficiada.

Baines (2015), em pesquisa realizada sobre o encarceramento de indígenas no sistema carcerário do Estado de Roraima, aponta para o problema de que a forma como acontece o processo de criminalização de indígenas presos, desde o inquérito

policial, reforça a negação quanto aos padrões étnicos, decorrente do que pressupõe o senso comum de que todos devem ser tratados como iguais perante a lei, sendo este discurso predominante entre os operadores de direito, desde policiais até defensores públicos.

O autor acima ainda indica que, dentro do sistema carcerário de Roraima é normal que os próprios indígenas se identifiquem com o discurso dos agentes policiais, “(...) negando sua identidade indígena, e uma grande parte não tem acessos às informações quanto aos seus direitos de receber um tratamento diferenciado e outros tipos de punição que o encarceramento.” (BAINES, 2015, p. 147).

Inobstante a isto, vale dizer que há além do Caso Denilson, quando o próprio judiciário afastou sua competência para julgar o ilícito penal eis que o fato já havia sido julgado pela comunidade indígena, outro caso emblemático sobre a adoção e reconhecimento de um sistema jurídico indígena merece ser analisado.

Trata-se do caso que ficou conhecido como “Caso Basílio”, cujo fato se refere a um crime de homicídio praticado pelo indígena Basílio Alves Salomão, contra o também indígena Valdenísio da Silva, ambos da etnia *makuxi*, localizada na comunidade indígena *Maturuca*, há época no Território Federal de Roraima.

Conforme cita Holliday (2015), os envolvidos se desentenderam após terem ingerido uma bebida típica de forte teor alcoólico chamada *pujaru*, e, segundo as testemunhas do caso, Basílio acabou desferindo golpe de faca contra Valdenísio cujo resultado foi a morte da vítima.

O processo-crime de nº 92.0001334-1, de competência do júri, correu na 2ª vara Federal de Roraima, tendo o fato ocorrido no ano de 1986 e a sessão do júri federal ocorreu somente quatorze anos após o fato, no ano 2000. Porém, conforme narra Barreto (2003), “à primeira vista poderia parecer um caso estúpido de morosidade judiciária, mas a referência é necessária no contexto”.

Isto porque, após ter cometido o crime, o acusado foi “preso” e julgado pela sua comunidade, que segundo o próprio acusado, ao ser interrogado em plenário, quando um índio *Macuxi* comete um crime o costume é que ele seja julgado pelos seus companheiros *Tuxauas*, e assim aconteceu. Entre as penas impostas pela comunidade indígena estavam as de cavar a cova e enterrar o corpo da vítima e o banimento de sua comunidade e família pelo tempo que a comunidade achasse

conveniente. Quando da data da sessão do júri o índio Basílio já estava a quatorze anos sem retornar ao convívio de sua comunidade. (BARRETO, 2003).

Foi solicitado pelo Ministério Público Federal que fosse produzida prova pericial antropológica, a fim de que fosse possível fixar a identidade étnica dos envolvidos, o grau de aculturação e a possibilidade de que tais fatores pudessem influenciar na aplicação da jurisdição estatal em observância a justiça indígena, desde a possível absolvição, até a redução de pena do acusado (HOLLIDAY, 2015).

O laudo antropológico, que consta das fls. 130 dos autos da ação penal nº 92.0001334-1, trouxe a informação de que a tradição do povo *Macuxi* entendia que a vingança era admitida como forma de reprimir crimes graves, porém, o *Tuxaua* líder daquela comunidade providenciou a formação de um conselho, cujos membros eram os mais velhos, e, por meio da experiência destes quanto a tradição foi que se chegou ao consenso de imposição das penas impostas ao acusado (*idem*, 2015).

Barreto (2003) aponta para o fato de que o membro do Ministério Público, o procurador da República Felipe Bretanha Souza, durante a fase de debates, requereu a absolvição do acusado por entender que o fato já havia sido punido pela comunidade indígena, e assim, era descabida a imposição de nova pena.

Holliday (2015) completa por citar que o juiz do caso acrescentou à quesitação básica sobre a autoria e materialidade do tipo penal um quesito que tinha relação direta com a penalidade já aplicada pela comunidade indígena, questionando se o fato de o acusado já ter sido julgado pela sua comunidade segundo seus costumes era fator suficiente para isentá-lo de pena.

Completando o entendimento exposto acima, Barreto, cita que,

“Aos sete jurados, dentre os quais estava o índio Narciso Jerônimo Raposo, foi submetido o seguinte quesito: ‘3º Quesito: O fato de o acusado ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua Comunidade Indígena é suficiente para isentá-lo de pena neste julgamento?’ Por sete votos, isto é, à unanimidade, os jurados responderam ‘sim’, reconheceram uma ‘causa supralegal de exclusão da culpabilidade’, e o acusado absolvido. Não houve recurso de ambas as partes, e a sentença transitou em julgado.”. (BARRETO, 2003, p. 120).

Pode ser dito que o resultado do julgamento, naquele momento, se deu pela conjugação de fatores, quais sejam, a competência do Tribunal do Júri e a soberania de veredictos, a não interferência de um juiz na votação dos quesitos, o entendimento do Ministério Público Federal de que era possível levar em consideração a sanção

imposta pela comunidade indígena e o fato de que no júri é possível que o acusado seja absolvido sem que haja necessidade de motivação (HOLLIDAY, 2015).

Se comparado o caso Basílio ao Caso Denilson, em uma linha temporal, inclusive de evolução de entendimento, restaria clara a necessidade de ser o caso Basílio citado neste trabalho antes do Caso Denilson, tendo em vista que o primeiro caso se deu pelo reconhecimento por parte do próprio judiciário de um sistema judicial indígena, em que fora o entendimento de estar o Estado impedido de impor nova sanção penal sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*, enquanto que no caso Basílio, o conselho de sentença que, sem que houvesse necessidade de motivação, entendeu pela absolvição do acusado.

O caso Basílio se adequa então à ideia de que, apesar de não servir como modo de exemplificar o funcionamento de um sistema judicial indígena, este caso tem o condão de reafirmar “(...), as proposições constitucionais de se construir uma sociedade pluricultural, (...)”. (HOLLIDAY, 2015, p. 18).

3.3.1. O problema da inserção do indígena no cárcere quando o fator cultural é ignorado.

Quando o fator cultural é ignorado, acontece o problema apontado por Baines (2015) de que a inserção do indígena no cárcere e convívio comum aos demais presos acaba sendo válvula para a exclusão, desrespeito aos direitos humanos e prejuízo aos próprios indígenas quando saem do cárcere, cujo encontram dificuldade para sua reinserção na vida comunitária.

Dizer que o fator cultural é ignorado, significa dizer que o indígena é tido como invisível quando da sua inserção no cárcere, isso devido ao fato de que existe uma descaracterização étnica dos indivíduos indígenas, provocada pela imprecisão de dados oficiais e estatísticas do quantitativo de indígenas presos, sem que seja a eles levado em consideração a sua condição (DORNELLES, 2016).

A condição que se fala não é e nem deve continuar a ser a medição do grau de integração, ou o nível de sua culpabilidade, mas que como ser diverso, deve ser olhado com lentes outras que não as mesmas do povo em geral, sob pena de violação dos direitos desses povos, e inclusive, violação do dever estatal de tutela dos direitos fundamentais.

Segundo Baines (2015), ainda que o censo nacional de 1991 tenha inserido a categoria indígena como diversa da categoria de pardos, o sistema carcerário no Estado de Roraima, trazendo em sua história forte onda de preconceito, que acaba sendo internalizada pelos indígenas, possui como característica a inserção de dados dos indígenas como se pardos fossem, escondendo a presença dessas pessoas; O autor ainda cita o fato de que, a categoria pardo não é comumente usada no Estado de Roraima fora do contexto trazido pelo Censo do IBGE e por isso, os dados quantitativos de pardos inseridos no sistema prisional roraimense poderia explicar parcialmente a baixa estimativa da população indígena no cárcere.

Quando um indígena é colocado no cárcere ele se depara com um mundo ainda mais diverso do que ele já conhece, ignorando sua diferença cultural, colocando-o dentro de um sistema punitivo que não o reconhece, comprometendo assim o cumprimento da pena e o objetivo com o qual o direito penal almeja alcançar na reinserção do índio à sociedade (DORNELLES, 2016).

Dornelles (2016) cita que houve uma tentativa por parte da Pastoral Carcerária e do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) de buscar a obtenção de maiores dados sobre indígenas no sistema prisional, objetivando maior controle e dados da população carcerária, e, que o resultado foi que restou evidente a ausência de informações oficiais sobre esta população, por meio do banco de dados Infopen, vinculado ao Ministério da Justiça do Governo Federal.

Segundo o autor, quando da inserção dos dados dos indígenas, os funcionários dos presídios acabam levando em consideração apenas a cor da pele, de forma que não se torna possível a obtenção de dados específicos, e, os Estados brasileiros apresentam registros frágeis e maneiras de registro próprias, o que prejudica a análise de dados oficiais (*ib*, 2016).

No Estado de Roraima, por exemplo, uma tabela divulgada pelo infopen em dezembro de 2011 trouxe os dados de que havia um total de 1.710 presos, sendo 225 classificados com a cor de pele branca, 337 de cor de pele negra, e 1.051 presos de cor parda, enquanto apenas 55 foram identificados como indígenas, revelando uma desproporção na quantidade de presos identificados com a cor parda, certamente inclui um número indeterminado de indígenas (BAINES, 2015).

Já no levantamento Nacional de Informações Penitenciárias¹⁴ (INFOPEN), realizado em junho de 2017, aponta que dentre um total de 2.579 presos, por meio de dados que informam apenas a porcentagem de vagas por etnia, o Estado de Roraima registrou um total de 6,73% de pessoa de cor branca, 13,53% de pessoas de cor preta, 57,02% de cor parda, 4,26% de indígenas e 18,46% de cor de pele ou etnia não informadas.

Baines (2015) diz que, em sua pesquisa na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, localizada no Estado de Roraima, as causas mais frequentes de prisões de indígenas seriam o envolvimento com entorpecentes (30,91% dos casos), os crimes contra a vida, tentados ou não, (25,45% dos casos) e os crimes com conotação sexual de estupro e atentado violento ao pudor (20%).

Importante trecho da pesquisa do autor acima é o que faz referência aos casos em que não é levado em consideração, durante o processo de investigação, as formas de organização social e o parentesco da comunidade indígena ao qual o acusado está inserido, e assim, cita que,

“Entrevistei vários homens indígenas presos por ‘estupro de vulnerável’ que estavam vivendo maritalmente com meninas menores de idade, sem entender por que foram presos e sentenciados. Um senhor de 35 anos de idade, que entrevistei em janeiro de 2012 na Cadeia Pública de Boa Vista, foi ‘sentenciado a 45 anos de reclusão, com 18 anos no fechado, no artigo 213 [...] crime hediondo segundo o juiz’, mas afirmou que estava vivendo maritalmente com a menina havia alguns anos e tinha uma filha de quase 2 anos de idade com ela e que agora sua esposa estava completando 16 anos” (BAINES, 2015, p. 151).

Há de se destacar que aqui não há a intenção de se aprofundar no assunto quanto a quantidade de indígenas presos, ou da motivação dos crimes que os levam ao cárcere, apesar de serem dados importantes, utilizamos aqui somente para tentar exemplificar a problemática inserção destes no sistema prisional, após o trâmite processual que não tenha levado em consideração as suas características étnicas e o contexto social ao qual estão inseridos.

Não é o direito cultural um alibi para o cometimento de ilícitos penais, nem tampouco justificativa para tal, porém, como amplamente aqui debatido, os ilícitos penais cometidos por indígenas encontram também sua competência para julgamento

¹⁴ Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017/ organização, Marcos Vinicius Moura. -- Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017, 87 p. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>, acesso em: 30/11/2021.

perante a própria comunidade indígena, de acordo com suas tradições e costumes, e que quando estes indígenas forem levados a julgamento pela legislação penal vigente, deve ser levado em consideração suas condições específicas e, quando possível, seus costumes e tradições.

O direito consuetudinário e o direito positivo devem ser sopesados nestes casos, a fim de que não se cometa no decorrer dos tempos de aplicação das normas jurídicas o que era a intenção à época da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), de forma que se objetive a integração do indígena por meio de imposição das normas quando ignora-se sua condição diferenciada, e ainda, pelo fato de que o próprio EI e a convenção 169 da OIT aduzem que deve ser buscado outro meio de punição que não o cárcere.

Os dados apresentados por Baines (2015) e por Dornelles (2016) evidenciam um desleixo estatal para com os indígenas inseridos no cárcere, uma invisibilidade étnica e desconsideração de suas características, ressaltando a inversão de valores e o potencial nocivo que o cárcere possa ter na ressocialização desses indivíduos, que por vezes, não serão aceitos de volta a sua comunidade e que, dentro das penitenciárias podem virar facilmente mão de obra fácil para recrutamento das facções criminosas.

Salles (2017), traz dados de pesquisa realizada pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB, em projeto intitulado “Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul, no ano de 2008, acerca da realidade carcerária de indígenas das etnias *Guarani* e *Kaiowá* no Estado de Mato Grosso do Sul.

Segundo Salles (2017), a pesquisa citada trouxe os alarmantes dados de que da aplicação de penas a indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul houve predileção pelo cárcere em 99% dos delitos, ignorando totalmente a forma de punir das comunidades indígenas, que somente foram respeitadas em 1% dos casos.

Além disso, foram constatadas dificuldades enfrentadas por indígenas das etnias *Kaiowá*, *Guarani* e *Terena* na compreensão da língua portuguesa durante todo o trâmite processual, desde o inquérito, e, o autor narra que,

“Um colega policial relatou que em uma audiência no fórum dois indígenas da etnia Guarani ao serem interrogados demonstraram visível dificuldade de compreender as perguntas que eram feitas pelo magistrado. Numa outra audiência, segundo o mesmo interlocutor, o promotor perguntou por várias vezes o nome da genitora do indígena no que ele falava seu próprio nome. O promotor então apontou para o relógio que estava usando e perguntou o que era, quando o indígena balançou a cabeça não sabendo informar o nome do objeto. Num contexto em que impera a lógica da língua oficial e a dominação

dos positivismos estatais, não há espaço para um diálogo aberto às diferenças, apenas à aplicação da letra fria da lei” (SALLES, 2017, p. 129).

Salles (2017), tratando a respeito da experiência coletada por sua pesquisa em Naviraí-MS, ainda aponta para um duplo encarceramento dos internos indígenas, tendo em vista que os presos não indígenas conseguem se socializar, deixando os indígenas fora dessa socialização, o que seria para o autor pior que um Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) pelo fato de que, ainda que tenham outros na mesma cela, estes não dividem a mesma língua, códigos ou tradições, sendo ainda submetidos a arbitrariedades por parte dos demais presos.

O cuidado a ser tomado, para com os indígenas que cometem atos ilícitos, se confunde com o ideal de não torná-los, novamente, alvos do discurso de serem seres selvagens, sem cultura, pois esse discurso é que dá razão à criação de estereótipos. Não deve ser entendido como se os indígenas não cometessem crimes, mas ao contrário, a atenção recai sobre a necessidade de dar o seu devido tratamento, de acordo com o que é a eles reconhecido por lei (*ibid*, 2017).

No caso Basílio, não houve encarceramento, eis que o conselho de sentença formado para decidir o caso entendeu pela sua absolvição, oportunizando o entendimento de que a punição aplicada pela comunidade indígena era suficiente para reprimir o crime de homicídio por ele praticado, porém, há vezes em que tal entendimento não é oportunidade.

Como já observado, a pena de banimento é a pior para estas pessoas, tendo em vista que são seres coletivos, ser expulso de sua comunidade poderia significar serem desligados de sua vida e, ao tempo da sessão do júri, o índio Basílio já encontrava-se há 14 anos sem poder voltar a sua comunidade.

Isto nos leva a questionar, será que caso houvesse nova aplicação de pena, o objetivo da sanção penal imposta pelo Estado seria alcançado? Quantos outros casos, como o caso do índio Basílio e do índio Denilson não receberam punições por sua comunidade e ainda assim foram levados a julgamento pelo Estado que ignorou o sistema jurídico da comunidade indígena e a punição por ela imposta?

CONCLUSÃO

A problemática indígena reside em solo brasileiro desde o princípio da formação e ocupação do território, tendo sido marcada pelo avanço colonial e reprimenda a povos e conseqüentemente reprimenda aos seus costumes, tradições e quem eles o são verdadeiramente como sujeitos coletivos.

Retirados de suas terras e colocados em aldeamentos doados pela coroa portuguesa, forçados a adotarem novos nomes, e precificados pela condição de civilizados ou não, sendo os já integrados aos costumes e trabalhos dos Europeus os com preço mais elevado.

O processo colonial e o ideal de formação de um povo uno ignorando as condições de um Brasil multicultural se deu pelo decorrer dos anos, indo do Brasil-Colônia ao Brasil-República, recaindo não somente na visão da maioria, como na diminuição das características das minorias e refletindo na legislação nacional.

A Lei nº 6.001/1973 é a prova do ideal integracionista e da visão do legislador, representante do povo, de que aos índios somente seria permitido sua capacidade civil plena na medida em que fossem integrados à comunhão nacional, servindo como uma tutela de direitos amarradas aos cordões que os guiavam a andar conforme o Estado sempre os guiava.

A Constituição Federal de 1988 quebrou o paradigma da integração, dando o devido reconhecimento aos direitos indígenas, garantindo a eles por meio do seu art. 231 sua organização social, manutenção de usos e costumes, além dos direitos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas.

Foi também a CRFB/1988 a primeira constituição brasileira a tratar dos direitos indígenas, bem como dando a devida proteção aos direitos culturais, dispondo sobre estes direitos entre suas garantias e princípios fundamentais, que são merecedores de tutela estatal, que por sua vez, deve garantir sua máxima efetividade.

Dentro dessa tônica de direitos aos indígenas reconhecidos, entre suas tradições e costumes, encontra-se seu direito consuetudinário, a forma com que tradicionalmente solucionam seus conflitos internos, inclusive os de cunho penal, ficando sua aplicação a cargo dos líderes indígenas e seus conselhos.

A convenção nº 169 da OIT, bem como, a declaração universal dos direitos dos povos indígenas da ONU traz a importante marca de permitir que aos povos indígenas

sejam mantidas as tradições com que solucionam seus conflitos, impondo a esta premissa os limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Inegável que nem todos os fatos ocorridos dentro das terras indígenas chegará ao controle estatal, porém, cabe ao Estado reconhecer a competência desse foro judicial indígena, bem como, garantir a efetividade dessa função jurisdicional de aplicação do direito consuetudinário indígena, e, quando não houver aplicação do direito consuetudinário indígena e o fato for levado ao judiciário, que seja sempre levado em consideração as condições culturais e que opte por punição que não seja o encarceramento.

Dizer que os indígenas possuem e podem exercer uma função jurisdicional, não significa dizer que estes povos possuem o poder de dizer o direito tal qual o Estado o tem e que por isso essa “jurisdição” indígena seria exceção ao poder punitivo do Estado-Juiz, mas sim que essa função jurisdicional existe somente pela própria permissão do Estado-Juiz, eis que este possui o poder de medir a aplicação das normas de direito consuetudinário tendo como régua os direitos fundamentais.

O Estado garante aos indígenas a manutenção efetiva de seus usos, costumes e tradições por ser um direito fundamental, porém, este mesmo direito fundamental não poderá invalidar outros direitos fundamentais, de modo que um liame entre a garantia e a proteção dos direitos fundamentais deve ser buscado pelo Estado.

Dessa forma, quando um fato que é considerado ilícito para o direito penal positivo do Estado também for considerado ilícito por um determinado povo indígena, que por suas instituições próprias julgar o fato e aplicar sanção que não seja cruel ou infamante aos direitos humanos, o Estado-Juiz não deverá intervir, inclusive pelo fato de que a pena para os povos indígenas possui um caráter que vai além do disciplinador, mas busca favorecer a comunidade e reparar o convívio social desse povo, e ainda, enquanto esse indígena não cumprir com a punição estabelecida conforme as suas tradições, este ainda permanecerá em dívida perante seu povo, independentemente de ter sido punido pelo Estado.

Porém, quando um fato considerado ilícito pelo Estado não for considerado ilícito por determinado povo indígena, as condições do infrator devem ser levadas em consideração, de forma que sua visão de mundo seja respeitada, pois uma punição, tal qual o cárcere, terá como consequência maior uma violação aos direitos humanos,

podendo ser comparada a uma tortura, pelo fato de aquele indígena não entender o motivo de sua punição e ao final do cumprimento da pena o fim busca pela pena não fará o mesmo sentido que o fim almejado pela comunidade indígena.

De toda forma, o Estado não perde o poder de punir, a jurisdição continua pertencente ao Estado, porém, é pelo reconhecimento constitucional aos costumes, tradições e organização social destes povos que a eles é permitido a reprimenda aos seus pares pelos atos ilícitos por eles praticados, devendo o Estado agir somente quando os povos indígenas não exercerem seu direito consuetudinário.

Os fins almejados pelo direito penal comum, tendo o cárcere como sua solução, ignora a diferença destes povos, de modo que nos casos demonstrados a respeito dos indígenas encarcerados provou-se pouca efetividade no cuidado estatal para com os direitos indígenas desde a obtenção de dados da população carcerária indígena, até o papel ressocializador do cárcere, surgindo inclusive preconceito e indiferença por parte dos demais presos que quando não falam a mesma língua, acabam por deixar os indígenas isolados do convívio.

Resta claro que há necessidade de avanço na legislação ordinária para melhor regulação do tema, não podendo persistir o entendimento de ser Estatuto do Índio norma válida para regular tais direitos, e apesar de parcialmente revogado, ainda possui vigência em alguns de seus artigos; e, enquanto não houver melhor regulação do tema, casos arbitrários poderão surgir a partir do controle judicial que possui pouco para decidir sobre conflitos que envolvam direitos indígenas e como o Estado deve agir com relação aos casos em que há a aplicação de pena pela comunidade indígena.

Preze-se, o Estado, pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, cuide-se para que não haja violação dos direitos humanos, empenhe-se para que a efetividade de um direito fundamental não signifique a derrocada de outro direito fundamental, e que por meio do diálogo intercultural, reconhecida a pluralidade do povo brasileiro, exista uma convivência mais harmônica perante o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito; BOAS, Márcia Cristina Altvater Vilas. DIREITO À CULTURA E O DIREITO À VIDA: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 4962-4973. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2013.11769](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e. Acesso em: 12 nov. 2021.</p>
<p>ALBUQUERQUE, Isete Evangelista. O direito das minorias na constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a situação dos índios enquanto minoria étnica do estado brasileiro / the right of minorities in the constitution of the Republic of Brazil and the situation of 1988 as... Revista Quaestio Iuris, [S.L.], v. 6, n. 02, p. 11-32, 31 dez. 2013. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <a href=). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11769>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. [S.L]: Malheiros Editores Ltda., 2006. 627 p. (Teoria & Direito Público). Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.
- AMADO, Luiz Henrique Eloy. TERRA INDÍGENA e legislação indigenista no Brasil. **Caderno de Estudos Culturais**, S.I, v. 07, n. 13, p. 65-84, jan. 2015. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/cadec/article/view/3411>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- ANDRADE, Oswald de. Erro de português. **Poetas portugueses y brasileños de los simbolistas a los modernistas, Buenos Aires: Instituto Camões**, 2002. Disponível em: <https://teoriaedebate.org.br/estante/erro-de-portugues/>. Acesso em: 28 abr. 2021.
- ARNAUD, Expedito. Integração Indígena. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi**, Belém, v. 7, n. 2, p. 137-147, dez. 1991. Disponível em: <https://repositorio.museugoeldi.br/handle/mgoeldi/466>. Acesso em: 20 maio 2021.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003. 152 p.
- BAINES, Stephen Grant. A SITUAÇÃO PRISIONAL DE INDÍGENAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DE BOA VISTA, RORAIMA. **Vivência: Revista de Antropologia**, Natal, v., n. 46, p. 143-158, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/8778>. Acesso em: 27 out. 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 345 p.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria dos direitos fundamentais: apontamentos para um discurso dogmático. **Thomson Reuters: Revista dos tribunais online**, [S.L], v. 4, n. 4, p. 71-94, mar. 2014. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/44131?show=full>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- BRAGA, Gleidy. O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO INDÍGENA SOB UMA PERSPECTIVA PENAL. **Humanidades & Inovação**, Palmas, v. 6, n. 8, p. 181-197, jul. 2019. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/1371>. Acesso em: 29 abr. 2021.
- BRAGA, Márcio André. Identidade étnica e os índios no Brasil. **Métis: HISTÓRIA & CULTURA**, Caxias do Sul, v. 4, n. 7, p. 197-212, jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/1178>. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 21 de dezembro de 1973. **Estatuto do Índio**. Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13476, de 28 de agosto de 2017. **Estatuto da Pessoa Com Deficiência**. Brasília, DF, 28 ago. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13476.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de fevereiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.051, de 05 de abril de 2004. **Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.072, de 20 de junho de 1910. **Crêa o Serviço de Protecção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionaes e aprova o respectivo regulamento**. Rio de Janeiro, RJ, 26 jun. 1910. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d8072.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967. **Autoriza a instituição da Fundação Nacional do Índio e dá outras providências**. Brasília, DF, 05 dez. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5371.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2057, de 29 de outubro de 1991. **Estatuto das Sociedades Indígenas**. Brasília, DF, 29 out. 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 169, de 2016. **Estatuto dos Povos Indígenas**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125563>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 349703, Relator(a): CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, data do julgamento: 03/12/2008, publicado em: 05/06/2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Costume- manifestação cultural- estímulo- razoabilidade- preservação da fauna e da flora – animais – crueldade. Recurso Extraordinário nº 153.531-8-SC. Recorrente: Associação dos Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Francisco Rezek, Brasília, DF, 03 de julho de 1997, DJU de 13.03.1998, p.417.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856 RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 26/05/2011. Publicado DJE em 13/10/2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ementa no Pet 3388. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 01 jul. 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. **2º Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima**. Sentença nº 92.0001334-1. Réu: Basílio Alves Salomão. Boa Vista, RR. 2000.

CARVALHO, Lucas Borges de. Direito e barbárie na conquista da América indígena. **Revista Sequência**, [S.L.], v. 25, n. 49, p. 53-70, dez. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15222>. Acesso em: 05 out. 2020.

CARVALHO, Agnaldo Teixeira de. **Canaimé: a personificação do mal**. 2016. 80 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Letras, Programa Pós-Graduação em Letras, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufr.br:8080/jspui/handle/prefix/279>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CARBONELL, Miguel. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA: una aproximación teórica. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, v. 36, n. 108, p. 839-861, set./dez. 2003. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332003000300002#as1. Acesso em: 05 abr. 2021.

CURI, Melissa Volpato. O DIREITO CONSUETUDINÁRIO DOS POVOS INDÍGENAS E O PLURALISMO JURÍDICO. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul. 2012. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/EspaçoAmeríndio/article/view/32216>. Acesso em: 27 out. 2020.

CARDOSO, João Vitor; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça waiwai. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 557-573, 18 out. 2019. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6058>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6058>. Acesso em: 30 abr. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires. INDÍGENA E DIFERENÇA CULTURAL, UMA RELAÇÃO DE DESRESPEITO NO CÂRCERE BRASILEIRO. **Revista Direito UFMS**, [S.L.], v. 1, n. 2, p. 155-173, 18 jul. 2016. Revista Direito UFMS. <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.1785>. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1785>. Acesso em: 24 jun. 2021.

FLORES, Andréa; RIBEIRO, Lamartine Santos. O direito positivo frente à dimensão jurídica do direito indígena. **Revista Justiça do Direito**, [S.L.], v. 31, n. 3, p. 660-687, set./dez. 2017. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7674>. Acesso em: 10 set. 2020.

FERREIRA, André da Rocha. **A CONCESSÃO DE AUTONOMIA PENAL ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS**: aplicabilidade constitucional do artigo 57 do estatuto do índio. 2017. 137 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pucrs Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8008>. Acesso em: 01 dez. 2021.

GILENO, Carlos Henrique. A LEGISLAÇÃO INDÍGENA: ambigüidades na formação do estado-nação no Brasil. **Caderno Crh**, Salvador, v. 20, n. 49, p. 123-133, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632171010>. Acesso em: 28 abr. 2020.

HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: a possibilidade de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 114-129, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/4408>. Acesso em: 29 nov. 2021.

HOLLIDAY, Pedro Alberto Calmon. A identidade étnica, o pluralismo jurídico e os fundamentos para uma jurisdição indígena diferenciada. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 41, p. 1-21, jul. 2015. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista041/A_IDENTIDADE_ETNICA_O_PLURALISMO_JURIDICO.pdf. Acesso em: 23 nov. 2021.

HUERTAS, Bruna Muriel. PROTAGONISMO INDÍGENA, CONSTITUIÇÃO PLURINACIONAL E INTERCULTURALIDADE NA BOLÍVIA. **Cadernos Prolam/Usps**, São Paulo, v. 16, n. 30, p. 154-166, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/140565>. Acesso em: 01 dez. 2021.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, [S.L.], v. 5, n. 4, p. 91-122, jan. 2003-2004. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/07.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

LOPES, Ana Maria D'ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O direito fundamental dos indígenas à terra : do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 221-234, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92744>. Acesso em: 28 abr. 2020.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo ethos jurídico. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 6, n. 12, p. 503-526, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/desenvolvimento-meio-ambiente-direitos-indios-necessidade-de-novo-ethos-j>. Acesso em: 05 out. 2020.

LARAIA, Roque de Barros. **CULTURA**: um conceito antropológico. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. 120 p.

LOPES, Ana Maria D'ávila; UCHOA, Cibele Alexandre. A GARANTIA DO NE BIS IN IDEM E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS CULTURAIS DOS INDÍGENAS. **Revista Direito e Liberdade: RDL**, Natal, v. 20, n. 2, p. 11-30, maio/ago. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.20_n.02.01.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1608 p. (Pedro Lenza. - Coleção esquematizado).

LISBOA, João Francisco Kleba. A Farra do Boi: humanidade, animalidade e as sensibilidades jurídicas em uma decisão judicial. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [S.L.], v. 41, n. 86, p. 196-221, 25 jan. 2021. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n86p196>. Acesso em: 23 nov. 2021.

Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017/ organização, Marcos Vinícius Moura. -- Brasília : **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, Departamento Penitenciário Nacional, 2017, 87 p. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>, acesso em: 30/11/2021.

MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra**: índios e bandeirantes nas origens de são paulo. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. 291 p. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5816244/mod_resource/content/1/Negros%20da%20terra%20i%CC%81ndios%20e%20bandeirantes%20nas%20origens%20de%20Sa%CC%83o%20Paulo%20by%20John%20Manuel%20Monteiro.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

MALDONADO, Daniel Bonilla. Indígenas urbanos y derechos culturales: los límites del multiculturalismo liberal. **Revista Direito Gv**, [S.L.], v. 7, n. 2, p. 569-604, dez. 2011. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322011000200009>. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/indigenas-urbanos-y-derechos-culturales-los-limites-del-multiculturalismo>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MARQUES, Heitor Romero; RIBEIRO, Lamartine Santos. Direito Consuetudinário Indígena: cultura, sociedade, e desenvolvimento local. **Tellus**, [S.L.], v. 28, n. 15, p. 83-105, 25 jun. 2015. Universidade Católica Dom Bosco. <http://dx.doi.org/10.20435/tellus.v0i28.343>. Disponível em: <http://www.gpec.ucdb.br/projetos/tellus/index.php/tellus/article/view/343>. Acesso em: 30 abr. 2021.

MAXWELL, Jack. 'Two systems of law side by side': the role of indigenous customary law in sentencing.. **Australian Indigenous Law Review**, [S.L.], v. 19, n. 2, p. 97-112, dez. 2015. Disponível em: <https://search.informit.org/doi/abs/10.3316/agispt.20171148>. Acesso em: 29 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1680 p. (IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 594 p.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 1439 p.

MOREIRA, Elaine et al. OS DIREITOS DOS ACUSADOS INDÍGENAS NO PROCESSO PENAL SOB O PARADIGMA DA INTERCULTURALIDADE. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [S.L.], v. 7, n. 2, p. 141-160, jun. 2020. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/463>. Acesso em: 23 mar. 2021.

NASCIMENTO, Sandra. CONSTITUIÇÃO, ESTADO PLURINACIONAL E AUTODETERMINAÇÃO ÉTNICO-INDÍGENA: um giro ao constitucionalismo latinoamericano.. In: XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI / UNICURITIBA, 22., 2013, Curitiba. **Anais do CONPEDI**. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 199-231. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5c5a93a042235058>. Acesso em: 01 dez. 2021.

OLIVEIRA, Adélia Engrácia de. Depoimentos Baniwa sobre as relações entre índios e "civilizados" no Rio Negro. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi**, Belém, v. 72, n. 72, p. 1-31, 12 jan. 1979. Disponível em: <https://repositorio.museu-goeldi.br/handle/mgoeldi/453>. Acesso em: 28 abr. 2021.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. REFLEXÕES SOBRE O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [S.L.], v. 39, n. 2, p. 88-113, nov. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/29249>. Acesso em: 01 dez. 2021.

ONU (Organização das Nações Unidas). **Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas**. Setembro, 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf Acesso em: 21/08/2021.

OEA. Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2016a. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957 Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes**. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf) Acesso em: 23 abr. 2020.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. TERRAS INDÍGENAS NA LEGISLAÇÃO COLONIAL. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 95, n., p. 107-120, jan. 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67457>. Acesso em: 28 abr. 2021.

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. Desenvolvimentismo e ecocídio: causa e (possível) consequência no contexto de ruptura das bases existenciais dos povos originários. **Boletim Científico Esmu**, Brasília, v. 51, n. 17, p. 257-281, jan. 2018. Semestral. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-51-janeiro-junho-2018/desenvolvimentismo-e-ecocidio-causa-e-possivel-consequencia-no-contexto-de-ruptura-das-bases-existenciais-dos-povos-originarios-no-brasil#:~:text=%C3%97%20Info%20%2D-,Desenvolvimentismo%20e%20ecoc%C3%AD>. Acesso em: 20 abril 2021.

Povos indígenas no Brasil. **Instituto Socioambiental**, 2008. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/P%C3%A1gina_principal. Acesso em: 10 set. 2021.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. PROTEÇÃO DA CULTURA OU PROTEÇÃO DA FAUNA?: uma análise da farra do boi à luz da ponderação e da jurisprudência do s. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 30, n. 1, p. 87-110, jan. 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12195>. Acesso em: 23 nov. 2021.

RORAIMA. **Tribunal de Justiça de Roraima** – ACr 0090.10.000302-0, Rel. Des. MAURO CAMPELLO, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, public.: 17/02/2016, p. 13. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/detalhes.xhtml?juris=17554>>. Acesso em 08 ago. 2020.

SALLES, Eliciel Freire de. “OS INDÍGENAS SÃO COMPLICADOS”: uma análise da situação carcerária de apenados indígenas em naviraí-ms. **Nânduty**, [S.L.], v. 5, n. 7, p. 115-138, fev. 2017. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/nanduty/article/view/7799>. Acesso em: 27 out. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (Equador) (ed.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/abyayala, 2012. p. 9-647. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/44230>. Acesso em: 15 out. 2020.

SANTOS JUNIOR, Avelar Araujo. TERRITORIALIZAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL: uma análise da legislação indigenista e suas nuances civilizatórias. **Ateliê Geográfico**, [S.L.], v. 6, n. 1, p. 18-34, 28 maio 2012. Universidade Federal de Goiás. <http://dx.doi.org/10.5216/ag.v6i1.18714>. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/atelie/article/view/18714>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SANTOS, Raimunda Maria Rodrigues; GODOY, Marília Gomes Ghizzi. *A presença indígena em Roraima: da colonização à consolidação do Estado*. **Revista Caminhos da História**, [S.L.], v. 16, n. 1, p. 43-62, jan. 2011. Disponível em: <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/caminhosdahistoria/article/view/3338>. Acesso em: 05 out. 2020.

SANTOS, Raimundo Nonato Gomes dos. *Entre a maloca e a civilização: os indígenas no processo de colonização de roraima no século xx*. **Textos e Debates**, [S.L.], n. 28, p. 13-24, jun./dez. 2015. Universidade Federal de Roraima. <http://dx.doi.org/10.18227/2217-1448ted.v0i28.3383>. Disponível em: <https://revista.ufrb.br/index.php/textosedebates/article/view/3383>. Acesso em: 29 abr. 2021.

SIQUEIRA, Rafael Ferreira de. O RE 153.531: a proibição da crueldade contra animais como um limite ao direito fundamental da manifestação cultur. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Brasília: Idp, 2016. p. 7-151. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2241/3/Ativismo%20Judicial%20e%20efetividade%20de>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL EM UMA SOCIEDADE DE INDIVÍDUOS: o exemplo da questão indígena no Brasil*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais [...]**. [Belo Horizonte]: Conpedi, 2007. p. 2769-2789. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+\(15%2C+16+e+17+](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+(15%2C+16+e+17+). Acesso em: 24 nov. 2020.

SILVA, Marcos Pereira da. **A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INDÍGENAS E OS REFLEXOS JURÍDICOS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2013. Disponível em: <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/handle/riuea/1890>. Acesso em: 25 mar. 2020.

SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-indigenas-fundamentais-e-sua-tutela-na-ordem-juridica-brasileira/>. Acesso em: 02 out. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998. 212 p.

VIEIRA, Aluizio Ferreira. **AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO DUPLO JUS PUNIENDI À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. 2016. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

VIEIRA, Hector Luís C.. **Os entraves de aplicação das normas universais de Direitos Humanos frente às particularidades culturais**. 2011. 217 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/11684>. Acesso em: 31 maio 2021.

TORRES, Márcio Andrade. *O lugar da cultura na culpabilidade dos índios*. **Boletim Científico Esmpu**, Brasília, v. 14, n. 46, p. 97-117, jan./dez. 2015. Edição Especial. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/edicao/o-lugar-da-cultura-na-culpabilidade-dos-in>. Acesso em: 27 out. 2020.

WAGNER, Daize Fernanda. *Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis*. **Revista Direito GV**: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, v. 14, ed. 1, p. 123-147, jan/abril 2018. DOI <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201806>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/74844>. Acesso em: 8 ago. 2020.