

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

ANDRÉ LUIZ CARVALHO GREFF

**DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO
O DIREITO INDÍGENA E A IMPORTÂNCIA DOS LAUDOS
ANTROPOLÓGICOS NOS PROCESSOS PENAIS**

CAMPO GRANDE

2017

ANDRÉ LUIZ CARVALHO GREFF

**DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO
O DIREITO INDÍGENA E A IMPORTÂNCIA DOS LAUDOS
ANTROPOLÓGICOS NOS PROCESSOS PENAIS**

CAMPO GRANDE

2017

ANDRÉ LUIZ CARVALHO GREFF

DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO
O DIREITO INDÍGENA E A IMPORTÂNCIA DOS LAUDOS
ANTROPOLÓGICOS NOS PROCESSOS PENAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Hilario Aguilera Urquiza.

CAMPO GRANDE

2017

Nome: André Luiz Carvalho Greff

Título: DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO - O direito indígena e a importância dos laudos antropológicos nos processos penais.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 21 / 12 / 2017.

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. Dr. Antônio Hilário Aguilera Urquiza Instituição: UFMS

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Profa. Dra. Andréa Flores

Instituição: UFMS

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. José Paulo Gutierrez

Instituição: UFMS

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Campo Grande

2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Orientador, Prof. Dr. Antonio Hilario Aguilera Urquiza, exemplo de docente, calmo e sereno nos momentos das minhas tribulações, mas firme e exigente nos momentos da minha inação. Minha gratidão.

Agradeço algumas pessoas que, sem as quais, talvez eu nem começasse a fazer esse Mestrado: meus pais, Orlando Dutra Greff e Maria Helena de Carvalho Greff, que incisivamente vêm me cobrando essa capacitação nos últimos anos; ao meu cunhado Alisson José da Silva, que dirigiu muitas vezes seu carro, conduzindo-me a Campo Grande – MS nas provas de seleção; a minha irmã Scheilla Carvalho Greff Medeiros; ao meu irmão Jean Vinícius de Carvalho Greff; à minha prima Talita Greff Miguita e ao seu esposo Anderson, por amenizarem meus momentos de solidão; à gentil Professora Doutoranda Rosely Aparecida Stefanos Pacheco e ao Professor Doutor André Martins Barbosa e ao meu tio Odilon, pelo exemplo de homem bom e correto, pelo incentivo de sempre.

Minha gratidão aos amigos Cícero Rufino Pereira, Érika Swami Fernandes e Lílian Ricci, que me emprestaram livros e dissertações sobre a questão indígena, material que me foi muito útil.

Agradeço à jornalista Fátima Frota, por abrir portas quando todas pareciam se fechar.

Meu reconhecimento à Jorgina e Daniela Tasso, por terem lido e corrigido meu trabalho.

Agradeço à UEMS – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, por ter me afastado das aulas, mantendo meus vencimentos, pelo Sistema de Capacitação.

E agradeço aos demais Professores da Pós-Graduação da Fadir – UFMS - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, meus Mestres, que me reconduziram ao caminho da pesquisa acadêmica, pelo bom exemplo que me deram.

La ley es como la serpiente, solo pica al descalzos.

José Jesús de la Torre Rangel

RESUMO

GREFF, André L. C. **Direitos humanos e pluralismo jurídico: o direito indígena e a importância dos laudos antropológicos nos processos penais.** 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

Apresentamos nesta dissertação um estudo da problemática dos Povos Indígenas, notadamente das comunidades da cidade de Dourados, Mato Grosso do Sul, estudando o tratamento que o Estado brasileiro lhes reserva no campo do direito penal e processual penal, o qual vem ignorando o pluralismo jurídico, a diversidade étnico-racial, o multiculturalismo e os direitos humanos. Na cidade de Dourados cerca de 13 mil índios das etnias Kaiowá-Guarani e Terena convivem circunscritos em apenas 3.539 hectares de terras, ocorrendo conflitos e crimes, além de suicídios, casos estes para os quais a justiça local tem aplicado apenas o Estatuto do Índio, ignorando os avanços da legislação, a exemplo a Convenção 169 da OIT. Ao se ignorar o direito consuetudinário dos Povos Indígenas, que foram praticamente dizimados durante um processo de colonização e aldeamento que já perdura por mais de cinco séculos, o Estado brasileiro afasta-se da concessão da autonomia, prevista na Constituição Federal, artigo 231, causando disparidades no campo da aplicação dos direitos e graves injustiças, acentuando-se o distanciamento dos Povos Indígenas das prerrogativas já reconhecidas no âmbito internacional. Analisamos a importância da perícia antropológica nos processos penais de acusados indígenas, como elemento facilitador ao jurista na compreensão da diversidade e para que exerça a alteridade. Também apresentamos sugestões para solucionar alguns impasses, tais como: a elaboração e aprovação do Estatuto dos Povos Indígenas em substituição ao atual Estatuto do Índio, imputabilidade do acusado indígena, competência para processamento penal de indígenas, acatamento do laudo antropológico pelo juiz etc. Utilizamos como metodologia de pesquisa, a análise bibliográfica documental, jurisprudencial e pesquisa em laudos antropológicos, optando-se pelo método hipotético-dedutivo na extração de conclusões.

Palavras-chave: Povos Indígenas – Pluralismo Jurídico – Diversidade – Direito Consuetudinário – Laudo Antropológico.

ABSTRACT

GREFF, André L. C. **Human rights and legal pluralism: indigenous rights and the importance of anthropological reports in criminal proceedings.** 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

We present in this dissertation a study of the issue of Indigenous Peoples, notoriously about the communities from the city of Dourados, Mato Grosso do Sul State, studying the treatment that the Brazilian State reserves them in the field of criminal law and criminal procedure, which have ignored the legal pluralism, ethnic-racial diversity, multiculturalism and human rights. In the city of Dourados, about 13 thousand Indians of the Kaiowá-Guarani and Terena ethnic groups live together in a limited 3,539 hectares of land, with conflicts and crimes occurring, as well as suicides, to such cases the local court has only applied the Indian Statute, ignoring the advances of Brazilian legislation, such as ILO Convention 169. By ignoring the customary rights of Indigenous Peoples, who were basically decimated during a process of colonization and settlement that has lasted over more than five centuries, the Brazilian State departs from the concession of autonomy, predicted in the Federal Constitution, article 231, what causes disparities in the field of application of rights and serious injustice, accentuating the distancing of Indigenous Peoples from prerogatives already recognized at the international level. We analyzed the importance of anthropological expertise in the criminal proceedings of indigenous defendants, as an element that facilitates the jurist to understand diversity and to practice otherness. We also presented suggestions for solving some of the impasses, such as: the creation and approval of the Indigenous Peoples Statute in replacement of the current Indian Statute; the imputability of the accused indigenous person, jurisdiction for criminal prosecution of indigenous people, observance of the anthropological report by the judge, etc. As research methodology we chose a bibliographic, documentary, jurisprudential analysis and research in anthropological reports, through a hypothetical-deductive method for the extraction of conclusions.

Keywords: Indigenous Peoples - Legal Pluralism - Diversity - Customary Law - Anthropological Report.

LISTA DE SIGLAS

Ap.	Recurso de apelação
C107, da OIT	Convenção n. 107, da Organização Internacional do Trabalho
C169, da OIT	Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho
CC-1916	Código Civil de 1916
CC-2002	Código Civil de 2002
CRFB	Constituição Federal
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
EI	Estatuto do Índio
Funai	Fundação Nacional do Índio
HC	Habeas corpus
SPI	Serviço de Proteção ao Índio
TJMS	Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
SPILTN	Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. OS POVOS INDÍGENAS E O ESTADO BRASILEIRO OS KAIOWÁ E GUARANI EM DOURADOS – MATO GROSSO DO SUL.....	16
2.1 BREVE HISTÓRIA DOS POVOS INDÍGENAS E O ESTADO BRASILEIRO.....	16
2.1.1 O período colonial e os povos indígenas.....	18
2.1.2 O SPI, as políticas indigenistas e a FUNAI.....	20
2.2 OS KAIOWÁ E GUARANI: O PROCESSO DE COLONIZAÇÃO E A PERDA DOS TERRITÓRIOS.....	24
2.2.1 A Matte Laranjeira e o deslocamento forçado dos povos indígenas.....	27
2.3 SITUAÇÃO ATUAL DAS ALDEIAS DE DOURADOS.....	29
2.3.1 Suicídios nas Aldeias de Dourados.....	32
2.4 CONFLITOS FUNDIÁRIOS ENVOLVENDO OS KAIOWÁ E GUARANI EM MATO GROSSO DO SUL.....	37
3. OS POVOS INDÍGENAS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	41
3.1 O PRIMEIRO CÓDIGO CIVIL E OS ÍNDIOS.....	41
3.2 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E OS POVOS INDÍGENAS.....	43
3.3 O ESTATUTO DO ÍNDIO E A FILOSOFIA INTEGRACIONISTA.....	48
3.4 O DIREITO INDIGENISTA E O DIREITO INDÍGENA: DISTINÇÕES.....	50
4. O DIREITO PENAL E OS POVOS INDÍGENAS.....	54
4.1 POVOS INDÍGENAS E A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL NO BRASIL....	54
4.2 CHOQUE CULTURAL E DIVERSIDADE ÉTNICA.....	59
4.3 O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA E O PLURALISMO JURÍDICO.....	66
4.4 DIÁLOGO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO.....	72
4.5 O LAUDO ANTROPOLÓGICO NOS PROCESSOS PENAIIS DE ACUSADOS INDÍGENAS.....	75
4.6 DIFICULDADES PROCESSUAIS PENAIIS QUANDO O ESTADO PROCESSA ACUSADOS INDÍGENAS.....	80

5. DIREITOS HUMANOS, PLURALISMO JURÍDICO E A AUTONOMIA DOS POVOS INDÍGENAS.....	85
5.1 DESCUMPRIMENTO DE GARANTIAS E DIREITOS PREVISTOS NA CONVENÇÃO 169-OIT.....	85
5.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS POVOS INDÍGENAS.....	89
5.3 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A AUTONOMIA DOS POVOS INDÍGENAS.....	93
5.4 LAUDOS ANTROPOLÓGICOS COMO PRÁTICA DE PLURALISMO JURÍDICO.....	99
6. CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS.....	110

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho de dissertação, apresentamos uma visão sobre pluralismo jurídico e a diversidade étnico-racial, bem como a importância da perícia antropológica como mecanismo necessário para que os agentes públicos percebam a existência do chamado direito consuetudinário indígena, partindo de uma análise da história dos povos indígenas, desde a conquista do território brasileiro pelos portugueses, o período colonial e a evolução da legislação indigenista, até o florescimento do chamado direito indígena com o advento da Constituição cidadã de 1988.

O trabalho teve por foco principal os indígenas das etnias Kaiowá, Guarani e Terena da cidade de Dourados, estado do Mato Grosso do Sul, em que apresentamos uma análise documental e jurisprudencial, utilizando-nos do método dedutivo, perquirindo se os acusados por crimes, pertencentes a estas etnias, estariam sendo condenados ao arrepio das garantias constitucionais e em detrimento dos seus costumes, em descumprimento ao que determinam tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil e se o descumprimento dessas normas estaria influenciando em um maior número de condenações e na aplicação de penas mais elevadas aos integrantes dos povos indígenas. Um dos mecanismos que demonstra isso vem a ser o laudo antropológico, no caso de indígenas.

A Constituição Federal Brasileira - CFB, em seu artigo 231, estabelece:

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.

Por sua vez, a Convenção número 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ratificada no Brasil por meio do Decreto Legislativo 143, em vigor desde 2003, estabelece em seu artigo 8, item 1, que, na aplicação da lei nacional, devem ser respeitados os costumes ou leis consuetudinárias dos povos indígenas, desde que compatíveis (artigo 9) com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Historicamente, os costumes indígenas não vêm sendo respeitados na cidade de Dourados/MS. Informações coletadas através da imprensa, de artigos e textos doutrinários, além de decisões judiciais, nos dão conta de que não se obedece sequer ao que determina a Convenção 169, ou os direitos básicos, como por exemplo, o direito de o indígena acusado por crime ser acompanhado por um intérprete que fale a sua língua e lhe explique todas as fases do processo criminal em detalhes, como inclusive assegura o artigo 12, assim como o

laudo antropológico levado a cabo por profissional da área, para comprovar o nível de consciência do ato praticado.

A justiça simplesmente estaria ignorando aquilo que os laudos antropológicos apontam, no sentido de mostrar que os povos indígenas possuem uma forma de justiça que merece ser levada em conta no momento de os juízes sentenciarem, porque o artigo 10º, da Convenção 169, prevê justamente o direito dos povos indígenas de terem respeitados os seus costumes, suas práticas, também no tocante à aplicação de sua justiça em casos de crimes e atos infracionais.

Na verdade, a marginalização dos povos indígenas acontece bem antes da prática de algum crime, já no sistema escolar, pois nota-se que o Estado brasileiro descumpra diretrizes básicas de educação e não propicia às crianças indígenas um ensino adequado com sua vivência étnico-cultural, como apontam vários autores.

Nesse sentido, estabelecemos nesta dissertação a importância do papel do Antropólogo na tarefa de elucidar ao juízo processante sobre o cabimento de eventuais atenuantes a favor do réu indígena, a partir das ideias de autores como Krohling (2008) e Grande (1993), que doutrinam sobre a importância do laudo antropológico nos processos criminais, estabelecendo uma ligação com o tema dos direitos humanos, uma vez que esta pesquisa insere-se na linha de pesquisa sobre Direitos Humanos, Estado e Fronteira, do Mestrado em Direitos Humanos da Fadir-UFMS. Para esse fim, utilizamo-nos das percepções de mais dois autores sobre o tema, no caso, Santos (1997) e Segato (2014).

O primeiro com o desenvolvimento de sua teoria da hermenêutica diatópica, como base para o estabelecimento de um diálogo entre culturas diferentes e a segunda com a defesa da alteridade e da ética na expansão dos direitos humanos, sendo este o título de um de seus textos, o qual foi inclusive exigido na seleção de candidatos para referido Mestrado. Dessa forma, a presente pesquisa levanta os elementos de interface entre a Antropologia e o Direito, ou ainda, a Antropologia Jurídica, nos casos envolvendo indígenas e a necessidade de utilização dos laudos periciais por parte da justiça brasileira.

No Capítulo 2 apresentamos um breve histórico da situação dos povos indígenas no Brasil, desde o descobrimento, até os dias atuais, bem como a situação dos povos indígenas na cidade de Dourados/MS, desde o advento da Empresa Matte Laranjeira, até o deslocamento dos índios para o espaço alcunhado de ‘Aldeia’ pelos que lá habitam, refletindo sobre os efeitos dessa decisão nos dias de hoje, sobretudo em contemplação com a situação jurídica dos indígenas e seu envolvimento com crimes e a justiça local. Analisamos, ainda, o

fenômeno do aldeamento e o preconceito do qual são alvo os povos indígenas de Dourados/MS, os problemas do alcoolismo e das drogas que proliferam na Reserva Indígena dessa urbe, bem como os confrontos com fazendeiros, pela disputa de terras.

Refletimos nesse capítulo sobre a ligação espiritual dos povos indígenas com seus territórios tradicionais, cuja perda é um dos motivos que tem levado os índios a cometerem suicídio na cidade de Dourados/MS e tratamos das políticas indigenistas promovidas pelo Estado brasileiro, bem como as razões que levaram ao seu insucesso.

No Capítulo 3 apresentamos um estudo a respeito dos povos indígenas e a legislação brasileira, por meio de um olhar sobre o florescimento do direito indígena, desde o primeiro Código Civil brasileiro, às Constituições e o Estatuto do Índio. Nesse capítulo, diferenciamos direito indigenista de direito indígena, distinção que, a nosso ver, somente foi possível graças ao avanço e afirmação dos direitos humanos, enquanto vetor cultural.

Já no capítulo 4, investigamos propriamente o direito consuetudinário indígena, o direito penal e o pluralismo jurídico, o papel da justiça e seus artífices na compreensão desse fenômeno e no exercício da alteridade. Analisamos a importância da perícia antropológica no processo penal de réus indígenas, bem como a defasagem e a obsolescência do Estatuto do Índio, criado durante o regime militar na década de 1970, em comparação à Convenção 169, criada uma década mais tarde pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, , bem como descreveremos sobre a resistência por parte dos juízes em aplicar tais mudanças e as dificuldades processuais penais enfrentadas pelo Estado ao processar e condenar indígenas.

O capítulo 5, que vem a ser a base deste trabalho, enfocará a autonomia dos povos indígenas, a importância do laudo antropológico na identificação das particularidades culturais ressaltando a importância da concepção do pluralismo jurídico, em confronto com o monismo jurídico.

Comungamos da ideia de Lopes (2014), no sentido de que o uso da palavra ‘índios’ para significar integrantes de diversos povos indígenas, é inadequado. Segundo a autora, já nos anos 1970, Ribeiro (1970) dizia ser impossível definir o indivíduo indígena apenas baseando-se nos aspectos raciais. Mas em alguns pontos optamos ainda pelo uso da palavra “índios” porque autores citados fizeram uso dessa expressão também para não se tornar repetitivo o uso da expressão “indígenas”.

O objetivo principal desta dissertação é explicitar e provar a importância da Antropologia para o Direito, importância esta que transcende inclusive a simples elaboração

de laudos periciais, pois que caminha no sentido do pluralismo jurídico, contemplando a diversidade.

No pensamento de Grande (2011, p. 55): “(...) não apenas a Antropologia jurídica tem um futuro, mas mostra-se como o futuro do direito”. Em outras palavras, a Antropologia pode emprestar uma importante contribuição na superação do chamado “monismo jurídico” em direção à concepção de pluralismo jurídico, como uma aposta para o futuro do direito.

Para este fim, optamos por uma análise documental, jurisprudencial, legal e doutrinária, bem como pela observância e análise de laudos antropológicos, elementos essenciais de investigação da seguinte problemática: estariam os indígenas residentes em Dourados/MS sendo alvo do desrespeito aos seus direitos, previstos em tratado internacional (Convenção 169-OIT) e na Constituição Federal, por se ignorarem informações essenciais apresentadas em laudos antropológicos?

Desejamos apresentar, ainda, subsídios que fortaleçam a ligação da Antropologia com o Direito, sustentando que o papel do perito antropólogo transcende, perante a justiça, ao simples ato de elaborar laudos. Ou seja, defendemos que a Antropologia deve ser objeto de estudo, deve ser contemplada entre as disciplinas do Curso de Direito, pois oferta ao profissional da área jurídica elementos para a constatação da diversidade, fortalece a alteridade e subsidia o pluralismo jurídico, enquanto percepção de outros sistemas jurídicos, inclusive dos povos tradicionais.

Como método de pesquisa, optamos pela pesquisa doutrinária e jurisprudencial, bem como pelo uso do método hipotético-dedutivo. Após a exposição de cada item, não nos furtamos a apresentar sugestões de implementação do sistema jurídico, com vistas a torná-lo o menos injusto possível.

Defendemos nesta dissertação a emancipação dos povos indígenas brasileiros, não no sentido de que sejam reconhecidos como nações dentro do Brasil, mas no sentido de serem reconhecidos em sua diversidade e em suas práticas consuetudinárias, incluindo Direito Consuetudinário, pois como bem provou Grande (1993), pequenas comunidades tradicionais são capazes de produzir sistemas jurídicos tão ou mais complexos do que os pertencentes às grandes sociedades.

2. OS POVOS INDÍGENAS E O ESTADO BRASILEIRO – OS KAIOWÁ E GUARANI EM DOURADOS - MATO GROSSO DO SUL

Apresentamos neste item uma história resumida dos povos indígenas brasileiros, desde a chegada dos portugueses, até os dias atuais, mostrando como se desenvolveu o processo de contato com os povos tradicionais, a prática do escambo e a classificação dos indígenas em pacíficos ou belicosos, bem como o tratamento reservado a cada um deles.

2.1 Breve história dos povos indígenas e o Estado brasileiro

Quando os portugueses chegaram ao Brasil, no dia 22 de abril de 1500, encontraram no imenso território uma significativa quantidade de habitantes, os povos indígenas. Logo, o que se sabe dessas pessoas começou a ser contado pelos historiadores, sendo Pero Vaz de Caminha o primeiro deles. Contudo, há dúvidas se de fato foram os primeiros que chegaram em terras brasileiras, uma vez que, segundo alguns autores, entre eles Bueno (1998), antes de Cabral, aportou no Brasil, isso no ano de 1498, um navegador por nome Duarte Pacheco Coelho. Logo, alguns historiadores falam em uma “redescoberta” do Brasil.

O que não se pode negar, é que a história dos povos indígenas que existiam no território que seria o Brasil é muito mais antiga do que o acontecimento da chegada de Cabral. A presença dos povos indígenas perde-se na noite dos tempos, podendo-se pressupor que vá além de 12.000 mil anos para o passado, como bem explica Cunha (2012, p. 9-10):

Sabe-se que entre aproximadamente 35 mil a 12 mil anos atrás, uma glaciação teria, por intervalos, feito o mar descer a uns 50 m abaixo do nível atual. A faixa de terra chamada Beríngia teria assim aflorado em vários momentos desse período e permitido a passagem à pé da Ásia para a América. Em outros momentos, como no intervalo entre 15 mil e 19 mil anos atrás, o excesso de frio teria provocado a coalescência de geleiras ao norte da América do Norte, impedindo a passagem de homens. Sobre o período anterior a 35 mil anos, nada se sabe. De 12 mil anos para cá, uma temperatura mais amena teria interposto o mar entre os dois continentes. Em vista disso, é tradicionalmente aceita a hipótese de uma migração terrestre vinda do nordeste da Ásia e se espraiando de norte a sul pelo continente americano, que poderia ter ocorrido entre 14 mil e 12 mil anos atrás.

Então, supõe-se que os habitantes desta terra que Cabral declarou como pertencente a Portugal, viviam lá há mais de 12 mil anos, talvez menos, talvez mais, não se excetuando, ainda segundo Cunha (Op. cit., 2012, p. 10), a possibilidade de terem vindo ao Brasil através do mar, pelo estreito de Bering. Entretanto, a mesma autora menciona, em outra fonte

bibliográfica¹), que os portugueses se apossaram do Brasil “(...) como se fora virgem” (TODOROV, 1983), isto é, como se fosse livre de habitantes anteriores. Porque em um primeiro momento acreditando que haviam chegado às Índias, os portugueses denominaram os antigos habitantes do Brasil simplesmente por ‘índios’. E essa terminação continua 500 anos depois, causando equívoco de compreensão entre os brasileiros, que ainda compreendem os cerca de 300 povos indígenas que vivem em seu território, os quais resistiram a um processo brutal de escravização, aldeamento e etnocídio, como se fossem um todo único, sem diferenças em suas crenças, costumes e práticas.

Calcula-se, ressalvada toda dificuldade em se precisar esse número, que habitavam o Brasil, ao tempo da chegada dos europeus, entre 500 mil a 6,8 milhões de índios (CUNHA, 2012, p. 14), indivíduos que foram sendo gradativamente catequizados, escravizados e utilizados para os interesses do empreendimento colonizador português, sendo também dizimados, não apenas nos primeiros cinquenta anos, porque como assevera a mesma autora, a primeira política do colonizador português para com os povos indígenas foi a do escambo.

Narra Carvalho (1997) que os portugueses ofereciam aos indígenas foices, machados e facas e recebiam em troca o pau-brasil para tintura e animais exóticos, como papagaios e macacos. Contudo, isso rapidamente mudou com a vinda dos primeiros portugueses para fixar residência no Brasil, pois, com a ideia de se estabelecerem nas terras descobertas, quando precisaram de mão de obra, passaram a escravizar os indígenas. Aqueles que se negavam a isso eram simplesmente mortos.

A necessidade de se manter a posse de fato sobre o território brasileiro fez com que Portugal enviasse para o Brasil seus aventureiros. Os nativos tinham por costume bem acolher esses estrangeiros, sendo que inclusive concediam a cada homem europeu uma esposa indígena, tornando mais fácil a sua sobrevivência:

Esses europeus se adaptaram bem à nova situação, tornando-se quase índios. Andavam nus, comiam mandioca, aprendiam o nome das plantas, a época certa do cultivo, a língua nativa. E geravam filhos, os primeiros brasileiros: identificados com o pai poderoso, mas herdeiros dos costumes da mãe. Criados no cruzamento da cultura materna e das informações paternas, constituíram a base na qual se assentaria a colonização. Num mundo que concebia o encontro racial pela ótica do domínio, a ocupação do Brasil se faria também pelo casamento (CARVALHO, 1997, p. 23).

Ou seja, essa prática demonstra que desde a chegada dos europeus no Brasil, teve de se abrir precedente no tocante aos costumes do colonizador, para que convivesse com os costumes dos povos que já habitavam esse território.

¹ Cunha, M. C. da. **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 2ª Ed., 2002, p.9.

2.1.1 O período colonial e os povos indígenas

Quanto à questão jurídica, é válido para que se compreenda que em 1500 vigorava em Portugal as chamadas Ordenações Afonsinas, aprovadas em 1446 durante o reinado de D. Afonso V. Depois, em 1521, passaram a valer as chamadas Ordenações Manuelinas, por ordem de D. Manuel I, que estiveram em vigor até o surgimento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, por ordem de D. Sebastião, os quais, concorda Prado (2000, p. 62): “(...) não chegaram a ser eficazes, em face da situação peculiar reinante na colônia”.

Essa situação, é importante que pontuemos, compreendia a imensidão de área da colônia, a falta de controle do colonizador, o domínio que exerciam os povos indígenas tradicionais, sendo que alguns deles se mostraram arredios para com os portugueses. Estabeleceu-se, então, uma clara divisão entre índios ‘mansos’ e índios ‘bravos’, os insubmissos, que não aceitavam ser submetidos à vontade do colonizador, os quais foram sendo gradativamente eliminados, em períodos de guerra denominados por Guerras Justas². Foram tempos em que se admitia o uso da força e a eliminação em massa dos povos indígenas considerados rebeldes, períodos também chamados de Descimentos.

Depois das Ordenações Manuelinas e a Compilação de Duarte Nunes de Leão, de 1521 e 1569, o que valeu de fato para o Brasil foram as Ordenações Filipinas, oriundas da promulgação feita pelo Rei Filipe II, em 1603, tratando-se de norma muito severa que contemplava a pena de morte, açoites, cortes de membros e galés³, degredo – ou exílio – e multas arbitrárias (PRADO, 2000, p. 63). O Brasil, portanto, não recebeu o influxo das ideias libertárias da Revolução Francesa e tampouco os princípios idealizados por Cesare de Beccaria, com seu grande livro *Dos Delitos e das Penas*, de 1764, senão já bem mais tardiamente. Também não se admitia o Princípio da Legalidade, porque a legislação penal portuguesa não admitia essa concepção, de origem inglesa. Tratava-se de uma legislação

² Apesar de o governo português ter defendido, em princípio, a liberdade indígena, os colonos recorreram por diversas vezes à guerra 'justa' para conseguir escravos entre os povos nativos. Assim se chamava a guerra contra os indígenas, autorizada pelo governo português ou seus representantes. Isso ocorria, basicamente, quando os indígenas (que eram politeístas) se recusavam a se converter à fé cristã - imposta pelos colonizadores - ou impediam a divulgação dessa religião, quebravam acordos ou agiam com hostilidade em relação aos portugueses. Frequentemente, os colonos burlavam as normas oficiais sobre a 'liberdade dos nativos', alegando que eram atacados ou ameaçados pelos indígenas. Sucessivas guerras contra povos indígenas marcaram a conquista das regiões litorâneas pelos europeus no século XVI. Foram os casos, por exemplo, das guerras contra as indígenas caetés, tupinambás, carijós, tupiniquins, guaranis, tabajaras e potiguares. Extraído de <http://periodoprecolonizador.blogspot.com.br/2012/04/guerras-justas.html>. Acesso em 05 de Janeiro de 2018.

³ A **pena das galés** era a punição na qual os condenados cumpriam a pena de trabalhos forçados. Extraído de: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Gal%C3%A9s>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

arcaica, de cunho centralizador, com previsões obscuras e penas desproporcionais à gravidade de alguns crimes.

Contudo, aponta-se a Carta Régia de Felipe III, de 10 de setembro de 1611, como a primeira conquista dos povos indígenas, senão o surgimento do direito indigenista, porque essa Carta, ao tratar das questões de ocupação de terra, declarou a posse das mesmas pelos indígenas que já nela tinham suas aldeias como legítima, proibindo inclusive sua escravização. No entanto, é preciso convir que essa Carta não foi amplamente obedecida no Brasil, uma vez que os povos indígenas não falavam o português, logo nem sabiam desse direito e como reivindicá-lo, também não havia fiscalização.

Houve, é bem verdade, no Nordeste do Brasil a assunção do chamado Direito Penal Holandês, isso por um curto período, dentre 1630 a 1645, que, segundo Prado (2000, p. 64), foi rapidamente repellido pelos brasileiros, devido a uma reação supostamente nacionalista, que em nada contribuiu para o enriquecimento das normas penais brasileiras.

Proclamada a Independência, previa a Constituição de 1824 que se elaborasse nova legislação penal e, em 16 de dezembro de 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império, o qual fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos.

Com a Proclamação da República, foi editado em 11 de outubro de 1890 o novo estatuto, agora com a denominação de Código Penal. Aboliu-se a pena de morte e instalou-se o regime penitenciário de caráter correccional. Entretanto, o Código era mal sistematizado e por isso foi modificado pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, “(...) e cuja vigência findou com o advento do atual diploma, com a redação original de 1940” (NORONHA, 2000, p. 60), o qual foi objeto de reforma em 1984.

Em todas essas legislações penais não se encontram previsões específicas para os povos indígenas. O tratamento dos povos indígenas foi estabelecido pela evolução constitucional, por meio de tímidas previsões nos Códigos Civis e em legislação esparsa, o que denota, de maneira bem evidente, que os índios foram de certa forma ignorados pelo direito penal, enquanto legislação, por se imaginar que seriam naturalmente integrados à população não indígena, prescindindo-se de uma legislação penal específica para os mesmos, isso até o Século XX, quando foi aprovado o Estatuto do Índio, em 1973.

O direito penal, então, enquanto legislação, não enxergava o índio como possuidor de um *modus vivendi* próprio, com costumes e práticas diversos, devendo inclusive ser respeitado enquanto criador e praticante de um direito penal consuetudinário. Contudo, parece

inapropriado afirmar que não houve influência dos povos indígenas sobre o direito penal e civil brasileiros. Na medida em que alguns colonizadores portugueses casaram com mulheres indígenas, houve a mistura de costumes, o que resultou na necessidade dos portugueses conviverem com práticas consuetudinárias indígenas. .

2.1.2 O SPI, as políticas indigenistas e a FUNAI

Antes de tratarmos desse item, definiremos grupos indígenas, servindo-nos das palavras de Danielle B. Lopes, porque também os compreendemos como pluralidades étnicas:

Neste sentido, o mais importante é que se entenda que quando falamos de grupos indígenas neste trabalho, estamos dissertando sobre pluralidades étnicas que residem no Brasil e foram descritas por cronistas e missionários desde o século XVI sem mencionar as inúmeras contribuições dos estudos antropológicos. Mesmo diante deste quadro, estes grupos indígenas representam a mais recente ‘descoberta’ das constituições brasileiras e têm sua ‘diversidade’ reconhecida há apenas 25 anos dentro de uma Constituição Nacional (LOPES, 2014, p. 94-95).

Seguindo os passos traçados por Vieira (2015), em seu artigo intitulado “Povos Indígenas do Brasil: um olhar sobre a política indigenista oficial da colônia à República” percebemos que as políticas indigenistas foram sempre impostas aos povos tradicionais e nunca dialogadas. Já na Carta de Caminha, o missivista narra que os povos indígenas brasileiros seriam dóceis e possivelmente permeáveis à catequese, noção essa que seria rapidamente negada, quando o colonizador teve contato com povos mais hostis. Ou seja, desde o descobrimento do Brasil, o colonizador se adonou dessas terras como se desabitadas fossem e os povos indígenas, no começo foram vistos como uma “folha em branco”, elemento propício a qualquer tipo de influência por parte do colonizador português. Já para aqueles povos insubmissos, a política do colonizador foi a de implantar a destruição de suas moradas, assassinatos de seus membros mais aguerridos e escravização dos que restassem.

Vieira (2016, p. 02) sustenta que podemos acompanhar as políticas indigenistas no Brasil estudando as leis ou decretos que disciplinaram o uso da terra, pois:

No aspecto fundiário, o Brasil vivenciou quatro momentos do ponto de vista jurídico, assim nominados: regime sesmario (1500 – 1821); regime de posse (1821 – 1850); Regime da Lei de Terras (1850 – 1889); e regime republicano (1889 – até os dias atuais).

Inicialmente a Coroa portuguesa implantou no Brasil o chamado regime das sesmarias, no qual a terra inculta era repassada para o particular por um determinado período, em que o mesmo deveria colonizá-la, mediante pagamento de dízimo ao Rei. Nessas terras estavam, não raro, os povos indígenas. Ainda conforme o autor supracitado (2016, p. 04)

Nesse contexto, os nativos passaram a ser visto como um problema para a realização dos ideais portugueses neste território. Já que os portugueses não obtiveram

resultados de torna-los súditos de Portugal, achou-se necessária a integração dos mesmos numa unidade colonial/nacional. Para tal missão coube aos Jesuítas a tarefa de catequizá-los. Essa tentativa de integração gerou um alto nível de violência contra os povos indígenas, em todos os aspectos: territoriais, culturais, morais, linguísticos, sociais. Causando um enorme genocídio, extermínio, dizimando populações inteiras. As principais causas eram doenças contraídas pelo contato com o branco, violência física, trabalho escravo.

Temos, então, esses dois dados essenciais: desde o início pretendeu-se para os povos indígenas submissos, a política de torná-los súditos do Rei e, com a vinda dos Jesuítas, pretendeu-se catequizá-los. Os primeiros jesuítas chegaram ao Brasil em 1549 e vieram com o primeiro governador geral – Tomé de Souza e mais o Padre Manoel da Nóbrega. Nóbrega edificou a primeira escola em Salvador, que teve no irmão Vicente Rodrigues, um jovem padre de 21 anos, o primeiro professor no estilo europeu, que por mais de 50 anos se dedicaria a esse mister de divulgar a fé católica entre os indígenas⁴.

Os jesuítas permaneceram como mentores da educação brasileira durante duzentos e dez anos, até 1759, quando foram expulsos de todas as colônias portuguesas por decisão de Sebastião José de Carvalho, o marquês de Pombal, primeiro-ministro de Portugal de 1750 a 1777. No momento da expulsão, os jesuítas tinham 25 residências, 36 missões e 17 colégios e seminários, além de seminários menores e escolas de primeiras letras instaladas em todas as cidades onde havia casas da Companhia de Jesus. A educação brasileira, com isso, vivenciou uma grande ruptura histórica num processo já implantado e consolidado como modelo educacional (PEDAGOGIA EM FOCO, 2017, *on-line*).

A segunda política, nunca abertamente confessada, mas claramente adotada no Brasil, foi a da subjugação por meio da força, dos povos indígenas insubmissos. Segundo ainda Vieira (2016, p. 11-12):

Após o fracasso das capitâneas hereditárias, houve a centralização do modelo político-administrativo com o Governo-Geral. O regimento do governador-geral Tomé de Souza (1548) determinava como castigo pela rebeldia indígena a destruição de suas aldeias e povoações: [...] para poder castigar os culpados o mais vosso salvo e com menos risco da gente que puder ser e como assim tiverdes praticado o poreis em ordem destruindo-lhes suas aldeias e povoações e matando e cativando aquela parte deles que vos parecer que basta para seu castigo [...].

Como já mencionado, houve legislação a favor dos indígenas, quando o Brasil esteve, por um curto período, sob poder da Espanha. O Rei Felipe III ordenou em 10 de setembro de 1611 a emissão de uma Carta Régia, dando aos indígenas o direito de não terem suas terras tomadas, bem como o de não serem escravizados pelas capitâneas. Mas essa norma nunca chegou a ser cumprida no Brasil, até porque os indígenas não sabiam ler, nem escrever, sequer tiveram ciência dessa norma protetiva. Assim afirma Vieira (2016, p. 4-5):

Com 180 anos após a chegada dos portugueses, o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 também mencionou direitos indígenas na época colonial, garantindo-lhes o

⁴A chegada dos jesuítas. Extraído de:

http://www.passeiweb.com/estudos/sala_de_aula/historia/chegada_dos_jesuitas. Acesso em 30 out. 2017.

usufruto de suas terras e sua permanência na mesma. Os mesmos só sairiam ou mudariam se tivessem vontade. Outra Carta Régia de 09 de março de 1718 assegurava aos índios o direito de cultivarem livremente seus costumes, seus modos de vida. Podendo essas ser deixadas para seus herdeiros. Herança garantida pela lei pombalina de 1755. No entanto, tudo não passou de ‘Folhas de Papel’ (LASSALE, 2001), onde não há garantia do cumprimento das leis na época do Brasil Colônia. As mesmas eram lidas em público, para um público que não as entendia, e, quem entendia não tinha interesse em cumpri-la.

Com a extinção das sesmarias, houve um período conturbado do regime de posse, que durou quase trinta anos sem procedimentos judiciais sobre as terras, gerando um caos que fugia do controle do Estado (TRECCANI, 2009, *apud* VIEIRA, 2016), isso até que Dom Pedro I outorgasse a primeira Constituição do Brasil, a de 1824.

Assim, ainda conforme Vieira (2016), o cenário constitucional da época mostrava que a maioria das constituições brasileiras simplesmente ignorou a existência dos povos indígenas e quando deles trataram foi sempre com interesses outros, que não o de protegê-los. Nessa perspectiva, é importante que destaquemos a importância do Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a Lei Imperial n. 601, de 18 de setembro de 1850, cujo artigo 72 reservou as terras devolutas “(...) para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens”. O Serviço de Proteção ao Índio foi criado em 1910 e inicialmente tinha uma denominação mais ampla; chamava-se Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais - ou SPILTN - dentro do Ministério da Indústria. Foi em 1918 que devido ao Decreto n. 3.454, passou a ter a denominação reduzida a apenas SPI – ou Serviço de Proteção ao Índio.

Mas a verdade é que tais leis pouco protegeram os indígenas da voracidade dos antes colonos e depois latifundiários, situação que perdurou com a criação do SPI pelo decreto-lei n. 8.072, de 20 de junho de 1910, o qual “(...) desenvolvia uma política que propunha dar aos índios condições de evoluir lentamente, até integrarem-se à sociedade brasileira, visto que eram considerados incapazes e precisavam, por isso de órgãos federais para representá-los” (VIEIRA, 2016, p. 06), com a criação de reservas indígenas, sob a alegação de que era para se evitar que fossem invadidas, mas que na verdade pretendeu-se reunir mão de obra barata doravante utilizada por fazendeiros, nos mais diversos cultivos e lides do campo.

Contudo, tratou-se de uma conquista, pois de acordo com Darcy Ribeiro:

Pela primeira vez era estatuído, como princípio de lei, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de serem eles próprios, de professarem suas crenças, de viverem segundo o único modo que sabiam fazê-lo (RIBEIRO, 2000, p. 168).

A criação do SPI foi a primeira política do Estado brasileiro direcionada aos povos indígenas. Porém, ao longo dos anos, o SPI enfrentou problemas financeiros, com exíguas

verbas, sendo que inclusive passou, em muitos casos, a defender interesses opostos aos dos indígenas, açodado por pressão dos esbulhadores das terras desses povos tradicionais. A esse respeito, Ribeiro (2000, p. 164) afirma:

De repente, a atuação do Serviço era totalmente oposta aos interesses indígenas. A falta de recursos financeiros e políticos contribuiu para o declínio do SPI e, principalmente durante o regime militar, frequentes eram as denúncias acerca de fome, doenças e escravização, além de acusações de corrupção e genocídio. Tais fatos levaram a uma investigação por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), o que resultou na demissão de inúmeros funcionários, como bem aponta a doutrina: ‘O SPI lançou mão de um quadro funcional heterogêneo, envolvendo desde militares positivistas a trabalhadores rurais sem qualquer formação. Os regulamentos e os planos de ação estabeleciam uma pedagogia nacionalista que controlava as demandas indígenas, podendo resultar em situações de fome, doenças e de população, contrárias aos objetivos do Serviço. [...] O regime militar instaurado em 1964 empregava o Ato Institucional n. 5 para cassar as liberdades democráticas e o Serviço de Proteção aos Índios mergulhava numa conjuntura de escândalos e corrupção, levando a investigações que puniram inúmeros funcionários’.

Por tais razões, Ribeiro (2000) entende que o SPI passou por breves períodos de atividade intensiva, seguidos por longos períodos de inoperosidade e quase estagnação.

Por uma série de problemas, entre eles, corrupção, acusações de maus tratos a indígenas e conflitos com os militares, o SPI veio a ser extinto em 1967, sendo substituído pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, que é responsável por coordenar e implantar as políticas referentes aos indígenas no Brasil, até os dias atuais.

Pretendeu-se a homogeneização dos povos indígenas, ou seja, uma gradual renúncia de seus costumes e práticas tradicionais, culminando pela absorção completa dos costumes do colonizador. Os povos indígenas perderiam a sua identidade em nome de uma identidade, a princípio portuguesa e depois da declaração de independência, brasileira. Como bem acentuam Aguilera Urquiza e Nascimento (2014, p. 14):

No Brasil, as culturas indígenas foram as que mais sofreram os processos de discriminação inerentes à lógica da homogeneização cultural, pois, dentro da lógica do etnocentrismo, mesclada com o racismo, foram vistas pela cultura europeia como inferiores e como ameaça à identidade nacional.

Nem sempre esconderam que como fomento a essas políticas, estava o racismo puro e simples, a noção equivocada de que o europeu era superior ao indígena.

Concordamos com Vieira (2016) no sentido de que o Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/73, criado para subsidiar os serviços da FUNAI, como seu artigo 1º deixa entrever, tem por objetivo preservar a cultura dos povos indígenas, mas entendemos que esse desiderato choca-se com o artigo 50 da mesma Lei, quando se pretende (novamente) a integração dos povos indígenas à comunhão nacional se a pretensão for a de que os costumes dos povos tradicionais deixem de ser praticados gradativamente, adotando-se o *modus vivendi* dos

brancos, com sua visão eurocêntrica, que vem a ser a percepção do mundo apenas sob a ótica do europeu colonizador .

A Lei n. 6.001/73 estabelece em seu artigo 22 que terras indígenas pertencem à União, sendo que os indígenas detêm apenas a posse dessas terras, necessitando ainda da tutela governamental. Mas a Constituição Federal de 1988 – CF/88 foi além, emancipou os indígenas, de fato e de direito, exceto os raros povos que permanecem ainda, por opção, isolados. Como bem doutrina Vieira (2016), após mencionar que a CF/88 é a primeira constituição brasileira pluriétnica e multiculturalista, afirma Souza (2001, p. 107): “A constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio [...]”, se esse for o desejo dos povos indígenas, mesmo os já em contato com os brancos.

Ou seja, isso precisa ser bem entendido por todos: hoje, a política mais moderna, face aos indígenas, vem a ser a de aceitar que os povos indígenas sejam o que desejarem ser. Se quiserem manter os seus costumes, crenças, práticas do jeito que sempre cultivaram, isso deve ser respeitado. Mas se pretenderem viver como os brancos, isso deve também ser respeitado. Nesse sentido, a adoção dos sistemas consuetudinários jurídicos dos povos indígenas é tema que trataremos no item 3.3, dada a sua especificidade.

2.2 Os Kaiowá e Guarani: o processo de colonização e a perda dos territórios

No processo de colonização e, por consequência de esbulho⁵ de territórios que eram pertencentes aos povos indígenas do então Estado do Mato Grosso, os primeiros povos atingidos foram os ribeirinhos ou que viviam próximo ao Rio Paraná e seus afluentes (Rio Pardo, Rio Ivinhema, Rio Paranaíba, entre outros), bem como ao Rio Paraguai e seus afluentes (Rio Miranda, Rio Apa, Rio São Lourenço, entre outros). Mais recentemente, com o avanço da colonização, já no século XX, houve a usurpação de territórios dos povos das matas, no caso, dos Kaiowá e Guarani, conforme exemplificam Aguilera Urquiza e Prado (2016, p. 173):

No caso específico do povo terena, sabemos que eles se confrontaram com os colonizadores mais cedo do que os Kaiowá e Guarani; e com frentes de colonização mais diversificadas. Analisando a história regional, percebemos que os povos localizados ao longo dos rios foram os primeiros a serem atingidos pelas frentes de colonização – caso dos Paiaguá, considerados ‘os senhores do Rio Paraguai’, hoje considerados extintos; e o povo Guató, conhecido como índios canoeiros do pantanal, que ocupavam tradicionalmente, os rios pantaneiros, em especial o Rio

⁵ Esbulho: ato de se retirar forçadamente um bem de seu legítimo possuidor. Extraído de <https://www.significados.com.br/esbulho/>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

Paraguai e São Lourenço, na fronteira com a Bolívia, em pleno Pantanal, dos quais um pequeno grupo segue vivendo nessa região. Os Guató dividem atualmente a Ilha Ínsua com o Exército Brasileiro e ainda vivem de pequenas roças de subsistência e a pesca nas baías pantaneiras. Após o choque com os povos localizados ao longo das bacias dos rios navegáveis, os interesses e as tecnologias do colonizador, buscaram, a seguir, as regiões dos campos naturais e dos cerrados, que foram rapidamente ocupados pela pecuária. No território de Mato Grosso do Sul esses espaços eram ocupados pelo povo Ofaié, entre outros, povo que resultou, praticamente, extinto, sendo encontrados hoje ao redor de apenas 70 pessoas. Como ocorreu com o Povo Guató, esse povo acabou rapidamente sem território. Atualmente vivem em uma porção minúscula de terra no Município de Brasilândia/MS. Nessa sequência de avanço das frentes de expansão, no Estado ocorreu em período muito mais recente a ocupação das regiões de mata, avanço que acabou atingindo em cheio os 'povos da mata', no caso, os Kaiowá e Guarani, no extremo sul do Estado.

Ocorreu, portanto, um processo paulatino de apossamento dos territórios indígenas, sendo que o povo Terena, talvez por ter sido um dos primeiros a sofrerem com esse processo, foram os que melhor se adaptaram ao sistema colonial de submissão dos indígenas.

Como bem sustentam Wenceslau e Silva (2011), as aldeias do povo Kaiowá e Guarani são compostas pela casa, a terra ao redor da casa, a roça e a mata para perambulação. Antes de serem circunscritos às reservas indígenas estabelecidas pelo SPI, esses povos viviam em grande extensão de terras, aglomerados em núcleos familiares de até cem indivíduos, chamado de *tekoha*⁶. Os índios contavam com grandes extensões de matas nativas, pelas quais podiam andar soltos e coletar alimentos, plantas medicinais, tomar banho nos rios. Com o desapossamento e a locomoção forçada para as reservas, veio a situação de confinamento em pequenos fragmentos de seu antigo território tradicional.

Wenceslau e Silva (2011, n. 47 E, *on-line*) tratam especificamente da situação dos indígenas de Dourados - MS, já no ano de 2011, com a informação no sentido de que 11 mil indígenas estariam vivendo no reduzido espaço denominado por Reserva Indígena:

O espaço original doado era de 3.600 ha, quando foi feita a demarcação o território perdeu 61 ha o que demonstra que o território efetivamente ficou 3.539ha. Destacamos que os 3.600 ha foram destinados para 300 pessoas, apenas. Já no ano de 2011, espaço de 3.539 ha possuía cerca de 11.000 pessoas.

Esse desapossamento dos Povos Indígenas Kaiowá e Guarani ocorreu no final do século XIX e início do século XX, devido à implantação da Companhia Matte Laranjeira e a colheita da erva-mate. Entretanto, essas terras, que foram arrendadas a essa empresa, passaram aos fazendeiros, que desmataram grandes áreas para o plantio de milho e depois soja

⁶ O termo *tekoá*, também grafado *tekoha* (pronunciado /tequô'á/), é de origem guarani e significa *aldeia guarani*. O significado completo da palavra, porém, não se reduz ao lugar habitado pelo grupo guarani. Literalmente, significa *o lugar do modo de ser guarani*, sendo esta categoria *modo de ser (tekó)* entendida como um conjunto de preceitos para a vida, em consonância com os regramentos cosmológicos herdados pelos antigos guaranis. Extraído de <https://pt.wikipedia.org/wiki/Teko%C3%A1>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

ou para a atividade pecuária. Os índios se viram forçados, então, a viver em pequenos espaços, ou no dizer de Antônio Brand (*apud* PEREIRA, 2010, p. 117), em verdadeiro confinamento. Importante lembrar que nessa época o cacique, ou qualquer liderança, deveria deixar a aldeia e vir à cidade, para comunicar ao SPI ou à FUNAI, inclusive o motivo de seu deslocamento.

Ainda nessa ótica, destaca Pereira (2010, p. 117) que:

Com respeito ao primeiro argumento, o da expropriação das terras indígenas, os estudos históricos constataam que, a partir da penúltima década do século XIX, as comunidades kaiowá e guarani foram sendo gradativamente expropriadas das terras que até então ocupavam com exclusividade, de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Após mencionar que Antônio Brand foi o historiador pioneiro em denunciar essa expropriação de terra, Pereira (2010) informa ainda que esse processo foi mais intenso entre as décadas de 1930 e 1950, com maior solicitação de pedidos de registros de terras expropriadas e entre 1960 a 1980, com o incremento das atividades pecuárias.

Segundo o mesmo autor (*Op. cit.*, p. 127), a pecuária ainda trouxe um segundo problema que foi a importação de gramíneas de fora do ecossistema local, como a colonião e a braquiária, que, mais tarde, tornaram-se pragas e passaram a invadir as Reservas. Quando os Kaiowá e Guarani viviam nas matas, tinham por costume separar um pequeno espaço de terra, no qual realizavam a queimada, o que não chegava a prejudicar o solo porque além de ser pequena área, a queima era controlada e limitada pela mata fechada. Sobre a terra queimada, faziam sua pequena plantação de subsistência, chamada ‘roça de toco’⁷. Hoje, vivendo em pequenos espaços de terra, como o de Dourados, já não existe mata e essa gramínea toma conta, sendo que os indígenas não dominam conhecimento sobre insumos agrícolas. Por razões inclusive religiosas, continuam a atear fogo em áreas de cultivo, o que acaba por tornar o solo pouco produtivo, advindo disso a carência de alimentos.

A (i) perda do espaço (mata), no qual antigamente estes povos podiam exercer sua cosmovisão, desenvolver a crença em seus mitos e usufruir da caça e da pesca, além da coleta de alimentos, bem como o (ii) confinamento em pequeno espaço, ante um grande número de indivíduos, e (iii) a pouca fertilidade do solo da reserva pelo falta de domínio de técnicas agrícolas e (iv) o domínio do solo por gramíneas introduzidas por pecuaristas, são fatores que colaboram grandemente para a situação atual de sofrimento social e desestruturação cultural desses povos e vêm a ser uma das principais, senão a principal, causa de suicídios entre

⁷ Roça de toco: ciclo de cultivo de espécies anuais, através da agricultura de pousio, um repouso proporcionado às terras cultiváveis, interrompendo-lhe as culturas para tornar o solo mais fértil. Extraído de <https://pt.wikipedia.org/wiki/Pousio>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

indígenas de Dourados/MS, já que com uma terra escassa e improdutiva, não seria mais possível desfrutá-la nem para subsistência, nem como fonte de lucro nesse cenário que permeia desafios impostos pela urbanização e conflitos fundiários.

2.2.1 A Matte Laranjeira e o deslocamento forçado dos povos indígenas

Com o fim da guerra da Tríplice Aliança contra o Paraguai houve a necessidade de demarcação do território brasileiro, já compreendendo a área que foi tomada do país vizinho, sendo que se estabeleceu para esse propósito uma Comissão de Limites⁸, que iniciou suas atividades em 1872. Nesse período, um fornecedor de nome Tomás Laranjeira interessou-se pela exploração da erva-mate, tendo aprendido da arte de sua industrialização com o Visconde de Maracaju, que segundo Silva (2002, p. 18, *apud* RODRIGUES, 1993, p. 119) foi quem “(...) lhe deu a concessão para a exploração da erva mate através do Decreto no. 81.799, de 09 de dezembro de 1882”.

Conforme Silva (2002, p. 18), Tomás Laranjeira foi forçado a aliar-se a Joaquim Murtinho, que fundou o Banco Rio e Mato Grosso, contribuindo para a construção da Companhia Mate-Laranjeira, a qual obteve poder político e passou inclusive a comandar politicamente a região. Graças ao apoio político, a indústria fundada em 1892 foi ampliada por meio do Decreto n. 520, de 23 de junho de 1890, mais a Resolução n. 103, de 15 de julho de 1895, e suas terras abrangiam à época 5.000.000 hectares.

Essa área compreendia praticamente todo o território dos povos Kaiowá e Guarani, cuja presença, em princípio, foi tolerada pela Companhia Mate-Laranjeira, até porque os indígenas serviram como mão de obra barata na colheita da erva-mate, mas, conforme alguns se tornaram resistentes à retirada dessa planta de suas terras originárias, esses povos foram simplesmente deslocados para o espaço que hoje se denomina por Reserva Indígena, na cidade de Dourados-MS. Como narra Silva (2002, p. 19):

⁸ As Comissões Brasileiras Demarcadoras de Limites, atualmente órgãos integrantes do Ministério das Relações Exteriores, têm por competência executar, juntamente com os delegados das Comissões estrangeiras correspondentes, os trabalhos de demarcação e de caracterização dos limites internacionais do Brasil e incumbir-se da inspeção e da manutenção dos marcos anteriormente erigidos. São duas as Comissões: a Primeira, com sede em Belém, que tem a seu cargo as fronteiras com o Peru, Colômbia, Venezuela e Guianas; a Segunda, sediada no Rio de Janeiro, estão afetas as fronteiras com a Bolívia, Paraguai, Argentina e Uruguai. O Primeiro Comissário português para delimitar a fronteira Brasil-Paraguai foi Francisco Xavier de Mendonça Furtado (irmão do Marquês de Pombal), nomeado em 1753. Extraído de <http://scdl.itamaraty.gov.br/pt-br/historia.xml>. Acesso em 05 de janeiro 2018.

As relações da Mate- Laranjeira com os Guarani-Kaiowá eram intermediadas pelos trabalhadores paraguaios, pela facilidade de falarem o mesmo idioma, já que os caciques não aceitavam pacificamente que se extraísse a erva mate dos seus territórios. Para alcançarem seu intento, era feito todo um trabalho de convencimento, até mesmo com doação de presentes, para a exploração dos ervais, pois estavam em terras indígenas. O fato é que a participação da mão-de-obra [sic] Guarani-Kaiowá na indústria da erva no território do atual Mato Grosso do Sul, monopolizada pela Cia. Mate Laranjeira foi bastante relevante, tendo sido uma grande aglutinadora da sua força de trabalho, e uma das primeiras frentes a utilizá-la. Na verdade, pouco se escreveu sobre a importância da mão-de-obra [sic] indígena a serviço da indústria ervateira, mas o fato é que ela foi uma realidade forte. Estes trabalhadores, segundo Brand pode constatar, ora trabalhavam por dinheiro, ora por mercadorias, sendo mais comum o fornecimento de produtos. Esse autor esclarece que a ocultação de estudos mais aprofundados sobre a mão-de-obra [sic] indígena para a Cia. Mate Laranjeira, talvez se deva ao fato dos trabalhadores indígenas estarem misturados aos paraguaios, partilhando a mesma língua e costumes próximos.

Conforme a Resolução n. 520, de 23 de junho de 1890, o território sob posse da Companhia abrangia desde as cabeceiras do ribeirão das Onças, na Serra de Amambay, pelo ribeirão S. João e rios Dourados, Brilhante e Sta. Maria até a Serra de Amambay e pela crista desta serra até as referidas cabeceiras do ribeirão das Onças (FERREIRA, 2007, p. 31).

Eva Maria Luiz Ferreira, em sua dissertação de mestrado (2007, p. 32), acentua que tais concessões à Companhia Matte Laranjeira:

[...] atingiram em cheio o território dos Kaiowá e dos Guarani, e sua atuação tem sido abundantemente comentada por diversos indígenas: ‘(...) Ubaldo Castelan, da Reserva Sessoró, referindo-se a esta região, antes de 1928, afirma: ‘aqui tudo é só empresa mesmo, trabalho ervateiro’.

Como bem acentua Wenceslau (1994, p. 54), em sua tese de doutorado, o Povo Guarani vivia em aglomerados familiares:

Os Guarani residiam em aldeamentos que abrigavam uma família extensa, moravam em ranchos cobertos de folhas de pindó ou sapé, espalhados pelo mato. Os aldeamentos aglomerados, como podem ser vistos nos dias de hoje, não existiam naquela época. Essas famílias extensas eram unidades econômicas autossuficientes e reunidas com a vizinhança.

Ou seja, o povo indígena Guarani (do subgrupo Kaiowá) não tinha o costume de viver, todos os seus integrantes, reunidos em um só lugar. Eram famílias que viviam espalhadas no imenso território que a Companhia Matte Laranjeira se apossou e explorou, extraindo a erva – mate desde o final do século XIX até seu declínio por volta de 1930.

Segundo, ainda, a mesma historiadora (Op. cit., p. 54-55):

A concessão de terras à Companhia Mate de Laranjeira feita em regime de monopólio para a exploração do mate incidiu sobre o território Guarani brasileiro, delimitado pelos rios Apa, Iguatemi, Brilhante e Dourados, o que provocou o deslocamento dos indígenas e movimento no próprio habitat. Este tipo de atividade econômica foi motivo de desorganização social, na medida em que exigia uma mobilidade muito grande de pessoas, desfazendo os núcleos de aldeamento. Descobria no seu âmago uma relação de explorador/explorado, sintoma constante de

qualquer economia de extração tradicional. Embora não acarretasse o extermínio do índio, porque ele era necessário ao processo, levou-os ao caminho de desestruturação cultural, pois é bem mais difícil os núcleos familiares manterem uma coesão tribal quando estão dispersos e sem contato com outros elementos de seu próprio grupo. Este trabalho motivou a perda do interesse pelo desempenho agrícola, característica principal do grupo de língua guarani.

A partir de 1915 até 1935, o SPI demarcou oito AI – Áreas Indígenas (WENCESLAU, 1994, p. 55), que foram determinadas pela FUNAI aos índios, entre elas a aldeia de Dourados, um Município que recebeu imigrantes gaúchos, nordestinos, paulistas, paraguaios e indígenas:

O povoado que até então se formava recebeu a denominação de São João Batista de Dourados, devido à proximidade do rio Dourados. Nesse período (1910), foi solicitada a posse da terra ‘para os índios Kaiowá’ nesta região, pois eles compunham uma grande população dispersa trabalhando na extração da erva-mate, desde que a Companhia de Mate Laranjeira iniciou a exploração do produto com fins de mercado. Foi fundado em 1925 o Posto Indígena de Dourados, quando o Inspetor do Serviço de Proteção ao Índio (Major Nicolau Horta Barbosa) começou a demarcar a AI, tendo em vista a doação feita pelo Presidente da Província de Mato Grosso, através do Decreto n. 401 de 03 de setembro de 1915, de um lote de terras de 3600 hectares para a Reserva Indígena de Dourados.

Nascia aí a AID – Aldeia Indígena de Dourados, na qual convivem três etnias diferentes: a nação Guarani, com seus subgrupos Kaiowá e Nandeva e a nação Aruaque, com subgrupo Terena. Após mais de um século que tais povos foram tangenciados de suas antigas terras para essas áreas, suas terras não tiveram aumento, mas a população indígena não parou de aumentar. Estima-se que atualmente haja, milhares de indígenas em Dourados/MS os quais, por diversos motivos, tais como tradição, preconceito, familiaridade, *modus vivendi*, dificuldades financeiras, não buscam residir fora do âmbito da AID. Ou seja, há uma superpopulação indígena habitando o pequeno espaço que lhes foi reservado no passado, o que resulta em diversos problemas, como passamos a expor.

2.3 Situação atual das Aldeias de Dourados

Há um desencontro de informações a respeito da quantidade de indígenas que vivem em Dourados/MS. Segundo o site Campo Grande News⁹, em notícia do dia 10 de agosto de 2012, o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – informou que o Estado do

⁹ MS tem população indígena de 61 mil, 18% deles em uma única aldeia. Extraído de: <https://www.campograndenews.com.br/cidades/-ms-tem-populacao-indigena-de-61-mil-indios-18-deles-em-1-unica-aldeia>. Acesso em 20 de julho de 2017

Mato Grosso do Sul possuía naquela data uma população de 61.737 indígenas, sendo que desse total, cerca de 11.146 indígenas concentravam-se em apenas uma Aldeia na cidade de Dourados/MS. Já a Secretaria Especial de Saúde Indígenas – SESAI, conforme notícia do site G1¹⁰, de 04 de agosto de 2013 estimou em 13 mil índios. Os dados do IBGE, do ano de 2010, apontam que naquele ano foram contabilizados pouco mais de 6 mil indígenas, contudo, após sete anos, é bem provável que esse número tenha dobrado, pelo que, imagina-se haver cerca de 12 mil índios na chamada RID – Reserva Indígena de Dourados, dados que corroboram com números mais atuais datados de 2017¹¹, ano em que se comemorou os 40 anos da criação da RID, cuja reportagem afirma haver cerca de 15 mil índios, que correspondem a 18% da população indígena do Estado, convivendo em um espaço de terra de pouco mais de 3.500 hectares, que lhe foi destinada no início do século XX que abriga dois povos Guaranis (Kaiowá e Nhandeva, chamados apenas de Guarani) e os Terena, em duas Aldeias Indígenas, a Bororó e a Jaguapirú.

A palavra Jaguapirú, oriunda do dialeto guarani, significa ‘cachorro magro’ e talvez tenha sido escolhida propositalmente para significar esse espaço de terra que foi reservado aos índios, já que houve épocas – não muito diferentes dos dias atuais – nas quais tais povos experimentaram extrema penúria e falta de alimentos, sendo que as pequenas plantações de milho e mandioca não deram conta de amenizar a fome de tantos indivíduos.

Nessas ocasiões, o Estado brasileiro falhou por não garantir o direito à segurança alimentar, nem criar programas que trouxessem assistência à essa população. Foi nesses períodos em que mais se viu indígenas andando pelos bairros da cidade de Dourados/MS, mendigando de porta em porta pedindo pães e alimentos, sendo comum que peçam “pão velho”, aquele pão “de ontem”, que as famílias já não querem consumir e que sobra do desjejum do dia anterior.

É comum que toda essa situação de abandono, de miserabilidade, gere na população não indígena da cidade de Dourados/MS muito mais do que incompreensão, mas o preconceito em si, conforme definido pelo dicionário online Caldas Aulete (1980, p. 2918):

PRECONCEITO, s. m, conceito formado antecipadamente e sem fundamento razoável; (...) Opinião, modo de pensar e de sentir, verdadeiro ou falso, arraigado no espírito de quase toda a gente; opinião formada ou adotada sem exame prévio: os preconceitos sociais.

¹⁰ ‘Bairros’ em Dourados – MS: aldeias sofrem com violência e alcoolismo. Extraído de: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/08/bairros-em-dourados-ms-aldeias-sofrem-com-violencia-e-alcoolismo.html>. Acesso em 20 de julho de 2017

¹¹ MS 40 anos – vitórias e desafios da maior população indígena do Estado. Extraído de: <http://www.midiamax.com.br/cotidiano/ms-40-anos-vitorias-desafios-maior-populacao-indigena-estado-355752>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

O povo Guarani-Kaiowá é oriundo das matas e desde a sua origem foi um povo coletor de alimentos, sendo que seus indivíduos migravam entre a fronteira Brasil-Paraguai, o que fazem até hoje. Diferente do povo Terena que conseguiu se adaptar melhor aos hábitos dos colonos, no cultivo da terra, os Guarani conservam outra visão a respeito do trabalho, sendo que para os mesmos, a ida à roça deve ser um motivo de divertimento e trabalho e não apenas de trabalho. Eles plantam apenas o necessário para a sua subsistência e conservaram o hábito de andar pela cidade, uma vez que a Aldeia fica próxima do centro dessa urbe.

São nessas ocasiões que os indígenas têm contato com bebidas alcoólicas e entorpecentes, cuja comercialização é proibida dentro das Aldeias, por seus capitães¹². Os populares de Dourados veem os indígenas embriagados, perambulando pelas ruas da cidade, o que aumenta o preconceito. É importante que se acentue que se trata de uma minoria que cede ao vício, mas isso basta para que os estigmas de “indivíduos preguiçosos”, “ociosos”, “bêbados” sejam usados por toda uma coletividade.

A população douradense não consegue enxergar uma revolução silenciosa que vem ocorrendo na cidade, uma vez que já há indígenas trabalhando no comércio, frequentando as universidades e se formando nas mais diversas profissões, em um claro processo de empoderamento social, fazendo jus ao termo ‘guarani’, que significa ‘guerreiro’¹³, uma vez que conseguem driblar as dificuldades oriundas de anos de exploração.

O grande drama reside no fato de que os povos indígenas se fixam ao local onde estão enterrados seus antepassados, os Kaiowá e Guarani chamam-no de *tekoha*. E sendo esse espaço atual da aldeia, tão pequeno para comportar tantos indivíduos, ocorrem conflitos, que descambam para o cometimento de crimes, ou outros de ordem psicológica, como a depressão, que impulsiona ao suicídio.

Segundo definição de Oliveira e Pereira (2009, p. 34):

Tekoha é a maneira como as comunidades Kaiowá se referem, em guarani, ao espaço ocupado por uma determinada comunidade. Etimologicamente a palavra é composta pela fusão de teko + ha. Teko é o sistema de valores éticos e morais que orientam a conduta social, ou seja, tudo que se refere à natureza, condição, temperamento e caráter do ser e proceder kaiowá. Há, por sua vez, é o sufixo nominador que indica a ação que se realiza. Assim, tekoha pode ser entendido como o lugar (território) onde uma comunidade kaiowá (grupo social composto por diversas parentelas) vive de acordo com sua organização social e seu sistema cultural, isto é, segundo seus usos, costumes e tradições.

¹² Capitães, nas aldeias, são líderes que comandam a comunidade em conjunto com o Pajé, que é o responsável religioso; ambos cuidam das relações sociopolíticas tradicionais no interior das reservas indígenas. O sistema de capitania foi imposto pelo Serviço de Proteção ao Índio quando de sua criação. Extraído de file:///C:/Users/users/Downloads/54382-231855-1-PB.pdf. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

¹³ Definição do termo “Guarani”. Extraído de <https://pt.wikipedia.org/wiki/Guaranis>. Acesso em 05 de janeiro de 2018.

Por essa definição, percebe-se que os povos indígenas têm para com suas terras muito mais do que uma relação de posse, propriedade, que se defina por seu valor econômico. Inúmeros conflitos por terras nascem do desejo, bastante natural, de recuperar as terras das quais foram desapossados injustamente, porque nelas estão enterrados os corpos de seus antepassados e é nesse território tradicional que se construiu sua cosmovisão, relações de parentesco, enfim, seu *modus vivendi*.

Por tudo isso, é que o único caminho viável para se resolver o problema das diferentes etnias indígenas de Dourados/MS, é o governo assegurar que os mesmos tenham as terras que lhes pertenceram no passado, restituídas. A solução dos demais problemas passam pelo problema da terra, produção de alimentos e construção de sua autonomia perdida.

Os povos indígenas da cidade de Dourados/MS (Guarani-Kaiowá, Guarani-Nhandeva e Terena) vêm vivendo no mesmo quinhão que lhes foi destinado no início do século XX, sendo que após cem anos, não houve nenhum acréscimo de terra, para uma população que continua a aumentar. Eis, portanto, um retrato bem atual da situação indígena nessa urbe.

2.3.1 Suicídios nas Aldeias de Dourados

Fundada em 1917, por atuação do SPI – Serviço de Proteção ao Índio, a Reserva Indígena de Dourados/MS comportava inicialmente apenas 300 indivíduos. Hoje, passado um século de sua fundação, acredita-se que tenha, como já exposto, mais de 12 mil indígenas, que se dividem em duas Aldeias, a Bororó, com maioria Kaiowá, e a Jaguapiru, com maioria terena e também índios Guarani.

Conforme já destacamos, devido à exiguidade de terras, bem como à impossibilidade de se fazer o cultivo tradicional por meio da coivara¹⁴, técnica na qual os índios antigamente ateavam fogo em pequena porção de terra para fazerem suas roças, além da invasão do solo por gramíneas que foram trazidas por pecuaristas, como o colônio e a braquiária, nem sempre as famílias conseguem extrair da terra o necessário para a sua sobrevivência. Dependem da ajuda do Estado para viver, distribuição de cestas – básicas, além de vale de assistência à gestante.

¹⁴ Coivara: trata-se de uma técnica agrícola tradicional utilizada em comunidades tradicionais como quilombolas, indígenas, caiçaras e ribeirinhas no Brasil. É também chamada de *agricultura itinerante* e define-se, em geral, por poucos anos de cultivo seguido de muitos anos de repouso. Extraído de <https://pt.wikipedia.org/wiki/Coivara>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

Entre a população masculina, prepondera o baixo índice de escolaridade e de profissionalização, sendo que conseguem apenas serviços pesados e de baixa remuneração, como o corte de cana, roçada em quintais de residências na cidade, serviços gerais no setor de construção civil ou colheitas esporádicas.

A presença de uma superpopulação na Reserva Indígena de Dourados, e a mistura de etnias trazem, não raro, estresses e desentendimentos. Quando os povos indígenas detinham grandes extensões de terras, simplesmente aqueles que se desentendiam podiam migrar para outra região em busca de outros parentes, sendo comum essa mobilidade, principalmente entre o povo Kaiowá (AGUILERA URQUIZA e MUNHÓS, 2017). Mas essa prática, que ainda persiste, atualmente significa apenas mudar-se de uma reserva para outra, onde há outros problemas semelhantes.

Os jovens são vítimas da violência, porque vivem em sua maioria, ociosos, sem programas que os envolvam em atividades produtivas e interessantes, que ocupem seu tempo livre. Acabam por serem vítimas das drogas e do alcoolismo, como noticia a matéria jornalística do sítio G1, datada de 05 de agosto de 2013, de autoria do jornalista Fabiano Arruda¹⁵ (*on-line*), intitulada *‘Bairros’ em Dourados, MS, aldeias sofrem com violência e alcoolismo*:

Encostadas ao centro urbano de Dourados, a segunda maior cidade de Mato Grosso do Sul, as aldeias Jaguapiru e Bororó têm dramas antigos. Aproximadamente 12 mil índios, segundo dados da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), dividem 3,6 mil hectares para viver em uma situação de confinamento. A falta de espaço se mistura com problemas de violência, gerado pelo consumo de álcool e drogas.

‘Os principais problemas da violência é (sic) bebida alcoólica e droga. Tem muita briga de casais por causa de bebida alcoólica. Isso só com a polícia [solução], senão é duro porque são muitas pessoas’, afirma Aniceto Velasques, 42 anos, uma das lideranças da reserva Bororó.

No dia em que concedeu entrevista ao **G1**, Velasques disse que a aldeia havia registrado três agressões contra mulheres, vítimas dos maridos, e roubo a uma igreja da comunidade. Foram levados equipamentos avaliados em cerca de R\$ 1 mil. Ele reclamava que os casos não haviam sido solucionados pela polícia.

‘A proximidade das reservas com a cidade faz com que problemas que temos na cidade migrem rapidamente para as duas aldeias, por exemplo, o consumo de drogas e o alcoolismo’, analisa Neimar Machado, professor da Faculdade Intercultural Indígena da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). ‘Em Caarapó, por exemplo, a aldeia é distante da cidade. A preocupação com o uso de drogas é mais recente’, compara.

Trata-se de uma análise correta, porque uma vez que o espaço denominado Aldeia fica próximo da cidade de Dourados/MS, é fácil para os indígenas o acesso a bebidas alcoólicas e

¹⁵ ‘Bairros’ em Dourados – MS: aldeias sofrem com violência e alcoolismo. Extraído de: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/08/bairros-em-dourados-ms-aldeias-sofrem-com-violencia-e-alcoolismo.html>. Acesso em 20 de julho de 2017.

drogas, contudo há informações no sentido de que dentro mesmo da reserva ocorre o tráfico de entorpecentes, empreendido pelos próprios indígenas, indivíduos que se entregam à traficância.

Talvez por preconceito ou por desinteresse das autoridades públicas, a Aldeia possui ruas sem asfaltamento, mal iluminadas e com precário policiamento. Normalmente quem tem o primeiro contato com os indígenas que consomem álcool e se envolvem em brigas familiares ou até mesmo crimes, são os Capitães indígenas (lideranças) que lá habitam, que chamam as forças policiais, no caso a PM - Polícia Militar, para finalizar o ato de prisão e encaminhar os infratores à Delegacia de Polícia Civil para tomada de providências.

Além disso, há que se relacionar o problema da falta de terra ao aumento da criminalidade. Muitos indivíduos vivendo em um pequeno espaço de terra faz com que estejam em constante condição de estresse. Ainda citando Arruda (2013, *on-line*) da reportagem do sítio G1:

Pouca terra e muito índio

A realidade social e a superpopulação em uma área pequena em Dourados traduzem outras características da história indígena em Mato Grosso do Sul. O procurador do Ministério Público Federal, Marco Antônio Delfino, compara: MS tem situação inversa ao Amazonas, por exemplo, onde o ditado é de ‘muita terra para pouco índio’.

Em duas décadas, população indígena em MS cresceu 123%, segundo a Funai ‘Tirando a terra indígena dos Kadiwéu, que tem uma perspectiva totalmente diferenciada, onde são 500 mil hectares, sobram algo em torno de 30 mil hectares para os Guarany e algo em torno de 30 a 40 mil hectares para os Terena. Setenta mil hectares para 70 mil índios’, afirma ao G1.

Conforme o procurador, a área equivale a 0,2% do território sul-mato-grossense. ‘Se nós compararmos com outros estados é um percentual absolutamente irrisório. Mato Grosso tem uma porcentagem de 14% [equivalente ao total do território] e mesmo assim continua a produzir e se desenvolver’.

(...)

Segundo o professor Levi Marques, estudos demográficos, entre as décadas de 1960 a 1980, apontam que o crescimento de algumas reservas no país excede a possibilidade de aumento vegetativo. ‘Ou seja: não foi um crescimento que se deu por nascimentos, mas por chegada de novos moradores’.

Para ele, a melhoria nos serviços essenciais à saúde para as comunidades indígenas é outra influência na melhora dos números, principalmente, depois que o setor foi assumido, primeiramente pela Funasa (Fundação Nacional de Saúde), e mais recentemente pela Sesai (Secretaria Especial de Saúde Indígena), órgãos ligados ao Ministério da Saúde.

Marques lembra que até a década de 1960 muitas comunidades indígenas foram exterminadas por epidemias de catapora, sarampo, varíola, gripe e tuberculose como na região de Dourados entre os guarany-kaiowá.

‘Melhorou [*sic*] muito os índices de imunização. Os programas sociais têm confrontado a situação de miséria e carência alimentar, embora ainda não sejam suficientes. Isso tem reduzido os índices de mortalidade e contribuído para o crescimento vegetativo’, explica.

As causas dos suicídios estão atreladas também, à situação de confinamento dos povos indígenas de Dourados/MS. Uma vez que foram desapossados de suas antigas terras e circunscritos a apenas pouco mais de 3.500ha de terra, sem o contato com a mata, que já não existe mais, pois até nos antigos territórios, foi derrubada para dar lugar ao plantio da soja, cana-de-açúcar, milho e para a atividade pecuária, houve a desagregação familiar, a desesperança e a fome.

Nesse sentido, Pereira, (2010, p. 118) afirma:

Tal situação comprometeu e segue comprometendo a reprodução física e cultural da população kaiowá e guarani, criando sérios impasses para a convivência da população aglomerada nas reservas, o que se expressa no agravamento dos problemas sociais como a violência, conflitos internos, desnutrição infantil e mesmo em frequentes surtos epidêmicos de suicídios.

O mesmo autor também sustenta interessante tese no sentido de que a demarcação de terras dos Kaiowá e Guarani, bem como o confinamento dos mesmos em reservas indígenas, atinge três dimensões: a territorial, a organizacional e a ambiental. A perda territorial foi tratada em item anterior e isso afetou, segundo esse autor, a reprodução física e cultural das comunidades transferidas de suas terras originais. No campo organizacional, com a dispersão desses povos, houve a desagregação política, enfraquecendo suas lideranças, sendo que só agora, após o advento da Constituição de 1988 e reconhecimento do direito às suas terras ancestrais, esses povos voltaram a se cotizar na luta pela recuperação de suas posses. E, por fim, no campo ambiental, porque a derrubada das matas, pelos fazendeiros, para as plantações e criação de gado, também afetou as aldeias indígenas, uma vez que esses povos já não podem viver como antes, extraindo das matas a sua subsistência, nem detêm conhecimento do manejo do solo, do uso de insumos, o que redundava em roças com baixa produtividade, poucos alimentos e a fome que assola, de tempos em tempos, a Reserva Indígena de Dourados.

O suicídio indígena em Dourados/MS é um problema relacionado aos fatores como a fome, a desesperança, a falta de terras, o preconceito do qual são alvo os indígenas, por parte da população não-indígena, o envolvimento com as drogas e com o alcoolismo, além da perda da identidade indígena e dificuldade de se ajustar aos costumes dos não-indígenas.

E nesse aspecto, é forçoso reconhecer que tanto FUNAI, como o MPF – Ministério Público Federal, ainda não conseguiram desempenhar bem seus papéis, dando um norte aos povos indígenas, sobre como podem exercer sua alteridade e como devem ser tratados com dignidade, por parte do Estado brasileiro, que aliás foi o responsável por essa situação ao confinar os povos indígenas em pequenas glebas de terras, impondo-lhes inclusive o loteamento dessas glebas, algo totalmente diferente do que conheciam como forma de habitação, antes do contato com os brancos.

Um estudo¹⁶ importante, veiculado em matéria jornalística do Jornal Digital Midiamax, no dia 01 de julho de 2016, em matéria intitulada “MS lidera ranking de suicídios entre crianças e adolescentes”, da jornalista Wendy Tonhati, aponta que entre os anos de 2009

¹⁶ MS lidera em suicídios: crianças e adolescentes indígenas são as principais vítimas. Extraído de: <http://www.midiamax.com.br/cotidiano/ms-lidera-suicidios-entre-criancas-adolescentes-indigenas-sao-principais-vitimas-306512>. Acesso em 20 de julho de 2017.

a 2013, trinta e seis indígenas, na faixa etária dos 10 aos 19 anos, se suicidaram na cidade de Dourados/MS:

Conforme o estudo, as cidades com maior número de suicídios entre indígenas são Amambai [19], Bela Vista [7], Caarapó [9], Coronel Sapucaia [13], Dourados [36], Japorã [20], Paranhos [15], Ponta Porã [7] e Tacuru [13].

Na última cidade, 100% do total de suicídios indígenas foi na faixa etária de 10 a 19 anos, classificado como “verdadeira situação pandêmica de suicídios de jovens indígenas”. Os números se referem a soma dos anos de 2009 a 2013.

Referidos dados são oriundos de um estudo denominado *Violência Letal Contra As Crianças e Adolescentes do Brasil*, realizado pelo sociólogo e coordenador do Mapa da Violência, Julio Jacobo Waiselfisz, em que se destaca que o estudo do suicídio indígena não era o foco principal da pesquisa, mas que acabou chamando a atenção do pesquisador devido ao número tão expressivo.

Destacamos que referido estudo não contabilizou também o número de adultos indígenas que cometeram suicídio nesse mesmo período. Pois uma segunda matéria jornalística¹⁷, intitulada *Índice de Suicídios entre Indígenas no MS é o maior em 28 anos*, publicada em 25 de maio de 2014 no sítio da Revista Forum, informa que entre os anos de 1986 a 1997, registrou-se 244 mortes devido a suicídios, entre os Guarani-Kaiowá do Mato Grosso do Sul, e que de 2000 a 2013, contabilizaram 684 casos:

A discriminação e o ódio étnico, condutas incentivadas inclusive pelos meios de comunicação, acentuam sobremaneira o problema dos suicídios. Os indígenas são pintados como entraves, empecilhos, obstáculos ao desenvolvimento. É como se a mídia passasse a mensagem ‘Se você quer ficar bem, tire o índio do seu caminho’, ressalta o procurador.

13 anos, 684 suicídios.

No período de 1986 a 1997, foram registradas 244 mortes por suicídio entre os Guarani-Kaiowá de MS, número que praticamente triplicou na última década. De 2000 a 2013 foram 684 casos. ‘As atuais condições de vida desses indígenas, que desembocam em estatísticas assombrosas de violência, têm origem num processo histórico’, explica Marco Antonio Delfino. ‘O que aconteceu foi uma transferência brutal, por parte da União, de territórios indígenas para não-índios’.

A transferência se deu, principalmente, pelo então Serviço de Proteção ao Índio (SPI) que demarcou, entre 1915 e 1928, oito pequenas reservas ao sul do estado para onde diferentes povos indígenas foram obrigados a migrar. ‘As reservas demarcadas serviam como um depósito gigantesco de mão de obra a ser utilizada conforme os interesses econômicos. Todo o processo de confinamento indígena teve como finalidade sua utilização como mão de obra para projetos agrícolas implantados no país, desde a cultura da erva – mate até recentemente, com a cana-de-açúcar’, completa o procurador.

¹⁷ Índice de suicídios entre indígenas no MS é o maior em 28 anos. Extraído de: <https://www.revistaforum.com.br/2014/05/25/indice-de-suicidios-entre-indigenas-ms-e-o-maior-em-28-anos/>. Acesso em 20 de julho de 2017.

O Procurador citado na matéria vem a ser o Procurador do Ministério Público Federal Marco Antônio Delfino de Almeida, lotado em Dourados/MS. É ele quem resume, na matéria supra, todo o drama dos indígenas douradenses:

O confinamento compulsório, com a sobreposição de aldeias distintas e de dinâmicas político-religiosas peculiares, acirrou o conflito dentro das reservas, alterando profundamente as formas de organização social, econômica e cultural dos indígenas, o que resultou em índices alarmantes de superpopulação, miséria e violência nestes espaços.

É bom que lembremos que toda essa problemática acima ocorre no município de Dourados/MS e que, sobretudo as crianças e os jovens, ainda enfrentam outra dificuldade. Os que estudam, que aprendem na escola a língua dos brancos, são vistos nas Aldeias como ‘não-indios’. Há certa resistência, por parte dos próprios indígenas, em aceitar que suas crianças e jovens aprendam algo que foge dos seus costumes e práticas. Então eles enfrentam duplo preconceito, por parte da população não indígena e por parte da população indígena.

A tentativa de amenizar isso é feita pelos professores, adotando-se a didática, inclusive determinada por lei, de alfabetizar as crianças primeiro na sua língua materna, tradicional, incorporando o conhecimento da língua portuguesa posteriormente.

Temos, então, os seguintes números: entre 1986 a 1997, 244 suicídios; entre 2000 a 2013, 684 suicídios. Ou seja, 928 indígenas se suicidaram no Estado do Mato Grosso do Sul nesses dois períodos juntos. Fora os que se mataram anteriormente a 1986, entre 1998 a 1999 e de 2013 até os dias atuais. Podemos afirmar que temos uma epidemia silenciosa de suicídios nessa região do País, que segue praticamente ignorada pelas autoridades públicas.

É importante, por fim, lembrarmos que a prática do suicídio, entre os Guarani-Kaiowá e Terena não é cultural. Matam-se devido aos problemas que a União, o SPI e a FUNAI lhes causaram, com o deslocamento compulsório e com a expulsão dos mesmos de suas antigas terras.

2.4 Conflitos Fundiários envolvendo os Kaiwoá e Guarani em Mato Grosso do Sul

Esse tema foi desenvolvido, em seu aspecto jurídico, referente ao povo Terena, por Luiz Henrique Eloy Amado, em sua dissertação de Mestrado intitulada *Poké'ixa úti o território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local*, apresentada ao Programa de Pós-graduação da UCDB, no ano de 2014.

Nesse trabalho, Amado (2014) discorre sobre a importância do advento da Constituição de 1988 e seus artigos 231 e 232, na luta dos povos indígenas, pela recuperação de antigos territórios que foram invadidos e tomados por posseiros, fazendeiros e usurpadores.

Para que se chegasse à essa condição de luta foi imprescindível que as lideranças indígenas inicialmente reunissem os integrantes de seus povos, que estavam dispersos e depois que conscientizassem esses integrantes sobre seus direitos. Tratando-se de indivíduos que sempre cultivaram a tradição oral, possuem pouca intimidade com nossa cultura dos documentos escritos e as burocracias estatais. Dessa forma, assim como todo movimento, também os povos indígenas contaram com a parceria de algumas instituições, como por exemplo, o ISA (Instituto Socioambiental), o CIMI (Conselho Indigenista Missionário, ligado à Igreja Católica), pesquisadores de universidades e indigenistas. Juntamente com o MPF (Ministério Público Federal), colocam-se a favor desses povos tradicionais e seu direito aos territórios, conforme consta no ordenamento jurídico do país.

A despeito de a Constituição Federal de 1988 ter reconhecido o direito dos povos indígenas às suas terras originárias, a luta por demarcação das terras enfrentou um duro golpe quando o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, em 19.03.2009, adotou a tese do marco temporal. Segundo essa decisão, os povos indígenas somente teriam direito às terras as quais tivessem ocupado, por ocasião da entrada em vigor da Constituição de 1988, ignorando deliberadamente aqueles casos nos quais os povos indígenas foram expulsos ou tiveram suas terras usurpadas, ou ainda os confinados em reservas indígenas, anteriores à data supracitada.

Destacamos aqui um trecho desse julgado, Acórdão da Petição 3388¹⁸, da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto:

Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, ‘dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam’. *Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988.* Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. (Grifo meu).

¹⁸ BRASIL. STF. **Petição n. 3388**. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 2009.

Ou seja, desde essa decisão, os povos indígenas viram-se com muitas dificuldades, ou mesmo impedidos de reivindicar direitos sobre suas terras originais, das quais foram desapossados antes da Constituição de 1988 entrar em vigor, decisão essa que foi revista recentemente pelo mesmo STF, que não mais adota como referência para posse de terras indígenas o marco temporal. Contudo, durante quase uma década, houve atritos entre índios e posseiros por conta da decisão que criou, ou inventou, o chamado ‘marco temporal’, inclusive com assassinatos de indígenas, principalmente em Mato Grosso Sul, cuja luta se tornou mais intensa, devido à própria situação dos povos indígenas deste Estado e o modelo de colonização praticado: tardio e violento, uma vez que o Estado manteve suas matas intocadas até final do século XIX, com a implantação da Cia. Matte Laranjeira, quando os indígenas foram expulsos e alocados nas reservas.

A partir do advento do Decreto n. 1.775, de 08 de janeiro de 1996, que estabeleceu o rito de demarcação de terras indígenas, bem como da Constituição Federal de 1988, artigos 231 e 232, os povos indígenas de Mato Grosso do Sul passaram a lutar pela recuperação de suas terras, das quais foram expulsos, conforme informa Amado (2016, p. 34):

Num levantamento feito no ano de 2013, ficou constatado que na justiça federal de Mato Grosso do Sul estavam em trâmite aproximadamente 388 processos judiciais que versavam sobre demarcação de terra indígena e demais conflitos possessórios. Sendo 154 processos na subseção judiciária de Campo Grande; em Dourados temos 73 processos; em Ponta Porã temos 93 processos e em Naviraí 68 processos. Estes são apenas ações que estão tramitando na primeira instância, sem contar outras centenas de recursos pendentes nos tribunais superiores. No Supremo Tribunal Federal encontram-se 13 (treze) ações judiciais envolvendo demarcação de área indígena somente do estado de Mato Grosso do Sul.

Entre as consequências dessa luta a nível estadual, está o aumento das animosidades entre indígenas de um lado e fazendeiros e políticos ruralistas de outro. Essas pessoas veem essas ações, por parte dos povos indígenas, como provocações, sendo que inclusive ameaçam antropólogos que são incumbidos de fazerem estudos em áreas a serem demarcadas, o que leva, por parte dos indígenas, igualmente a um recrudescimento da luta, é quando fazem protestos, fechando a Rodovia 156, bem como o anel viário, que passa perto da Reserva Indígena de Dourados, obra essa que foi feita sem a devida sinalização, sem redutores de velocidade, o que já ocasionou vários acidentes com transeuntes indígenas ou não.

A imprensa local, com raras exceções, tomou partido contra os povos indígenas e, nos casos de conflitos por territórios tradicionais, estampam em suas manchetes tratarem-se de ações de invasão, enquanto os indígenas chamam de retomadas. Claro está, que se trata de

uma luta desigual, apesar de muitas vezes terem, os indígenas, a legislação a seu favor. Mas, como afirma Bobbio (2004, p. 23) em seu livro seminal, *A Era do Direito*: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *efetivá-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (grifo meu).

3. OS POVOS INDÍGENAS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Após tratarmos da relação entre o Estado Brasileiro e os povos indígenas, com particular apresentação da situação dos povos Terena, Kaiowá e Guarani no estado de Mato Grosso do Sul, apresentamos nesse segundo capítulo, a relação entre os povos indígenas e o ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 O primeiro Código Civil e os índios

Não há muito a se tratar sobre esse tema, na medida em que o primeiro Código Civil brasileiro, de 1916, classificou os indígenas simplesmente como ‘relativamente incapazes’, ou seja, no mesmo patamar dos pródigos (indivíduos que dilapidam sua fortuna, ao ponto de ficarem na absoluta miséria) e dos menores de idade entre 16 e 21 anos. Assim previa o seu artigo 6:

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

I – Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156);

II – As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal;

III – Os pródigos;

IV – Os silvícolas;

Parágrafo único; os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

Tratou-se de assumir uma visão preconceituosa, que partiu de uma postura que já vinha desde os séculos passados, de se considerar todos os índios, independentemente de a quais povos pertencessem ou ainda do grau de relação desses povos com os costumes da população não-indígena, ou da história de contato. Nas palavras de Souza Filho (1992, p.156):

Quando da elaboração do Código Civil de 1916, o legislador brasileiro resolveu assumir como verdade jurídica aquilo que a lei de 1831 não dissera mas se transformara em ordem legal: a relativa capacidade civil dos índios, sua minoridade, sua orfandade. Com efeito, o Código Civil equipara em seu artigo 6 os silvícolas - assim chama os índios- aos pródigos e maiores de 16 e menores de 21 anos, incapazes relativamente para a prática de certos atos da vida civil. Esclarece que este regime tutelar fica sujeito à lei especial e cessará na medida em que os índios forem se adaptando à civilização do país. Este Código sedimenta juridicamente os preconceitos do século anterior de que os índios estavam destinados a desaparecer submersos na "justa, pacífica, doce e humana" sociedade dominante.

Ainda conforme o autor (op. cit. p. 145), antes do Código Civil de 1916, chegaram ao ponto de comparar os índios aos órfãos, como se não tivessem pais e merecessem tutor, no caso, o Estado.

Como afirmado anteriormente, o órgão incumbido de tutelar os índios foi o SPILTN - Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais, que foi criado em 1910, sendo depois alterado apenas para SPI – Serviço de Proteção ao Índio, em 1918. Doutrina Silva (2015, p. 81-82), em sua dissertação de mestrado:

O Código Civil, de 1916, em seu artigo 6º. Inciso IV e parágrafo único, classificava os indígenas (mencionados como ‘silvícolas’) como relativamente incapazes de exercerem certos atos jurídicos e determinava sua sujeição ao regime tutelar, que cessaria à medida de sua adaptação à sociedade não indígena.

Essa tarefa coube ao Decreto do Poder Legislativo n. 5.484, de 1928, que regulava a situação jurídica dos indígenas localizados em território nacional.

(...)

Os serviços prestados pelo SPI às sociedades indígenas que localizava variavam de intensidade e objetivos conforme o seu grau de civilização, sendo quatro os graus possíveis, segundo o artigo 2º. do Decreto mencionado. Assim, os indígenas podiam ser classificados como sendo: a) ‘índios nômades’; b) ‘índios arranchados ou aldeados’; c) ‘índios pertencentes a povoações indígenas’ e, por fim; d) ‘índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados’.

O objetivo da classificação consistia em determinar quais atos do SPI seriam indispensáveis para a promoção de integração (assimilação) dos indígenas à sociedade envolvente – característica do quarto grupo mencionado.

Essa taxonomia promovida pelo Decreto tinha, também, o condão de determinar a responsabilidade criminal dos indígenas, representando-se, em termos legais, a primeira acolhida das construções criminológicas positivistas desenvolvidas em fins do século XIX e que podemos deduzir, principalmente, dos estudos de Nina Rodrigues.

Então, desde o advento do Código Civil de 1916, a verdade é que os órgãos governamentais criados para tutelar e acompanhar as comunidades indígenas encontraram uma diversidade de povos em diferentes níveis de contato com a sociedade brasileira, sendo que não se podia compreender todos como tendo as mesmas capacidades de interlocução com a sociedade nacional. Criava-se, então, uma distonia entre o que o estatuto civil pátrio estabelecia para os indígenas, em geral, e a especificidade de certos povos indígenas cujos integrantes, desde o advento do Código Civil de 1916, se mostraram mais próximos ao convívio com não indígenas, exercendo alguns atos da vida civil que o Estado brasileiro lhes permitia.

Tanto isso é verdade que a legislação extravagante, no caso o Estatuto do Índio (Lei nº 6001/1973), caminhou em sentido mais progressista do que o velho Código Civil, corrigindo sua equivocada taxonomia.

Souza Filho (1992, p. 157) ainda faz uma oportuna crítica, porque com toda a precisão e detalhismo do Código Civil de 1916 sobre os mais diversos assuntos, não se

encontra um artigo que trate do direito dos indígenas, ou silvícolas, como o Código os denomina, às suas terras ancestrais:

O Código Civil, minucioso e detalhista em todos os aspetos da vida da sociedade brasileira se cala, sintomaticamente, em relação às terras indígenas e à personalidade jurídica dos grupos e comunidades indígenas, ainda que trate com desenvoltura das terras públicas e das pessoas jurídicas de direito público. Não é, porém, no conjunto das leis civis que o Direito brasileiro expressa seu pudor em tratar das coisas dos índios neste século.

O atual Código Civil em vigor, de 2002, preferiu deixar o tratamento desse tema, explicitamente, para a legislação extravagante: “Art. 4º. (...) Parágrafo único. A incapacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”. Que é, ainda, o Estatuto do Índio, criado em uma época de regime ditatorial, destinado a ser substituído pelo Estatuto dos Povos Indígenas, um Projeto de Lei apresentado no Senado em 2016¹⁹, ainda mais consoante com a visão pluriétnica da Constituição Federal de 1988.

Lastimamos que a principal lei ordinária de um país, no caso o Código Civil, que existe justamente para regulamentar a vida privada das pessoas, tenha simplesmente se furtado a, mais uma vez, tratar mais profundamente das sociedades indígenas e de suas terras. O legislador, em vez de tratar do assunto no Código Civil de 2002, já absorvendo toda a revolução ideológica trazida pela Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico internacional, preferiu postergar o enfrentamento do tema até que o Congresso Nacional se posicione e aprove a matéria em pauta há mais de 20 anos, que vem a ser a reformulação do Estatuto do Índio.

3.2 As Constituições Brasileiras e os povos indígenas

Seguindo um roteiro seguro, traçado por Lopes (2014), nos cinco séculos desde a colonização do Brasil, regime imperial e depois regime republicano, a ideia geral era a de que os povos indígenas brasileiros, ou apenas índios, uma vez que não havia a concepção de povos, ao menos recentemente, ou seriam extintos ou se incorporariam à população nãoindígena, comungando da mesma língua, dos mesmos costumes, sob o mesmo ordenamento legal.

Assevera a autora que após as detalhadas Cartas de Caminha, nas quais descreveu os indígenas ao Rei de Portugal, os legisladores portugueses e brasileiros simplesmente

¹⁹ Proposta de novo Estatuto dos Povos Indígenas é apresentada no Senado. Extraído de: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/proposta-de-novo-estatuto-dos-povos-indigenas-e-apresentada-no-senado>. Acesso em 20 de julho de 2017.

esquecerem de contemplar os povos indígenas em normas legais. Porém, desde o início da colonização pelos portugueses, patente estabeleceu-se uma distinção entre “índios amigos” da Coroa e “índios bravos”, ou inimigos, conforme afirma Lopes (2014, p. 87):

Os primeiros eram os índios que atendiam aos interesses da Coroa e trabalhavam como escravos para as colônias, e os segundos eram os resistentes à catequese e à ‘civilização’. Em relação aos índios ‘amigos’, havia uma política intitulada como ‘descimento’. O descimento era o processo de persuasão dos índios, sem a utilização de ‘violência’, a se deslocarem de suas terras originais para as aldeias localizadas na cercania das colônias portuguesas, isto é, os aldeamentos propriamente ditos.

Os tais ‘descimentos’ foram postos em prática, segundo ainda a autora supra, desde o Regimento de Tomé de Sousa, em 1547, até 1757 com o chamado Diretório Pombalino, em que uma certa liberdade de fachada foi dada aos indígenas, desde que trabalhassem obrigatoriamente e sem contestação, para os colonos.

No entanto, ainda havia a possibilidade da escravidão de indígenas nos chamados períodos de ‘Guerra Justa’, que eram momentos em que os colonos podiam caçar, matar ou prender os chamados ‘índios bravos’, sendo, nas palavras de Beozzo *apud* Lopes (2014, p. 87), períodos de grande horror:

[...] Em oposição e retaliação aos abusos cometidos na colônia brasileira, foram decretadas as grandes Leis de Liberdade (em 1609, 1680 e 1755), onde a Coroa não fazia distinção entre amigos e inimigos, atingia a todos indiscriminadamente.

O interesse na escravidão indígena foi arrefecendo na medida em que se aumentou consideravelmente a população de africanos escravizados. O que não quer dizer que deixaram de escravizar os povos indígenas, nem de exterminar aqueles que não aceitavam as ordens da Coroa ou nem entendiam essas ordens que, simplesmente por não terem tido contato com o colonizador, eram hostis a estranhos.

A primeira Constituição brasileira foi a do Império do Brasil, que Dom Pedro I outorgou no dia 24 de março de 1824. Seguindo o preciso roteiro traçado por Lopes (Op. Cit., p. 87), essa Constituição, assim como as que viriam, não tratou dos índios, mas o Ato Adicional de 1834²⁰, ou seja, dez anos depois, dispôs que: “(...) entre as competências legislativas das províncias, obtém a tarefa de catequese e civilização dos indígenas”, conforme seu Art. 11.

²⁰ O Ato Adicional foi um fruto direto da maioria liberal na Câmara dos Deputados, que pregava uma maior autonomia para as províncias, e que era parte programática daquele partido. Assim, a Regência propôs que se reformasse a Constituição de 1824. Ratificado em 12 de agosto de 1834, o Ato Adicional adaptou princípios federalistas à monarquia. Seu principal redator foi o deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos, que havia sido colega e grande amigo dos tempos de faculdade em Coimbra de dois dos regentes e era dos deputados mais influentes. Extraído de: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Per%C3%ADodo_regencial_\(Brasil\)#O_Ato_Adicional_de_1834](https://pt.wikipedia.org/wiki/Per%C3%ADodo_regencial_(Brasil)#O_Ato_Adicional_de_1834). Acesso em 08 de janeiro de 2018.

Nesse período, a ideia preponderante era a de que os índios eram ‘seres inferiores’ aos brancos. Uns defendiam que deveriam ser controlados por meio da violência, outros defendiam que algo deveria ser feito para contemplá-los no processo de unificação nacional. E essa situação não melhorou com a Constituição Republicana de 1891²¹, criada sob o influxo de ideias positivistas, não se fez em seu texto qualquer citação sobre os povos indígenas. Os índios eram vistos como ‘empecilhos’ ao progresso da raça, sendo que um congressista de nome André Gustavo Paulo Frontin (LOPES, 2014, p. 88), chegou ao ponto de discursar por ocasião da Sessão Magna do Centenário, em 04 de maio de 1900, que os índios deveriam ser assimilados pela civilização ocidental e, caso isso não fosse possível, deveriam ser eliminados.

Depois, foi promulgada a Constituição de 1934 que, pela primeira vez dedica um inciso aos indígenas: “Art. 5º – Compete privativamente à União (...) XIX – legislar sobre (...) m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

Essa Constituição ainda no mesmo Artigo 15 declarou: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Notamos que sempre esteve presente esse desejo de incorporar os indígenas à comunhão nacional, sendo que nisso seriam abstraídos de seus costumes, crenças, religiões, práticas etc. Somente com o advento da Constituição de 1988, atualmente em vigor, transcendeu-se essa ideia, admitindo-se e respeitando o *modus vivendi* dos povos indígenas.

A CF de 1934 foi revogada pelo golpe ditatorial de Getúlio Vargas, que impôs aos brasileiros a Constituição de 1937. Com o fim da Era Vargas, veio a Constituição de 1946 que, para Lopes (2014, p. 89), trouxe de volta uma série de institutos democráticos, que haviam sido retirados pela Constituição de 1937, no entanto, no tocante aos povos indígenas, limitou-se a prever em seu artigo 5: “Compete à União: (...) XV – legislar sobre (...) r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Ou seja, voltava a ideia de que os povos indígenas brasileiros seriam de alguma forma ‘assimilados’ a uma hegemonia brasileira, na qual se tornariam indistinguíveis da população não indígena.

Essa situação perdurou até o Golpe Militar de 1964, que impôs uma nova Constituição, outorgada em 24 de janeiro de 1967. Paradoxalmente foi nos anos dessa nova

²¹ A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 foi a segunda constituição do Brasil e primeira no sistema republicano de governo, marcando a transição da monarquia para a república. Extraído de: https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_1891. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

ditadura que as populações indígenas mereceram mais atenção dos generais que comandavam o País. Assim corrobora o Art. 186, mencionado por Lopes (2014, p. 81):

Repetindo o descrito nas constituições anteriores de integração do índio à comunhão nacional, a carta de 1967 apresentou como diferencial, a proteção às terras ocupadas pelos ‘silvícolas’, que passou a contar com uma garantia importante: a de serem incluídas entre os bens da União Federal (art. 4º., inc. IV); e o mesmo texto inovou ao reconhecer aos índios o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais. ‘Artigo 186 – É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes’.

Contudo, segundo Heck (1996), os militares escondiam outro interesse com esse reconhecimento, ao promover tais políticas indigenistas, que era o de delinear suas fronteiras com outros países, na medida em que usavam dos povos indígenas pacificados, em conjunto com o Exército, para manter sob fiscalização as fronteiras verdes, ou seja, áreas de mata, nas quais os Estados brasileiros faziam divisa com outros países. Assim, não era uma estratégia concebível, o reconhecimento dessas áreas como demarcadas aos povos indígenas respectivos, porque se temia que fossem criar outro país dentro do Brasil.

Em seguida, ainda sob um regime ditatorial, veio a Emenda Constitucional de 1969 (BRASIL, 1993i, Art. 198), que apenas inovou declarando as terras indígenas inalienáveis, fulminando com a nulidade qualquer tentativa de vendê-las:

As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§1º. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§2º. A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a união e a Fundação Nacional do Índio

Por fim, com a retomada da democracia, foi sancionada e promulgada a Constituição de 1988. É importante que se frise, ainda invocando Lopes (2014, p.98 *apud* Suess, 1980), que não foi por acaso que a Constituição em vigor tratou dos povos indígenas de forma ampla e reconhecedora de suas diferenças étnicas, além do direito sobre suas terras tradicionalmente ocupadas. Houve, a partir dos anos 1970, a organização dos povos indígenas politicamente como elementos reivindicantes dessas mudanças.

Houve uma volta da Igreja Católica, por meio das Comissões Pastorais e as Comunidades Eclesiais de Base, que passaram a promover encontros entre lideranças indígenas, nas quais deixavam que esses líderes falassem dos seus problemas e organizassem frentes de mobilização por mudanças constitucionais. Além disso, em abril de 1972: “[...] foi fundado o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), apresentando como proposta uma leitura diferenciada sobre o modo de vida dos povos indígenas – partia da concepção de ‘Encarnação’ sintetizada na expressão ‘missão calada’, na qual era valorizada a inserção no dia a dia das comunidades sem

interferência em seus costumes e crenças, pois partia da premissa de que ‘a cultura de cada povo deveria ser respeitada’.

O CIMI criou o jornal Porantim, isso em 1978, que começou a ser distribuído entre as populações indígenas e aos indigenistas, a princípio do norte do Brasil, depois para outras regiões, mobilizando os povos indígenas brasileiros. Algo que fez com que, no ano de 1980, após o Seminário de Estudos Indígenas de Mato Grosso do Sul, de 17 a 20 de abril de 1980, fosse criada a União das Nações Indígenas, ou UNI, a qual elegeu como seu primeiro Presidente, Domingos Veríssimo Marcos (terena) e vice-presidente, Marçal de Souza (guarani) (LOPES, 2014, p. 99-100).

Ou seja, quando da elaboração do texto final da CF/1988, destinado ao tratamento dos povos indígenas brasileiros, estavam em Brasília diversas caravanas de indígenas de diferentes etnias e de diferentes regiões do País, que fizeram importante movimento para que os congressistas contemplassem na nova Constituição, de forma correta e participativa, os principais direitos essenciais dos povos tradicionais. Portanto, a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 231 e 232, assim estabeleceu:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Lopes (2014, p. 104) foi muito feliz quando destacou que entre as principais e importantes previsões constitucionais a favor dos índios brasileiros, estão:

(1) o reconhecimento das organizações indígenas, além dos próprios índios e suas comunidades, como parte legítima para ingressar em juízo em defesa dos seus direitos; (2) o reconhecimento da diversidade cultural existente no Brasil a partir do reconhecimento das línguas indígenas e dos povos indígenas com sua cultura, costumes, crenças e tradições; (3) uma educação diferenciada para cada povo indígena, e principalmente com um processo próprio de aprendizagem; (4) o reconhecimento do direito à terra; (5) a vinculação da exploração mineral a uma autorização do Congresso Nacional; (6) a proteção e demarcação das terras indígenas como obrigações do Estado e (7) a nulidade de atos que tenham como objeto o domínio e posse das terras indígenas.

Arremata a autora que o Brasil foi, então, a partir da Constituição de 1988, reconhecido como ‘nação pluriétnica’ (LOPES, 2014, p. 104). Não mais se imagina os indígenas brasileiros como seres tendentes a uma comunhão nacional, ao menos no sentido em que durante décadas se emprestou a esse termo, que significava a perda da identidade original desses povos ancestrais, que conseguiram sobreviver à barbárie e à escravidão. Sempre lembrando, houve povos que simplesmente foram completamente dizimados, esses foram vítimas de genocídio. Contudo, foi grande o avanço, ao menos no campo legal e abstrato. Falta o avanço no campo prático, que é o das realizações concretas que beneficiem de fato, os indígenas brasileiros.

3.3 O Estatuto do Índio e a Filosofia Integracionista

Muito já se tratou do Estatuto do Índio neste texto, já explicitamos que a Lei n. 6.001/1973 não foi a primeira legislação extravagante, porque antes dela houve o Decreto n. 5.484/1928, sendo ambos os textos legais criados no sentido de disciplinar o relacionamento do Estado brasileiro para com os indígenas, isso partindo-se de uma ótica integracionista e civilizatória. Mas ainda não destacamos, na esteira do texto de Lopes (2014, p. 92-93), que:

[...] Quase 1/3 da lei (22 artigos) foi destinada para regulamentação das atividades relativas às terras dos índios, cujo artigo 65 estabelece o prazo de cinco anos para a demarcação de todas as terras indígenas, prazo este não cumprido até os dias atuais.

Ou seja, talvez a parte mais importante do Estatuto ficou sem ser implementada na prática. Pelo contrário, o que houve desde o advento do Estatuto do Índio até os dias atuais, foi um terrível incremento do processo de expulsão dos povos indígenas de suas terras tradicionais.

Mesmo assim, o Estatuto do Índio, segundo Barreto (2005, p. 36-37, apud CUNHA, 1987, p. 14-15, apud RIBEIRO, 1996, p. 284-285), que cita a antropóloga Manuela Carneiro Cunha e Darcy Ribeiro, merece outras críticas:

A antropóloga afirma que a lei confunde índio com silvícola, como se todo índio fosse habitante da selva, desconsiderando a possibilidade, se não de fato, de que existem índios sobrevivendo nas periferias das pequenas e grandes cidades. Aliás, nosso imaginário – e, por que não dizer, nosso entendimento – está repleto desta correlação: índio é aquele ser que vive na selva, anda nu, é feroz, primitivo... ou, ao contrário, está em um museu vivo, é o ‘bom selvagem’...

Outra crítica diz respeito à referência a ‘características culturais’. No entender da conceituada antropóloga, ‘traços culturais poderão variar no tempo e no espaço, como de fato variam, sem que isto afete a identidade do grupo’. Ela esclarece, também, que ‘só culturas de sociedades mortas’ são imutáveis.

Entendemos que os critérios da ‘ascendência pré-colombiana’ e da ‘pertença étnica’ são aqueles que sofrem menores resistências. Nesta perspectiva, que também não é imune a críticas, recolhemos as seguintes definições:

Comunidades Indígenas são aquelas ‘que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas.

Índio é quem ‘se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.

Darcy Ribeiro, reconhecendo a dificuldade de formular uma definição e de utilizar os critérios racial e cultural, sugere que:

‘Indígenas é, no Brasil de hoje, essencialmente aquela parcela da população **que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira**, em suas diversas variantes, motivados por conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou ainda mais amplamente: Índio é todo indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade de origem pré-colombiana, que se identifica como etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com que está em contato’ (negrito no original).

Com relação à integração dos indígenas, tal política se mostrou temerária, senão genocida. Veja-se, a exemplo, o livro – denúncia do jornalista Rubens Valente (2017), “Os Fuzis e as Flechas: História de Sangue e Resistência Indígena na Ditadura”, no qual o autor mostra todo o processo de deslocamento dos povos indígenas, quando o Exército ficou incumbido de construir a Rodovia Transamazônica, quando muitos povos intocados até então, ao terem contato com a dita ‘civilização’, por não terem imunidade, contraíram doenças que dizimaram quase que por completo determinadas etnias. E nem o Estatuto do Índio, nem a Funai serviram para evitar que isso acontecesse.

É importante destacarmos que tramita perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei de n. 2.057/91, de autoria de Aloizio Mercadante, prevendo a substituição do Estatuto do Índio pelo Estatuto das Sociedades Indígenas, o que reconhece a plena capacidade civil dos indígenas, igualando-os de fato e de direito aos demais cidadãos, algo que nos parece despiçando porque a CF/88 já os igualou e já lhes reconheceu cidadania.

Não obstante isso, defendemos nesta dissertação a revogação do Estatuto do Índio e a sua substituição pelo Estatuto dos Povos Indígenas Brasileiros. Mas não apenas outro

apanhado de artigos que continuarão sem a devida aplicação. Esperamos que o novo Estatuto assegure, na prática, a participação dos indígenas nas diversas esferas do poder, que sejam chamados ao diálogo e à tomada de decisões, inclusive a respeito de suas comunidades tradicionais, sendo essa, na nossa visão, a verdadeira integração nacional, que nunca antes ocorreu no Brasil.

3.4 O Direito Indigenista e o Direito Indígena: distinções

Durante muitos anos o Brasil teve apenas a chamada legislação indigenista, ou seja, leis feitas por “homens brancos” para os povos indígenas. Tais leis foram idealizadas e elaboradas por pessoas que desconheciam os problemas das nações indígenas, seus reclamos, seus costumes, suas visões cosmológicas, bem como o fato de que alguns povos não se adaptaram aos hábitos do colonizador com a mesma rapidez que foi desejada pela Coroa portuguesa e depois pelo governo brasileiro.

Imaginava-se que o papel do legislador, face aos indígenas, era o de empreender iniciativas no sentido de integrá-los a uma ordem nacional, à qual os mesmos gradualmente renunciassem às suas práticas, adotando as do colonizador, sendo essa a marca do direito indigenista. Isso não ocorreu, e os povos indígenas continuaram após séculos de contato com o europeu, pouco permeáveis à filosofia integracionista, praticando suas crenças e costumes, sendo que apenas se adaptaram a algumas exigências legais, como a de possuir documentos, conta bancária, votar etc., e mesmo assim por uma exigência de sobrevivência. Some-se a isso que há também povos indígenas que preferiram o completo isolamento, dos quais ainda existem alguns poucos indivíduos no Estado do Amazonas²².

Durante o período do Brasil Colonial, que vai de 1530 a 1822, usou-se de uma política de cooptação e repressão (AMADO, 2016, p. 264). A ideia inicial era que os índios ajudassem a extrair o que houvesse de valor e repassassem aos portugueses, para que tais produtos fossem levados ao Reino. Em troca, os portugueses davam presentes aos indígenas. No entanto, havia os insubmissos, rapidamente denominados por ‘índios bravos’ e para estes

²² Segundo a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), acredita-se que existam pelo menos 100 grupos de índios isolados na parte brasileira da floresta amazônica. Alguns, como os Awá, são caçadores-coletores nômades em constante movimento. No Acre, estima-se que existam cerca de 600 índios pertencentes a quatro grupos diferentes. É possível que 300 índios vivam isolados no território Massaco, em Rondônia. Já a população dos Matis foi reduzida pela metade após contato, quando ambos jovens e idosos, incluindo a maioria dos xamãs, morreram de doenças introduzidas pelos não-índios. Desde 1987, a FUNAI tem um departamento dedicado aos índios isolados, cuja política é fazer contato somente nos casos em que sua sobrevivência está em risco imediato. Extraído de: <https://www.survivalbrasil.org/povos/indios-isolados-brasil>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

foi adotada a política da repressão. Foram caçados e mortos, senão escravizados e no futuro, quando finalmente percebeu-se que havia uma força de trabalho mais moldável aos desejos do colonizador, no caso os escravos africanos, os indígenas passaram a ser outro problema, porque detinham a posse tradicional de terras que eram cobiçadas para os engenhos de cana, depois para a plantação de café e também o garimpo e a criação de gado.

A primeira legislação indigenista de importância para os povos indígenas brasileiros foi a Carta Régia de 30 de julho de 1609, na qual o Rei Felipe III admitia como legítima a posse da terra pelos índios, ocupadas tradicionalmente, os quais não deveriam ser molestados. A segunda Carta Régia, de 10 de setembro de 1611 afirmava que: “(...) os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma” (AMADO, 2016, p. 255, *apud* CUNHA, 1987, p. 58).

Segundo Amado (2016, p. 255), já em 09 de março de 1718, D. João V aprovou nova normativa segundo a qual os indígenas eram considerados livres e isentos da jurisdição portuguesa, não podendo a mesma obrigá-los a saírem de suas terras, nem adotarem um modo de vida que não fosse de sua vontade. Mas, como bem alerta o autor, nem essas cartas foram respeitadas, nem se respeitou o Alvará de 1º de abril de 1680, o qual dispôs que os indígenas seriam isentos de tributos sobre as terras, por serem seus “primários e naturais senhores”:

No entanto, esse alvará não foi respeitado, pois as terras indígenas continuaram a ser alvos de um processo de esbulho por parte dos ‘conquistadores’, e quando não raro, com o apoio das autoridades. Citamos como exemplo a Carta Régia de 1808, que ‘declarava como devolutas as terras que fossem conquistadas dos índios nas chamadas guerras justas’. Essas guerras justas eram promovidas pelo próprio governo da época, contra os povos indígenas que não se submetiam à Coroa portuguesa. E como se nota, a ‘condição de devolutas permitia que as terras indígenas fossem concedidas a quem a Coroa quisesse’.

É paradoxal que, por um lado, o colonizador tenha legislado em Cartas Régias o direito de posse para os povos indígenas, mas, na prática, determinasse de tempo em tempo as denominadas “guerras justas”, nas quais era permitido que se semeasse o mais absoluto terror, períodos esses em que eram permitidos aos mateiros a eliminação dos índios considerados “bravos e insubmissos”. Isso vem demonstrar que desde o início, desde a colonização, havia a prática de se legislar para não fiscalizar e não cumprir, além de um distanciamento das leis para com a realidade em que viviam os índios no Brasil, prática que ainda perdura até os dias atuais.

Depois disso, houve as Constituições de 1824, 1934, 1937, 1946, 1969 e sua Emenda Constitucional n. 1, todas tratadas no item 3.2. Houve o advento do Estatuto do Índio, Lei

6.001/1973 e a Constituição de 1988 que finalmente abriu caminho para o chamado direito indígena e não mais indigenista.

O direito indígena vem a ser o conjunto de normas elaboradas em conformidade com o artigo 231 da CF/1988, que contempla a diversidade, aprovado em comum acordo com os povos indígenas, contemplando a diversidade, o respeito ao pluralismo jurídico, possibilitando, ainda, o uso da hermenêutica diatópica.

Já no artigo 1º do Estatuto do Índio (Lei n.6001, de 19 de dez de 1973), nota-se a intenção citada inicialmente de se imaginar os índios como a caminho de se integrarem aos costumes dos não índios e foi para isso essa tentativa de quase 500 anos no Brasil:

Art. 1º 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.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Nunca se compreendeu bem o que vem a ser esse desígnio “integrá-los (...) à comunhão nacional”, pois, ao mesmo tempo em que se pretende preservar a cultura dos povos indígenas, o que se nota é que não houve por parte do Estado brasileiro uma iniciativa realmente eficaz no sentido sequer de compreender e aceitar as práticas consuetudinárias dos cidadãos indígenas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, como já exposto, a partir de seu Artigo 231, com o reconhecimento explícito dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, mas não apenas isso, pois a Lei Maior reconhece também a organização social, os costumes, línguas, crenças e tradições, criou-se a semente de um direito indígena e não mais de um direito indigenista.

Por isso que se faz a distinção entre direito indigenista e direito indígena. O direito indigenista vem a ser o direito feito por não indígenas e aplicado aos povos indígenas. Trata-se de um direito que não tem preocupação em assimilar os costumes dos povos indígenas e adequar a legislação respeitando tais costumes. Já o direito indígena propõe que se contemplem as práticas, as crenças, os saberes dos povos indígenas. Trata-se de um direito que deverá nascer de dentro das comunidades indígenas para fora e não o oposto.

Contudo, apesar de a Constituição Federal estar em vigor há quase trinta anos, ainda ignoram o direito indígena, o que traz consequências graves para os povos tradicionais, como bem ressaltam Pacheco *et al* (2011, p. 471):

Diante de um cenário de desconsideração cultural e legal para com as populações indígenas, surge um quadro de destituição e de violência para com estes no Brasil,

pois o Estado contemporâneo e seu direito vêm negando a possibilidade de convivência de sistemas jurídicos diferentes; como no caso o direito consuetudinário dos povos indígenas (direito indígena per se) e o direito nacional “não indígena”, ou direito indigenista, elaborado pelo não-índio, para o índio.

Também não se tem notícia de que na elaboração do Estatuto do Índio tenha existido a participação de indígenas no processo, ainda que tal norma tenha sido a primeira a contemplar costumes indígenas.

4. O DIREITO PENAL DOS NÃO ÍNDIOS E O IMPACTO PARA OS POVOS INDÍGENAS

Desenvolvemos neste capítulo análise da interface entre o sistema jurídico brasileiro e o direito consuetudinário, ou seja, a forma como se dá, de um lado, o reconhecimento expresso pela Carta Magna em seu artigo 231 acerca do direito às tradições, cultura, língua e terras tradicionalmente ocupadas e, por outro lado, a submissão desses povos ao ordenamento de um Estado juridicamente monista, ou seja, que adota um único sistema jurídico para todo país. Em outras palavras, se o Estado brasileiro reconhece o direito à diversidade cultural dos povos indígenas, não deveria, também, reconhecer sua diversidade no campo jurídico, acatando ou dialogando com o direito consuetudinário desses povos?

4.1 Povos indígenas e a história do Direito Penal no Brasil

Quando os portugueses conquistaram o Brasil, trouxeram a legislação que vigorava em Portugal, sendo que apenas essa é que consideraram válida. Mas ante a vastidão do território apossado, os diversos povos indígenas que aqui existiam continuaram aplicando a sua noção consuetudinária de direito penal que, na visão de alguns doutrinadores, era bárbara.

Prado (2000, p. 60 - 61) resume da seguinte forma esse período:

A evolução histórica do pensamento jurídico-penal brasileiro pode ser resumida em três fases principais: período colonial, Código Criminal do Império e período republicano.

[...]

Na época pré-colonial, os autóctones que povoavam as terras brasileiras viviam em estado rudimentar, de profundo atraso e ínfima evolução. Sua vida era marcada pela instabilidade (caráter nômade), com a prática de uma economia de subsistência imediata (Idade da Pedra Lascada) e incapacidade de domesticação de animais. Assim, nessa cultura de floresta tropical, 'não se vislumbra nenhum dinamismo, nenhuma semente de progresso, que justifique falar-se em autêntica organização jurídico-social. O que existia eram simples regras consuetudinárias (tabus), comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e quase sempre pênhas de misticismo.

Tem-se que na sociedade primitiva existente no Brasil antes do domínio português imperavam a vingança privada, sem qualquer uniformidade nas formas de reação contra as condutas ofensivas; ainda que de modo empírico, a composição, inicialmente por acordo entre as famílias e com caráter de indenização, e a expulsão da tribo. No que toca às formas punitivas, havia predomínio das corporais, sem tortura.

Todavia, as leis da metrópole se impuseram totalmente, de sorte que 'as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o país em nada influíram, nem então, nem depois, sobre nossa legislação penal'.

Vê-se que Prado (2000) não admite que o direito consuetudinário indígena possa ter influído no direito penal vigente, o que se desmente na medida em que o antigo Decreto n. 5.484/1928 e mais especificamente o Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/1973, disciplinam normas penais aos índios, inclusive atentando para as suas práticas consuetudinárias.

Mas a argumentação deste autor, de fato, é válida para os séculos anteriores ao Século XX. Um dos grandes óbices à admissão do direito penal consuetudinário dos povos indígenas é justamente a ideia de que o sistema penal vigente, bem como o que foi importado de Portugal, está “pronto e acabado”. Ainda conforme Prado (2000, p. 61):

O Direito em vigor na colônia estava feito, precisando simplesmente ser aplicado, depois de importado, sendo nada mais que um capítulo do Direito português na América: fenômeno denominado de bifurcação brasileira, isto é, a transplantação do organismo jurídico-político luso para o território nacional.

Em verdade, o que se nota é o velho preconceito etnocêntrico face aos indígenas. É comum os juristas imaginarem que as concepções dos povos indígenas são simplórias e que são incapazes de conceber sequer um rudimento de sistema jurídico. Mas é fato que o primeiro Código Criminal do Império, de 16/12/1830, bem como o Código Penal de 1890 (Decreto n. 847) nada trataram sobre a responsabilidade penal do indígena. Mesmo o Código Penal de 07/12/1940, que ainda está em vigor, porque representa a parte especial do Código Penal brasileiro, em seu texto principal não menciona os indígenas, mas deles trata na sua exposição de motivos. E trata como se fossem todos indivíduos com desenvolvimento mental incompleto ou retardado (FEIJÓ, 2015, p. 70).

Sobre a maneira como o Código Penal de 1942 lidou com os indígenas, bem como a maneira como tratou da sua condição jurídica em sua exposição de motivos, vale citar contundente crítica de Souza Filho (1992, p. 157-158), antes de prosseguir com o tema:

O Código Penal, elaborado dentro dos parâmetros da técnica jurídica, em 1940, buscando a precisão própria de sua época, omite a palavra índio ou silvícola. Posto que omite a palavra, admite o conceito, encontrando uma fórmula mágica para atenuar as penas eventualmente impostas aos índios, imitando a relativa capacidade exposta no Código Civil. O artigo 22 expressa: 'É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento'. Passaria despercebido este artigo a quem estivesse procurando índios no Código Penal, se na longa Exposição de Motivos que o antecede, assinada pelo Ministro Francisco Campos, e que faz parte integrante da Lei, não se pudesse ler: "No seio da Comissão foi proposto que se falasse de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao 'desenvolvimento incompleto ou retardado', e devendo-se entender como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava a alusão expressa aos surdos mudos e aos silvícolas inadaptados. Qual teria sido o escrúpulo da Comissão em fazer referência expressa aos silvícolas?

Por que não dizer com todas as letras que os silvícolas ou os índios ao não serem capazes de entender o caráter delituoso de um ato deveriam ter diverso tratamento penal? Que estranha razão teria a comissão para omitir aquilo que a lei civil chamou de relativa incapacidade dos índios? Esta intrigante questão foi respondida por um dos membros da Comissão e um dos mais respeitados penalistas de sua época, Nelson Hungria, que em seu alentado "Comentários ao Código Penal" se expressa clara e francamente: "O artigo 22 fala em 'desenvolvimento incompleto ou (11 Cf.: Código Penal Brasileiro. São Paulo, Editora Sugestões Literárias, 1979, p.32. 158 Revista IIDH [Vol. 15]), retardado'. Sob este título se agrupam não só os deficitários congênitos do desenvolvimento psíquico ou oligofrênicos (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdo mudos) e até mesmo os silvícolas inadaptados. ...assim, não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo sylvester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável" (grifos no original). Depois desta preconceituosa declaração, que não admite a existência de outros padrões éticos, o jurista consegue ser ainda mais claro, expressando a vergonha da lei em manifestar a existência de índios no Brasil: "Dir-se-á que, tendo sido declarados, em dispositivos à parte, irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao 'desenvolvimento mental incompleto'; mas explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio".

A verdade é que ainda estava bastante viva entre os juristas brasileiros a ideia de que o indígena era relativamente incapaz, como disciplinava o Código Civil de 1916, ainda, que deveria ser tutelado primeiro pelo SPI e depois pela FUNAI, sendo que estava ainda presente a exigência que o mesmo se 'civilizasse', renunciasse aos seus costumes, práticas e crenças e adotasse o modo de vida ocidental, trazido pelos portugueses. Quando isso ocorresse, poderia pedir uma emancipação e deixaria de ser tutelado pelos órgãos incumbidos de lidar com as populações indígenas.

Em 1984, a Lei n. 7.209 alterou a parte geral (artigos 1 a 120) do Código Penal brasileiro, ficando com a seguinte redação, o seu artigo 26:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É preciso esclarecer que no direito penal brasileiro, duas teorias surgiram para explicar o que vem a ser crime, sob a ótica de seus elementos formais. A primeira, foi a teoria tripartida, para a qual crime é o fato típico, antijurídico e culpável. Já a segunda teoria, é a bipartida extremada, para a qual o crime seria apenas o fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade mero pressuposto da pena.

Para alguns autores brasileiros, então, o indígena que cometesse crime e não tivesse a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato, sua conduta, apesar de ser crime, pois houve um fato típico e antijurídico, não seria passível de merecer pena, porque estaria ausente

a culpabilidade. Citando um autor filiado à essa dogmática penal, doutrina Barreto (2005, p. 41):

Damásio de Jesus sustenta que o índio possui um desenvolvimento mental incompleto ou que ainda não se concluiu, motivo pelo qual ele é considerado inimputável. É verdade que o festejado penalista reconhece, logo em seguida, que ‘a imputabilidade do silvícola inadaptado é discutível’.

Permitimo-nos abrir um parêntese para lembrar que ‘capacidade penal’ e ‘imputabilidade penal’ são coisas distintas: ‘Aquela se refere a momento anterior ao crime. Esta, a imputabilidade, constitui momento contemporâneo ao delito’. Cumpre não olvidar, ainda, que o ‘inimputável’ comete crime, mas é isento de pena (CP, art. 26). A qualificação do índio como ‘inimputável’, na pressuposição de que seu desenvolvimento mental é incompleto, a nosso sentir tem forte odor de discriminação. Primeiro, porque se inadaptação for sinal de desenvolvimento mental incompleto, haveremos de inserir nessa categoria muitos estrangeiros. Segundo, porque a inadaptação não significa ausência ou redução de entendimento de valores e práticas, mas exatamente o contrário: significa consciência que eles são ‘diferentes’. Terceiro, mesmo que o pressuposto fosse verdadeiro, dele não decorreria a inimputabilidade: seria necessária a prova da ausência da capacidade de entender e de querer ‘no momento da conduta’.

Para os defensores da teoria tripartida de conceituação do crime, ausente a culpabilidade, faltaria um dos elementos do crime, logo não haveria fato típico. Mas, independente da teoria adotada no tocante ao modelo formal de conceituação de crime, interessante destacar que a culpabilidade possui como elementos: a imputabilidade, que vem a ser aquela aptidão do agente para ser responsabilizado; a potencial consciência da ilicitude, sendo que aqui adentra-se na seara do erro, sob o qual pode vir o agente a cometer o crime, e, por fim, a exigibilidade de conduta diversa, que vem a ser o requisito segundo o qual, em uma determinada situação, era exigível do agente que não cometesse o crime, isso para os crimes comissivos, obviamente.

Seja qual for a teoria adotada, o indígena foi interpretado pelo Código Penal brasileiro como um doente mental, ou uma pessoa com retardamento mental. Essa taxonomia legal nunca foi justa, nem adequada, porque contemplando-se o agente criminoso indígena, no domínio perfeito de suas faculdades mentais, mas que cometeu um crime por desconhecer as leis dos ditos civilizados, teria de se procurar outras justificativas para isentá-lo de responsabilidade penal, quiçá talvez, adentrando-se na teoria do chamado erro de proibição, que ocorre quando o agente erra sobre a compreensão do direito que possui. Como bem doutrina Feijó (2015, p. 73):

Quanto ao índio, sua responsabilidade criminal sempre esteve conectada ao grau de civilização do aborígene, o quanto ele estava aculturado. Relacionava-se sobremaneira ao modo como o Estado Brasileiro tratava a capacidade civil do índio. Desde a época da Coroa Portuguesa, o índio era considerado incapaz para os atos da vida civil enquanto não fosse civilizado. Melhor dizendo, enquanto o silvícola não fosse incorporado ao modo de vida da sociedade dominante (paradigma da integração), em um verdadeiro processo de civilização, era considerado um ser primitivo, sem desenvolvimento mental completo e, portanto, incapaz de conduzir

por si só sua própria vida e administrar seus bens. Enquanto mantivesse esse estado de primitividade receberia um tratamento especial do Estado: a Tutela.

Então o direito penal considerou por muito tempo o indígena como um ser primitivo, não integrado à sociedade brasileira, equiparado ao doente mental, que deveria ser tutelado, ao menos enquanto não alcançasse a tal “civilidade” que nada mais seria que renunciar seu *modus vivendi*.

Essa concepção entrou em choque com o antigo Decreto 5.484/1928 e com o Estatuto do Índio, Lei 6.001/1973, porque como reconhece Feijó (2015, p. 71) ambas legislações: “(...) tratavam do regime especial de cumprimento da pena dos indígenas criminosos, revelando que a intenção da legislação especial era considerar o silvícola penalmente responsável”. E mais recentemente, na história brasileira, entrou em choque com o artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que reconhece e protege os costumes dos povos indígenas, mesmo aqueles que, em tese, poderiam enquadrar-se em tipos penais do Código ainda em vigor.

A *vexata quaestio* reside no seguinte: a Constituição em vigor reconheceu o direito de o indígena não se integrar ao convívio da dita sociedade ‘civilizada’, permanecendo indígena, e ligado aos costumes, práticas, crenças de seu povo tradicional. Mas, nesse caso, a mesma Constituição não reconheceu explicitamente o direito desses povos indígenas de aplicarem as suas sanções aos seus integrantes que venham a cometer crimes?

Ademais, o artigo 56 do Estatuto do Índio, bem como o artigo 57 suscitam dúvidas entre os juristas, sobre se teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988, ou qual a abrangência desses artigos, ou se os costumes indígenas a serem respeitados seriam apenas aqueles dos povos ainda intocados ou também dos que já se encontram em fase de perfeita sociabilidade com a população não indígena.

Esses são problemas complexos, que devem suscitar por parte dos estudiosos do direito e da antropologia detidas e cuidadosas análises. Se, por um lado, há que se garantir a preservação dos costumes dos povos indígenas, por outro lado, há que se preservar a soberania nacional. A solução apontada por Feijó, em seu artigo (2015, p. 83), pela imputabilidade dos indígenas e sua total responsabilidade penal, no que tange aos agentes criminosos indígenas já socializados, que compreendem o caráter ilícito do fato praticado e no que pertine aos indígenas isolados, a aplicação da excludente de culpabilidade (por erro de proibição, artigo 21 do Código Penal), ou outra excludente prevista em lei, não parece boa.

Ousamos sugerir uma solução mais adequada ao pluralismo jurídico, à diversidade e à alteridade. Por exemplo, que um novo Estatuto dos Povos Indígenas substitua o Estatuto do Índio e venha contemplar em seu texto, o julgamento colegiado de acusados indígenas, sendo que nesse colegiado haveria a presença obrigatória de juízes leigos indígenas, em que a decisão sobre o destino do acusado seria conseguida por meio da votação da maioria. Com essa medida, se preservaria a soberania do Estado brasileiro, vez que há a presença do juiz togado e se atenderia, também, à necessidade de se contemplar as tradições disciplinares dos povos indígenas.

Inclusive, lembramos que no estudo organizado por Andrea Flores (2008), defendeu-se a presença obrigatória de indígenas no corpo de jurados, em se tratando de julgamento de réu indígena, ideia essa muito interessante, pois contemplaria a visão desses povos no julgamento. Raramente vemos jurados indígenas, seja julgando brancos, seja julgando indígenas.

Não haveria, então, a necessidade de se invocar excludentes de culpabilidade do Código Penal brasileiro, nem de se arrimar a absolvição do réu indígena invocando-se o erro de proibição, mas simplesmente uma excludente nova, contemplada no novo Estatuto dos Povos Indígenas, denominada simplesmente por “costumes dos povos indígenas”. Contudo essas são apenas sugestões.

Há também uma natural inclinação do direito penal de se desvirtuar. Seus executores têm uma tendência ao autoritarismo, como bem denunciou Zaffaroni (1999), que leva à sua deslegitimação quando se propõe a proteger a sociedade. E há, também, a crítica contundente feita pela Professora Vera Regina Pereira de Andrade (2003), para quem o direito penal é machista, sexista, discriminatório, que não soluciona o problema da criminalidade, antes atua como elemento fomentador da mesma.

Sendo tais análises corretas, é de se compreender porque os indígenas que caem nas malhas do sistema penal são os que mais sofrem as suas agruras e estigmas.

4.2 Choque cultural e diversidade étnica

Como dito anteriormente, o colonizador europeu imaginava que os povos indígenas do Brasil, com o passar dos séculos de influência portuguesa na colônia, acabassem por se integrar à população não indígena, apagando-se qualquer resquício de suas práticas, costumes

e crenças. Ver-se-ia, então, um único povo, em um grande amálgama, ainda sob a égide de Portugal.

Não foi o que ocorreu. Os povos indígenas sempre mostraram resistência a esse processo, desde o começo da colonização, ora resistindo à escravidão, ora resistindo a abandonar suas aldeias para serem circunscritos em outras áreas, para as quais o colonizador pretendia levá-los. Como acentuam Aguilera Urquiza e Greff (2016, p. 03):

Pesquisando-se a história de proteção aos povos indígenas no Brasil, o estudioso descobre que em quinhentos anos, desde o descobrimento do Brasil pelos portugueses, como bem acentua Lopes (2014), os governantes interpretavam os indígenas ‘como categorias transitórias ou em extinção’. Ou esperavam que os povos indígenas abdicassem de tudo que se relacionasse ao seu *modus vivendi* e aderissem aos costumes ditos ‘civilizados’, ou simplesmente trabalharam na extinção dos povos indígenas renitentes a tais investidas.

Naturalmente que todo esse processo, narrado inclusive na parte histórica desta dissertação, culminou com o oposto do que pretendia o colonizador. Ao invés de se adaptar gradativamente aos hábitos dos portugueses, o que se fez foi que houvesse resistência e choque cultural entre ambos os lados. Passados mais de 500 anos da chegada dos europeus, percebe-se que os povos indígenas que estavam nessa região que se tornou o Brasil, aqueles que conseguiram sobreviver a um terrível processo de genocídio e etnocídio mantiveram grande parte de seus costumes, crenças e tradições, ou seja, contrariando a pretensão de que haveria um desaparecimento dessas práticas, ao longo dos séculos.

Dessa forma, constatamos na atualidade, que o Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, afirma ser um País multicultural, ao reconhecer a diversidade cultural e linguística dos povos indígenas (*ex vi* art. 231 CF). Assim, por ‘diversidade étnica’, entendemos que seja o respeito pelas diversas etnias, costumes, religiões, idioma, saberes e práticas de outros povos, na busca sempre de uma convivência pacífica, cultivando-se a alteridade. Definição interessante desse termo é apresentada por Aguilera Urquiza e Prado (2016, p. 12):

A palavra diversidade tem adquirido uma gama imensa de significados nas últimas décadas, pois tem a ver, em especial, com a emergência significativa dos pluralismos étnicos, comportamentais, artigos de consumo, nacionalismos, comportamentos, dentre outros. Para nós, a ênfase deste conceito recai sobre grupos e sociedades, ou seja, diversidade cultural, aquela que diz respeito às manifestações plurais de grupos e sociedades, em suas práticas culturais.

Segundo esses autores, diversidade cultural é expressão que comporta a ideia daquilo que é plural, diferente, variado, construído historicamente, dinâmico em seu processo de transformação, que não prescinde da chamada alteridade, que vem a ser essa capacidade que o ser humano tem de enxergar, de se colocar na situação do seu semelhante.

O etnólogo Curt Nimuendaju, citado por Vieira (2013, p. 13), estimou que havia cerca de 1.400 grupos indígenas no Brasil, sendo que ao longo de mais de 500 anos de colonização, foram reduzidos para apenas cerca de 283 etnias, isso de acordo com dados do IBGE/2010. Isso mostra que houve uma constante e eficaz tentativa de destruição dos povos indígenas, que foram simplesmente sendo dizimados, processo que inclusive ainda perdura nos séculos XX e XXI, como denunciou Valente (2017) em uma narrativa a respeito da construção da rodovia transamazônica, durante o período da ditadura militar.

Devido a todo esse processo, atualmente os Povos Indígenas que sobreviveram, mesmo em condições reduzidas de integrantes, ainda tiveram parte de seus costumes, tradições e crenças corrompidos pelo colonizador, inclusive na cidade de Dourados / MS, onde no pequeno espaço de pouco mais de 3.400 hectares habitam os povos Kaiowá - Guarani e os Terena, local onde, segundo denúncias, há dezenas de igrejas evangélicas, bares e mercados, em um processo claro de despersonalização desses povos.

O tema da diversidade dos povos indígenas, do respeito à diversidade, é importante porque está intrinsecamente relacionado com a questão da aceitação da autonomia desses povos, significando que aos povos indígenas se assegura a manutenção de sua identidade cultural, por serem povos diferenciados. A consequência direta desse processo de aceitação, por parte dos não-índios, vem a ser a admissão inclusive de um sistema de vida e jurídico distinto e igualmente eficaz na manutenção não apenas da ordem, mas dos valores das ditas comunidades indígenas.

Por outro lado, vemos que muitos indígenas são processados criminalmente e julgados culpados em virtude dessa disparidade entre os costumes e práticas indígenas e o sistema jurídico dos não índios, imposto aos povos indígenas do Brasil. Por exemplo, a questão do infanticídio. A Professora e Antropóloga Rita Segato, convocada em 2007 pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados do Brasil, teve o ensejo de argumentar pela improcedência de Projeto de Lei que pretendia incriminar novamente, isso porque o Código Penal pátrio já estabelece como crime o infanticídio (artigo 123), a respeito da morte de um dos gêmeos, quando ocorre esse tipo de nascimento, entre o Povo Yawanawa.

Não estamos aqui a defender o direito ao infanticídio de uma das crianças, devido ao fato que esse povo acredita que apenas um ‘espírito’ estaria disputando ‘dois corpos’, uma vez que o bem ‘vida’ inquestionavelmente é superior, mas, sim, perquirindo a possibilidade de um sistema jurídico dialogar com o outro, como inclusive acentua Segato (2014, p. 69) em seu texto:

Se, por um lado, me amparavam a Constituição Brasileira de 1988 e a ratificação pelo Brasil, em 2002, da Convenção 169 da OIT, com sua defesa do direito indígena à diferença: pelo outro, a defesa da vida se apresentava como um limite infranqueável para qualquer intento de relativizar o Direito. Com efeito, a Constituição de 1988, especialmente no artigo 231 e no conjunto de seus artigos 210, 215 e 216, reconhece e garante a diversidade de culturas dentro da nação e o direito à pluralidade de formas particulares de organização social. A partir dessa visão constitucional pluralista na ordem cultural, intérpretes como Marés de Souza Filho e Carvalho Dantas afirmam que a Carta de 1988 senta as bases para o progressivo exercício de direitos próprios por parte das sociedades indígenas no Brasil. Também a ratificação da Convenção 169 da OIT, em 2002, foi um passo adiante no caminho do reconhecimento das justiças próprias, ainda que a norma consuetudinária aí, apesar de adquirir *status* de lei por sua inclusão na legislação a partir do processo de constitucionalização do instrumento jurídico internacional, segue limitada pela obrigatoriedade do respeito às normas do ‘sistema jurídico nacional’ e aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Em outras palavras, a autora não defendeu o direito ao que denominamos de infanticídio indígena em seu texto, mas logo à frente defende o diálogo com aquela comunidade indígena, a alteridade e a compreensão da sua diversidade, ao menos para não se pretender punir mais uma vez o que já é castigado pela norma penal geral. As indígenas que praticarem o infanticídio serão apenas de acordo com o Código Penal brasileiro, *ex vi* artigo 123, exceto se pertencerem a povos isolados, por força do Estatuto do Índio.

Aqui, evocamos a importância do Artigo 1º da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural de 2001 (DUDC, ONU, 2001), que afirma ser a diversidade cultural patrimônio da humanidade:

Artigo 1 – A diversidade cultural, patrimônio comum da humanidade
A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.

Destacando, ainda em seu artigo 2º, que da diversidade cultural brota o chamado pluralismo cultural, que impõe o diálogo entre as diferenças:

Artigo 2 - (...) Em nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver (Id.).

A defesa da diversidade cultural não é apenas um imperativo legal e constitucional, mas remete à dignidade da pessoa humana, significando o respeito aos direitos humanos, inclusive para com sua agenda de conquistas sociais, ambientais e econômicas. Conforme artigo 4º. da Declaração:

Artigo 4 – Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade

humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance (Id.).

Esse importante documento coaduna-se em seus propósitos com a defesa da hermenêutica diatópica, tema caro ao Professor Boaventura de Sousa Santos (1997) e com o diálogo proposto pela Professora Rita Segato (2014), pois ambos apresentam caminhos pelos quais esse diálogo entre diversidades, às vezes inclusive antagônicas, será encaminhado com bons resultados para todos.

Sobre o papel do Estado, questiona Segato (2014, p. 25), em um texto no qual censura uma proposta parlamentar de mudança de projeto de lei, que visava incriminar duplamente a indígena acusada de infanticídio:

Qual poderia ser então o trabalho do Estado para poder superar um cenário tão desalentador como o que acabo de apresentar? Deveria ser um Estado restituidor e garante do direito étnico e do direito comunitário em geral. Com isso, quero dizer que, em vista da desordem que as elites metropolitanas europeias e cristãs instalaram no continente a partir do processo de conquista e colonização, desordem mais tarde agravada e aprofundada pela administração a cargo das elites nacionais eurocêntricas, herdeiras do controle dos territórios, hoje temos uma oportunidade. É a oportunidade de permitir que aqueles povos que até agora não tiveram a ocasião de fazê-lo possam agora restaurar sua ordem institucional interna e retomar os fios da sua história. Quem sabe seja sim possível refazer o que foi desfeito nas ordens cultural, jurídica, política, econômica e ambiental da Nação. Se não existe lei perfeita, em lugar de insistir na perfectibilidade cada dia mais remota de um sistema jurídico deficiente, podemos abrir caminho para outros modelos. Refiro-me aqui aos Direitos Próprios e ao projeto do Pluralismo Jurídico.

Esse espinhoso tema foi também enfrentado por outros autores, que alargaram suas análises sobre outros Povos Indígenas, como Malinka e Suzin (2011, p. 177):

Sendo mais objetivo e buscando a compreensão mediante a análise dos casos concretos: entre os povos indígenas, a prática do infanticídio é constatada em várias de suas comunidades e os motivos que se apresentam são vários. Entre os Yanomami seria a promoção do equilíbrio entre os sexos. Entre os Suruwahá, a deficiência física. Entre os Kaiabi, o nascimento de gêmeos (sendo que a primeira criança é preservada), e assim por diante.

Para esses autores (op. cit), a questão está atrelada ao Relativismo Multicultural e à Universalidade Ética, pois:

[...] o relativismo cultural, inicialmente desenvolvido por Franz Boas e com base no historicismo de Herder, defende que bem e mal, são elementos definidos em cada cultura. E que não há verdades universais visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura pesa a si mesma e julga a si mesma. A mutilação feminina, portanto, não poderia ser avaliada como certa ou errada, mas sim aceita ou rejeitada socialmente, de acordo com o olhar da cultura local sobre esse fato social. Para o relativismo radical não há valores universais que orientem a humanidade, mas valores particulares que devem ser observados e tolerados. E assim, em sua compreensão de ética, o bem e o mal, são relativos aos valores de quem os observa e experimenta.

Aduzimos que no Estado brasileiro, os não índios, quando tentam compreender a diversidade dos Povos Indígenas, o fazem de maneira atabalhoada, precipitada e superficial. Tome-se a exemplo o caso da menina Hakani, do Povo Suruwahá, que nasceu com deficiência mental. Ocorreu informação superficial sobre o assunto no sentido de que esse Povo Indígena simplesmente não admite que crianças nasçam com problemas de saúde, considerando nesses casos a vida como inviável. Contudo, a realidade é bem outra, como acentuam Santos e Sousa (2009), em valioso estudo sobre essa etnia: trata-se de um povo que pratica o suicídio, sobretudo na idade ainda jovem, porque acredita que quem se mata alcança um lugar onde só existe felicidade, sendo recomendável que o faça enquanto ainda for jovem.

Quando o povo Suruwahá tomou contato com os não índios contraiu doenças e foi quase que totalmente dizimado. Os Pajés dessa etnia foram massacrados e o único que restou, ensinou ao seu Povo o uso da raiz do Timbó para praticar o suicídio. Porque, para esse povo, a vida neste plano só tem sentido enquanto a existência for leve e feliz. Por isso, os idosos são alvo das brincadeiras das crianças, porque não tiveram a coragem de dar cabo à própria vida quando eram mais jovens. Ou seja, a existência de uma criança com problemas mentais, para aquele povo, seria uma existência infeliz, para a qual a morte a levaria para um lugar onde poderia ser curada.

Podemos, aqui, enumerar outros casos mais simples de conflito entre nosso ordenamento jurídico e a tradição indígena, por exemplo, o de um indígena masculino da etnia Kaiowá, que desposou uma indígena de apenas 13 anos de idade e foi morar com a mesma em uma casa construída dentro da Aldeia de Dourados / MS. Faz parte dos costumes desse Povo que a garota ao ter a sua primeira menstruação, a menarca, já pode escolher um marido, como de fato, são as mulheres que escolhem. Uma vez que o caso chegou ao conhecimento das autoridades não indígenas, o rapaz foi preso e respondeu por processo por crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro).

Ora, o que se questiona é se em casos como esse, o Direito Penal dos não indígenas causou um bem ou um mal maior à dita comunidade, aproximando-se ou distanciando-se dos ideais de justiça preconizados inclusive na Constituição Federal de 1988. O inegável é que não há por parte do Estado brasileiro iniciativa visível de pelo menos estabelecer as bases necessárias para o reconhecimento da diversidade, como determina a Lei Maior e isso acaba por, na prática, causar males aos povos indígenas, sobretudo porque os juízes continuam a aplicar apenas o velho Estatuto do Índio, Lei 6.001 (1973), sem sequer contemplá-lo com os

avanços constitucionais e com a Convenção 169, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, ratificada no Brasil pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004.

Dessa forma, o choque cultural entre Povos Indígenas do Brasil e o sistema jurídico brasileiro ainda ocorre nos dias atuais. E ocorre porque o governo, os juristas, os julgadores etc. não contemplam a diversidade, a alteridade, não estabelecendo as bases de um diálogo, nem transigem no sentido de aceitar as diferenças, as concepções costumeiras e culturais dessas comunidades, tema que desenvolveremos a seguir, ao tratar do pluralismo jurídico.

4.3 O Direito Consuetudinário Indígena e o Pluralismo Jurídico

Direito consuetudinário é aquele derivado do costume, da prática reiterada de um povo, na convicção de que é obrigatória tal forma de proceder. Um sistema jurídico, no geral, é estabelecido em meio a um povo assimilando boa parte de seus costumes e transformando os mesmos em leis, em normas que podem ou não ser escritas.

O sistema jurídico brasileiro foi herdado de Portugal, em um primeiro momento aplicando-se na íntegra a legislação portuguesa e depois disso, com a independência do Brasil, ainda guardando muita similaridade com o sistema jurídico português.

Por pluralismo jurídico entende-se o oposto de monismo jurídico. Enquanto o monismo jurídico significa a adoção de um único sistema jurídico para todo país, o pluralismo vem a ser a admissão, ou pelo menos o diálogo com outros sistemas jurídicos. Ou seja, pretende-se que haja ao menos o intercâmbio do sistema jurídico brasileiro com os sistemas consuetudinários dos povos indígenas que habitam o País desde seu descobrimento.

Fabio Luiz Lee (2016, *s/p*), oferece-nos interessante definição de Pluralismo Jurídico:

Pluralismo Jurídico: área de estudo da coexistência de vários sistemas jurídicos em uma mesma sociedade. Geralmente não é bem aceito a concorrência de outros sistemas jurídicos onde vigora o direito positivista típico dos países baseados em códigos legais de tradição romano-germânica. Apesar disso, há uma recente tendência de valorizar e aceitar a validade da mediação privada de uma determinada comunidade. Isto é, deixar que os grupos étnicos, organizações religiosas, associações de bairro e juntas comerciais mediem as causas de seus membros. Porém, se há aceitação do Estado das mediações intra-comunitárias, ainda há pouca discussão de resoluções de conflitos jurídicos inter-comunidades. Um exemplo dessa falha são os conflitos entre fazendeiros e indígenas no Brasil.

E aqui é importante estabelecer uma distinção entre Pluralismo Jurídico e Pluralismo Antropológico, que não devem ser confundidos, para tanto, recorremos a Belley e Arnaud (1999, p. 585):

1. Pluralismo jurídico:

Em direito: a) Existência simultânea, no seio de uma mesma ordem jurídica, de regras de direito diferentes aplicando-se a situações idênticas; b) Coexistência de ordens jurídicas distintas estabelecendo ou não relações de direito entre si.

2. Pluralismo jurídico – antropológico:

Corrente doutrinária que insiste no fato de que à pluralidade dos grupos sociais correspondem sistemas múltiplos compostos que seguem relações de colaboração, coexistência, competição ou negação; o indivíduo é um ator do pluralismo jurídico na medida em que ele se determina em função de suas vinculações múltiplas a essas redes sociais e jurídicas.

Entre os muitos males do monismo jurídico, sobretudo em um país de dimensões continentais como é o Brasil, está que um parlamentar de uma região marcada por grandes centros urbanos, possa aprovar uma norma que tenha validade para pessoas de outra região longínqua, que possuam outros costumes, outras práticas.

Como bem acentua Ribeiro (2014, p. 51), a admissão de um Direito Consuetudinário Indígena somente é possível em um ambiente pluralista. Contudo, apesar da Constituição Brasileira, em seu artigo 231 explicitar, entre outros, o reconhecimento dos costumes dos povos indígenas, não foi assim que se caminhou na prática, no âmbito jurídico brasileiro. A verdade é que para os brasileiros não índios, os diversos povos indígenas são vistos como um só grupo, ignorando-se por completo a sua diversidade cultural, social, espiritual e, também, legal.

Mesmo os povos indígenas mais isolados possuíam e ainda possuem a sua forma consuetudinária de resolver conflitos entre os seus e de aplicar o que os não índios denominam por 'justiça'. Quando não se constata um sistema jurídico não escrito, mas forte do ponto de vista consuetudinário, constata-se entre os povos indígenas ao menos um conjunto de práticas que se aproxima muito de um sistema jurídico. Esses povos de tradições milenares sempre resolveram suas contendas a partir de seus costumes, e agora devem se submeter ao nosso sistema jurídico, totalmente exógeno e arbitrário. Nesse sentido, acentuam Flores e Ribeiro (2016, p. 489) acerca da diversidade desses povos:

É hercúlea a tarefa de encontrar regramentos de natureza jurídica, mesmo que travestidos de rituais sagrados e manifestações artísticas, comuns entre os indígenas brasileiros, dada à riquíssima diversidade de suas culturas. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) levantou no Censo 2010 a existência de 305 etnias que falam 274 línguas diferentes. Ainda assim, semelhanças existem, mas não pedem uma análise comparativa, posto consuetudinárias e, portanto, emanações de identidades culturais que justamente distinguem os povos.

O choque cultural, quando os não indígenas tentam compreender o direito consuetudinário indígena, principia na concepção dos povos indígenas de resolverem seus conflitos internos sempre coletivamente. Um delito ocorrido dentro de uma comunidade indígena é um problema que atinge a todos, devendo ser resolvido pelas lideranças desses povos e, não raro, em conjunto com outros povos amigos.

Tomemos, a exemplo, o caso envolvendo um indígena chamado Denilson Trindade Douglas, na Apelação Criminal de número 0090.10.000302-0, oriundo da Comarca de Bonfim, em Roraima. Nesse processo, o réu Denilson, após uma bebedeira, cometeu homicídio contra outro indígena de seu Povo. Foi julgado pelos Tuxauas (líderes) da Comunidade Manauá, tendo sido castigado pela sua comunidade. Posteriormente, em decisão inédita, o Tribunal de Justiça de Roraima ratificou a sentença dada pelo conselho tribal, reconhecendo a efetividade, e aceitando a prática do Direito Consuetudinário daquele povo indígena.

As lideranças das comunidades indígenas Anauá, Manoá e Wai Wai reuniram-se para deliberar sobre esse delito e decidiram que Denilson deveria ser punido com o afastamento por cinco anos de sua comunidade, tendo de conviver com a comunidade Wai Wai, onde deveria prestar serviço comunitário e sem direito a auferir ganho por isso, não podendo comercializar nenhum produto, sem autorização do povo Wai Wai. Também lhe impuseram o dever de construir uma casa para a viúva, esposa da vítima, tendo de aprender a cultura dos Wai Wai.

O Conselho das Lideranças ainda destacou a possibilidade de vir a se reunir novamente, caso o indígena Denilson Trindade Douglas se tornasse recalcitrante em cumprir tais medidas, não afastando a possibilidade de aplicarem novas sanções ao mesmo. Tudo isso faz parte dessa interessante decisão²³, que citamos em nota de rodapé.

²³ Andamento do Processo n. 0090.10.000302-0 - Apelação Criminal - 17/02/2016 do DJRR

Secretaria da Câmara Única

Expediente de 16/02/2016

PUBLICAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente da Câmara Única, do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, torna público para ciência dos interessados que, na Sessão Ordinária do dia 23 de fevereiro do ano de dois mil e dezesseis, às nove horas, bem como na quinta feira seguinte no mesmo horário, ou nas sessões subsequentes, serão julgados os processos a seguir:

Não foi nenhum favor do Tribunal de Justiça de Roraima considerar essa decisão das Lideranças Indígenas Anauá, Manoá e Wai Wai. Isso porque apenas se cumpriu o que estabelece o Estatuto do Índio, Lei 6.001/1973, *ex vi* artigo 57, citado no acórdão supra, que estabelece:

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0090.10.000302-0 - BONFIM/RR

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DE RORAIMA

APELADO: DENILSON TRINDADE DOUGLAS

PROCURADORES FEDERAIS: DRA. HELENA MARIE FISH GALIANO E OUTRO

RELATOR: DES. MAURO CAMPELLO E M E N T A

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES.

CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.

- Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.

- A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem.

- O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte. - Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF. - Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.

- Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.

- Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, em que são partes as acima indicadas, decide a Turma Criminal da Câmara Única do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, conhecer e negar provimento ao apelo, nos termos do Voto do Relator.

Art. 57: Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Inclusive a Convenção 169 (2002), da OIT, já ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 5051, de 19.04.2004, que estabelece em seu artigo 9º, item 1, o mesmo direito, inclusive em linguajar mais adequado, excluindo a duvidosa expressão ‘será tolerada’, porque de tolerância não se trata, mas, sim, de aceitação dos costumes consuetudinários dos Povos Indígenas:

Art. 9º - 1. Desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados.

Apesar disso, essa decisão segue sendo uma das poucas nesse sentido, no Brasil. A maioria dos juízes, quando julga indígenas, aplica-lhes tão somente a legislação dos nãoíndios, quando muito, aceita alguma recomendação constante de laudo antropológico, no campo penal, amenizando a pena. Também os antropólogos deveriam tomar a prática de perguntar aos indígenas periciados, se já foram de alguma forma reprimidos ou punidos pelos seus povos, em virtude de seus crimes, pois se a informação não consta dos autos do processo-crime, o juiz não se acautelará, nem apreciará essa questão, quando de seu julgamento. Lembramos que o artigo 66 do Código Penal Brasileiro prevê uma atenuante inominada, ou seja, esse prévio sancionamento disciplinar, aplicado pela comunidade da qual faz parte o acusado indígena, pode ser valorado com espeque nesse dispositivo e no artigo 8º. do mesmo *codex*.

Ainda vigora nos meios jurídicos a ideia de que o indígena é um ser ‘primitivo’, que estaria em um ‘processo de evolução’ para a situação de ‘civilizado’, quando atingiria uma integração à ‘comunhão nacional’ (BARRETO, 2005, p. 36). Essa interpretação é justamente o principal óbice à admissão do pluralismo jurídico e do direito consuetudinário indígena.

São também defensores do Pluralismo Jurídico Tédney Moreira da Silva (2015) e Rosely Aparecida Stefanos Pacheco (2006, p. 121-144), ambos evocando ideias de Antonio Carlos Wolkmer (2001).

Moreira da Silva (2015, p. 53) em sua dissertação argumenta que:

O pluralismo jurídico é uma realidade da qual o jurista não pode prescindir, considerando-se que a realidade estatista e legalista do direito não é universal, nem a única vigente para a regulamentação das relações múltiplas na sociedade. Opõe-se, portanto, ao monismo, na medida em que o pluralismo, reconhecendo a diversidade, representa a ‘(...) existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolver o conjunto de fenômenos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si’.

Por essa razão Sacco (2013) também defende:

O pluralismo jurídico focaliza sua atenção nos subgrupos sociais, na interação entre a ordem das comunidades locais e a ordem normativa superior, nos tratamentos diversificados dos conflitos que se apresentam no interior do grupo restrito e daqueles que ocorrem entre grupos diversos, contrapõe o direito oficial e o não oficial e toma como alvo a identificação do direito com o Estado (SACCO, 2013, p. 94).

Já Pacheco (2006) defende que o Pluralismo Jurídico, no Brasil nasce da contemplação da diversidade indígena. Para se enxergar essa diversidade, em toda a sua riqueza de detalhes, necessitamos do apoio da ciência Antropologia.

Entendemos que o Pluralismo Jurídico está relacionado com o Multiculturalismo e o Relativismo. Gomes da Silva (2008, p. 162) explica o que vem a ser o Relativismo Cultural:

O relativismo cultural constitui-se, segundo a autora, em fonte contemporânea do próprio relativismo. Foi difundido pela antropologia social, especialmente Herkovits, Benedict e Mead, e se funda em três asserções: a) a asserção descritiva: observações empíricas mostram que existe uma multiplicidade de visões de mundo e sistemas de valores incompatíveis e irreconciliáveis; b) a asserção epistêmica demonstra que não existe critério singular ou método confiável para se adjudicar entre visões de mundo e sistemas de valores contrastantes e incomensuráveis; c) asserção normativa: tolerância e respeito por outras visões de mundo são mais desejáveis do que tentar impor nossas visões para os outros.

Dentre as críticas que foram endereçadas à ideia de relativismo cultural, tal como aqui exposta, está a de que as culturas possuem fronteiras fluidas e raramente são ilhas isoladas, e por isso não podem operar como se fossem uma completa unidade integrada, de vez que haverá sempre dissenso e oposição no interior delas mesmas, como é o caso das mulheres, das crianças etc.

O multiculturalismo, tema caro inclusive a Sousa Santos (1997) não é sinônimo de relativismo cultural, que corrobora com Gomes da Silva (2008, p. 122):

[...] implica pensar, necessariamente, na formulação que KYMLICKA confere ao conceito, que para ele pode se manifestar de duas maneiras: a) cultura do nativo em relação à sociedade envolvente; b) cultura dos movimentos migratórios em relação à sociedade já existente. No primeiro caso, a sociedade tradicional não quer ser integrada à envolvente; no segundo, os grupos querem a integração.

Por essa análise, percebemos o grande equívoco em que laborou o SPI – Serviço de Proteção ao Índio e a FUNAI – Fundação Nacional do Índio, por muitas décadas, pois partiu do pressuposto de que os diferentes Povos Indígenas brasileiros deveriam ser simplesmente integrados à sociedade dos não indígenas, sem sequer ouvir esses Povos, se os mesmos tinham essa intenção.

Por sua vez, Yamada e Belloque (2014, p.124) assim definem Pluralismo Jurídico:

Pluralismo jurídico é a coexistência do ordenamento jurídico brasileiro com outros sistemas ou ordens jurídicas fundadas em normas, usos, costumes e tradições que regulam a vida social de um grupo de pessoas.

O pluralismo jurídico é admitido na ordem jurídica brasileira, não só em relação aos sistemas jurídicos indígenas. Já de longa data o ordenamento jurídico nacional, através da Lei de Introdução ao Código Civil, exige – em certos casos – que a

aplicação da lei brasileira seja afastada para a utilização de lei estrangeira. Além disso, é possível o afastamento da legislação brasileira por meio da arbitragem e da aplicação e dos costumes e regras comerciais.

No caso dos povos indígenas, o respeito às tradições, usos e costumes, bem como o respeito à organização social indígena são garantidos pelo texto constitucional, pelo Estatuto do Índio e pelo Decreto 5.051, de 19.04.2004, que promulga a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Tradicionais e Indígenas.

Contudo, não podemos ser tão otimistas. A admissão de outros sistemas jurídicos em coexistência com o positivado é praticamente inexistente no Brasil, nas decisões judiciais e jurisprudenciais. Os raros casos em que podemos citar o uso de algum direito consuetudinário se dão sempre no sentido restritivo, ou seja, de exceção, com espedeque, em se tratando de direito penal, no artigo 8º. do CP, que impede o *bis in idem*, ou seja, a dupla punição do réu. Indígenas que já foram disciplinados por seus povos – algo que, a princípio, também é considerado ilegal, exercício arbitrário das próprias razões, em caráter de exceção, pode ser admitido porque, do contrário, se puniria o acusado duas vezes.

Precisamos, a nosso ver, que se conste dos estatutos penais pátrios, Código Penal e Código de Processo Penal, normas que especifiquem os limites de admissão do Pluralismo Jurídico, simplesmente porque não se cumpre o que determina o Decreto 5.051/2004, que ratificou a Convenção 169-OIT.

4.4 Diálogo entre o Sistema Jurídico brasileiro e o Direito Consuetudinário

Dentro de um mesmo país, há um intenso diálogo entre os diversos tribunais, tribunais superiores com tribunais inferiores e entre os próprios tribunais inferiores, que partilham informações, decisões, criando os chamados acórdãos, quando vários juízes decidem de uma mesma forma sobre um determinado assunto.

Para além das fronteiras de um país, ganha força no século XXI o intercâmbio entre Cortes Internacionais, as quais partilham informações e experiências, sobretudo no campo do Constitucionalismo, uma vez que a importância das constituições transcendeu o âmbito de suas vigências dentro dos países nos quais foram sancionadas, para serem objetos de análise, confrontações e até cópias de dispositivos, por outros países que desejam modernizar sua legislação. Fala-se, então, em um Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, tema esse bastante caro a autores como Neves (2011), Herdegen (2010) e ainda Pérez (2011).

Países que são filiados às Cortes Internacionais passaram a acompanhar atentamente as decisões aplicadas aos seus vizinhos, no que tange à defesa dos direitos humanos, naquilo

que se denomina atualmente por Controle de Convencionalidade. Entre eles, o Brasil que, uma vez ratificado o Pacto de San José da Costa Rica, doravante denominado por Convenção Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, se submeteu ao controle da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Diversos pesquisadores apontam para uma tendência ao intercâmbio de informações entre diversos sistemas jurídicos, notadamente os submetidos à égide de uma mesma Corte, como os países vinculados à CIDH. Assim, quando uma decisão dessa Corte é aplicada sobre algum dos países que lhes são vinculados, essa decisão passa a ser uma referência para os demais países, que passam a se observar mutuamente, no âmbito internacional.

Seguindo o mesmo caminho desse diálogo entre Cortes, entre Sistemas Jurídicos Internacionais e comparações entre suas Constituições, o reconhecimento da existência de Povos Indígenas nacionais e internacionais, por instrumentos como a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 29 de junho de 2006, possibilitou um diálogo aberto e internacional entre os diversos Povos Indígenas, na avaliação dos direitos conquistados ou aviltados.

O reconhecimento desses Povos Indígenas caminha junto com o reconhecimento de seus sistemas jurídicos, bem como com a luta por sua autonomia. A internacionalização de sua existência desencadeou um processo irreversível da busca da emancipação total e do reconhecimento, não apenas legal, mas efetivo, de suas práticas, costumes, crenças, modo de solução de conflitos, inclusive de suas sanções para crimes que ocorram dentro de suas comunidades.

Enfrentando o tema da dificuldade de diálogo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extra estatais, Neves (2011, p. 727) doutrina que:

Otro lado del transconstitucionalismo apunta para la relación problemática entre los órdenes jurídicos estatales y los órdenes extra estatales de colectividades nativas, cuyos presupuestos antropológico-culturales no se compatibilizan con el modelo de constitucionalismo del Estado. Evidentemente, en ese caso, se trata de órdenes arcaicos que no disponen de principios o reglas secundarias de organización y, por consecuencia, no se encuadran en el modelo reflexivo del constitucionalismo. En rigor, ellas no admiten problemas jurídico-constitucionales de derechos humanos y de limitación jurídica del poder. Órdenes normativos de esa especie exigen, cuando entran en colisión con las instituciones del orden jurídico constitucional de un Estado, un ‘transconstitucionalismo unilateral’ de tolerancia y, en cierta medida, de aprendizaje.

Neves (2011, p. 730) passa a citar conflitos que ocorreram no Brasil, entre a ordem jurídica estatal e a ordem extra estatal dos Povos indígenas, mencionando: i) a situação do Povo Suruahá, para o qual é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos, quando tenham alguma deficiência física ou de saúde, de forma geral; e ii) a comunidade indígena dos

Yawanawá, existente no Estado do Acre, na fronteira do Brasil com o Peru, para a qual existe um imperativo consuetudinário segundo o qual quando nascem gêmeos, deve-se eliminar a vida de uma das crianças, porque estariam ambos disputando um único espírito, prática essa que também já foi comum entre os Yanomâmi e outras etnias indígenas. Nesse sentido, afirma que:

El argumento es fortificado con la referencia a la práctica Yanomami, en la cual la mujer tiene derecho absoluto sobre la vida de sus recién nacidos. El parto ocurre en ambiente natural, fuera del contexto de la vida social, dejándose la opción a la madre: si no toca el bebé ni lo levanta en sus brazos, dejándolo en la tierra donde cayó, significa que éste no ha sido acogido en el mundo de la cultura y las relaciones sociales, y que no es, por tanto, humano. De esa forma, no se puede decir que ha ocurrido, desde la perspectiva nativa, un homicidio, pues que permaneció en la tierra no es una vida humana (NEVES, 2011, p. 730).

Eis aí o dilema, muito bem identificado pelo citado autor. Se o governo brasileiro, com sua ordem jurídica mais forte e hegemônica, interfere na vida dos indígenas obrigando que adotem a ordem jurídica monista, que pretende ser a única, chegar-se-ia ao ponto de se praticar um verdadeiro genocídio étnico face a esses povos. Mas, se por outro lado, o governo não faz nada, não estaria protegendo o direito à vida, considerada por nós, ocidentais, de proteção universal e absolutamente preciosa para os direitos humanos.

E esse dilema não se restringe, segundo Neves (2011, p. 732) em apenas se confrontar o relativismo ético das culturas particulares com o universalismo moral dos direitos dos seres humanos, sinaliza para a necessidade da convivência de ordens jurídicas que surgiram de experiências históricas diferentes.

En relación con el ‘otro’, al orden diverso de los nativos, cabe antes una postura transcontinental de autocontención de los derechos fundamentales, cuya optimización pueda llevar a la desintegración de formas de vida, con consecuencias destructivas para los cuerpos y las mentes de los miembros de las respectivas comunidades.

Em um texto importante, Segato (2006, p. 216 - 219) aponta três prováveis soluções para a questão:

I - A primeira, apontada pelo antropólogo Richard Wilson apud Segato (2006), em seu livro *Human Rights, Culture and Context*, os direitos humanos formariam uma espécie de ideologia universal, cabendo aos Antropólogos estabelecer esse diálogo entre sistemas:

Neste novo contexto mundial, a tarefa do antropólogo é, portanto, a de: [...] estudar a interconexão e a interação dos processos legais que operam em diferentes níveis. Isto pode incluir o estudo de como a legislação dos direitos humanos vai enquadrando e dando forma às ordens normativas locais e como estas, por sua vez, resistem ou se apropriam da legislação internacional [...], como os atores sociais desenvolvem formas distintas de usar a lei transnacional em tribunais nacionais para constituir um caso como um ‘caso de direitos humanos’ [...], como discursos normativos baseados nesses direitos são produzidos, traduzidos e materializados em

uma variedade de contextos (WILSON, 1997, p. 13; apud SEGATO, 2006, p. 216-19).

Um caso já clássico desta interação é o dos índios U'wa da Colômbia, que articularam os princípios de sua cosmologia tradicional e o idioma dos direitos humanos para garantir o controle dos recursos naturais localizados em seu território – neste caso particular, do petróleo. A particularidade da cultura e o internacionalismo dos direitos humanos se conjugaram aqui para apoiar a continuidade do grupo. (SEGATO, 2006, p. 217).

II - A segunda seria a atuação dos antropólogos dentro dessas comunidades indígenas no sentido de trabalhar para uma transformação dos campos de conflito, isso sempre com muita cautela, pois segundo a autora (An-Na'im e Peshkova 2000, apud. SEGATO, 2006, p. 218):

Estou convencida de que essa forma de renegociar a unidade do grupo, a partir da articulação entre o discurso dos direitos humanos e os interesses e aspirações dissidentes de alguns de seus membros, está por trás da ideia do teórico dos direitos humanos no mundo islâmico, Abdullahi An-Na'im, quando afirma que o correto será, neste novo mundo, deixar de falar de “resolução de conflitos” para passar a falar em “transformação dos conflitos”. Para An-Na'im e Svetlana Peshkova que reúnem, por sua vez, formulações de autores como Raimo Vayrynen (1991) e John Paul Lederach (1995), a maneira adequada e frutífera de pensar o tema do conflito é buscar sua transformação, mais que sua resolução, uma vez que não são apenas os direitos do grupo insatisfeito que se transformam, mas o conjunto da sociedade: “o sistema, as estruturas e as relações que se encontram no centro do conflito”.

III – Uma terceira sugestão vem a ser a proposta do Sociólogo e Antropólogo português, Boaventura de Sousa Santos (1997), de se aplicar o que o mesmo denomina de “Hermenêutica Diatópica”, que parte da ideia de que todas as culturas são incompletas, sendo que podem estabelecer um diálogo justamente a partir dessa incompletude, ou seja, que a partir desse diálogo poderia advir uma consciência de suas imperfeições.

Santos (1997) cita como exemplo a necessidade de a cultura ocidental estabelecer essa hermenêutica diatópica com a cultura hindu e islâmica, construindo-se gradativamente um multiculturalismo progressista, em que cada povo esteja propenso a olhar o outro, enxergando as suas próprias debilidade e alterando seus valores a partir disso.

O caminho ideal perpassa por essas três sugestões. Assim, o governo brasileiro não deve interferir no *modus vivendi* dos Povos Indígenas, sobretudo os isolados, mas deve tentar um diálogo, por meio de antropólogos, que têm o conhecimento necessário para estabelecer um contato, no momento necessário e sem expor a riscos desnecessários todo um grupo de indivíduos, que deve ter preservado o direito de não ter contato com a população não indígena.

Aqueles povos que já tiveram contato e sobreviveram, ainda que com perdas quase que irreparáveis, devem ter preservado o direito de fazer valer seu sistema de crenças, de justiça, no âmbito do judiciário, inclusive com exclusão da atuação do mesmo, quando

estiverem conseguindo, com êxito, controlar no interior de suas comunidades, conflitos e crimes.

4.5 O Laudo Antropológico nos processos penais de acusados indígenas

A maioria dos indígenas de Dourados/MS desconhece que já se encontram emancipados e considerados responsáveis pelos seus atos civis e penais. Isso porque a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 232, estatui:

Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Ora, se os indígenas são dotados de capacidade jurídica para ingressarem em juízo com ações, também possuem capacidade de figurar no polo passivo das mesmas ações. Em outras palavras, não há a necessidade de serem tutelados pela FUNAI, exceto aqueles indígenas integrantes de povos que vivem isolados dos não índios.

Não há nenhuma lei que impeça uma pessoa de, por exemplo, comercializar bebidas alcoólicas nas aldeias indígenas de Dourados, como acreditam os indígenas, mesmo sendo essa prática absolutamente condenável, porque são povos discriminados, circunscritos, cuja situação de penúria na qual vivem estimula a busca de bebidas alcoólicas e das drogas, como uma espécie de fuga da realidade na qual vivem. Da mesma forma, não há a necessidade de que a FUNAI autorize os indígenas a concederem entrevistas, ou que estudem, se desloquem para onde quer que desejam.

Mas, nem sempre foi assim. O antigo Código Civil de 1916 previa uma incapacidade jurídica relativa, devendo os povos indígenas ser tutelados pelo SPI – Serviço de Proteção ao Índio. Já o Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, estabelecia em seu artigo 1º: “Ficam emancipados da tutela orphanologica [*sic*] vigente todos os índios nascidos no território nacional, qualquer que seja o grau de civilização em que se encontrem”. Ou seja, essa tutela aos índios, por parte do estado brasileiro, foi sendo aos poucos relativizada.

Contudo, durante praticamente todo o período que antecedeu à promulgação da Constituição Federal de 1988, laborou-se na compreensão de que os índios brasileiros eram silvícolas e que deveriam ser gradativamente integrados à chamada “comunhão nacional”. Essa situação só veio a mudar com a atual Constituição, pois como bem doutrina Pontes (2014, p. 170):

Em primeiro lugar, reconheceu o débito histórico da nossa atual sociedade para com este povo. Em segundo, reconheceu que os índios têm o direito consagrado de

continuar como índios, cultuando suas tradições e seus costumes, porque mudou o enfoque: a CF/67, art. 8º, XVII, 'o', dizia que competia à União legislar sobre a 'incorporação dos silvícolas à comunhão nacional', e, no art. 186, não garantia o direito às suas culturas, tradições e costumes, mas a CF/88, art. 231, de modo expresso, garantiu a permanência da cultura indígena e, portanto, o direito de o índio continuar a ser índio, sem nenhuma tendência normativa de assimilação e aculturação. O não índio e o Estado não podem, a partir da Constituição de 1988, sob qualquer forma, impedir a continuidade dos índios em espaços brasileiros e dentro do seu modo de vida, seja impingindo limites territoriais, imiscuindo religiosidade, confabulando métodos informais de subjugação ou nos expondo em situações precárias. Daí porque a Constituição protege o sentimento indígena.

Não obstante isso, o velho Estatuto do Índio, a Lei 6.001/73, continua sendo aplicado pelos juízes aos acusados indígenas. Militam na tese de que o Estatuto foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, naqueles artigos que não contradizem os Artigos 231 e 232 da Lei Maior brasileira. E aqui, merece destaque, de plano, como essa lei classifica os indígenas do Brasil:

Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

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

Por força destes artigos, entre outros, os juízes solicitam perícia antropológica quando analisam processo penal de réu indígena, sendo uma das primeiras perguntas que formulam: "O réu é índio?", que é seguida por "Sendo afirmativa a resposta para a pergunta anterior, o réu é índio integrado à comunhão nacional?", cabendo ao perito Antropólogo responder a essas questões e reportar ao juízo, após periciar a pessoa do acusado.

A importância dessa classificação reside no fato de que o artigo 7º, do Estatuto do Índio, estabelece que os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. Ou seja, para aqueles indígenas ainda não integrados e/ou isolados, aplica-se o regime de tutela do Estatuto, que ainda continua sendo aplicado inclusive aos indígenas integrados, porque há certos quesitos que os peritos são compelidos a também responder, como os que seguem:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se

possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.
 Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte (BRASIL, 1973, Lei n. 6001).

O perito antropólogo tem, então, uma participação de grande importância no processo penal do acusado indígena, porque a partir das suas respostas, no laudo, o juiz poderá extrair parâmetro para, senão absolver o réu, em virtude de sua total inimizabilidade, que surge da sua situação do indígena não totalmente consciente das normativas do Estado brasileiros, aplicar-lhe uma redução de pena no caso, ou uma total isenção penal, talvez até aceitando eventual punição ou punições que sua comunidade lhe aplicou, em caráter de prática consuetudinária, nesses casos, inclusive, com amparo na Convenção 169 – OIT, cujo artigo 8, item 1, estatui: “na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração”.

E se esse artigo ainda pode deixar margem à dúvida, sobre se o juiz deve ou não relevar os costumes tradicionais dos povos indígenas, ao sentenciar o réu, o Art. 9º, da mesma Convenção de 2002, arremata:

1. Desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados.
2. Os costumes desses povos, sobre matérias penais, deverão ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais no processo de julgarem esses casos.

Dessa forma, por tudo isso se vê com preocupação, quando a justiça nega a perícia antropológica, sob a justificativa de que o indígena já se encontra emancipado, plenamente capaz de responder pelos seus atos. Porque a perícia não se destina a responder apenas a isso. Como determina a Convenção 169 da OIT, a participação do perito Antropólogo é importante para que informe ao juízo se o réu já recebeu alguma punição, em conformidade com os costumes de seu povo e, nesse caso, é de se aplicar o que determina o artigo 8, do Código Penal brasileiro: “Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Há dois caminhos através dos quais é possível se levar ao Judiciário uma visão pluralista sobre os povos indígenas. Um é por meio do conhecimento do Antropólogo, outro, pelo Advogado especializado no chamado direito indígena. Mas de nada adianta esse esforço, se não houver por parte de todos os envolvidos com o processo do acusado indígena, boa vontade em exercer a alteridade, valendo destacar o seguinte entendimento, conforme Amorim, Alves e Schettino (2009, *s/p*):

Desde a Constituição de 1988, o Estado brasileiro reconhece os direitos de um “outro” que detém formas de compreensão e critérios de comportamento e julgamento diferenciados da imagem monocultural hegemônica que até então se consolidara como modelo para o reconhecimento do sujeito de direitos. Esse princípio pluralista, no entanto, só adquire efetividade se, na prática, o sistema jurídico (administrativo e judicial) se tornar, ele próprio, intercultural – aberto à compreensão da ampla gama de sentidos conferidos à realidade pelas pessoas que compõem a diversidade sociocultural que nos é constitutiva enquanto nação.

Um dos recursos que tem sido utilizado para isso é a realização da perícia antropológica em processos que envolvem a afirmação de direitos socioculturais. O objetivo é trazer para o bojo das ações do Estado perspectivas não hegemônicas, na tentativa de arejar e dilatar o alcance das decisões do poder público em favor da consolidação de direitos diferenciados. Visa-se evitar que decisões relativas às vidas de grupos étnicos e sociais minoritários ocorram baseadas em uma visão etnocêntrica, que toma apenas as suas próprias categorias de compreensão do mundo como parâmetro de consideração e julgamento. Desse modo, é pertinente dizer que, no Brasil, a consolidação do pluralismo jurídico passa, também, pela afirmação das perícias antropológicas.

Não se ignora que certos autores, tais como Flores e Ribeiro (2016) levantam a celeuma sobre a recepção ou não, dos artigos 56 e 57, do Estatuto do Índio, pela Constituição de 1988. Reconhecem tais autores (2016, p. 488) que há mesmo uma divergência entre doutrinadores sobre a aceitação dos tribunais pela aplicação das sanções penais dos povos indígenas. Se o parágrafo único do artigo 56, do Estatuto do Índio, é no sentido da aceitação desse direito consuetudinário, por ser o Estatuto uma lei anterior à Constituição de 1988, questionamos se tal foi ou não recepcionado:

A confusão é provocada pelo próprio Estatuto do Índio, onde, no artigo exatamente anterior (Lei n. 6.001/73, artigo 56), está estabelecido que ‘no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola’. Porém, em sentido diverso o Ministro Sebastião Reis Júnior do STJ em decisão no Habeas Corpus 263987, de 25 de novembro de 2014, afirma ser limitada a aplicação do parágrafo único do Art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio) ‘aos indígenas em fase de aculturação’. De sua vez o Ministro José Arnaldo da Fonseca julgando o Habeas Corpus 2000/0002143-1, em 22 de agosto de 2000, já afirmava: ‘O art. 56, da Lei n. 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos’. Estas não são decisões isoladas, ao contrário, refletem o entendimento pacificado nos tribunais, que mostra dificuldade de aceitação da ideia de convivência pluriétnica que seria possível com uma simples interpretação mais adequada do Estatuto do Índio.

Eis, pois, o estado da arte: há divergência de interpretações a respeito do cabimento do artigo 56, do Estatuto do Índio, de sua aplicação, em se tratando da aplicação do chamado direito consuetudinário indígena. A conclusão à qual se chega, na mesma esteira dos autores supracitados, é pela necessidade urgente de uma nova lei, que substitua o Estatuto dos Índios, quiçá, um Estatuto dos Povos Indígenas.

No que tange às dificuldades inerentes ao processo penal de réus indígenas, lembramos do direito, nem sempre respeitado, de os acusados indígenas terem intérpretes que

falem a sua língua e que lhes acompanhem, seja na fase policial, seja na fase processual, tal como prevê o artigo 12, da Convenção 169, da OIT:

ARTIGO 12- Os povos interessados deverão ser protegidos contra a violação de seus direitos e deverão poder mover ações legais, individualmente ou por meio de seus órgãos representativos, para garantir a proteção efetiva de tais direitos. Medidas deverão ser tomadas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em processos legais, disponibilizando-se para esse fim, se necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.).

A justiça sul-mato-grossense enxerga os indígenas do Estado como totalmente integrados aos costumes dos não índios, quando, na verdade, a maioria dos indígenas pouco fala ou lê em língua portuguesa, comunicando-se apenas na sua língua. Quando indagado pelas autoridades policial e judicial, sobre o cometimento ou não do crime do qual lhe acusam, é comum o indígena responder apenas “sim” ou “não”, uma vez que não entende as nuances da língua dos não índios, não possui grande domínio do vocabulário e não entende também todos os trâmites processuais, perdendo datas de audiências importantes, o que facilita a sua condenação.

Ou seja, é necessário que o Juiz que vier a presidir um processo penal de réu indígena atente para essas especificidades. Não se trata de tutelar o réu indígena, muito menos de se ferir a isonomia, se comparado com o processo de acusado não indígena, mas, sim, de se garantir a ampla defesa, que é um dos princípios basilares do processo penal.

Uma vez que não são respeitadas essas garantias legais, previstas no Estatuto do Índio e ratificada com a adoção, pelo Brasil, da Convenção 169 da OIT, imagina-se que haja um maior número de réus indígenas condenados, proporcionalmente aos réus não indígenas, que compreendem melhor o idioma português, detendo inclusive um maior acesso à informação a respeito de seus processos penais, situação essa que não é justificável que assim permaneça, a despeito de todas as conquistas advindas com a vigência da nova Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, postulamos aqui, no âmbito desse estudo, o real cumprimento do ordenamento jurídico o qual indica a obrigatoriedade do laudo antropológico, no caso de processos penais envolvendo acusados indígenas.

4.6 Dificuldades processuais penais quando o Estado processa acusados indígenas

Dispõe o artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal Brasileira de 1988: “[...]Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] XI – a disputa sobre direitos indígenas”. E lá no artigo 129, inciso V, da Lei Maior: “[...] Art. 129: São funções

institucionais do Ministério Público: [...] V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”.

A verdade é que a Constituição de 1988 não foi muito feliz ao tratar do tema competência de julgamento face aos indígenas, sobretudo no supra artigo 109, inciso XI. O uso da expressão “disputa sobre direitos indígenas”, suscitou grande debate e divergência jurisprudencial. Como bem escreve Castilho (2004, p. 82):

A jurisprudência tem sido generosa na definição de causa e de crime para os efeitos da definição da competência de jurisdição, mas não tem sido suficientemente cuidadosa em assentar o conteúdo preciso do conceito de disputa.

De fato, o uso da expressão “disputa sobre direitos indígenas” foi um tanto vaga pelo legislador constitucional. O STJ, de maneira açodada, preferiu fechar interpretação sobre o assunto, com a Súmula 140: “Compete à Justiça comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”. No entanto, o STF caminhou em sentido complementar, estabelecendo a competência da Justiça Federal como adiante se demonstrará. Isso porque não se pode simplesmente ignorar o que manda a Constituição. É direito dos povos indígenas brasileiros e dos indígenas isoladamente, serem processados e julgados pela Justiça Federal quando houver disputa sobre direitos cuja interpretação seja mais ampla e tenha relação com interesses gerais de suas comunidades. Nas palavras de Castilho (Op. cit., p. 84):

Quando a Constituição utiliza a expressão ‘disputa sobre direitos indígenas’ em verdade está referindo disputas sobre direitos ou sobre interesses indígenas que, assim identificados, devem ser examinados na jurisdição federal.

Simplificando, quando a disputa afetar direitos civis dos povos indígenas, firma-se inegavelmente a competência da Justiça Federal, todavia, o problema surge quando se trata de questão criminal. Nesse ponto, há quem compreenda superficialmente o tema, afirmando que basta que o crime tenha ocorrido dentro de um reserva indígena, para que a competência seja da Justiça Federal, ou ainda se o crime for de indígena contra indígena, o caso é da Justiça Federal, ainda, se o indígena cometer o crime fora da reserva indígena ou aldeia, contra branco ou indígena, o caso é da competência da Justiça Estadual ou comum. Todas ideias mal ajambradas, porque há que se analisar a natureza da lide, averiguando se foram afetados interesses indígenas.

E esse equívoco foi fomentado pela Jurisprudência, conforme narra Castilho (2004, p. 90 - 94):

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 263.010-1/MS. Relator o Ministro Ilmar Galvão, a 1ª. Turma do STF, à unanimidade, em 13 de junho de 2000 (Lex 268/389), examinando arguição de incompetência em caso de tentativa de morte praticada por um índio terena contra uma índia guarani, residentes em reservas

distintas, em Dourados/MS, aplicou a solução do precedente no HC 79.530 (supra), isto é, pela competência federal embora praticado dentro da reserva.
 [...] No Recurso Extraordinário n. 282.169-1/MA, Relator o Ministro Moreira Alves, a 1ª. Turma do STF, à unanimidade, em 13 de março de 2001 (DJ 04.05.2001) ao examinar caso de rixa pessoal, fora da reserva indígena, deu por boa a decisão recorrida que aplicou os precedentes da Corte, assentando o Relator que ‘são, portanto, concordes ambas as Turmas desta Corte no sentido de que quando se tratar de crime cometido contra índio fora da reserva indígena, como sucede no caso presente, a competência para processá-lo e julgá-lo é da Justiça Comum Estadual e não da Federal’.

Assim, criou-se esse mantra, decorado inclusive por candidatos a concursos, de que “crime cometido dentro de aldeia indígena, a competência é da Justiça Federal; crime cometido fora da aldeia indígena, a competência é da Justiça comum”. Trata-se de um entendimento ruim, porque compreende mal aquilo que a Constituição Federal, em seu artigo 109, inciso XI, disciplinou a respeito de “disputa sobre direitos indígenas”.

As decisões da Corte mais importante do País, o STF – Supremo Tribunal Federal, também são contraditórias. Ora encontra-se decisão no sentido de que qualquer situação criminal que envolva o indígena, apenas a Justiça Federal será competente para processá-lo; ora tem-se decisão em sentido oposto, reconhecendo a competência da Justiça comum para julgar certos crimes praticados por indígenas.

Ainda seguindo doutrina de Castilho (2014, p. 90), importante foi o julgamento do Habeas Corpus n. 79.530/PA, pois alterou o tratamento do tema, sistematizando-o:

No Habeas Corpus n.º 79.530/PA, Relator o Ministro Ilmar Galvão, a 1ª Turma do STF, à unanimidade, em 16 de dezembro de 1999 (RTJ 172/583), julgando o caso Paulinho Payakan (estupro praticado por índio contra mulher de outra raça), produziu a primeira sistematização do tema. De fato, embora confirmando os precedentes, em que se concluiu pela competência estadual quando não estivesse em jogo o interesse da administração e se cuidasse de crime de índio contra índio por assunto pessoais, o Relator ainda assinalou que mesmo essa interpretação apresentava dificuldades na apuração do efetivo prejuízo do serviço da União, porque não é fácil demonstrar ofensa à tutela (arts. 7º e 8º, da Lei 6.001/73) desde que ‘trata-se de tutela que não é diversa da tutela do direito comum’ que é instituto de natureza civil e não penal. Torna-se, assim, disse o relator ‘de todo descabido atribuir o caráter de delito contra o serviço da União ao simples fato de um índio aparecer como agente, ou como vítima, de crimes da espécie de que cuidaram os precedentes, ainda que ocorridos nos limites de seu *habitat*, circunstância que, por igual, se mostra irrelevante para a fixação da competência. De outra parte, como não se pode atribuir ao crime, em si, o caráter de disputa, conquanto essa possa resultar em crime, é de concluir-se que o vocábulo, como empregado no inc. XI do referido artigo 109 (‘disputa sobre direitos indígenas’) tem o sentido de questão, de litígio, lide, conflito, só podendo compreender, por isso, as causas que envolvam os direitos dos silvícolas tutelados pela Funai, cuja defesa cabe não apenas a esses, representados ou assistidos pela Funai – circunstância por si só suficiente para determinar a competência da Justiça Federal – mas também ao Ministério Público, conforme prevê o art. 129, V da Carta da República.

Neste caso, portanto, esclareceu-se que em crime cometido por índio contra índio, por assuntos pessoais, a competência não pode ser da Justiça Federal, porque inclusive nessas

hipóteses não estariam tutelados pela FUNAI e nem representados pelo Parquet. No entanto, esse julgado caminhou também em sentido contrário à proteção aos povos indígenas, na medida em que defendeu a limitação da tutela federal apenas no campo civil aos indígenas, não mais a penal, interpretação também equivocada.

Em outros julgados, estabeleceu-se que naqueles crimes em que não houvesse litígio sobre terras indígenas, nem se tratasse da defesa das crenças indígenas, muito menos se cuidasse de interesse da União, não se justificaria que tais crimes fossem processados e julgados perante à Justiça Federal. São exemplos desse entendimento os julgados: HC n. 75.404-0/DF, 2ª. Turma, j. 27.6.1997, DJ 27.4.2001; HC n. 80.496-9/MA, 1ª Turma, j. 12.12.2000, DJ 6.4.2001; HC n. 81.827-7/MT, 2ª. Turma, j. 28.5.2002, DJ 23.8.2002.

O Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/1973, em seu artigo 2º, estabelece: “[...] Art. 2º Cumprir à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos”. E seu artigo 35, estatui: “[...] Art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”. Contudo, o Estatuto não disciplinou quando que determinadas situações fogem da competência da Justiça Federal, até porque, na época em que entrou em vigor, os indígenas viviam todos sob a tutela da FUNAI.

Citamos no começo do tratamento deste item a doutrina de Castilho (2004, p. 93) em que afirma ser importante que se conclua lembrando que o magistrado defende que os indígenas sejam julgados apenas pela Justiça Federal, e não pela Justiça comum, isso em qualquer hipótese, pois na sua visão:

Não existe uma *razão sistemática* para distinguir uma disputa originada por questão de terras de qualquer outra gerada por diferença de opinião sobre costumes ou crenças ou sobre relações entre parentes. Muito pelo contrário, tanto o legislador compreendeu essa preocupação que criminalizou, por exemplo, a venda de bebida alcoólica aos índios (art. 58, III da Lei n.º 6.001/73), assinalando claramente que há outros valores a serem defendidos justo porque há outros direitos indígenas que não o simples direito à terra.

Também não parece existir *razão ontológica* para essa distinção, uma vez que se deve respeitar com a mesma intensidade os valores produzidos pela organização social, costumes, crenças, língua e tradições dos índios, os quais foram formalmente reconhecidos pela Constituição, e, para chegar a conclusão diferente ou contrária, seria necessário procurar diferenciar onde a Constituição não distinguiu ou aplicar exclusivamente (com preconceito etnocêntrico) critérios do homem branco para definir o que são direitos indígenas (itálico no original).

Ousamos discordar desse posicionamento nesta dissertação. Os povos indígenas não desejam tratamento diferenciado, que lhes coloque eternamente sob tutela do Estado. A intervenção da Justiça Federal e do Ministério Público Federal só se justifica enquanto houver

uma situação de abuso por parte da população não indígena face à indígena, como a usurpação de suas terras, a imposição de religiões estranhas às crenças ancestrais dos índios, a ação de criminosos não indígenas dentro das aldeias etc.

Defendemos que, para se aquilatar a competência, avaliando-se a extensão do que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 109, inciso XI, sejam chamados os Antropólogos, pois são eles quem detêm a expertise necessária para auxiliar os delegados, advogados, promotores e juízes, na avaliação do que seja, no caso concreto, uma “disputa sobre direitos indígenas”.

O Direito não pode prescindir do apoio da Antropologia. O Estatuto dos Povos Indígenas, a nova lei que virá substituir o Estatuto do Índio decerto tratará dessa questão, ampliando a interpretação do lacônico texto constitucional. Mas, seja qual for a solução que se encontre, é importante que se caminhe para não perenizar a tutela dos povos indígena, por parte do Estado brasileiro, e sim, que se estabeleça clara distinção sobre quando uma lide deve ser solucionada pela Justiça Federal, por afetar direitos de uma comunidade, das situações que devem ser tratadas pela Justiça comum, porque os agentes, mesmo sendo indígenas, não agiram na defesa dos interesses de suas comunidades.

5. OS DIREITOS HUMANOS E A AUTONOMIA DOS POVOS INDÍGENAS

Com este último capítulo queremos aprofundar o eixo central desta dissertação, que é a relação entre os direitos humanos e pluralismo jurídico, a partir da prática dos laudos antropológicos nos casos de condenação de indígenas. Vemos os laudos indígenas como elementos importantíssimos, seja em processos civis, seja em processos penais, inclusive nestes, talvez tal importância seja maior, porque em jogo está a liberdade de um ser humano.

5.1 Descumprimento de garantias e direitos previstos na Convenção 169-OIT

Os povos indígenas do Brasil comemoraram quando a Constituição Federal de 1988, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte de 22 de setembro de 1988, foi promulgada, naquele mesmo ano, no dia 05 de outubro. Isso em virtude dos seus artigos 231 e 232, que representaram inegavelmente, algumas conquistas. Contudo, bem rapidamente também perceberam que aquilo que o texto legal reconhecia e prometia para os povos indígenas não se implementou na prática, ou caminhou de forma lenta.

Por isso, quando a Convenção 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, sobre povos indígenas e tribais, firmada durante a 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989 foi ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004, os povos indígenas não nutriram muitas expectativas de mudanças no tratamento que vêm tendo, quer pelo governo brasileiro, quer pelos juízes e Poder Judiciário.

De fato, os juízes têm ignorado a Convenção 169 da OIT e aplicado apenas o Estatuto do Índio, quando se trata do processo penal de réus indígenas. Comparar os artigos dessa Convenção e a situação dos indígenas, no Brasil, e mais especificamente na cidade de Dourados/MS, é uma tarefa constrangedora. Contudo, esse tratado é importante, pois é com fundamento em seus dispositivos, que os povos indígenas devem lutar pela implementação, na prática, de seus direitos.

Já o artigo 2º da Convenção 169 determina, para os países que a ratificaram, que os governos são responsáveis pela proteção dos direitos e pela garantia da integridade de todos os povos indígenas, devendo assegurar-lhes igualdade de condições e oportunidades, realização de direitos sociais, respeito aos seus costumes e tradições, bem como a eliminação de disparidades socioeconômicas entre os indígenas face aos não indígenas.

Basta verificar a situação dos povos indígenas de Dourados/MS, para se certificar de que quase nada disso foi cumprido. Os indígenas de Dourados vivem em situação de pobreza extrema, aldeados compulsoriamente ao lado do grande centro da cidade, vítimas do preconceito, da marginalização, com pouca ou nenhuma atenção do governo municipal, sendo que no espaço denominado Aldeia, campeiam o tráfico de drogas, o alcoolismo e eventualmente os suicídios, principalmente entre os mais jovens, salvos os raros casos em que ingressam no mercado de trabalho, livrando-se da mendicância destinada à sua maioria.

Ou seja, o advento da Constituição de 1988, bem como a ratificação da Convenção 169 da OIT, não trouxeram aos povos indígenas brasileiros significativas conquistas no campo prático, em se tratando do exercício de direitos e do empoderamento, compreendido aqui como a conquista de um tratamento isonômico, se comparado com os nãoindígenas.

A Convenção 169 (2002) possui 44 (quarenta e quatro) artigos, divididos em dez partes. O artigo 7º, em seu começo, estatui:

ARTIGO 7º.

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

Trata-se da chamada autodeterminação dos povos indígenas que finalmente tiveram reconhecido o seu direito à diferença e de perseguir outro caminho evolutivo, diferente dos não indígenas, afastando-se da visão integracionista, que permeou não apenas a aprovação do Estatuto do Índio, como toda política implementada pelo governo brasileiro, desde a criação do SPI – Serviço de Proteção ao Índio até os dias de hoje.

Entretanto, essa autodeterminação precisa ser bem compreendida, o direito ao autogoverno dos povos indígenas, o reconhecimento dessa diversidade e autonomia, não significa o reconhecimento internacional de eventual soberania enquanto nação, pois como afirmam Urquidi, Teixeira e Lana (2008, p. 203-204), a respeito da importância dessa conquista:

O Convênio destaca ainda a relevância da participação dos indígenas nas decisões que possam afetá-los, expressando a ideia central de que os povos indígenas devem ter a possibilidade, garantida pelas políticas públicas nacionais e pela estrutura jurídica de cada país, de decidir os rumos de sua vida social, cultural e econômica. Promove, assim, a educação na língua original e com conteúdo, em princípio, a ser definidos pelas próprias comunidades.

Reconhecem também o direito aos recursos naturais das terras tradicionais (utilização, administração e conservação), considerando que nos casos em que pertencer ao Estado a propriedade dos recursos existentes nas terras, seu uso deverá estar embasado em consultas aos povos interessados, reservando-se a eles a

indenização por efeitos danosos que possam advir desse uso. Parte importante desse direito central e a garantia dos territórios tradicionais pelo respeito que os governos deverão ter da relação especial e dos valores espirituais que os povos dão às suas terras ou territórios, reconhecendo os direitos de propriedade e posse das terras que esses povos tradicionalmente ocupam.

Tais garantias parecem introduzir o princípio de autodeterminação de uma forma específica no sentido do rumo da vida das comunidades; entretanto, não aceitam o direito à autodeterminação dos povos no sentido do direito internacional, conforme anuncia no preâmbulo a Convenção: 'A utilização do termo 'povos' neste Convênio não deverá interpretar-se no sentido que tenha implicação alguma no que atinge os direitos que possa conferir-se a tal termo no direito internacional', isto é, na possibilidade de buscar uma soberania dentro da forma política de Estado-Nação.

Os artigos 8º, 9º e 10º da Convenção são de crucial importância para o desenvolvimento da temática desta dissertação, pois correspondem ao reconhecimento do direito consuetudinário indígena. Orienta o documento que dentro do sistema jurídico nacional sejam contempladas a diversidade dos costumes e práticas indígenas, a visão de justiça dos povos indígenas, bem como suas características econômicas, sociais e culturais. Para tanto, os juízes devem se valer dos laudos antropológicos e da experiência desses profissionais que irão investigar a existência desses costumes, quando se tratarem de processos penais de réus indígenas. Nesse aspecto, a justiça penal brasileira tem sido bastante tímida, uma vez que há poucas decisões judiciais que servem de referência, no sentido desse reconhecimento.

Os artigos 17 a 19, da Convenção, aludem à questão da posse da terra, à transmissão e aquisição de terras indígenas, sanções contra invasões de terras indígenas e a aquisição de terras. Há a necessidade urgente de programas agrários que venham contemplar mais terras para as famílias que ali habitam, pois à evidência, a área que lhes foi destinada, não tem sido suficiente para o desenvolvimento daquela população. Não se tem notícia que haja programas agrários nesse sentido, por parte do governo brasileiro, que simplesmente se silenciou sobre esse assunto. Tal inércia força os povos indígenas a invadirem terras que já lhe pertenceram no passado, lutando tenazmente por sua demarcação, tema este que foi enfrentado por Amado (2014) em sua dissertação de mestrado.

Nesse âmbito, o artigo 20º visa garantir tratamento trabalhista isonômico para indígenas e não indígenas. Na cidade de Dourados/MS, é muito raro encontrar algum indígena que trabalhe no comércio, ou que tenha acesso aos mesmos trabalhos destinados aos não indígenas. O comum é que se reservem aos indígenas os trabalhos subalternos, mais pesados, no cultivo e corte de cana-de-açúcar, para a indústria sucroalcooleira ou ainda a lida com agrotóxicos nos mais diversos cultivos, como no plantio da soja, ou mesmo quando são

convocados para trabalhar por alguns meses na colheita de maçã no sul do país. Como disse o Procurador da República, Marco Antônio Delfino de Almeida (2017), em uma entrevista publicada no site Dourados News²⁴:

DN – Quase não se vê indígenas empregados no mercado formal em Dourados. Por quê?

MADA – Há uma ilusão de que o Brasil é uma democracia racial. Somos preconceituosos, racistas, e quando, de alguma forma, temos uma justificativa, ainda que abstrata, para o exercício desse preconceito, nós fazemos. No caso das comunidades indígenas, isso é exercido em sua plenitude. A demonstração da ausência de contratação, ou da contratação apenas para empregos de baixa qualificação, mesmo quando eles têm qualificação adequada, é uma demonstração clara de que a sociedade douradense é preconceituosa. Não há outra explicação.

DN – Como resolver esse cenário?

MADA – É algo a ser trabalhado, mas, infelizmente, é [uma mudança] de difícil implementação, especialmente pelo discurso que existe para desqualificar essas pessoas. "Falsos índios", "paraguaios". É preciso que haja uma alteração, não profunda, mas efetiva, especialmente na execução de políticas públicas governamentais, porque nós vemos a Segurança Pública entendendo que não pode prestar serviço de segurança às comunidades indígenas porque eles são indígenas.

Não existe, pois, nenhuma política, quer seja nacional, estadual ou municipal, que trabalhe essa questão do preconceito trabalhista ao indígena. Sequer existe uma campanha, nas televisões e emissoras de rádio, que estimule a contratação de indígenas, por parte da população não indígena, no Brasil. Mas, se algum dia vier a existir uma política nesse sentido, espera-se que não ignore o fato de que os povos indígenas não foram sensibilizados pelas ideias capitalistas do trabalho excessivo em troca do lucro que, para os povos indígenas, a ideia de trabalho é diferente da visão dos não indígenas. O trabalho é visto pelos povos indígenas, principalmente os Kaiowá, como um divertimento, no qual todos participam, sendo que não concebem qualquer lógica nas jornadas excessivas de trabalho do “homem branco”, jornadas que, na visão do índio, só o fazem adoecer e viver triste.

Resumindo, a visão que se tem é a de que a Convenção 169 foi ratificada pelo Brasil, após extraordinário avanço legislativo em sua Constituição de 1988, mas que nem uma legislação, nem outra vem funcionando na prática, no sentido de fomentar conquistas efetivas para os povos indígenas brasileiros. No campo teórico, encontra-se com facilidade muitos textos ufanistas, referentes às supostas conquistas que a Convenção 169 teria fomentado para os povos indígenas. Talvez tenha fomentado em outros países latinoamericanos, como Bolívia e Equador que, inclusive, alteraram as suas constituições para adequá-las à Convenção. Mas

²⁴ Falta de policiamento nas aldeias é discriminação, diz procurador. Extraído de: <http://www.douradosnews.com.br/noticias/cidades/falta-de-policiamento-nas-aldeias-e-discriminacao-diz-procurador>. Acesso em 21 jul. de 2017. Nota: a Polícia Militar entende que o policiamento nas reservas é de competência da Polícia Federal, que também não o realiza.

no Brasil, o tratado permanece pouco cumprido, pouco praticado, em uma sociedade impermeável à aceitação da diferença, da diversidade, da autonomia, dos costumes e práticas dos povos indígenas.

É digno de nota que antes da Convenção 169 – OIT, houve a Convenção 107, de 05 de junho de 1957, que já tratava da proteção e integração das populações indígenas, bem como outras populações tribais e semitribais. Como bem explica Lopes (2014, p. 90):

Neste sentido, a OIT foi fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, sendo criada pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial. O Brasil ratificou o instrumento de emenda da Convenção (EVANGELISTA, 2004). Dessa forma, a atenção internacional que se deu em relação à proteção dos povos indígenas passou a configurar uma preocupação na legislação indigenista não só do Brasil, mas de vários países da Convenção 107 e sua difusão internacional influenciaram diretamente as constituições brasileiras que foram criadas após o documento.

Ou seja, para que se chegasse ao grau de especificidade e eficiência do tratamento do tema, pela Convenção 169 – OIT e pelos artigos 231 e 232 da CF de 1988, houve antes a Convenção 107 – OIT, permeabilizando esse caminho, sedimentando conceitos.

5.2 O Neoconstitucionalismo e os povos indígenas

É notável o avanço que o chamado direito constitucional teve nos últimos trinta anos, não apenas no Brasil, mas nos demais países da América Latina. Esse movimento denominado por constitucionalismo revolucionou não apenas as constituições dos países, mas também tornou o principal texto legal em um projeto de realizações, no campo social, econômico e político.

Nas últimas décadas, houve uma internacionalização do constitucionalismo. Os países observam-se uns aos outros a partir da análise de seus textos constitucionais, comparando suas previsões, buscando além do diálogo, copiar soluções que foram implantadas com êxito por seus vizinhos. São os chamados ‘empréstimos constitucionais’, na definição de Silva (2010, p. 518):

O debate sobre empréstimos constitucionais, ainda que não seja novo, cada vez mais recebe a atenção dos constitucionalistas. Ainda assim, não há, até agora, um conceito unívoco de empréstimo no âmbito constitucional. Em um sentido mais estrito, empréstimos constitucionais envolvem a importação de regras da constituição de um país para a constituição de outro. Nesse sentido, empréstimo constitucional seria o equivalente àquilo que Alan Watson, há mais de três décadas, chamo de transplante legal.

Esses transplantes legais, ou ainda o que esse mesmo autor denomina por ‘migração de ideias constitucionais’, são responsáveis pela evolução do tratamento da questão indígena, nas constituições do Brasil, México, Colômbia, Equador, Argentina, Venezuela e Paraguai. Por exemplo, é possível citar os artigos 62 e 63 da Constituição do Paraguai de 1992, insertos no Capítulo V, intitulado De Los Pueblos Indígenas:

Artículo 62 - DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Artículo 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena

Ou, ainda, pode-se citar Art. 30 da Constituição da Bolívia, aprovada em 24 de novembro de 2007:

Artículo 30 I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la colonia española. II. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los derechos:

1. A existir libremente.
2. A su identidad cultural, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.
3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.
4. A la libre determinación y territorialidad, en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo a esta Constitución.
5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.
6. A la titulación colectiva de sus territorios
7. A la protección de sus lugares sagrados.
8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.
9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.
10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.
12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo. 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.
14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio.

18. A la participación en los órganos del Estado. III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.

Igualmente, o Art. 75, item 17, da Constituição argentina reconhece a preexistência étnica e cultural dos povos indígenas, assim dispendo:

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Em todas elas, podem-se encontrar sensíveis semelhanças com a Constituição Federal Brasileira, artigos 231 e 232, porque esses países se observam mutuamente e observaram inclusive a Constituição brasileira, sendo que ampliaram os direitos reconhecidos aos povos indígenas, em um processo de internacionalização da ordem constitucional, que nas palavras de Herdeger (2010, p. 71):

El proceso de internacionalización del orden constitucional se alimenta de tres fuentes: los derechos humanos, los estándares democráticos y los principios del derecho internacional económico. La absorción de parámetros internacionales por la normatividad constitucional depende de la receptividad de las leyes fundamentales e de la interpretación constitucional para tal proceso.

Temos, então, como elemento emulador de todas essas alterações, que vêm em benefício dos povos indígenas, os direitos humanos, os institutos democráticos e os princípios de direito internacional. Nesse ponto, importante papel exerce a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, pois na medida em que decide a respeito de algum caso que lhe é submetido, ou ainda orienta algum país filiado, quando lhe é endereçado pedido nesse sentido, acaba uniformizando a legislação constitucional, o que também vem colaborando para os avanços legislativos.

Entretanto, a despeito de tudo isso, a crítica que se faz é que se houve de fato uma evolução legislativa constitucional, no Brasil, em se tratando da compreensão e proteção dos povos indígenas, não houve no plano concreto significativas conquistas. Os povos indígenas brasileiros seguem sendo discriminados, seguem sem ter devidamente reconhecidos os seus costumes e prática, seguem na verdade sendo ignorados em seus reclamos e reivindicações. Por isso, reflete Ramírez (2010, p. 275), que:

Las constituciones más recientes, en el afán de ampliar las categorías de derechos protegidos, han incorporado no solo los tratados internacionales a sus textos – en su mayoría con jerarquía constitucional – sino una multitud de temas que generan una

suerte de “retórica constitucional” que provoca el desafío de traducirla a prácticas concretas.

A lo que se le suma un lenguaje normativo que siempre ha sido refractario a una mejor comprensión de los derechos que se regulan. En otras palabras, este lenguaje técnico y específico no transmite claramente en un vocabulario simple cuales son las garantías contempladas en la constitución, generando no solo abismos entre el texto y los ciudadanos sino convirtiendo a la propia constitución en ideales regulativos más que en herramientas transformadoras.

Eis aí, bem identificado, o problema com esse novo constitucionalismo, ele é belo em se tratando de seu texto, mas pouco implementador daquilo que promete no dia a dia das comunidades indígenas. Faltam, ao que parece, não apenas programas de concretização de suas promessas, mas também agilidade por parte do governo, inclusive Poder Judiciário, que quando chamado a resolver os conflitos por terras, mostra-se moroso na avaliação dos processos demarcatórios.

Faltam políticas públicas voltadas para os povos indígenas e políticas públicas que respeitem a sua diversidade. Faltam coisas bem básicas, como por exemplo campanhas que esclareçam a população sobre multiculturalismo, interculturalidade, alteridade, respeito às diferenças e inclusive que combatam o preconceito de não indígenas, face aos índios. Citando Ramírez (2010, p. 275):

Sin embargo, a pesar de este avance normativo complementado con el Convenio 169 de la OIT ya ratificado por numerosos países y la más recientemente aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, la construcción del ya tan discutido Estado intercultural y multinacional sigue siendo una tarea inconclusa y un desafío.

O Brasil precisa, inclusive, não apenas legislar sobre os direitos indígenas, mas assegurar que haja a participação de integrantes desses povos nas diversas esferas dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, inclusive através do sistema de cotas, se preciso for. Haja vista que, conforme se percebe, a maioria compreende muito pouco sobre o assunto, tentando lidar com tais povos, julgando integrantes de tais povos, desconhecendo inclusive seu modo de vida. Nesse sentido, países como Equador e Bolívia caminharam mais, se comparados com o Brasil, conforme Ramírez (2010, p. 278-279):

En el caso de Ecuador, en el capítulo del título segundo del nuevo texto constitucional se contemplan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Se reconocen multitud de derechos colectivos, tales como los de identidad, no discriminación, propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, uso, usufructo y administración de los recursos naturales, consulta previa, libre e informada. Asimismo, se expresa el reconocimiento de sus propias formas de convivencia y organización social y ejercicio de autoridad. Contempla la aplicación del derecho consuetudinario que no vulnere los derechos constitucionales y la posibilidad de construir y mantener las organizaciones que los representan, entre otros derechos.

Del mismo modo, la nueva Constitución Política del Estado boliviano dedica un capítulo – entre todas las referencias mencionadas a lo largo del texto – a los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.

[...] En la Constitución boliviana, el Poder Legislativo contempla una representación amplia que incluye a los pueblos indígenas como componentes obligatorios del Parlamento.

Cabem aos envolvidos com as questões indígenas, serviços de proteção, organizações não governamentais, fundações, secretárias e departamentos, principalmente aos artífices dos direitos humanos, o papel de exigir das autoridades brasileiras que as conquistas conseguidas no plano legal, abstrato, venham a ser de fato implementadas na vida cotidiana dos povos indígenas. O Estado brasileiro deve ser compelido a cumprir com obrigações assumidas internacionalmente, como quando ratificou o Convênio 169 – OIT.

5.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos e a autonomia dos povos indígenas

Os autores, de maneira geral, assinalam que os Direitos Humanos ganharam uniformidade a partir da chamada Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, advinda como uma forma de resistência contra as atrocidades cometidas pelo nazismo, que levaram à deflagração da Segunda Guerra Mundial em 1939 e culminaram com o extermínio de milhões de judeus, e de outras minorias nos campos de concentração.

Entretanto, a origem dos Direitos Humanos confunde-se com o reconhecimento da dignidade humana e sua origem pode ser retroativa à antiguidade. Há, de fato, cinco momentos importantes e significativos para o reconhecimento da dignidade humana e, por consequência, já augurando os primeiros rudimentos dos Direitos Humanos:

1. O chamado Concílio de Niceia, de 325 d. C., que foi um contubérnio idealizado para se discutir a natureza do Cristo, se seria homem ou Deus, mas que foi importante para estabelecer a importância da religião. Uma vez que Jesus foi alçado à condição de Primogênito e vinculado à própria manifestação de Deus aqui na terra, tal visão sublimou também o ser humano, como sendo o ponto mais importante de toda criação. A religião, se cometeu atrocidades, também foi importante por ter defendido a origem divina da humanidade, que por isso deveria ser protegida;

2. A doutrina de São Tomás de Aquino, que partiu do ensinamento dos gregos, no sentido de que havia dois conceitos para explicar os homens, ou seja, o Prósopon e o Hypôstasis, sendo o primeiro uma máscara, apenas o físico e o segundo, a substância, ou a

essência do ser. Por essa doutrina, todos os homens nascem iguais, ao menos em essência e substância. Nasce daí o chamado Princípio da Igualdade;

3. O desenvolvimento das ideias do filósofo Immanuel Kant, que com sua *Metafísica dos Costumes* defendeu a não instrumentalidade do homem, que o ser humano é um fim em si mesmo e não um meio para se atingir um fim. As coisas possuem preço, o ser humano é racional, tem dignidade;

4. O desenvolvimento da axiologia ou o estudo dos valores, no sentido de que na aplicação das leis deve-se buscar ser justo, analisando-se o caso concreto;

5. O desenvolvimento da chamada Filosofia Existencialista, que busca compreender o ser humano por sua individualidade ou singularidade.

Por outro lado, constatamos, dessa forma, que houve todo um desenvolvimento do pensamento humano, para que se pudesse chegar à chamada Magna Carta Inglesa de 1215. Esse documento é importante porque, além de representar uma reação contra os abusos do monarca, ainda apresentou os rudimentos do chamado Princípio da Legalidade. Houve uma limitação ao poder do rei e, por consequência, o início do moderno sistema republicano de escolha dos governantes.

Depois da Magna Carta de 1215, houve a *Petition of Rights* de 1629, a qual além de ratificar a Magna Carta, coibiu a prisão ilegal pelo não pagamento de impostos; implementou-se o *Habeas Corpus Act*, de 1679, que descrevia um tempo para que o indivíduo fosse levado à presença de uma autoridade, que analisaria a legalidade de sua prisão; o *Bill of Rights*, de 1689, que antecedeu à Revolução Francesa, o qual pretendia a retirada de alguns poderes do rei; a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, que visava à resistência norte americana contra os abusos dos ingleses; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e o advento da Constituição Federal dos EUA, de 1787, a qual nasceu sem a declaração de direitos, que viria apenas em 1791 com as chamadas Dez Emendas.

Todas essas conquistas deixaram de ser locais para serem mais amplas, porque passaram a sinalizar ao Ocidente um caminho para lutar contra a opressão e serviram de fomento para o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (França), de 1789 que, juntamente com a Constituição dos EUA, assinalaram a chamada emancipação do homem para com o Estado. A Declaração Universal segue até os dias atuais, segundo a maioria dos pesquisadores, como o mais importante documento dos Direitos Humanos, porque foi a partir dela que houve uma internacionalização das conquistas das

garantias jurídicas, servindo de baliza para a elaboração de legislações em todos os demais Estados.

Não se pode esquecer, nessa digressão histórica, de destacar também a Constituição do México, de 1917 e Constituição de Weimar, documento que governou a curta República alemã de Weimar (1919-1933), que foram importantes por consagrar, pela primeira vez, atenção para com os chamados direitos sociais, os quais foram aviltados logo após, com a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, até a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Como bem assinala Santos Filho (2005, p. 56):

Com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi desencadeado o processo de generalização da proteção dos Direitos Humanos, ficando estabelecida a premissa básica a servir de norte à posituação e à interpretação da matéria. Consoante Francisco Rezek:

‘Até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos. De longa data alguns tratados avulsos cuidaram, incidentalmente, de proteger certas minorias dentro do contexto da sucessão de Estados. Usava-se, por igual, do termo intervenção humanitária para conceituar, sobretudo ao longo do século passado, as incursões militares que determinadas potências entendiam de empreender alhures, à vista de tumultos internos, e a pretexto de proteger a vida, a dignidade e o patrimônio de seus súditos emigrados.

A Carta de São Francisco, no dizer de Pierre Dupuy, fez dos direitos humanos um dos axiomas da nova organização, conferindo-lhes idealmente uma estatura constitucional no ordenamento do direito das gentes. Três anos mais tarde, em 10.12.1948, a Assembleia Geral aclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem, texto que exprime de modo amplo – e um tanto precoce – as normas substantivas pertinentes ao tema, e no qual as convenções supervenientes encontrariam seu princípio e sua aspiração.

Ou seja, a chamada Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, foi um marco do surgimento dos Direitos Humanos enquanto disciplina de estudo, à parte, não obstante imbricada, com o Direito Internacional e o Direito Constitucional e já com o ideal, construído durante séculos, de zelar pela dignidade humana. E após a Segunda Guerra em 1945, há um franco processo de internacionalização dos direitos humanos, a partir do chamado Direito Internacional Humanitário, conjunto de normas que fiscaliza os excessos praticados durante guerras, a Liga das Nações e a OIT – Organização Internacional do Trabalho, por diversas vezes já citada neste trabalho.

Hoje fala-se em gerações, ou dimensões dos direitos humanos:

1ª. Geração ou dimensão: despertou para as liberdades públicas, alertando para o fato de que o cidadão precisa de um espaço livre da intervenção do Estado, também conhecido pelo *non facere*. Os direitos humanos possuem natureza liberal, possuindo nítido caráter limitador do poderio estatal e por isso ressalta-se seu aspecto negativo, não no sentido de

ruim, mas, sim, no sentido de evitar que o Estado se imiscua demais na vida das pessoas. Nas palavras de Silveira e Rocasolano (2010, p. 96):

Os direitos civis e políticos nasceram, no entanto, de uma concepção negativa do Estado, sendo atribuídos às pessoas para limitar o poder estatal e impedir que abusassem de direitos próprios dos cidadãos, como os de participação e de autonomia, entendida aqui tanto como esfera pessoal ou de privacidade, quanto como propriedade privada ou de mercado. Os direitos civis se ligam à autonomia do indivíduo na medida em que preponderam a faculdade e o poder de autodeterminação do sujeito em detrimento do poder do Estado. A esses somam-se os direitos políticos ou de participação, fundamentais para que os cidadãos atuem na formação da vontade política do Estado, como no exemplo do direito ao sufrágio. É de notar-se que, enquanto os direitos civis (vida, liberdade, igualdade formal, propriedade, segurança etc.) são de conteúdo negativo, oponíveis ao Estado para que este não intervenha na esfera privada, os direitos políticos são de cunho positivo, possibilitando ao cidadão exercer seu poder de intervenção e conduzir o destino da comunidade a que pertence.

2ª. Geração ou dimensão: trata das chamadas liberdades positivas, como uma expressão de resistência ante os abusos da revolução industrial. Aqui, o Estado é chamado a agir para garantir direitos sociais às pessoas, direitos como saúde, educação, proteção contra a exploração da força de trabalho etc.

3ª. Geração ou dimensão: é a que está galvanizando atualmente e vem a ser a da proteção dos direitos coletivos, tais como proteção ao meio-ambiente, proteção ao consumidor etc.

4ª. Geração ou dimensão: parte da doutrina a reconhece e tem a ver com a proteção do patrimônio genético das pessoas, grupos e etnias. Lembramos, à guisa de ilustração, que em 2009 aprovou-se o Tratado de Lisboa, que proíbe a clonagem de seres humanos. Também busca-se proteger as pessoas contra os efeitos da globalização.

5ª e 6ª. Geração ou dimensão: atualmente já se labora com a perspectiva dessas novas gerações que se atrelam à paz mundial, à proteção da água enquanto recurso inestimável e de premente necessidade de proteção para a sobrevivência da geração atual e futura e também o chamado direito espacial.

Contudo, essa divisão dos direitos humanos em gerações vem sendo questionada por autores como Silveira e Rocasolano (2010, p. 184-202), isso porque essa divisão pode dar a falsa impressão de que essas fases não se interpenetram ou de que estejam já sacramentadas enquanto conquistas sociais, quando, na verdade, ainda estão no campo da pretensão ou ainda da constante luta para positivar esses direitos como norma. Esses autores defendem a tese da *dinamogenesis* dos direitos humanos, segundo a qual os direitos humanos estão em constante transmutação, conforme os costumes e anseios das diversas sociedades humanas, sendo que as

conquistas nesse campo não vieram e não virão sem frequentes batalhas, como as que enfrentam os povos indígenas, na defesa de sua autonomia.

Por autonomia, desejamos significar que os povos indígenas brasileiros têm o direito de gerir seu próprio destino, de fazer escolhas no sentido de se integrar aos costumes e práticas dos não indígenas ou, ainda, de manter intocados os seus costumes e tradições. Não quer dizer que se defenda a criação de nações autônomas dentro da nação brasileira, como alguns detratores apreciam sustentar sempre que essa questão vem à baila. Ou seja, o Brasil não ratificou a Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas, aprovada em definitivo pela 107ª Sessão Plenária da ONU, em 13 de setembro de 2007, cujo artigo 3º estabelece: “Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Igualmente segue sem ser aceito o que dispõe o artigo 4º, da mesma Declaração: “Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais [...]”.

Segundo Peixoto (2008, p. 256), até o uso dessa expressão “povos indígenas”, precisa ser interpretado corretamente, para que não se incida em erro:

É importante ressaltar também que o emprego da expressão ‘povos indígenas’ na Convenção 169 da OIT, em detrimento da expressão ‘populações indígenas’ da Convenção 107 da OIT, não concede autonomia suficiente para que os índios se separem de seus países. Assim, apesar da utilização do termo ‘povos’ no Direito Internacional relacionar-se, normalmente, à noção de soberania dos Estados, não é essa a interpretação do termo no documento. A expressão representa um reconhecimento da identidade específica dos indígenas, sem a pretensão de possibilitar a formação de um Estado à parte.

E citando Borges (2006, p. 131; apud. PEIXOTO, 2008, p. 257):

Os que almejam, portanto, é a garantia de se verem como organizações sociais, econômicas e culturais própria, bem como o direito de viver em seus territórios e a garantia da sustentabilidade do habitat que os circunda, considerando a relevância do meio ambiente para a conservação de suas tradições, culturas e modos de viver. O fato de as comunidades serem chamadas de povos não significa que se encontrem alijadas da política em seus países.

Os povos indígenas, salvo raras exceções, não desejam se separar do Brasil. Mas desejam, com a conquista de sua autonomia, administrar seus territórios, aplicando neles suas práticas, crenças, costumes e direito consuetudinário:

Para as lideranças indígenas é necessário reconhecer o direito de autogoverno e a livre determinação para que os próprios indígenas possam administrar seus territórios de acordo com seus direitos costumeiros. Eles conceituam a livre determinação enquanto poder de decidir sobre seu destino de acordo com sua organização social, política e econômica (Op. cit.).

Por fim, lembramos, ainda citando Peixoto (2008, p. 262-272), sobre o papel das organizações internacionais e principalmente da Cortes Internacionais, como OEA –

Organização dos Estados Americanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Se os direitos humanos possuem um natural direcionamento à proteção das minorias, proteção da dignidade humana, é de se esperar que fiscalize os abusos que são praticados contra os povos indígenas. A autora cita dois casos para lembrar isso. O primeiro foi o caso da Comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua, cuja sentença foi exarada em 31 de agosto de 2001 e o segundo o caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguai, sentença de 29 de março de 2006.

O primeiro caso foi suscitado à Corte Interamericana devido à omissão da Nicarágua em demarcar as terras da Comunidade Mayagna Awas Tingni, sendo que o governo ainda concedeu uma autorização para que uma empresa, de nome Sol Del Caribe S.A explorasse madeira no local, sem que a referida Comunidade fosse consultada. A Nicarágua foi condenada ao pagamento de 50 mil dólares, a título de indenização de danos morais e mais 30 mil dólares de custas processuais, além da obrigação de demarcar as terras dos denunciantes, abstendo-se de qualquer exploração no local.

Esse caso foi importante porque reconheceu essa relação dos povos indígenas com suas terras, relação que transcende o simples aspecto legal, material, além de estabelecer uma ligação forte entre direitos humanos e a defesa do meio ambiente.

O segundo caso tratou de uma denúncia por maus tratos, omissão, descaso por parte do governo do Paraguai com a Comunidade Indígena Sawhoyamaxa, cujos integrantes não possuíam documentos pessoais, padeciam de doenças, vivendo em condições sanitárias precárias, com muitas mortes de seus membros. Da mesma forma, o Paraguai foi condenado pela Corte, destacando a sentença que os integrantes da referida comunidade viviam em situação de desemprego e analfabetismo, em situação de desnutrição e sem acesso à água potável, bem como aos serviços básicos de saúde.

A Corte Interamericana estabeleceu um prazo de 03 anos para que o Paraguai entregasse terras, física e formalmente às vítimas, além de criar um fundo para o desenvolvimento comunitário da Comunidade Sawhoyamaxa, além de indenização por danos morais, no valor de 5 mil dólares, a favor dos líderes da referida comunidade e mais 20 mil dólares para os familiares dos dezessete membros da referida Comunidade, que faleceram por conta do descaso do governo.

Há outros casos, antigos e novos, nos quais a Corte Interamericana acolheu denúncia tendo por base afrontas aos povos indígenas, como a denúncia referente ao Povo Yanomami, por conta da construção de uma estrada e exploração de minérios em suas terras, o caso 7615,

Resolução 12/85 ou ainda o recente caso 12.728, no qual o Povo Indígena Xucuru denuncia a demora do Brasil em reconhecer, titular, demarcar e delimitar suas terras ancestrais.

A Corte Interamericana atua inclusive quando há denúncias de danos ambientais e associação com desrespeito às etnias indígenas e comunidades já estabelecidas, como bem cita Teixeira (2015, p. 163-286):

A Comissão Interamericana também se deparou com casos relativos às inter-relações entre a temática ambiental e direitos de povos indígenas ou tradicionais em: a) *San Mateo Huanchor v. Peru*, em que foram estabelecidas inter-relações entre violações aos direitos à vida, liberdade, segurança, saúde e residência da população afetada e a utilização por companhias mineradoras dos arredores de comunidades campesinas como depósito de lixo tóxico (INFORME N° 69, 2004); b) *Comunidades Indígenas Maia de Toledo v. Belize*, em torno da violação ao direito de propriedade de etnias afetadas pela concessão pelo Estado de terras indígenas para exploração madeireira sem prévio consentimento das comunidades afetadas (INFORME N°40, 2004); c) e em *Povo Inuit contra os Estados Unidos*, sobre as responsabilidades do governo americano em relação aos impactos do aquecimento global no exercício, por parte do povo esquimó, dos direitos à vida, liberdade, segurança, saúde, residência e acesso à cultura (PETIÇÃO 1413, 2005).

Em relação à Corte Interamericana, dos setes casos de temática ambiental, seis são relacionados à proteção de povos tradicionais. Quatros deles são relativos aos impactos negativos decorrentes da não demarcação de terras indígenas e/ou quilombolas no Paraguai e no Suriname – são os casos a) *Moiwana v. Suriname* (CORTE IDH, 2005a); b) *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai* (CORTE IDH, 2005b); c) *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai* (CORTE IDH, 2006a); d) e *Caso Povo Saramaka v. Suriname* (CORTE IDH, 2007) – e dois, *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua* (CORTE IDH, 2001) e *Povo Indígena Kichwa de Sarayacu e seus membros v. Equador* (CORTE IDH, 2013), são relativos à concessão estatal de terras indígenas para exploração madeireira e petrolífera sem que as comunidades afetadas fossem consultadas.

Então esses casos demonstram que os direitos humanos caminham na proteção dos povos indígenas e trabalham não apenas no sentido de que tenham autonomia, mas também que vivam com dignidade, sendo os Estados internacionais onde ditos povos vivem, os responsáveis por assegurar esse direito.

5.4 Laudos antropológicos como prática do pluralismo jurídico

Neste item, por derradeiro, analisamos a importância dos laudos antropológicos como instrumentos que apontam para a prática do pluralismo jurídico, que significa, entre outras coisas, a possibilidade de se contemplar outros sistemas jurídicos, ou pelo menos outras práticas jurídicas que se assemelham às desenvolvidas pelos ocidentais.

De plano, como já noticiado na introdução desta dissertação, o presente estudo fundamenta-se, entre outras fontes, nas ideias de Elisabetta Grande (2011, p. 18), para quem:

As sociedades acéfalas, sem organização estatal, revelaram-se dotadas de mecanismos capazes de assegurar a ordem social e de resolver as disputas de modo completamente análogo ao que ocorre nas sociedades de poder centralizado por

força das leis e de sua aplicação por parte dos tribunais. Isso confirma o dado de que a ordem não se atinge necessariamente através da presença de uma autoridade central que faça uso da força e, para isso, valha-se da lei escrita, dos tribunais e da polícia.

O jurista ocidental precisa vencer o preconceito que os estudiosos da Antropologia já venceram, ou seja, superar a visão de que somente os povos ocidentais, com seus códigos de leis, tribunais de diferentes hierarquias, advogados e promotores, juízes e delegados foram os únicos capazes de criar aquilo que se denomina por um genuíno sistema jurídico, que solucione litígios e apazigue partes querelantes. Ainda segundo a autora (Op. Cit., p. 12-13):

Já a partir de 1962 Bronislaw Malinowski havia ‘indicado uma ruptura com os velhos métodos especulativos utilizando a observação etnográfica de campo para derrubar os mitos amplamente difundidos sobre o direito e sobre a ordem social nas sociedades ágrafas’. Isso nada menos do que no período em que, quando no final dos anos trinta, o jovem Hoebel comunicou aos reconhecidos mestres da Antropologia, Ruth Benedict e Franz Boas, sua intenção de analisar o direito junto aos Cheyenne de Montana, ouvir a questões sobre que tipo de direito se teria podido estudar junto a um povo carente não somente de uma estrutura política e de cortes permanentes, mas carente até mesmo de juristas profissionais da escrita. A sociedade cheyenne apresentava-se como a clássica sociedade sem legislador, sem jurista e sem Estado, ótimo terreno de prova para quem, como Edward Adamson Hoebel e Karl Nikerson Llewellyn, buscasse descobrir se era possível a existência de um direito não verbalizado. Como fazer, portanto, para desvelar a existência de um direito entre os Cheyennes? A colaboração de Karl Llewellyn ao projeto de Edward Adamson Hoebel fora determinante neste ponto.

A Antropologia vem investigando e confirmando o fato de que os povos indígenas brasileiros possuem, desde tempos imemoriais, sua própria forma de solucionar conflitos, suas práticas disciplinares. Grande (2011) lembra que Hoebel estudou, por exemplo, alguns povos do deserto do Kalahari e descobriu que eles conseguiam solucionar de forma eficaz e sem violência seus próprios conflitos: “Observou-se como sociedades economicamente mais simples faziam uso de instrumentos de solução de conflito situados em um grau mais elevado em comparação a sociedades economicamente mais complexa” (GRANDE, 2011, p. 19).

A mesma autora destaca, ainda, que existem sociedades coletoras e agrícolas, as quais possuem uma tendência a criar sistemas de solução de conflitos que assegurem uma resolução pacífica das contendas. Ao passo que as sociedades ditas coletoras possuem uma tendência a resolver seus conflitos de forma mais violenta. Trazendo essas informações para os estudos dos povos indígenas brasileiros, lança luzes sobre a compreensão do porquê de alguns povos indígenas conservarem ainda de forma bastante forte uma tendência a resolver conflitos com o uso da força, ao passo que outros possuem uma maior bagagem de experiências em negociações, o que por si só já demonstra o grande erro, por parte do governo brasileiro, de interpretar todos os indígenas como sendo iguais, com os mesmos usos e costumes. A mesma autora afirma (Op. Cit., p. 14):

Após o estudo de Hoebel e Llewellyn a questão se as sociedades sem escrita, sem cortes, sem juristas, sem legisladores e sem poder centralizado pudessem ter um direito foi definitivamente respondida em sentido positivo e, com ela, foram afastados em larga medida também as tentativas de dar definição restritiva ao conceito de norma jurídica e de direitos.

Krohling (2008, p. 01) escreveu importante artigo, intitulado “Os Direitos Humanos na perspectiva da Antropologia Cultural”, cujo resumo principia assim:

O estudo da antropologia faz parte do eixo da formação fundamental do futuro operador do Direito. Com a crise do positivismo nos anos 60, abriram-se várias brechas para novas aproximações metodológicas e temas-fronteiras. Com a globalização tecnológica e sociedade em redes, a mundialização cultural avança e mostra o novo cenário internacional com o pluralismo cultural em todas as áreas de saber e vivência humana.

Esse pesquisador não se deslumbra pelo papel dos direitos humanos. Após refletir sobre a possibilidade de que haveria por trás desse movimento, possivelmente um “[...] rolo compressor opressivo com uma visão antropocêntrica e eurocêntrica e que faria parte da síndrome colonialista das potências ocidentais hegemônicas” (op. cit, p. 158), concorda com Grande (2011) de que a Antropologia é o caminho para auxiliar o operador do Direito a compreender e aplicar conceitos multiculturais, o que encaminhará a ciência jurídica ao pluralismo. Nesse sentido, Krohling (2008, p. 161) afirma:

A partir da existência real de um pluralismo saudável em busca de plataformas de equivalências entre culturas e povos, como defende Panikkar, que diz que nenhuma cultura é completa e que, a partir das incompletudes, devemos buscar o encontro entre as diferentes culturas, pois o diálogo supõe sempre o Diálogo, que significa reciprocidade mútua com o Outro e não a ótica do Poder ou da imposição de padrões culturais localizados no Ocidente ou no Oriente.

A mesma Antropologia que levou o Direito a conceber a possibilidade equivocada de uma evolução linear dos povos indígenas, a partir de uma integração forçada à sociedade dos brancos, é quem abrirá as portas para uma nova compreensão dos povos indígenas, uma compreensão que aceite as suas diferenças e consiga uma forma de coadunar o sistema jurídico vigente com o sistema consuetudinário das comunidades tradicionais. Sobre o paradigma da integração, escreve Barreto (2005, p. 35-36):

Convencionou-se denominar evolucionismo unilinear a corrente de pensamento que dominou a antropologia na primeira metade do século XIX. Nessa corrente era predominante a ideia de que a cultura desenvolve-se de maneira mais ou menos uniforme, sendo aceitável pressupor que cada sociedade percorresse as mesmas etapas evolutivas. A partir dessa perspectiva, então, era justificada a adoção de uma ‘escala hierárquico-evolutiva.

Colhamos a lição de Mércio Pereira Gomes:

‘Os evolucionistas postulavam uma equivalência direta entre formas culturais e níveis de inteligência dos portadores dessas culturas, um paralelismo entre evolução das espécies e evolução das culturas.

Tal proposição servia aos propugnadores da equivalência entre raça e cultura, daí a associação que ficou entre evolucionismo e racismo’.

Sob este enfoque o índio é um ser ‘primitivo’ e ‘em processo de evolução’ para a condição de ‘civilizado’ ou, com os termos empregados pela legislação, a caminho

da integração à ‘comunhão nacional’. Desde que integrado, além da própria identidade, perde o sistema especial de proteção que o envolvia.

Entretanto, referido entendimento não se justifica mais, pois segundo Barreto (2005), citando Manuela Carneiro da Cunha (1987, p. 14-15; apud BARRETO, 2005, p. 36):

Em contraposição àquela corrente, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, consolidou-se a ideia de que cada sociedade tem a sua própria história e segue o seu próprio caminho, de tal forma que ‘a explicação evolucionista da cultura só tem sentido quando ocorre em termos de uma abordagem multilinear’, o que se convencionou denominar de ‘evolucionismo multilinear’.

A perspectiva ‘evolucionista unilinear’, subjacente à classificação contida no Estatuto do Índio (art. 4º.), ao que parece não goza de grande aceitabilidade entre os antropólogos contemporâneos. Segundo alguns dos seus críticos ‘não existem sociedades na infância’, mas ‘formas diferentes de sociedades, cada uma com seu valor próprio e cada uma com projetos próprios de futuro’.

De acordo com Paraíso (1994, p. 45), falta ao jurista a capacidade técnica de extrair respostas, informações de fato relevantes para o processo dos acusados indígenas. Faz-se necessário compreender que o indivíduo indígena lembra de fatos sempre inseridos em um determinado contexto, suas reminiscências estão sempre atreladas a fatos que viveu.

A questão da memória indígena é permeada pelas condições psicológicas e sociais vividas pelas populações que sofreram e sofrem todo tipo de pressão e desencontros na socialização dos seus membros. Lançados num caminho sem volta de contato intenso, miscigenação e incorporação cultural de novas experiências e valores, as comunidades indígenas vêm-se em verdadeiros dilemas quanto à reprodução da história do grupo. A prática da política indigenista brasileira é a de destruir a memória tribal, pois ela sempre foi vista, inclusive no período colonial, como um obstáculo à proposta integracionista hoje expressa no artigo 1º. do Estatuto do Índio (Lei 6001) em franca contradição com a declaração da intenção de preservar a cultura indígena.

Fala-se hoje em uma extensão da ciência Antropologia, que vem a ser a Antropologia Jurídica. Na definição reproduzida por Lee (2016, p. 01), que não parece ser o criador desse conceito, mas, devido à sua clareza pedimos vênia para transcrevê-la:

A antropologia jurídica estuda as restrições sócio-culturais [*sic*] que possuam sanções executáveis pela sociedade. Abrange desde a descrição das normas, elaboração das leis, análise da coexistência de sistemas jurídicos formais e informais, pesquisa do desvio das normas legais, perícia, mediação e resolução de conflitos, além da correção e readaptação dos desviantes. No campo teórico, a antropologia jurídica formula e discute os fatores culturais e sociais que os operadores do direito desenvolvem durante os processos legais.

Já o Professor Dallari (1999, p. 107-108), citando Davis (1973) e sua obra “Antropologia do Direito”, apresenta o seguinte conceito dessa ciência:

Definindo o âmbito da Antropologia do Direito como ‘a investigação comparada da definição de regras jurídicas, da expressão de conflitos sociais e dos modos através dos quais tais conflitos são institucionalmente resolvidos’, o mesmo autor ressalta, em seguida, a dificuldade que decorre da diferença de concepções ‘a Antropologia do Direito tem como ponto de partida que os procedimentos jurídicos e as leis não são coincidentes com códigos legais escritos, tribunais de justiça formais, uma profissão especializada de advogados e legisladores, polícia e autoridade militar etc. O Direito tal como existe nas organizações políticas complexas como o Estado moderno é concebido pela antropologia apenas como um caso especial, ainda que importante dentro do conjunto de dados etnográficos’.

O papel da Antropologia Jurídica transcende o de simples mecanismo esclarecedor dos costumes e práticas (inclusive legais tradicionais) dos povos tribais. Nesse mesmo sentido, conclui Grande (2011, p. 42):

A Antropologia jurídica representa uma boa fonte de soluções também em outras ocasiões nas quais o direito oficial ocidental se mostra em crise. Assim, por exemplo, na Austrália os estudos etnográficos sobre direito tradicional são levados em conta por quem propõe, e consegue, entregar os aborígenes, às tribos de pertença, a fim de que nela lhes seja aplicada a sanção tradicional

Encarecemos a necessidade de se criar nos cursos de Direito uma cadeira (disciplina) de Antropologia Jurídica, ou ainda que se inclua na disciplina de Direitos Humanos ou Direito Ambiental um espaço para o estudo dessa ciência. A esse respeito, a UFMS, em seu curso de Direito, oferta uma disciplina de Antropologia Jurídica ministrada pelo Prof. Dr. José Paulo Gutierrez. Assim, acentua Cecília Maria Vieira Helm (2015, p. 09):

Os bacharéis concluem o Curso de Direito e não recebem informações básicas sobre Etnologia Indígena. A disciplina Direito Ambiental é ministrada sem estar vinculada à Etnologia Indígena. Deveria haver um módulo sobre os distintos povos indígenas que ocupam as terras no País e dependem do meio ambiente para a sua sobrevivência física e cultural, porém não tem havido a preocupação em incluir no programa de Direito Ambiental a questão indígena.

[...] Na maioria dos casos, os advogados, os juízes e os procuradores não têm noções básicas de Antropologia. A questão ambiental tão falada em dias de hoje, precisa ser enfocada, aliada à Etnologia Indígena.

Notamos uma inclinação natural da ciência Antropologia ou Etnologia de ser permeável aos Direitos Humanos e, em sendo permeável, poderá auxiliar os aplicadores das normas legais duplamente, não apenas fomentando o conhecimento correto a respeito da diversidade e do multiculturalismo, relativos aos povos tradicionais, não apenas os povos indígenas, mas também os quilombolas.

A Associação Brasileira de Antropologia produziu no ano de 2015 importante documento, o Protocolo de Brasília Laudos Antropológicos: Condições para o exercício de um trabalho científico (2015, p. 13), documento no qual Antonio Carlos de Souza Lima e Jane Felipe Beltrão, responsáveis pela Gestão 2015-2016, revelam que foi através da pesquisa dos quilombos:

Nas gestões de Yonne Leite (1998-2000) e de Ruben Oliven (2000-2002), este tema se articulava ao dos direitos humanos, e ensejaria a reflexão sobre a participação dos (as) antropólogos (as) em perícias em ao menos duas oportunidades: o seminário Comunidades Étnicas, Políticas de Estado e o Trabalho do Antropólogo, que teve lugar na Universidade Federal Fluminense em 1º e 2º de junho de 2000; e na 22ª Reunião Brasileira de Antropologia (em Brasília, em 19 de julho de 2000), no Fórum de Pesquisa Relatórios de Identificação e Laudos Antropológicos. Nestes eventos, a prática de se debater a questão da perícia antropológica em conjunto com os operadores do Direito, em especial com os integrantes do Ministério Público Federal, era corrente.

Há, portanto, um interesse dos Antropólogos em conhecer o Direito, o sistema processual e como os laudos que produzem serão assimilados e utilizados, se serviram ao propósito para o qual foram elaborados. Mas, não vemos o mesmo interesse por parte dos operadores do Direito, exceto quando essa importante ciência, a Antropologia, é objeto de estudo em nível de pós-graduação, quando deveria ser já contemplada durante o curso de graduação no Direito, para que os estudantes adquiram desde cedo a percepção correta da importância da preservação dos costumes e tradições dos povos indígenas, da sua luta pelo reconhecimento de um estado pluriétnico, que dialogue com as diferenças, sem pretender impor apenas uma visão, inclusive a jurídica.

Segundo o documento supra citado, o Protocolo de Brasília, Antropólogos vêm sendo chamados pela Justiça:

[...] para realizar Inventários de Referências Culturais e desempenhar as seguintes competências: realizar etnografias sobre o que os atores sociais consideram suas referências culturais a serem inventariadas; contribuir para a elaboração de planos de salvaguarda; descrever e analisar as configurações identitárias dos grupos estudados a partir dos processos de implementação dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, particularmente dos seus artigos 215 e 216; debater as formas de incorporação dos direitos de povos e comunidades tradicionais à noção de patrimônio cultural brasileiro, levando em consideração os contextos atuais em que se encontram inseridos nas diferentes regiões do Brasil, atualmente em processo de reconhecimento cultural e territorial a partir da legislação em vigor. (Op. Cit.)

A proposta deste item, avançando-se agora no enfoque de casos práticos, nos quais o uso do laudo antropológico foi importante não apenas para nortear os juízes, mas para sinalizar caminhos para o pluralismo jurídico, menciona-se o laudo exarado e anexado ao Processo de n. 002.06.003857-0, que tramitou perante a 1ª Vara Criminal de Dourados/MS. Tratou-se de acusação de crime de homicídio e tentativa de homicídio contra um grupo de indígenas da etnia Kaiowá. Segundo os autos, no dia 1º de abril de 2006, investiram usando facões e foices contra três policiais civis, à paisana, que invadiram um acampamento em retomada de terras, na região de Porto Cambira, zona rural de Dourados/MS. Dois policiais morreram e um ficou gravemente ferido, mas se salvou, atualmente aposentado de suas funções.

A comunidade indígena denominada Paso Piraju sustentou em defesa dos nove acusados, que os Policiais não se identificaram, nem usavam qualquer tipo de roupa que os distinguíssem de pistoleiros, os quais frequentemente espezinhavam aquela comunidade com violências. Os indígenas temiam, naquela ocasião, ações de um fazendeiro que se dizia dono das terras e quem os índios afirmavam ter feito ameaças àquela comunidade, que lutava e ainda luta pela demarcação daquela área.

Em um instrutivo Laudo Antropológico, os peritos Antropólogos Alexandra Barbosa da Silva, Fabio Mura, Rubem F. Thomaz de Almeida, responderam às várias questões formuladas pela Advocacia Geral da União – AGU, Procuradoria Geral da FUNAI e pelo juízo criminal, destacando-se o seguinte:

I – Os integrantes do Povo Kaiowá não costumam ter sentimento de vingança, agindo enquanto comunidade apenas na defesa de seus integrantes. Também não possuem sentimento de culpa: “Não existe sentimento de culpa entre estes indígenas – no que diferem totalmente da dita tradição cristã-ocidental” (SILVA; MURA e ALMEIDA, 2006, p. 14);

II – Os integrantes do Povo Kaiowá não possuem a noção de crueldade:

Um ponto a ser firmemente ressaltado neste sentido é que a noção de crueldade é inexistente para os Kaiowá. Para eles, uma ação violenta pode ser positiva ou negativa, não sendo nunca motivada (como pode ser para os ‘brancos’) pelo desejo de provocar sofrimento ou para induzir sadicamente a vítima a implorar piedade.

Os atos violentos que porventura praticam os Kaiowá guardam sempre vinculação com o afastamento de um mal, sendo esses atos, nas palavras dos peritos supramencionados (id., p. 14): “(...) um ato purificador positivo e necessário”;

III – Os indígenas Kaiowá respeitam a autoridade dos brancos, devidamente constituída, chegando inclusive a serem submissos. A comunidade de Paso Piraju atacou os policiais civis no dia 1º de abril de 2006 porque além de chegarem ao local à paisana, não se identificaram como policiais, tendo sido confundidos com jagunços a mando do fazendeiro.

[...] os Kaiowá se sentem dominados pelos ‘brancos’ em geral, estes últimos sendo interpretados como possuindo índole violenta e agressiva. O comportamento dos índios passa a ser ainda mais submisso quando os efeitos da dominação exercida pelos ‘brancos’ se transformam em atos de violência com relação à limitação de suas ações (dos índios) (SILVA; MURA e ALMEIDA, 2006, p. 23).

Seria, portanto, impossível para o jurista perceber essas diferenças e características do Povo Kaiowá sem o auxílio antropológico. O laudo se não chegou a apontar traços de um sistema jurídico próprio, apontou para a diversidade, para o multiculturalismo.

Ou seja, a importância dos laudos antropológicos transcende o simples papel de elucidar às partes e ao juízo a respeito de características étnicas de seu objeto de análise, nos casos desta dissertação, os povos indígenas. Os laudos têm apontado para o multiculturalismo, para a diversidade, para a necessidade de alteridade por parte dos agentes estatais e para o pluralismo jurídico, enriquecendo a ciência do Direito.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho de dissertação nasceu de um projeto de pesquisa que teve por objetivo provar a importância da Antropologia para o Direito, em especial a utilização do Laudo Antropológico nos processos penais de acusados indígenas, bem como a capacidade desses laudos de destacar a diversidade e o multiculturalismo.

Demonstramos nesta dissertação, no Capítulo 2, que a história dos povos indígenas no Brasil é permeada pela desconsideração por sua imensa diversidade cultural, marcada, ainda, pela gradativa perda de seus territórios, bem como pelo extermínio e diminuição de suas populações, em meio a uma política estatal que pretendeu se justificar por uma proposta nunca cumprida de integração dos indígenas à comunhão nacional. Os portugueses, ao colonizarem o Brasil, aqui já encontraram seus antigos habitantes, sendo que estimativas dão conta de que habitavam este território cerca de seis milhões de indígenas, população essa que foi sendo reduzida consideravelmente até os dias atuais.

Focando-se apenas no Estado de Mato Grosso do Sul, analisamos a situação dos índios de Dourados/MS, desde a implantação da Cia Matte Larangeira²⁵, que se estabeleceu em terras indígenas pertencentes ao povo Guarani-Kaiowá. Por concessão do governo brasileiro então estabelecido, a Matte Larangeira expulsou os indígenas os quais foram circunscritos em reservas, sendo uma delas, a Reserva Indígena de Dourados, a RID.

Apresentamos no texto da presente dissertação o fato de que os povos indígenas da Aldeia de Dourados/MS vivem em espaço de terra reduzido, sendo vítimas do preconceito, da fome, do alcoolismo e do tráfico de drogas, sendo que esporadicamente alguns índios cometem o suicídio. Os conflitos por terras surgem porque os índios empreendem tentativas de retomada de seus antigos territórios, o que ocasiona os protestos e fechamentos de rodovias pelos indígenas, com consequências ruins para os próprios, porque se veem em confrontos com policiais e com proprietários rurais.

Também realizamos neste estudo um retrospecto do tratamento dado ao índio pela legislação pátria, a começar pelo Código Civil de 1916, o novo Código Civil de 2002, bem como o Estatuto do Índio. Já no Capítulo 4, tratamos da legislação penal brasileira, destacando a sua inadequação quando se trata do enquadramento penal de indígenas acusados do cometimento de crimes. Defendemos nesse ponto, que uma nova legislação, o Estatuto dos Povos Indígenas, venha substituir o Estatuto do Índio e contemple uma excludente nova,

²⁵ Preferimos usar a grafia antiga, como era o nome de fantasia da citada indústria.

amparada nos costumes indígenas, conscientes de que certas práticas dos povos tradicionais podem vir a ser interpretadas equivocadamente como ilícito penal.

Tratamos, ainda, no Capítulo 3, sobre o histórico das constituições brasileiras, ficando claro que foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que os povos indígenas brasileiros tiveram, na teoria, reconhecidos e protegidos seus costumes, práticas e crenças, encontrando-se aí o cerne do florescimento de um genuíno direito indígena, que se diferencia do chamado direito indigenista, haja vista que este vem a ser o direito dos brancos imposto aos índios, ao passo que o primeiro, é um direito que contempla a diversidade, o pluralismo jurídico, caminhando para assegurar a emancipação dos indígenas no Brasil.

Criticamos nesta dissertação a chamada política integracionista, intentada pelo Estado brasileiro face aos povos indígenas, que em verdade serviu apenas para acentuar as diferenças, estigmatizando as populações tradicionais, que mesmo experimentando afrontas de toda ordem em suas vidas, fez conservar suas práticas e costumes, inclusive o chamado direito consuetudinário. Nesse ponto, chamamos a atenção para o fato de que os povos indígenas conservam em suas práticas, senão sistemas jurídicos completos, pelo menos práticas disciplinares ancestrais, sempre ignoradas pelos não indígenas, mas previstas no Estatuto do Índio e que devem merecer a atenção por parte do Poder Judiciário e dos estudiosos, sejam do Direito ou da Antropologia.

No Capítulo 4, tratamos do choque cultural e da diversidade étnica, do pluralismo jurídico, enquanto enfoque diverso do monismo jurídico, bem como dos delitos cometidos por indígenas nas lutas por demarcações de terras; nesse ponto, sustentamos que sejam amparados por uma excludente de culpabilidade, no caso a inexigibilidade de conduta diversa.

Os indígenas acusados por crimes, até então podem vir a ser beneficiados pela excludente prevista no artigo 26 do Código Penal, que equipara os índios aos portadores de doença mental. Não é correta essa interpretação, havendo quem defenda para os mesmos a dirimente do erro de proibição, ou ainda a simples punição, como a aplicável aos brancos.

Defendemos que haja um diálogo entre o sistema jurídico brasileiro com os sistemas disciplinares e consuetudinários dos povos indígenas. E aqui sustentou-se o uso da hermenêutica diatópica, na visão de Sousa Santos (1997), como ponto para que o governo brasileiro estabeleça esse diálogo com os povos indígenas. Nesse item sustentou-se a ligação dos direitos humanos com o pluralismo jurídico, evocando-se, inclusive, ideias de Segato (2014).

No subtópico 4.5, defendemos a importância do laudo antropológico nos processos penais de acusados indígenas. O laudo antropológico é imprescindível nas lides cíveis concernentes aos direitos dos povos indígenas, mas nas lides penais fica sempre ao critério pessoal do juiz aceitar ou não o que apontam os antropólogos. Pensou-se nesta dissertação em uma valorização desses laudos, não no sentido de se obrigar o juízo a acatá-los, mas, sim, de conscientizá-los para a verdadeira importância dessas avaliações periciais, que remetem à alteridade, à constatação da diversidade e do pluralismo jurídico na confecção das sentenças e jurisprudências nos tribunais superiores.

Os direitos humanos guardam estreita relação com o pluralismo jurídico na medida em que convida o jurista a contemplar as necessidades do outro, bem como por priorizar a dignidade da pessoa humana. Essa visão, de cunho humanista, suaviza o caráter estritamente positivista do Direito, que costuma priorizar as normas, em detrimento do indivíduo.

No subtópico 4.6, por sua vez, laboramos no tratamento do tema “Dificuldades processuais penais quando o Estado processa acusados indígenas”. Há grande celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, havendo decisões no sentido de que o indígena acusado por crimes deve ser processado pela Justiça Federal se o ato do qual lhe acusam foi praticado no interesse de sua comunidade. Tais decisões entram em conflito com outras no sentido de que devem ser processados exclusivamente pela Justiça Estadual ou comum. Tentou-se apresentar nesse item uma solução para o problema, novamente ressaltando a importância da Antropologia para o Direito.

No Capítulo 5, tratamos da Convenção 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, bem como do neoconstitucionalismo e os povos indígenas, defendendo-se nesse ponto que os direitos contemplados e conquistados pelos povos indígenas, previstos nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 ainda necessitam de um fortalecimento no campo prático. O Brasil caminhou muito no tocante ao reconhecimento da diversidade dos povos indígenas, mas caminhou menos do que países como Bolívia e Colômbia, que se tornaram países pluriétnicos. Criticamos o fato de o Brasil não ter criados mecanismos que contemplassem indígenas com participação nas diversas esferas do poder, ou seja, os povos indígenas continuam ainda à margem dos sistemas jurídico, político e executivo nacionais.

Ainda nesse item, voltamos a tratar dos direitos humanos e a luta pela autonomia dos povos indígenas brasileiros. A Constituição de 1988 emancipou os povos indígenas brasileiros, à exceção dos povos isolados, mas ainda há resquícios de certa insistência estatal na tutela do indígena, que foi forçado a se relacionar com a sociedade não indígena, não

precisando mais da tutela estatal, quando muito precisa do reconhecimento dos seus direitos consagrados constitucionalmente. Precisa, outrossim, recuperar suas terras tradicionais e precisa ser ouvido quando se trata de alterar leis que de uma maneira direta ou indireta vão afetar as comunidades tradicionais, atrelando-as a políticas públicas eficazes.

Por fim, cuidamos de um tema de grande importância para esta dissertação, que vem a ser a interpretação dos laudos antropológicos como prática do pluralismo jurídico, apresentando-se casos reais em que o trabalho dos peritos antropólogos foi além de auxiliar o juízo, sinalizando caminhos para uma visão mais ampla da diversidade étnica, demonstrando em sua amplitude a necessidade de se contemplar o outro, no caso desta dissertação, o indivíduo indígena como de fato é, sem os preconceitos e atavismos que há quase cinco séculos acompanham a visão do povo ocidental.

Entregamos o presente trabalho o qual esperamos que venha a ser útil à comunidade acadêmica, no sentido de despertar o interesse para a ligação que existe entre o Direito e a Antropologia, sendo que os Direitos Humanos assumem o papel preponderante de uma ponte que faz essa ligação, com benefícios para o réu indígena.

Pretendemos continuar nossa pesquisa, quiçá talvez em nível de doutorado, quando almejamos realizar pesquisa de campo, ouvindo indígenas que responderam por crimes e responderam aos peritos antropólogos, pois que sentimos a necessidade de ouvirmos as populações indígenas, o que não foi possível realizar durante nossa pesquisa de mestrado, devido ao pouco tempo disponível e a exigências do CONEP – Conselho Nacional de Saúde, órgão para o qual nosso projeto de pesquisa foi encaminhado, após ter sido aprovado perante o Comitê de Ética da UFMS – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Quando apresentamos nosso projeto de pesquisa para esse Mestrado em Direitos Humanos, informamos que pretendíamos ir a campo entrevistar réus ou apenas indígenas, o que não foi possível. No entanto, desincumbimo-nos de apresentar uma dissertação contendo amplas pesquisa doutrinária e jurisprudencial, na qual enfrentamos temas que ainda suscitam debate entre os juristas.

Acalentamos, por fim, o desejo de que essa dissertação venha ser lida pelos aplicadores do direito indígena e que alerte para a necessidade de se estabelecer um amplo diálogo entre as diferenças que marcam população indígena, de não-indígena, despertando para a análise da diversidade e do multiculturalismo, inclusive jurídico.

REFERÊNCIAS

AGUILERA URQUIZA, A. H.; GREFF, André L. C. Entraves na efetivação dos direitos indígenas no Brasil. 2016. In: Congresso Internacional de Direitos Humanos – Migração e Direitos Humanos nas Fronteiras – UCDB/UFMS. **Anais**. Campo Grande/MS, 2016.

_____; MUNHÓS, Luyse Vilaverde A. Mobilidade guarani e territorialidade nas fronteiras de Mato Grosso do Sul: o pluralismo jurídico comunitário-participativo. **Revista DIREITO UFMS**. Campo Grande/MS. V. 3, n. 1, p. 129-150, jan./jul. 2017.

_____; NASCIMENTO, Adir C. O desafio da interculturalidade na formação de professores indígenas. Porto Alegre, jan/jun.2010. **Espaço Ameríndio**. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/12741>. Acesso em: 05 set. 2014.

_____; PRADO, José Henrique. Diversidade sociocultural, relações interétnicas e os povos indígenas. In AGUILERA URQUIZA, A. H. (Org.). **Antropologia e história dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul**. 1ª. Ed. Campo Grande/MS, Editora UFMS, 2016, p.p 155-194.

_____; _____. Antropologia e povos indígenas. In AGUILERA URQUIZA, Antônio Hilário (Org.). **Antropologia e história dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul**. 1ª. Ed. Campo Grande/MS, Editora UFMS, 2016, p. 11 a 33.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. **Módulo VIII direito dos povos indígenas e legislação indigenista**. **Antropologia e história dos povos indígenas**. Curso de Especialização da UFMS, Cursos de Antropologia e História. Campo Grande/MS, junho de 2016.

_____. **O Supremo Tribunal Federal como “construtor” da Constituição Federal: análise das condicionantes impostas para demarcação de terras indígenas**. Monografia. 87f. Curso de Direito. Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Campo Grande. 2011.

_____. **Poké’exa ûti o território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local**. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UCDB – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande/MS, 2014.

_____; AMADO, Simone Eloy. **O direito indigenista e o direito consuetudinário indígena**. Artigo apresentado no IV Seminário Povos indígenas e sustentabilidade: saberes tradicionais e formação acadêmica. 2011. Disponível em: <http://www.neppi.org/anais/identidade%20e%20organiza%20E7O%60o%20social%20indigena/O%20DIREITO%20INDIGENISTA%20EM%20FOCO.pdf>. Acesso em 24 jun.2016.

AMORIM, Elaine; ALVES, Kênia e SCHETTINO, Marco Paulo Fróes. **A ética na pesquisa antropológica no campo pericial**. Parecer técnico nº 49, de 4 de junho de 2009, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão/PGR/MPF. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/artigo_A_etica_na_pesquisa_antropologica_no_campo%20pericial.pdf. Acesso em 13 jun.2017.

ANDRADE. Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. 2. ed.: Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

ARGENTINA. **Constituição** (1994). República Federativa da Argentina. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>. Acesso em 24 jun.2017.

ARRUDA, Fabiano. **‘Bairros’ em Dourados: aldeias sofrem com violência e alcoolismo.** Portal G1. Disponível em <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/08/bairros-em-dourados-ms-aldeias-sofrem-com-violencia-e-alcoolismo.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

ATLAS DO BRASIL – **Ranking no Brasil: Índice de Desenvolvimento Humano 2010.** Disponível em <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>. Acesso em 15 mai.2016.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.** 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1980, volume IV.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas vetores constitucionais.** 1. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

_____. **Direitos indígenas: vetores constitucionais.** 1ª. Ed: Curitiba: Editora Juruá, 2005.

BELLEY, Jean-Guy. Pluralismo Jurídico. In ARNAUD, André-Jean (ed.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.** RJ: Renovar, 1999.

BELTRÃO, Jane Felipe. Da formação indigenista à formação indígena. **Belém: Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas – desafios para uma educação superior no Brasil.** Realização: UFPA, Belém, 2007. Disponível em <http://www3.ufpa.br/juridico/index.php?pag=historico>. Acesso em 15 mai. 2016.

BEOZZO, José Oscar. **Leis e regimentos das missões: política indigenista do Brasil.** São Paulo: Ed. Loyola, 1983.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BOLÍVIA. **Constituição (1994).** República Federativa da Bolívia. Disponível em: <http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucio%CC%81n-Bolivia.pdf>. Acesso em 24 jun.2017.

BRAND, Antônio. **O impacto da perda da terra sobre a tradição kaiowá/guarani: os difíceis caminhos da palavra.** 1997. 382f. Tese (Doutorado em História) – Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS.

_____. **O confinamento e seu impacto sobre os Pai-Kaiowá.** 1993. Dissertação (mestrado em História) – PUC/RS, Porto Alegre, 1993

BRASIL. **Código Civil de 1916.** Brasília: Senado Federal/ Sub Secretaria de Edições Técnicas, 1993a.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Brasília: Senado Federal/ Sub Secretaria de Edições Técnicas, 1993b.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, senado, 1988.

BRASIL. **Constituição de 1824.** Brasília: Senado Federal/ Sub Secretaria de Edições Técnicas, 1993d.

BRASIL. **Constituição de 1891.** Brasília: Senado Federal/ Sub Secretaria de Edições Técnicas, 1993e.

BRASIL. **Constituição de 1934.** Brasília: Senado Federal/ Sub Secretaria de Edições Técnicas, 1993f.

BRASIL. **Constituição de 1946.** República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal/ Sub Secretaria de Edições Técnicas, 1993g.

BRASIL. **Constituição de 1967**. República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal/ Sub Secretaria de Edições Técnicas, 1993h.

BRASIL. **Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho -OIT sobre a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes**. Decreto Legislativo n.º. 20 de 1965. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_107.html. Acesso em 21.set.2017.

BRASIL. **Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho**. Brasília: OIT, 2011

BRASIL. Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004. **Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Brasília, DF, Abr. 2004.

BRASIL. Emenda Constitucional de 1969. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967**. Brasília: Senado Federal/Sub Secretaria de Edições Técnicas, 1993i.

BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências**. Brasília, DF. Jul 1984.

BRASIL. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Brasília, DF, Dez. 1973.

BRASIL. Petição n. 3388. **Ação popular de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**. Rel. Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, março de 2009.

BRASIL. PIB – Povos Indígenas no Brasil – Disponível em <http://pib.socioambiental.org/pt/c/quadro-geral>. Acesso em 12 abr. 2016.

BRASIL. PNUD – Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/Default.aspx?indiceAccordion=1&li=li_AtlasMunicipios. Acesso em 10 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, no PROCESSO: 00400.002203/2016-01. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-agu-raposa-serra-sol.pdf>. Acesso em 15.09.2017.

BUENO, Eduardo. **A viagem do descobrimento a verdadeira história da expedição de Cabral**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, Coleção Terra Brasilis, v. 1, 1998.

CARVALHO, Flavio de; MARCONDES, Claudio; PAULA, Sergio Goes de. **Viagem pela história do Brasil**. 2ª. Ed. São Paulo. Editora Companhia das Letras, 1997.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. **Revista Jurídica**, v. 52, n. 316, p. 82-97, fev. 2004.

CORTE IDH. **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai**. Série C, n.º 146. Sentença de 29 de março de 2006a.

_____. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai**. Série C, n.º 125. Sentença de 17 de junho de 2005b.

_____. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua**. Série C n.º. 79. Sentença de 31 de agosto de 2001.

_____. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayacu e seus membros v. Equador**. Série C, n.º 245. Sentença de 27 de junho de 2013.

_____. **Caso Povo Saramaka. v. Suriname.** Série C, nº 172. Sentença de 28 de novembro de 2007.

CUNHA, Manuela Carneiro. **Índios no Brasil história, direitos e cidadania.** São Paulo – SP: Editora Claro Enigma, 2012

_____. Introdução a uma história indígena. In **História dos índios no Brasil.** CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). 2ª. Ed. São Paulo. Editora Companhia das Letras, 1992, p. 9 – 24.

_____. **O direito do índio: ensaios e documentos.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Argumento antropológico e linguagem jurídica. In SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia e HELM, Cecília Maria (Orgs.). **A perícia antropológica em processos judiciais.** Florianópolis: Associação Brasileira de Antropologia, 1999, p. 107-114.

DAVIS, Shelton H. (Org.). **Antropologia do direito.** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1973.

DOURADOSNEWS, Entrevista: ‘A sociedade douradense é preconceituosa’, diz procurador. Disponível em: <http://www.douradosnews.com.br/noticias/cidades/falta-de-policiamento-nas-aldeias-e-discriminacao-diz-procurador>. Acesso em 22 jun.2017.

DUDC - Declaração Universal da Unesco sobre Diversidade Cultural, **UNESCO**, 2001. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso: 18 ago. 2017.

EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle. **Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988.** 2004. 76 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2004.

FEIJÓ, Julianne Holder da C.S. O direito penal e o índio: desafios históricos sob a nova perspectiva constitucional. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL.** V. 6, N. 1 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISN 1809-1873.

FERREIRA, Eva Maria Luiz. **A participação dos índios kaiowá e guarani como trabalhadores nos ervais da companhia Matte lorangeira (1902-1952).** 2007. 111 f. Dissertação de Mestrado – UFGD, Dourados/MS, 2007.

FINI, M. I. Sobre a pesquisa qualitativa em educação, que tem a fenomenologia como suporte. In: BICUDO, M. A. V.; ESPÓSITO, V. H. C. (Org.). **Pesquisa qualitativa em educação: um enfoque fenomenológico.** 2. ed. Piracicaba: Unimep, 1997. P. 23-33.

FLORES, Andréa. Situação dos detentos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul. **Tellus**, ano 8, n. 14, p. 215-222, abr.2008, Campo Grande - MS.

_____. e RIBEIRO, Lamartine Santos. Crime e castigo: o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena. **Revista Thesis Juris** – RTJ, e ISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N. 2, pp. 481-504, Maio-Ago. 2016.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 2, p. 113 a 138, outubro/2008. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33297-42462-1-PB.pdf>. Acesso em 08 jun.2017.

_____. **Os índios e o Brasil: ensaio sobre um holocausto e sobre uma nova possibilidade de convivência.** 2ª. Ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GOMES, Mércio Pereira. **O índio na história: o povo Tenetehara em busca da liberdade.** Petrópolis: Vozes, 2002.

GONZAGA VIEIRA. Povos indígenas do Brasil: um olhar sobre política indigenista oficial da colônia à República. **Portal de Periódicos**, v. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <http://revistas.cesmac.edu.br/index.php/incelencias/article/view/283>. Acesso em 15 nov. 2017.

GRANDE, Elisabetta. A contribuição da antropologia para o conhecimento jurídico. *Revista Jurídica das Faculdades Secal – Ponta Grossa* – v. 1 – n. 1. Jan./jun. 2011. Artigo traduzido do italiano por SGARBOSSA, Luís Fernando e IENSUE, Geziela. Originalmente publicado na **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, Jovene Editore, ano XIV, n. 3, setembro/1993, pp.465 a 501.

GUTIERREZ, José Paulo. O direito dos povos indígenas. In: AGUILERA URQUIZA, A. H. (Org.) **Culturas e História dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Editora UFMS, 2013.

HECK, Egon Dionísio. **Os índios e a caserna: política indigenista dos governos militares 1964-1985**. Campinas: Ed. Unicamp, 1996.

HELM, Cecília Maria Vieira. A etnologia, a perícia e o laudo antropológico nos processos judiciais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, 2015: 5-17, vol. 1.

HERDEGEN, Mathias. **La internacionalización del orden constitucional**. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo, Konrad Adenaur. 2010.

INFORME N° 40/04, **Caso Comunidades Indígenas Maya de Toledo v. Belize**, de 12 outubro de 2004.

INFORME N° 75/09, **Caso Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros do Vale do Rio Changuinola v. Panamá**, de 05 de agosto de 2009.

INFORME n°. 76/09, Caso Comunidade de La Oroya v. Peru, 5 de agosto de 2009.

JESUS, Djanires Lageano de; WENCESLAU, Marina Evaristo. Os saberes tradicionais dos indígenas kaiowá de Dourados-MSD: transformações culturais através do tempo. **Revista Ateliê Geográfico**, v.5 n. 1, mar/2011, p. 64-84, ISSN: 1982-1956;

KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 155-182, jul./dez.2008.

LEE, Fabio Luiz. **Pluralismo jurídico na visão antropológica**. 2016. Disponível em: <https://fabiollee.jusbrasil.com.br/artigos/338694282/pluralismo-juridico-na-visao-antropologica>. Acesso em 14 nov.2017.

LIDÓRIO, Ronaldo. **Índios: carta aberta sobre o infanticídio indígena** – Publicado em 07/09/07. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/carta%20aberta%20sobre%20o%20infanticidio%20indigena%20no%20brasil.pdf>. Acesso em 05 jun. 2017.

LIMA, Antonio Carlos Motta de.(Coordenador); BELTRÃO, Jane Felipe; SCHUCH, Patrice e MENEZES, Thereza Cristina Cardoso. (Vice-Coordenadores). **PROTOCOLO DE BRASÍLIA laudos antropológicos: condições para o exercício de um trabalho científico**. Associação Brasileira de Antropologia – ABA. Brasília, 2015. ABA Publicações.

LOPES, Danielle Bastos. **O direito dos índios no Brasil: a trajetória dos grupos indígenas nas constituições do país**. Porto Alegre: Espaço Ameríndio, v. 8, n. 1, p. 83-108, jan./jun. 2014.

MALINKA, Marcos Augusto; SUZIN, Jederson. **O direito à diversidade das comunidades indígenas, multiculturalismo, direito à vida e infanticídio**. Direitos Fundamentais & Justiça, ano 5, n. 16, págs. 165 – 181, jul/set.2011.

SOUZA FILHO, Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1ª. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

_____. O direito envergonhado (o direito e os índios no Brasil). **Revista IIDH**. Vol. 15. p. 145- 164. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06852-5.pdf>. Acesso em 21 set. 2017.

MC - **MEDIDA CAUTELAR 382/10**, Solicitação de Medidas Cautelares em favor das Comunidades tradicionais da bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, 11 de novembro de 2009.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: Breves Considerações com Especial Referência à Experiência Latino-Americana. In: von Bogdandy, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional**. Rio de Janeiro: Campus, 2011, pp. 255-284.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 19. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Jorge Eremites; PEREIRA, Levi Marques. **Ñanderu Marangatu**: laudo antropológico e histórico sobre terra kaiowá na fronteira Brasil com Paraguai, município de Antônio João, Mato Grosso do Sul. 1ª. ed.: Dourados-MS, Editora UFGD, 2009.

OLIVEIRA, Paulo Celso de. Os povos indígenas e o direito internacional dos direitos humanos. In Piovesan, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Editora Juruá, 2006, Volume 1.

PACHECO, Rosely A. S. Direito indígena: da pluralidade cultural à pluralidade jurídica. **Revista Tellus**. Campo Grande: ano 6, n. 11, p. 121-144, out. 2006.

_____. S.; PRADO, Rafael C. O. do; KADWÉU, Ezequias V. **População carcerária indígena e o direito à diferença**: o caso do município de Dourados, MS. Págs. 469 a 500. Revista Direito GV, 14. V. 7, n. 2, jul-dez 2011.

PARAGUAI. **Constituição** (1992). República Federativa do Paraguai. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em 24 jun. 2017.

PARAÍSO, Maria Hilda B. Reflexões sobre fontes orais e escritas na elaboração de laudos periciais. In SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lúcia e HELM, Cecília Maria (Orgs.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Associação Brasileira de Antropologia, 1999, p. 42-52.

PASCHOAL, Janaina Conceição. O índio, a inimizabilidade e o preconceito. In. VILLARES, Luiz Fernando (Org.). **Direito penal e povos indígenas**. 3ª. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 81-91.

PEDAGOGIA EM FOCO. **A chegada dos jesuítas ao Brasil**. 2017. Disponível em http://www.passeiweb.com/estudos/sala_de_aula/historia/chegada_dos_jesuítas. Acesso em 21 jul.2017.

PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha. Povos indígenas e o direito internacional dos direitos humanos. In GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Balmant (Org.). **Direitos das minorias e grupos vulneráveis**. Editora Unijui. 2008.

PEREIRA, Levi Marques. Antropologia e parentesco. In: AGUILERA URQUIZA, A. H. (Org.). **Antropologia e História dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Editora UFMS, 2016, p. 35 a 50.

_____. Demarcação de terras kaiowa e guarani em MS: ocupação tradicional, reordenamentos organizacionais e gestão territorial. **Tellus**, ano 10, n. 18, p. 115-137, jan/jun.2010, Campo Grande-MS.

PÉREZ, Aida Torres. Em defensa del pluralismo constitucional. In: ECEIZABARRENA, Juan Ignacio U.; BERECIARTU, Gurutz Jáuregui. **Derecho Constitucional Europeo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 155-178.

PONTES, Bruno César Luz. O índio e a justiça criminal brasileira. In: VILLARES, Luiz Fernando (Org.). **Direito penal e povos indígenas**. 3ª. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 167 a 223.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, parte geral. 2ª. Ed. São Paulo: Editora RT – Revista dos Tribunais, 2000.

QUEIROZ, Cristina. **Direito internacional e relações internacionais**. Coimbra, 2009, pp. 116-141

RAMÍREZ, Silvina. Siete problemas del nuevo constitucionalismo indigenista: pueden las matrices constitucionales latino-americanas garantizar los derechos de los pueblos indígenas? In: **Pueblos Indígenas Constituciones y Reformas políticas en América Latina**. 1. Ed.: Lima - Peru: Raquel Z. Yrigoyen Fajardo Editora, 2010.

RESOLUÇÃO N.º 12/85, Caso n.º 7615 (Brasil), 5 de março de 1985. **Constante do Relatório Anual da CIDH 1984-85**, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev.1, 1 outubro, 1985, 24, 31 (Caso Yanomami).

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização – a integração das populações indígenas no Brasil Moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

RIBEIRO, Lamartine Santos. **Direito consuetudinário indígena e positivismo jurídico: o respeito à alteridade cultural como elemento do desenvolvimento local**. Dissertação (Mestrado em Direito) 89 f – UCDB – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande/MS. 2014.

_____. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. [S. L.]: Companhia das letras, 2000.

RODRIGUES, Barbara. **Os direitos dos povos indígenas no ordenamento brasileiro**. Disponível em: <https://barbarabrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/148892570/os-direitos-dos-povos-indigenas-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. 2015; Acesso em 10 set. 2017.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica: Contribuições para uma macro-história do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SANSON, Cesar. **Índice de suicídios entre indígenas no MS é o maior em 28 anos**. Unisinos. 26vmai.2014. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/531653--indice-de-suicidios-entre-indigenas-no-ms-e-o-maior-em-28-anos>. Acesso em 13 nov. 2017.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indígena**. 1. Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, junho de 1997.

SANTOS, Marcio Martins dos; e SOUZA, Kariny Teixeira de. **Morte ritual**: reflexões sobre suicídio Suruwaha. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/7191> . Acesso em 08 jun. 2017.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos fundamentais. **Revista Mana**. Rio de Janeiro: vol. 12, n. 1, Abr. 2006. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100008> . Acesso em 10 jun. 2017.

_____. Que cada povo teça os fios de sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. Brasília. **Revista de Direito da Universidade Estadual de Brasília** – UnB, v.01, n.01, janeiro a junho de 2014. Disponível em <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/19/16>>. Acesso em 20 abr. 2016.

SILVA, Alexandra Barbosa da; MURA, Fabio e ALMEIDA, Rubem F. Thomaz de. Laudo antropológico pericial para esclarecimento do grau de imputabilidade de indígenas envolvidos em crime de homicídio contra policiais civis da Comarca de Dourados, Mato Grosso do Sul. Dourados: 1ª. Vara Criminal. **Processo número 002.06.003857-0**, dez. 2006.

SILVA, Idney Zeferino da. **Contratação de trabalhadores indígenas pelas usinas de álcool e açúcar de Mato Grosso do Sul**. 2002. 169 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – UCDB – Campo Grande/MS, 2002.

SILVA, Letícia Borges. Povos indígenas, direitos humanos e a convenção 169 da OIT. In: Piovesan, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Editora Juruá, 2006, V.1. p.?.

SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lúcia e HELM, Cecília Maria Vieira (Orgs). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Associação Brasileira de Antropologia Comissão Pró-Índio de São Paulo, Editora da UFSC, 1994.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: **Direitos Humanos, Democracia e integração jurídica na América do Sul**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio**: criminalização de indígenas no Brasil. 2015. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UnB – Universidade de Brasília, 2015.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos conceitos, significados e funções**. 1ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SOUZA, Estella Libardi de. Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos. **Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 – Diversidade, identidades e Culturas Latino-americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina**, nos dias 20 a 22 de agosto de 2008. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>>. Acesso em 23 mai. 2016.

SUESS, Paulo. **Em defesa dos povos indígenas**: documentos e legislação. São Paulo: Edições Loyola, 1980.

TEIXEIRA, G. **A proteção dos povos indígenas e tradicionais em casos de temática ambiental**: uma ponte ao fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos. Disponível em: < <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/3876/3127>> . Acesso em 27 jun. 2017.

_____. Proteção ambiental e dos direitos humanos na Unasul: os diálogos de jurisdição dos sistemas interamericano e europeu como paradigmas. *In*: MAZZUOLI, V.; GOMES, E. (org). **Direito da integração regional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 297-340.

TODOROV, Tzevtan. **A conquista da América**: a questão do outro. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

TONHATI, Wendy. **MS lidera ranking de suicídios entre crianças e adolescentes**. Midiamax. Campo Grande, 01 jul. 2016. Disponível em: <http://www.midiamax.com.br/cotidiano/ms-lidera-suicidios-entre-criancas-adolescentes-indigenas-sao-principais-vitimas-306512>. Acesso em: 13 nov. 2017.

TRECCANI, Girolamo Domenico. O título de posse e a legislação de posse como forma de aquisição da propriedade. **Rev. Procuradoria Geral do Estado do Pará**. 2009.

URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. **Questão indígena na América Latina**: direito internacional, novo constitucionalismo e organização dos movimentos indígenas. Disponível em: <http://www.usp.br/prolam/downloads/2008_1_8.pdf>. Acesso em 24 jun.2016.

VALENTE, Rubens. **Os fuzis e as flechas história de sangue e resistência indígena na ditadura**. 1ª. Ed: São Paulo – SP: Editora Companhia das Letras, 2017.

VIEIRA, Carlos Magno Naglis. Elementos acerca da sociodiversidade dos povos indígenas no Brasil e em MS. *In*: AGUILERA URQUIZA, A. H. (Org.). **Antropologia e História dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Editora UFMS, 2016, p. 53- 81.

_____. Sociodiversidade indígena no Brasil e em Mato Grosso do Sul. *In*: AGUILERA URQUIZA, A. H. (Org.) **Culturas e História dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande: Editora UFMS, 2013, p. 13 a 51.

WENCESLAU, Marina Evaristo. **O índio kaiowá**: suicídio pelo tekohá. 1994. 485 f. Tese (Doutorado em História Social) – USP – Universidade de São Paulo.

_____; SILVA, Walter Guedes. O espaço na comunidade indígena de Dourados – identidade e alteridade. **Revista Geográfica de América Central**, volume 2, n. 47E, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/geografica/article/view/2417>. Acesso em 10 set. 2017.

WIKIPEDIA. **Definição do termo ‘Dourados’**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Dourados>>. Acesso em 10 abr. 2016.

WILSON, Richard A. (org.). 1997. Human rights, culture & context. **Anthropological perspectives**. Londres/ Chicago: Pluto Press.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

YAMADA, Erika M.; BELLOQUE, Juliana G. Pluralismo jurídico: direito penal, direito indígena e direitos humanos – uma análise do art. 121 do Código Penal brasileiro. *In* VILLARES, Luiz Fernando. **Direito penal e povos indígenas**. 1ª. Ed: Curitiba, Editora Juruá, 2014, p. 123 a 138.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.