

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
AGÊNCIA DE INOVAÇÃO, EMPREENDEDORISMO, PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO  
E INTERNACIONALIZAÇÃO – AGEUFMA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DISSERTAÇÃO**

**PAULO FERREIRA PACINI**

**O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO  
SOBRE A DIMENSÃO JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS INDÍGENAS:  
(DES) ENTRAVES PARA A EFETIVAÇÃO DE UM PLURALISMO JURÍDICO.**

**São Luís - MA**

**2022**

**PAULO FERREIRA PACINI**

**O posicionamento do tribunal de justiça do estado do maranhão sobre a dimensão jurídica das organizações sociais indígenas: (DES) entraves para a efetivação de um pluralismo jurídico.**

Dissertação apresentada para o Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça para obtenção do título de Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Artenira da Silva e Silva.

São Luís - MA

2022

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

PACINI, Paulo Ferreira.

O posicionamento do tribunal de justiça do Estado do Maranhão sobre a dimensão jurídica das organizações sociais indígenas : Desentraves para a efetivação de um pluralismo jurídico / Paulo Ferreira PACINI. - 2022.  
123 p.

Orientador(a): Artenira da Silva e Silva.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2022.

1. Indígenas. 2. Pluralismo jurídico. 3. Violência institucional. I. Silva, Artenira da Silva e. II. Título.

**PAULO FERREIRA PACINI**

**O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO  
SOBRE A DIMENSÃO JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS INDÍGENAS:  
(DES) ENTRAVES PARA A EFETIVAÇÃO DE UM PLURALISMO JURÍDICO.**

Dissertação apresentada para o Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça para obtenção do título de Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Artenira da Silva e Silva.

Aprovada em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Artenira da Silva e Silva – UFMA (Orientadora)

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Meryl Marylyne Renee Thiel (UFMA)

---

Prof. Dr. Flávio de Leão Bastos Pereira (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

São Luís - MA

2022

A Nati.. Por tudo...

A meus pais e meus irmãos, que tanto amo e admiro.

A minha querida orientadora, professora Dra. Artenira Silva, pela paciência, orientação e carinho e por apostar num potencial de realização que, se Deus quiser, trará algum impacto para os grupos mais injustiçados de nosso país, os povos indígenas.

## Agradecimentos

*A minha orientadora, **professora Artenira da Silva e Silva**, pela confiança e pela parceria ao longo de todo o curso.*

*Aos meus colegas de mestrado, pelas trocas, experiências e prazerosas discussões.*

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe um novo marco indigenista ao país, rompendo com séculos de tradição assimilacionista e integracionista. Contudo, seus dispositivos ainda carecem em grande parte de construção de sentido e ou concretização, dado o emprego de conceitos jurídicos vagos e expressões abstratas que remetem o intérprete a elementos e a zonas de conhecimentos transdisciplinares, não necessariamente extrajurídicos, mas fundamentais para o exercício de um direito de fato antidiscriminatório. A presente pesquisa foca em alguns dos aspectos desse vácuo interpretativo, mais precisamente na possibilidade de um efetivo pluralismo jurídico no Brasil, implícito na norma constitucional, mas longe de ser concretizado na prática. Ela objetiva analisar de que forma o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão tem se posicionado sobre essa problemática diante da indiscutível variedade dos direitos indígenas, especificamente os produzidos em suas sociedades, valendo-se, para tanto, do emprego da análise de conteúdo de acórdãos, bem como da integralidade de seus respectivos autos, em que figurem como partes pessoas indígenas ou naqueles em que elas e suas coletividades sejam afetadas por essas decisões. Para a análise dos dados e conclusões alcançadas foram utilizadas ferramentas analíticas e procedimentos metodológicos diversos, sob o prisma dos conceitos de poder simbólico e violência simbólica de Bordieu, assim como do conceito de poder tutelar, de Antônio Carlos de Sousa Lima, que permitiram identificar práticas de invisibilização dos povos indígenas no órgão estudado, negação de direitos expressos na legislação nacional, assim como sérios entraves éticos, políticos e epistemológicos que comprometem a efetivação de um pluralismo jurídico do tipo igualitário no país. Os mesmos recursos analíticos permitiram a reflexão sobre os limites e possibilidades desse pluralismo dentro do quadro instalado pelo legislador constitucional, que precisariam passar por profunda reflexão sobre as teorias jurídicas dominantes e sua possível interlocução com a interculturalidade, tais como propostas por Boaventura Santos, Segado e outros autores.

**Palavras-chave: violência institucional – indígenas – pluralismo jurídico**

## ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 brought a new indigenist landmark to Brazil, breaking with centuries of assimilationist and integrationist tradition. However, its devices still largely lack the construction of meaning and or actual practice, given the use of vague legal concepts and abstract expressions that refer the interpreter to necessary additional elements and knowledge zones that should not be necessarily considered extra-legal knowledge. The present research focuses on some of the aspects of this interpretative vacuum, more precisely the possibility of an effective legal pluralism in Brazil, implicit in the constitutional norm, but far from being materialized in practice. It aims to analyze how the Court of Justice of the State of Maranhão has positioned itself considering the face of the indisputable variety of indigenous rights, mainly the ones produced in their societies, using, for that purpose, the use of content analysis and other methodological procedures of judgments, and their respective cases, in which indigenous people appear as parties or in those in which they and their collectivities are affected by these decisions. For data analysis and to achieve conclusions, several analytical tools were used, highlighting the concepts of symbolic power and symbolic violence by Bordieu, as well as the concept of tutelary power, by Antônio Carlos de Sousa Lima, which allowed the identification of practices of invisibility of indigenous people in the organ studied, denial of rights expressed in national legislation, as well as serious ethical, political and epistemological obstacles that compromise the realization of an egalitarian legal pluralism in the country. The same analytical resources allowed the reflection on the limits and possibilities of this pluralism within the framework installed by the constitutional legislator, which go through a deep reflection on the dominant legal theories and their possible dialogue with interculturality, such as those proposed by Boaventura Santos, Segado and others authors.

**Keywords: institutional violence – indigenous people – legal pluralism**

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 - Litigantes por sexo.....	p.72
Gráfico 2 - Distribuição por sexo e objeto do processo.....	p. 73
Gráfico 3 – Distribuição das partes por faixa etária.....	p. 78
Gráfico 4 – Distribuição das faixas etárias por objeto da demanda.....	p. 79
Gráfico 5 - Processos com partes indígenas – Foi levantada a etnicidade?.....	p. 82
Gráfico 6 – Foi invocada a etnicidade associada a direitos?.....	p. 83
Gráfico 7 – Distribuição das partes por tipos de crimes imputados.....	p. 96
Gráfico 8 – Invocação da etnicidade nos processos criminais.....	p. 96
Gráfico 9 – Invocação de direitos indígenas por tipo de delito.....	p. 97

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Palavras-chave, processos descartados e corpo de pesquisa preliminar.....	p. 62
Tabela 2 – Corpus de pesquisa separado e preparado para a exploração.....	p. 65
Tabela 3 – Processos do corpus divididos por ano de julgamento.....	p. 67
Tabela 4 - Forma de participação no processo.....	p. 69
Tabela 5 – Processos sem partes indígenas.....	p. 70
Tabela 6 - Frequência por etnia.....	p. 71
Tabela 7 – Estrutura do grupo categorial: perfil dos indígenas litigantes.....	p. 74
Tabela 8 – Local de habitação do litigante indígena.....	p. 75
Tabela 9 – Fluência no idioma português.....	p. 75
Tabela 10 - Profissões declaradas pelos litigantes.....	p. 77
Tabela 11 – Tipo de representação indígena.....	p. 79
Tabela 12 – Representação judicial por área/objeto do processo.....	p. 80
Tabela 13 – Expressões pejorativas utilizadas contra indígenas.....	p. 84
Tabela 14 – Ações envolvendo serviço público de saúde.....	p. 94

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação cível
ACRIM	Apelação Criminal
CIMI	Conselho Indigenista Missionário
CF/88	Constituição Federal de 1988
HC	Habeas Corpus
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ISA	Instituto Socioambiental
RESE	Recurso em Sentido Estrito
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TI	Terra indígena
TJ/MA	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>p. 09</b>
<b>1. OS INDÍGENAS E A SOCIEDADE ENGLOBANTE: VÍCIOS ESTRUTURAIS PERSISTENTES.....</b>	<b>p. 12</b>
1.1 O indigenismo como campo social.....	p. 13
1.2 Ações do Estado e concepções sobre os indígenas no período colonial.....	p. 20
1.3 Ações do Estado e concepções sobre os indígenas no período imperial.....	p. 21
1.4 Ações do Estado e concepções sobre os indígenas no período republicano.....	p. 21
1.4.1 A desconsideração do indígena no pacto federativo.....	p. 21
1.4.2 Um cabo de guerra: os movimentos indígenas e as forças antagônicas atuantes durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987.....	p. 24
1.5 A legislação indigenista atual e seus graus de concretização.....	p. 25
<b>2. A PLURALIDADE DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS INDÍGENAS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS.....</b>	<b>p. 34</b>
2.1 A pluralidade jurídica como uma realidade ocultada pelo advento do Estado e do direito modernos .....	p. 34
2.2 A (in)visibilidade das normatividades jurídicas indígenas.....	p. 35
2.3 Os valores da modernidade: um olhar geral.....	p. 37
2.4 As feições do direito moderno e os caracteres ainda dominantes no cenário atual.....	p. 38
2.5 O reencontro com o pluralismo: o Pluralismo teórico ou acadêmico.....	p. 41
2.6 As teorias do direito e sua (in)compatibilidade com a ideia de pluralismo jurídico.....	p. 47
<b>3 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS .....</b>	<b>p. 53</b>
3.1 Quanto à abordagem, à natureza e ao método.....	p. 55
3.2 O campo de estudo e os sujeitos pesquisados.....	p. 56
3.3 Procedimentos metodológicos.....	p. 57
3.3.1 Pesquisa bibliográfica.....	p. 57
3.3.2 Pesquisa documental.....	p. 58

3.3.3 Coleta de dados por palavras-chave e expressões booleanas.....	p. 59
3.3.4 Tratamento dos dados obtidos - Análise de conteúdo.....	p. 63
<b>4. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS.....</b>	<b>p. 68</b>
4.1 A preponderância da participação indígena na qualidade de partes processuais ativas.....	p. 69
4.2 Perfil dos indígenas litigantes.....	p. 73
4.2.1 O fator étnico em jogo: da estratégia dos advogados ao posicionamento dos desembargadores, omissão persistente.....	p. 81
4.3 Violências simbólica e institucional contra indígenas.....	p. 84
4.3.1 Uso de expressões pejorativas contra indígenas.....	p. 84
4.3.2 Diferenças culturais invisibilizadas – Negação de direitos à população indígena expressamente estabelecidos.....	p. 94
4.3.3 Processos criminais: invisibilidade, descaracterização étnica e resistência em aplicar direitos explícitos.....	p. 94
4.3.4 Relações de consumo: contratação fraudulenta de serviços financeiros.....	p. 97
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>p. 99</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>p. 106</b>
<b>ANEXO I – <i>CORPUS DE DADOS DE PESQUISA</i>.....</b>	<b>p. 115</b>

## INTRODUÇÃO

A diversidade cultural indígena no Brasil não encontra paralelo nos demais países do mundo. Segundo o último censo realizado pelo IBGE em 2010<sup>1</sup>, essas populações totalizavam aproximadamente 896.917 pessoas, pertencentes a 305 etnias, com a riqueza de 274 idiomas e, conforme dados da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, ainda abriga o maior número de grupos isolados do mundo, com pouco ou nenhum contato com a sociedade majoritária. Particularmente no Estado do Maranhão, estima-se uma população indígena de cerca de 35.000 pessoas, pertencentes a sete grupos étnicos diferentes<sup>2</sup>.

Em 1988, a Constituição Federal vigente adotou um novo marco legal indigenista, reconhecendo formalmente o direito à diferença em seu artigo 231, rompendo com séculos de políticas e práticas integracionistas que o antecederam.

Sendo fato que todos esses grupos possuem seus próprios sistemas culturais e, com isso, suas próprias formas de controle social, o dispositivo levanta imediatamente questões de alta complexidade, como a de saber em que medida o Estado Brasileiro teria reconhecido a autonomia política e a existência de uma dimensão jurídica nessas sociedades? Essas noções estariam incluídas ou pressupostas nas expressões “organização social”, “costumes” e “tradições”? De que forma os sistemas normativos indígenas dialogam com o estatal e quais seriam os limites do direito à diferença?

Contudo, passados mais de três décadas, constata-se que o aludido dispositivo constitucional padece de verdadeiro *déficit* de interpretação/construção/concretização das suas normas, não tendo as questões mencionadas constituído objeto explícito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nem sido enfrentadas amplamente pela academia brasileira, em contradição com a pluralidade cultural nacional e os graves conflitos sociais subjacentes ao referido grupo vulnerabilizado.

No plano acadêmico, os trabalhos desenvolvidos nessa área ainda são escassos no país, seja no âmbito das disciplinas jurídicas puras, seja nas chamadas zetéticas<sup>3</sup>.

No campo da antropologia do direito, a situação é desanimadora, sendo possível verificar, sem maiores dificuldades, a tímida produção de trabalhos nacionais em geral,

---

<sup>1</sup>Disponível em <http://www.indigenas.ibge.gov.br>.

<sup>2</sup>Com a matriz linguística Tupi, figuram os Guajajara, Awá-Guajá, e Urubu-Kaapor. Com a matriz linguística Jê, tem-se as etnias Pukobyê (gavião), Krikati, Timbira Krepu'Kateié, e Kanela Apaniekrá.

<sup>3</sup>Fato também observado por Villas Bôas (2010) e Castilho (2019).

especialmente os etnográficos, circunstância também percebida e declarada pelos poucos antropólogos dedicados a essa área no Brasil<sup>4</sup>.

No âmbito do pluralismo jurídico, viés teórico de intersecção entre as ciências jurídicas em geral e a antropologia e a sociologia jurídicas em particular, esses temas geralmente não são abordados, tendo a maioria dos trabalhos caráter teórico-filosófico.

A baixa produção na área ainda é marcada pelas discordâncias sobre pontos fundamentais entre os seus autores, discutindo-se, por exemplo, se o artigo 231, da Constituição Federal, teria mesmo albergado um pluralismo jurídico e, mais ainda, que modelo plural teria, poderia ou deveria ter encampado.

Nesse cenário de ausência de respostas às questões colocadas tanto no *locus* acadêmico quanto no ambiente jurídico-operacional brasileiros é necessário suprir essas lacunas, aprofundando as análises empreendidas pelas escassas pesquisas sobre o tema no país, seja focando em pesquisas empíricas com metodologia qualitativa, seja realizando estudos densos das decisões judiciais emitidas pelo tribunal eleito nas demandas envolvendo indígenas, com a finalidade de compreender de que forma concebe as categorias “organização social”, “tradições” e “costumes”.

Somente tal abordagem permitirá apreender, para além das proclamações formais (os significantes), os reais posicionamentos dos julgadores sobre a dimensão jurídica (ou não) das sociedades indígenas e as possibilidades de configuração efetiva de um pluralismo jurídico no Brasil.

Pelo caráter descritivo, crítico e propositivo que a pesquisa assumiu em um segundo momento, ela se justifica por razões de ordem social, notadamente a mencionada ausência de efetivação concreta dos direitos indígenas previstos na Carta de 1988, com todos os conflitos sociais subjacentes. Como exemplo, cita-se o fato de que, a despeito do artigo 67, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 63% das terras indígenas existentes no país ainda não foram regularizadas após mais de três décadas desde sua edição<sup>5</sup>. Mesmo nos casos das que foram, os conflitos sociais entre brancos e indígenas são constantes<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup>É o caso de Roberto Kant de Lima e Antônio Carlos de Souza Lima, por exemplo.

<sup>5</sup>O dispositivo em questão estabeleceu o prazo de cinco anos a partir da sua promulgação para que o Estado brasileiro regularizasse todas as terras indígenas no país. Sabe-se que 528 (de um total de 1.290) ainda não receberam qualquer providência no sentido da sua demarcação e outras 293 não haviam tido os seus processos finalizados até o ano de 2020 (CIMI, 2020).

<sup>6</sup>Os interesses para exploração de minérios em terras indígenas são um exemplo. Em levantamento realizado a partir dos dados do Cadastro do extinto Departamento Nacional da Produção Mineral (autarquia federal constituída pelo Decreto nº 1.324/94, sucedida pela Agência Nacional de Mineração, por meio da Lei nº 13.575/2017), o Instituto Socioambiental – ISA elaborou um relatório apontando a existência de 104 processos já titulados em 29

Constam no Estado do Maranhão 13 terras indígenas com pendências administrativas, 7 delas sem qualquer providência tomada pela União, 2 apenas identificadas, 1 declarada, e 3 aguardando identificação. Além disso, o Relatório da Violência contra os Povos Indígenas no Brasil (CIMI, 2020)<sup>7</sup> aponta 45 casos de violência contra o patrimônio, 8 casos de violência contra a pessoa e 15 casos de violência por omissão do poder público, ocorridos no estado.

Dessa forma, a pesquisa revela sua importância, seja pelas lacunas teóricas apontadas, pela ausência de pesquisas sobre a atuação do Poder Judiciário no âmbito do Estado do Maranhão frente aos direitos indígenas, pelas discordâncias doutrinárias fundamentais, pela disputa de sentidos do marco constitucional indigenista, ou pela existência de graves conflitos sociais, que são retroalimentados, em parte e ou causados por todos esses fatores.

Assim, o objetivo geral estabelecido para a pesquisa foi o de compreender como o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão têm se posicionado em suas decisões sobre a existência de uma dimensão jurídica nas organizações sociais indígenas e, a partir daí, analisar criticamente os impactos que a negação, omissão ou concepções manifestadas nas decisões da referida corte podem ocasionar para a efetivação de um pluralismo jurídico no Brasil.

Seus objetivos específicos foram o de evidenciar a dimensão jurídica das organizações sociais indígenas, levando em consideração as correntes antropológicas contemporâneas do direito; Identificar as soluções, juízos e concepções explícitos, implícitos e ausentes, nas decisões judiciais sobre as questões relacionadas à dimensão jurídica das organizações sociais indígenas, e refletir sobre os limites, possibilidades e modelos de composição pluralística no Estado brasileiro, considerando a existência das normatividades indígenas, as correntes teóricas do pluralismo jurídico contemporâneas, e a marco indigenista constitucional brasileiro.

Estamos convencidos de que a construção de sentidos e a concretização dos direitos proclamados genericamente no artigo 231, da Constituição Federal, somente poderá ocorrer a partir do recurso à categorias construídas pela história, sociologia e antropologia, e a consideração aos dados da realidade subjacente à questão indígena. Em outras palavras, a

---

Terras Indígenas e 4.116 interesses minerários apresentados (pedidos de autorização, pesquisa, etc.) relativos a 152 Tis (ISA, 2013). No Maranhão, foram computados registros de interesses minerários relativos a seis terras indígenas, das vinte e duas existentes no estado. Esses dados revelam a grave sobreposição de interesses envolvendo esses territórios e sinalizam uma série de conflitos que serão desencadeados, ainda mais porque o Brasil, a despeito da redação dos §§3º e 6º, do artigo 231, da Constituição Federal (que são de eficácia contida) jamais regulamentou a hipótese de mineração em TIs.

<sup>7</sup>O órgão utiliza duas categorias de fontes para a produção do relatório. As “não oficiais”, envolvem os registros feitos por suas onze regionais, denúncias recebidas dos próprios indígenas, e o exame de boletins de ocorrência. Os “oficiais” consistem nos dados estatísticos produzidos pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), Ministério Público Federal e Fundação Nacional do Índio.

hermenêutica constitucional e o tratamento dogmático do tema são insuficientes para tratar da questão.

## **1. OS INDÍGENAS E A SOCIEDADE ENGLOBANTE: VÍCIOS ESTRUTURAIS PERSISTENTES**

São comuns as críticas aos esforços históricos realizados nos trabalhos acadêmicos jurídicos, desgarrados que são, em sua maioria, de qualquer rigor científico, atrelados a visões positivistas e evolucionistas dos eventos, além de serem permeados por lugares comuns e justaposições acríticas de concepções de pensadores muitas vezes conflitantes entre si (OLIVEIRA, 2004, p. 7).

Cientes dessas armadilhas, e sendo a presente pesquisa de natureza transdisciplinar, nosso propósito aqui não é o de apresentar um panorama cronológico dos eventos que marcaram as relações interétnicas no país, mas sim algumas categorias analíticas de ordem sociológica, antropológica e política que serão utilizadas, ao lado de outras de natureza jurídica, na análise do *corpus* de pesquisa.

Esse é o caso das noções de indigenismo, poder tutelar, colonização interna e fronteira, desenvolvidas de forma complementar por Antônio Carlos de Sousa Lima, Alcida Ramos e João Pacheco Oliveira, que somente podem ser compreendidas mediante a sua contextualização histórica, com a identificação das condições de sua produção, assim como das (des)continuidades e ressignificações<sup>8</sup>.

Todas as ações e fenômenos histórico-sociais a que os conceitos referidos se reportam foram pensados, desenvolvidos, orientados ou condicionados por certas “visões” de estado, nacionalidade e, principalmente, alteridade, que frequentemente tiveram em comum a concepção de inferioridade das culturas indígenas, traduzidas em nominações, significações, símbolos e representações que também serão registrados e incorporados ao nosso instrumental analítico<sup>9</sup>.

O advento da Constituição Federal de 1988 instituiu notória virada jurídico-política – e, porque não, epistemológica – em relação a todo o período precedente em relação à temática

---

<sup>8</sup>É oportuno nos adiantarmos e esclarecermos que os referidos conceitos não foram adotados acriticamente no presente trabalho, tendo sido necessárias algumas adaptações, como foi o caso da relevância dada ao Poder Judiciário dentro do referido campo (diminuta), conforme será visto ao longo do texto.

<sup>9</sup>Referimo-nos, por exemplo, às concepções infantilizadas da pessoa indígena, ou a denominações que invocam uma primitividade, como silvícola, ou ainda, que invisibilizam o fator étnico para emprestar identidades arbitrárias como a de caboclos, entre outras.

indígena, mas as representações negativas sobre os povos originários, que antes eram explicitadas difusamente em leis, atos normativos e manifestações governamentais, agora se mostram de forma mais restrita<sup>10</sup> e, na maioria dos casos, submersa em certos mecanismos sociais, políticos e jurídicos, ações ou expressões, que as fazem eclodir quando examinadas com a devida atenção e revelam a perpetuação resistente de racismo contra essas minorias e de um passado que alguns acreditam ingenuamente que se encontra superado.

Por serem subjacentes a elas e revelarem a visão aqui adotada, os conceitos de espaço social, campo e *habitus*, tais como desenvolvidos por Bordieu, também se apresentam como fundamentais para o desiderato apontado.

Tudo isso para demonstrarmos, apoiados em pesquisa bibliográfica e documental, que certas concepções, métodos e ações dirigidos aos povos indígenas persistem na contemporaneidade e acaso presentes no cotidiano do Poder Judiciário em geral, e no Tribunal de Justiça do Maranhão em particular, podem significar verdadeira barreira epistemológica e jurídica para a execução do programa instituído pelo legislador constitucional para as relações interétnicas no país, que em nosso entendimento alberga um pluralismo jurídico efetivo de tipo igualitário<sup>11</sup>, entre outras possibilidades.

### 1.1 O indigenismo como campo social

Os arranjos adotados pelos países para o tratamento das questões relativas aos grupos colonizados, sobretudo até meados do século XX, marcado por duas grandes guerras, diversas revoluções, o colapso dos grandes impérios e a libertação das suas colônias, variaram muito quanto ao reconhecimento de direitos, graus de autonomia e formas de repressão contra indígenas<sup>12</sup>.

A expressão “indigenismo” é empregada com conotações diversas em campos,

---

<sup>10</sup>Mas aparecem, inclusive com notável recrudescimento a partir do ano de 2018, com a candidatura e depois vitória do atual presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, cuja pauta anti-indígena sempre foi de conhecimento público e acabou impulsionado (e está impulsionando) uma série de ações e práticas alinhadas a essa concepção, conforme apresentaremos mais adiante.

<sup>11</sup>Conforme explicitaremos mais adiante, adotamos a concepção de pluralismo igualitário de Hoekema (2002), para quem mas o estado garantiria zonas de autonomia entre ordens jurídicas diversas.

<sup>12</sup>Uma ilustração bem significativa dessas dinâmicas, arranjos e tecnologias adotados pelos países de tradição liberal pode ser vista no trabalho de Kymlicka (op. cit., especialmente nos capítulos 2 e 4). Para uma abordagem sintética das pautas indígenas apresentadas no âmbito do direito internacional cf. KINGSBURY, Benedict. Cinco estruturas conceituais concorrentes de reivindicações de povos indígenas em direito internacional e no direito comparado. In JUBILUT, Liliana Lyra et al; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco (coords.). Direito à diferença: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis - Volume 2, São Paulo: Saraiva, 2013.

instituições e pesquisas distintas, mas sempre nos remete, de uma forma mais geral, ao tratamento ou atenção às relações do estado ou da sociedade englobante com os povos originários

Fazendo um resgate histórico de como ela foi introduzida no Brasil, Lima (1995, p. 12) explica que o termo teve sua origem em países da América Latina para designar uma corrente literária e poética similar ao que no Brasil do século XIX designamos de indianismo.

Contudo, o sentido corriqueiramente atribuído ao termo no país nos dias de hoje teria sido construído no campo político mexicano, especialmente com o desenvolvimento do chamado indigenismo interamericano, concebido no I Congresso Indigenista Interamericano, realizado em Patzcuáro em 1940, e a partir da criação do Instituto de Indigenismo Interamericano, com toda a sua aparelhagem e agentes dedicados ao tema (LIMA, 1995, p. 13).

Posteriormente, o termo teria passado a designar o conjunto das ações dos países latino-americanos voltados para as suas populações indígenas e, particularmente no Brasil, assumido conotação bem ampla na literatura especializada predominante, que geralmente aplica a expressão para qualificar praticamente quaisquer ações estatais voltadas para ou que afetem os povos tradicionais, tais como leis, regulamentos, decisões judiciais e a formulação de políticas públicas (LIMA, 1995, p. 14).

Aparentemente, é este o posicionamento de Cunha (1992, p. 37), para quem todas as ações estatais dirigidas às referidas sociedades ou para a regulação do seu relacionamento com o Estado constituem o chamado indigenismo no Brasil.

Essa concepção ampliada de indigenismo vai incluir, naturalmente, todo o período histórico brasileiro, do início da colonização até os dias de hoje, posição seguida também por Perrone-Moises (1992, p. 54), que empresta particular relevo para as regulamentações jurídicas do período colonial, com a finalidade de entender as políticas indigenistas aplicadas aos povos colonizados.

No entanto, Lima (1996, p. 17; 2015, p. 428) faz abordagem mais restritiva do fenômeno, abordagem essa que possui relevância particular para o presente trabalho, ainda que não tenhamos aderido integralmente a todas as suas conclusões.

O referido autor se apropria da teoria do campo Bordieusiana e procura aplicá-la ao contexto em que o Brasil se encontrava diante do paradoxo de se inventar como uma nação moderna e se ver diante de uma população heterogênea e de um território com significativas porções mitificadas.

Assim, segundo ele, é precisamente no momento em que o país, na transição do período imperial para o republicano, procurando construir sua identidade nacional e promover a conquista das suas fronteiras internas, que as atenções se voltam mais uma vez para os povos originários com o intuito de assimilá-los (tirá-los do caminho), mas agora a partir de um aparelho estatal criado exclusivamente para essa função.

Dessa forma, o indigenismo propriamente dito somente teria sido constituído a partir do momento em que as tecnologias e o aparato estatal se especializaram e foram concentrados em órgão criado justamente para esse fim, como foi o caso da criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais SPILTN, em 1910 (LIMA).

Assim, pode-se considerar indigenismo o conjunto de idéias (e ideais, i.e., aquelas elevadas à qualidade de metas a serem atingidas em termos práticos) relativas à inserção de povos indígenas em sociedades subsumidas a Estados nacionais, com ênfase especial na formulação de métodos para o tratamento das populações nativas, operados, em especial, segundo uma definição do que seja índio. A expressão política indigenista designaria as medidas práticas formuladas por distintos poderes estatizados, direta ou indiretamente incidentes sobre os povos indígenas. Isto exclui outros aparelhos de poder da esfera da definição, implicando em não se falar em uma política indigenista eclesiástica, nem tampouco condicionar a ideia de ações oficiais afetando populações autóctones à existência de uma racionalidade onde as ações práticas correspondem a um planejamento implícito e, sobretudo, explícito. De modo mais claro: não há uma correspondência necessária entre os planos para os índios e as ações face a eles. (LIMA, 1996, pp. 14-15)

Para esse autor, as relações dos portugueses com os indígenas, desde o primeiro contato, podem ser traduzidas em termos de uma guerra de conquista, destacando que a historiografia nacional foi pródiga em invisibilizar o genocídio e as resistências indígenas.

Essas relações de poder caracterizadas pela guerra de conquista se transmutaram no tempo do império e depois na república sob forma e signos diversos, valendo-se de tecnologias múltiplas, muitas herdadas do período colonial e ressignificadas na contemporaneidade.

Em outras palavras, a guerra de conquista empreendida inicialmente de forma violenta por Portugal vai acabar sendo rotinizada em políticas, expedientes burocráticos, geração de conhecimento sobre o outro, e assim por diante, guardadas, naturalmente, as diferenças com os períodos anteriores.

Tal guerra rotinizada será levada a cabo com uma “aparência de tempos de paz”, mas não esconderá o seu real desiderato de construção de uma nação homogênea e a conquista das fronteiras internas – os “grandes vazios” na concepção dos militares – para a liberação do caminho para o desenvolvimento, ou seja, a remoção dos indígenas de suas terras ancestrais.

É daí que vai surgir a verdadeira política clientelista e o que se convencionou chamar de poder tutelar, instrumento específico de monopolização das relações do outro com os outros

e de sujeição perene do tutelado a um estado de infantilidade político-jurídica, para dizer o mínimo<sup>13</sup>.

É no referido campo que se produz, principalmente, toda a legislação, programas e políticas públicas voltadas para os indígenas, que dele participam mediante representações sociais e políticas criadas e adaptadas ao modelo eurocêntrico de articulação, em nítida inferioridade de forças e capacidade de influência. Ele é fonte de produção de conhecimento, ordens, normas, etc, dos brancos para os indígenas.

Consequência disso é que todo o processo de juridicização promovido nesse campo (criação do direito positivo) não teve a participação qualitativa desses povos em sua confecção nem levou em consideração as diferenças culturais indígenas, apresentando-se a essas sociedades como ordens impositivas e de difícil adaptação a seus usos e costumes.

A presente dissertação foca no exame de como o Poder Judiciário Estadual tem se posicionado frente à cultura e as pessoas indígenas, tendo como pano de fundo práticas sociais, ações e políticas administrativas, assim como normatividades estatais, todas voltadas para esses povos.

A primeira pergunta que poderíamos fazer então é a de como os tribunais operariam nesse campo, marcado por esse conjunto de atividades, recursos, tecnologias e saberes específicos e que constitui arena de embates entre diversos agentes no sentido de disputar quais ações devem ser dirigidas aos povos indígenas. Lima provavelmente não concordará com essa colocação, diante da sua posição weberiana que concebe a dominação como fenômeno essencialmente administrativo.

Contudo, se atentarmos para o fato de que o campo, a partir do *habitus* vai desenvolver suas espécies de capitais (BORDIEU, 2019, pp. 27-31) e seus troféus, e distribuir os agentes segundo a proporção desses bens, não podemos deixar de observar que o tribunal, esteja ele situado no campo jurídico ou do poder, ou transite nos dois, tem o potencial infinitamente superior aos próprios agentes do campo indigenista de afetar seus parâmetros e as posições por eles ocupadas.

Diante de um contexto em que a matriz jurídico-constitucional que deve pautar a política indigenista no país apresenta verdadeiro *déficit* na construção dos seus sentidos e considerando que apresenta expressões abstratas que se reportam a elementos variados, a ação interpretativa,

integrativa ou, melhor, construtiva do Poder Judiciário<sup>14</sup> em suas intervenções cotidianas tem simplesmente o potencial (ou capital?) para alterar uma política indigenista inteira, como vimos recentemente na equivocada teoria do marco temporal, encampada no julgamento da TI Raposa Serra do Sol e em vias de rediscussão no STF no exato momento em que essa dissertação é construída.

Assim, o trabalho de Lima, ainda que não pareça comportar um olhar especial para o Poder Judiciário no campo indigenista, abre inúmeras possibilidades para fazê-lo, uma vez que:

Compreender a gênese social de um campo, e apreender aquilo que faz a necessidade específica da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas em jogo que nele se geram, é explicar, tornar necessário, subtrair ao absurdo do arbitrário e do não-motivado os actos dos produtores e as obras por eles produzidas e não, como geralmente se julga, reduzir ou destruir. (BORDIEU, 1989, p. 69)

Em uma análise complementar diretamente referida ao trabalho de Lima (1996), Grupionni (1998, pp. 35-45) e Filho (2016, pp. 352-354) concordam com a ideia de que há um campo social do indigenismo no Brasil surgido no período republicano, mas entendem que houve uma complexificação em seu bojo ao longo dos anos, com a inclusão de outros atores não estatais que têm como atividade cotidiana a questão indígena como, por exemplo, os antropólogos e juristas envolvidos com o tema<sup>15</sup>.

Todas essas operações ajudaram a forjar a categoria do “índio”, fomentaram e orientaram os modos de intervenção em suas terras e culturas e, de um modo geral, a sua acomodação nas sucessivas sociedades englobantes que se formaram ao longo do tempo<sup>16</sup>.

Dessa forma, a constituição do que se chama de campo indigenista merece especial relevo aqui, pois é principalmente nele em que se gestaram as forças, ideologias e tecnologias que procuraram orientar (ou justificar) as relações do Estado e da sociedade majoritária com os povos originários. E o Poder Judiciário, como órgão designado para dizer o direito em definitivo e, portanto, fazer o controle de legalidade dos atos praticados no âmbito dessas políticas, tem papel fundamental nesse estado social de coisas.

---

<sup>14</sup>A depender da visão que se adote sobre a ação de julgar.

<sup>15</sup>Em sentido similar, mas crítico, Ramos vai definir indigenismo como “um fenômeno político no sentido mais abrangente do termo” que não “[...] está nem limitado às políticas públicas ou privadas, nem às ações geradas por elas [...]” incluindo “[...] os meios de comunicação, a literatura ficcional, a atuação da Igreja, de ativistas dos direitos humanos, as análises antropológicas e as posições dos próprios índios, que podem negar ou corroborar a imagética do índio” (RAMOS, 2012, p. 28).

<sup>16</sup>Não admitimos, naturalmente, a simples continuidade histórica estrita, muito menos a mera transposição automática, das unidades sociais engendradas no período colonial para o período imperial, tampouco o republicano. As conexões devem ser analisadas com cuidado de modo a não escamotear as particularidades de cada período, os “projetos de nação” que eles envolveram, as finalidades da intervenção nas populações nativas e assim por diante.

Se examinarmos toda a produção historiográfica, sociológica, jurídica e antropológica produzidas sobre o assunto, poderemos desenhar, de forma um tanto simplista (e espera-se, não grotesca), uma linha divisória que marca dois períodos de tratamento dos povos indígenas no Brasil. Um em que a ação do estado e da sociedade em geral se voltava para a erradicação, assimilação ou integração dos indígenas, coincidindo aqui, ainda que em graus diversos e não forma unitária, discursos e ações, e outra, marcada pela mudança formal na postura estatal, que agora inaugura o direito à diferença, onde discurso e ação se encontram meio dissociados, mas talvez em via de encontro.

Contudo, se podemos apontar alguma constância em todo o fio da história da hoje denominada República Federativa do Brasil na relação com os povos originários, das mais violentas às mais “dóceis”, é a visão de inferioridade da sua cultura e a intervenção não consentida em seus territórios e organizações sociais.

Outras objetivavam a homogeneização cultural da sociedade ao mesmo tempo em que formulavam representações psíquicas e conceituais racistas a respeito desses grupos.

Esse exemplo serve aqui para fixarmos um ponto fulcral no presente trabalho, que é o de estabelecer que as sociedades indígenas, tal como quaisquer outras, jamais foram e jamais serão estáticas e que da mesma forma como ocorrido com a sociedade europeia em razão das novas “descobertas”, ressignificaram suas cosmovisões.

O estudo de Pimenta (2015, p. 283-287) sobre o povo *Ashaninka* vivendo às margens do rio Amônia, no estado do Acre, é muito elucidativo dessa dinâmica.

Segundo o referido antropólogo, essa etnia construiu ao longo dos séculos uma simbologia muito interessante para explicar o surgimento do colonizador europeu em seu mundo: o mito do *Inka*, documentado por ele e por outros antropólogos em épocas e locais distintos, com algumas variações marginais, mas sempre preservando a trama central.

A forma como esse mito se apresenta tem relação com a rica cosmologia desse povo, cujo dualismo entre o bem e o mal é estruturante da sua sociedade e fundamental para entender o lugar que é atribuído ao “homem branco”<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup>Na cosmovisão desse povo, o universo é dividido em três dimensões superpostas. Na parte mais elevada, o mundo celeste chamado de *henóki* (em cima) é subdividido em três camadas sendo a superior denominada *inkite*, ocupada por *Pawa*, Deus Criador, seguida imediatamente por aquela ocupada pelos *tasorentsi*, filhos semideuses de *Pawa*. A última camada (chamada por alguns de *pitsitsiroyki*) seria destinada a outros espíritos bons, também filhos do Deus, além de ser o local onde este último realiza o julgamento final dos *Ashaninka*, selecionando seus filhos legítimos que tiveram uma vida correta para viverem em *henóki* ao seu lado. No plano celestial todos vivem em harmonia, sem desentendimentos, e os espíritos bons que lá habitam podem se manifestar aos indígenas de formas diversas para incentivá-los ou induzi-los ao bem. No outro lado do universo se apresenta o mundo subterrâneo,

Nessa simbologia, o primeiro branco que tivera contato com os ancestrais desse povo teria sido um espanhol, que surgira do fundo de um lago durante uma pescaria realizada por *Inka*, um dos filhos de *Pawa*, em uma época imemorial em que o Deus-Criador morava com seus filhos entre os *Ashaninka* e não havia ainda migrado para o plano celestial.

Ensina-se que, certa vez, enquanto *Inka* pescava de madrugada com outro *ashaninka*, ouvira uma galinha no fundo do lago, tendo ele perguntado ao amigo se não seria o caso de pegá-la, mas fora aconselhado que era melhor deixá-la em seu lugar. Na pescaria da noite seguinte, ouvira de novo a galinha e também o latido de um cachorro e resolvera procurar *Pawa*, que o advertira a não mexer com eles. Porém, *Inka* não resistiu e voltou ao lago para pescar. Ao ouvir a galinha bem pertinho, lançou o anzol com uma banana na ponta e a trouxe à superfície e, em um segundo lançamento, puxou para fora um cachorro. Em seguida, escutou um barulho e resolveu atirar o anzol com a banana mais uma vez e acabara puxando o homem branco.

*Pawa* ficou furioso pela desobediência e indagou porque havia sido desobedecido, tendo seu filho explicado que a sua intenção era somente retirar do lago a galinha. Retrucou, então, com as palavras que iriam explicar e ao mesmo tempo selar o destino dos *ashaninka*:

Eu não quero esse branco aqui junto com a gente. Eu deixei ele lá [no fundo do lago], mas você gostou dele, agora pode ficar com ele! Agora, eu vou embora e vocês [os *Ashaninka*] vão ficar com *wirakotxa* e trabalhar pra ele. (PIMENTA, 2015, p. 284)

E assim *Pawa* se isolou no plano celeste para viver com seus filhos e os *Ashaninka* foram deixados à mercê dos “brancos”, que inicialmente se instalaram longe, mas rapidamente multiplicaram-se e tomaram conta de tudo, perturbando a vida desse povo.

O mito do *Inka* revela a forma com que uma nação dotada de autonomia procurou ressignificar o contato com uma alteridade radical que se revelara subitamente e acabara lhe subjogando. Ele tenta dar sentido às origens desse encontro, construindo o lugar do outro em seu mundo e conferindo ao povo *Ashaninka* protagonismo nas complexas relações que se estabeleceram e na sucessão de infortúnios que se seguiram.

Essa representação pode parecer estranha aos olhos das pessoas não indígenas, que muito provavelmente considerarão um aglomerado de superstições e ocultamentos elaborados a partir de um pensamento “mágico” desconectado da realidade.

---

local de mortes e doenças, habitado por espíritos ruins chamados *kamari*. Os índios não gostam de falar muito sobre ele pois entendem que isso atrairia os maus espíritos. Os “demônios” que vivem nesse plano podem subir à superfície e assumir formas diversas, inclusive humana, e o avistamento de um deles é o anúncio de morte iminente (PIMENTA, 2015, p. 284).

Olvidam, contudo, que a construção do “outro” pelo colonizador europeu foi igualmente orientada pela mitologia vigente na Europa daquele período e as formas criadas para intervenção constituiu verdadeiro monumento à irracionalidade, forjando uma série de noções distorcidas sobre a pessoa indígena.

O mito também traduz aspectos relevantes dos acontecimentos que marcaram a colonização do continente americano e simboliza o quanto a historiografia nacional negligenciou não somente os feitos e movimentos dos povos indígenas, mas principalmente o seu ponto de vista da história que, ainda hoje, insistimos em tomar como aquela contada pelos “vencedores”.

Feitas essas considerações iniciais, observamos que o estudo histórico da política indigenista brasileira pode ser dividido em fases para efeitos didáticos. São elas, o período colonial, o imperial e o republicano.

## **1.2 Ações do Estado e concepções dos indígenas no período colonial**

No primeiro período, o colonial, a postura das autoridades locais e metropolitanas foi contraditória (quando não cínica), editando atos de proteção e reconhecimento formal da soberania dos indígenas sobre as suas terras, assim como o seu direito à liberdade, ao mesmo tempo em que excepcionava essas prerrogativas permitindo, por exemplo, a escravidão por meio das guerras justas (MELATTI, 2014).

Para Perrone-Moises (1992, pp. 117-121), muito embora seja predominante o entendimento de que a política da coroa portuguesa para os povos indígenas teria sido contraditória, oscilante e hipócrita, o exame da produção jurídica do período, frequentemente negligenciado na historiografia nacional, revela duas linhas diversas de política indigenista, uma voltada para os povos aliados e outra direcionada àqueles considerados inimigos.

Assim, haveria inúmeros atos normativos com proclamações da liberdade e senhoria das terras para os indígenas aliados, que se mantiveram por todo o período colonial, o que indicaria uma postura administrativa mais homogênea e menos intercalada por rupturas do que se poderia imaginar. A autora esclarece que não há como saber se tais disposições “mais benéficas” teriam tido ampla eficácia social, o que somente poderia ser avaliado por pesquisas voltadas para esse fim, ainda por vir.

O fato que deve ser realçado, contudo, é o de que o mesmo direito aplicado na metrópole foi transposto para a colônia, com uma série de adaptações e disposições específicas que

revelam, ao menos, como se constituíram burocraticamente as práticas estatais voltadas para os povos originários.

Eram comuns os debates acerca de se os indígenas teriam alma, se poderiam ser equiparados a animais irracionais, se viveriam em desobediência aos ditames morais mais comezinhos e, em consequência de tudo isso, se seria legítimo (ou mesmo um dever) alterar a sua cultura, exterminar essas etnias, tomar os seus territórios, ou então educá-los e torná-los “civilizados”.

A crônica e literatura da época são pródigas em referenciá-los como selvagens, bestas, animais, desalmados, demônios, entre outros adjetivos altamente desumanizantes e injuriosos, para dizer o mínimo.

### **1.3 Ações do Estado e concepções dos indígenas no período imperial**

O período imperial foi marcado, em linhas gerais, pelo deslocamento da discussão dos indígenas como força de trabalho para a propriedade das suas terras, assim como a incorporação do papel missionário (antes exercido pelos jesuítas) pelo próprio estado, fato este que acabou privando esses povos dos únicos representantes que lhes eram “favoráveis” (e da sua única forma de defesa), gerando corriqueiros focos de resistência violenta (CARNEIRO DA CUNHA, 1992, pp. 56-68).

A escravidão não era mais formalmente permitida e predominava o viés da assimilação obrigatória (MELATTI, 2014). Há abundante produção científica e literária nesse período, com referências correntes aos indígenas como selvagens.

### **1.4 Ações do Estado e concepções dos indígenas no período republicano**

#### **1.4.1 Início do período republicano e a desconsideração do indígena no pacto federativo.**

O período republicano foi caracterizado inicialmente pela omissão do Estado brasileiro, que levou mais de vinte anos para editar seus primeiros regulamentos sobre a questão indígena (RIBEIRO, 2017, p. 119).

Podemos começar a análise desse período pontuando o modelo de Estado Federal adotado na Constituição de 1891, influenciado pelo norte-americano e a tentativa de se instaurar um federalismo de tipo dual (SEGADO, 2003, p. 17).

Para Rocha (1996, p. 217) o federalismo brasileiro representa um *continuum* histórico, desde o período colonial, onde medidas descentralizadoras significativas foram tomadas logo nos primeiros momentos do empreendimento colonial.

Cita como exemplo a organização das capitanias hereditárias, em que os donatários tinham autonomia nas áreas social e econômica, assim como para criar e dizer o direito, concluindo que, ainda que as tensões entre forças centralizadoras e descentralizadoras tenham marcado todo o período até o início da república, o fato é que estado inicial de coisas, aliado ao tamanho territorial do Brasil, ajudou a consolidar forças e aspirações regionais que foram decisivas para o federalismo nacional.

Nesse sentido, destaca que após o movimento federalista da constituinte de 1823 ter sido frustrado pela sua dissolução e pela outorga da Constituição de 1824 (que mantivera as antigas capitanias, agora chamadas de províncias), outras tentativas de descentralização ocorreram, sobretudo no período regencial (ROCHA, 1996, p. 219).

Para Dolhnikoff (2005, pp. 285-288), o federalismo brasileiro começa a sedimentar as suas bases antes mesmo do período regencial, com o movimento das elites provinciais, que enxergavam no modelo federativo a possibilidade de acomodação ou retenção dos seus poderes, aliada à capacidade de influenciar as políticas e decisões de âmbito nacional.

Assim, ao contrário da versão sedimentada na historiografia nacional sobre o período, a opção pelo federalismo e os germes plantados com o Ato Adicional de 1834, mesmo com a aparente vitória posterior dos conservadores, permaneceram latentes e frutificaram no nascimento da república no final daquele século.

Contudo, a Carta de 1891 e a república federativa que se instalava com ela padeciam de um *déficit* democrático (como, aliás, também padecera a Constituição de 1787 dos EUA), constituindo um movimento das elites políticas e oligárquicas do período, sem qualquer participação popular, muito menos de representações dos povos indígenas, aos quais não se deferia qualquer *status* político. A República já nascia marcada por verdadeiro “pecado original”.

Pode-se dizer, assim, que muito embora os indígenas figurassem como os habitantes originários do território brasileiro e a forma federativa de estado envolvesse forte componente de divisão territorial do poder, a invisibilidade dessas pessoas como agentes capazes e a omissão no reconhecimento de seus direitos fundacionais sobre as terras que ocupavam, fizeram com que não fossem sequer considerados no novo desenho institucional que se implementava.

No início do século XX, devido aos processos de exploração da borracha na região amazônica, o extermínio e subjugação atroz de populações indígenas foram amplamente difundidos, somente declinando com o colapso do valor desse produto no mercado internacional. (RIBEIRO, 2017, pp. 36-41).

Por outro lado, os embates violentos entre povos indígenas e colonos estrangeiros assentados em seus territórios e as chacinas promovidas pelas frentes de expansão ferroviária e telegráfica<sup>18</sup> provocaram comoção nacional (RIBEIRO, 2017, p. 119).

Em 1910, como uma resposta à denúncia internacional de massacre dos indígenas, o governo edita o Decreto nº 8.072, de 20 de Junho, criando o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais SPILTN (CARNEIRO DA CUNHA, 1992, p. 79).

Por outro lado, esse período, que se estendeu até a década de oitenta, apresentou alguns “avanços” no setor legislativo, como o reconhecimento de que não teriam a obrigação de se adequar à cultura nacional e o seu direito permanente às terras, entre outros.

No entanto, consolidou-se e generalizou-se a tese, muito influente até os dias atuais, de que eles estariam na infância da civilização e, com o tempo, “evoluiriam” e integrariam a comunhão nacional. O “status” indígena, assim, seria algo transitório e tenderia a desaparecer.

Símbolo dessa concepção foi a disposição do revogado Código Civil de 1916, que considerava os indígenas relativamente incapazes para o exercício da vida civil, necessitando ser tutelados, assim como a Lei nº 6.001/73, denominada Estatuto do Índio, parcialmente considerada inconstitucional nos dias de hoje, que declarava explicitamente esse propósito no seu artigo 1º:

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.

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar explicitamente dos povos indígenas em duas breves passagens: no artigo 5º, inciso XIX, “m”, ao atribuir à União competência legislativa pertinente à “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, e no artigo 129,

---

<sup>18</sup>O mesmo autor, na obra em que apresenta os seus diários de campo das duas expedições realizadas entre 1949 e 1951 ao Alto Gurupi para pesquisar os Kaapor avalia que a tímida procura dos indígenas, ainda nos idos do ano de 1930, pelo posto avançado do SPI criado para sua atração (intitulado General Rondon) possivelmente se devia “[...] à ojeriza [...] que tinham aos moradores daquela região depois de tantos anos de lutas contra a turma de conservação da linha telegráfica que se havia especializado na chacina aos Urubus” e ilustra tal afirmação com o seguinte relato colhido de um informante: “[...] um dos agentes da linha, de nome João Grande, perseguia atrozmente os índios, organizando expedições contra suas aldeias e espetando as cabeças de suas vítimas, homens, mulheres e crianças nos postes telegráficos, como advertência para que os índios não cortassem mais a linha para fazer suas pontas de flechas” (RIBEIRO, 1996, p. 31).

onde reconheceu a posse permanente das terras que estivessem ocupando (sem especificar quaisquer critérios de reconhecimento).

A Carta de 1937 tratou do tema somente no artigo 154, também assegurando a posse das terras em caráter permanente (vedada a sua transferência), e a de 1946 repetiu exatamente a “fórmula” do texto de 1934.

Por fim, a Constituição de 1967 tratou dos indígenas em três passagens, apenas inovando em relação à Carta anterior ao dispor, em seu artigo 4º, que as terras por eles ocupadas seriam bens da União. Por fim, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (para muitos, a Constituição de 1969) acrescentou à declaração de inalienabilidade a de nulidade “dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas” (artigo 198, §1º).

#### **1.4.2 Um cabo de guerra: os movimentos indígenas e as forças antagônicas atuantes durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987**

A década de oitenta, especialmente os três anos anteriores à instalação e início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (em 1987) foi marcada, nos planos institucional, socioeconômico, político e jurídico, por intensas mobilizações de grupos, aglutinações de forças sociais e articulações inter-setoriais para a formação de pautas de reivindicações que deveriam ser consideradas na confecção da nova constituição brasileira que viria a ser apelidada de “constituição cidadã”, pondo fim aos mais de vinte anos de ditadura militar.

Integrantes dessa movimentação social, a saber, as articulações e reivindicações das representações políticas indígenas, associações civis, entidades de classe e grupos de defesa dos seus direitos, acabaram ressoando no texto normativo que viria a ser promulgado<sup>19</sup>.

Segundo Oliveira:

[...] foi bastante intensa a participação de indigenistas, missionários, antropólogos e advogados não só nas audiências públicas e subcomissões, mas também no debate diário com os parlamentares, informando e apresentando sugestões. Mas o fato inédito e de maior repercussão na rotina parlamentar foi a presença constante de uma massa de indígenas que, pintados e com seus adornos de pena, percorriam os corredores, lotavam os auditórios, entravam e saíam dos gabinetes. Não eram agressivos nem manipuladores, não eram

---

<sup>19</sup>Interessante relato histórico sobre parte da mobilização para o reconhecimento dos novos direitos dos povos indígenas na Constituição Federal pode ser visto em Carneiro da Cunha, Índios na Constituição, Novos estudos., CEBRAP, SÃO PAULO v. 37, n. 3, pp. 429-443, Set.–Dez 2018.

manifestantes que protestavam nem lobistas (OLIVEIRA, 2016, p. 290)

Assim é que os indígenas ganharam um capítulo próprio na Constituição Federal de 1988 (o VIII) dentro do Título VIII (denominado Ordem Social), onde se enuncia, no artigo 231, que é reconhecida a sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

Os interesses manifestados pelos povos indígenas encontraram oposição de alguns setores específicos, coincidentemente, os mesmos que desde o início da república, com algumas alterações, disputam a proeminência e posições de influência no campo indigenista:

As discussões sobre o tema e as propostas de normatização não se limitaram, é claro, apenas às entidades que se intitulavam “pró-indígenas”, mas envolveram igualmente, em outros e bem diversos contextos, a participação de representantes da agência indigenista, de assessorias das Forças Armadas, de uma articulação da região amazônica e de lobistas das mineradoras. O então presidente da Funai, Romero Jucá, em manifestação surpreendente, que parecia contraditória com o cargo que ocupava, condenava o tamanho excessivo das áreas indígenas, e responsabilizava o artigo 1983 da antiga Constituição pela ineficácia do órgão indigenista. Pessoas vinculadas ao Conselho de Segurança Nacional/CSN, órgão de assessoramento direto da Presidência da República empenhado no Projeto Calha Norte, distribuíram aos constituintes um dossiê sobre os riscos que a demarcação de terras indígenas representaria para a segurança das fronteiras e o desenvolvimento da região amazônica (OLIVEIRA, pp. 290-291)

### **1.5 A LEGISLAÇÃO INDIGENISTA VIGENTE, O ESTADO ATUAL DA SUA APLICAÇÃO, E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS INDÍGENAS: A CONSTRUÇÃO EM ANDAMENTO DE UM MODELO PLURIÉTNICO IGUALITÁRIO, ASSIMÉTRICO OU SUBSIDIÁRIO?**

Antes mesmo de refletirmos sobre os limites e possibilidades de construção de sentidos para o artigo 231, da Constituição Federal, não poderíamos deixar de apresentarmos, ainda que brevemente, o que foi construído até agora.

Naturalmente, esse esforço deve levar em consideração não somente os poucos trabalhos existentes sobre o assunto (científicos ou dogmáticos), mas também a legislação indigenista infraconstitucional vigente (incluídas aqui as normas de caráter supralegal) e a jurisprudência nacional sobre os temas subjacentes, especialmente das Cortes Superiores, todos a constituir, em maior ou menor grau, o que vamos denominar arbitrariamente e para efeitos meramente didáticos de “estágio de concretização” do marco constitucional indigenista brasileiro.

Chamamos a atenção para o fato de não estarmos falando aqui, nesse momento, de um

estudo da eficácia social dessas normas jurídicas, mas sim de um aspecto que lhe é imediatamente anterior: o que se entende por tais direitos, quais seus conteúdos e em que circunstâncias devem ser aplicados.

A exposição adotará postura crítica e será um tanto mais detalhada quanto aos temas que identificamos ao analisar os acórdãos do Tribunal de Justiça do Maranhão<sup>20</sup>, para que integre, junto com as ferramentas analíticas de natureza sociológica, antropológica e filosófica, o rol de parâmetros para a análise desses dados.

Estabelecemos a premissa de que o marco constitucional indigenista se assenta em dois valores fundamentais, por razões de ordem lógica e política: o reconhecimento da diferença cultural dos povos indígenas, com o direito de continuarem existindo e se desenvolvendo enquanto tais, e o sentimento da necessidade de realização de uma reparação histórica sem a qual o Estado Brasileiro estaria assentado sobre uma estrutura paradoxal irreconciliável.

O primeiro está relacionado à constatação fática da existência de uma pluralidade cultural no país, a resistência histórica de povos inteiros à sua desintegração e ao desaparecimento e suas reivindicações de reconhecimento de suas identidades e de direitos conexos.

A segunda, diz respeito ao fato de o país declarar constituir-se e orientar-se sob certos princípios fundamentais, como a dignidade, autodeterminação e paz entre os povos, o pluralismo, a justiça social e o livre desenvolvimento da personalidade, e não poderia ignorar as agrúrias infligidas ao longo de toda a sua história aos povos originários que nunca deixaram de existir e que ainda sofrem os efeitos do que lhes foi feito no passado, e também o que continua sendo feito no presente. É aqui que figura um elemento essencial para a compreensão das razões dessas disposições constitucionais: elas não dizem respeito somente à adoção de reparações por fatos passados mas também de intervenções e regulações em um estado de coisas atual, persistente.

Assim, acaso quisesse manter a nova ordem político-jurídico-social minimamente coesa e harmônica, os constituintes de 1987/1988 jamais poderiam ignorar esses fatores, caso contrário, teriam de admitir que os valores fundamentais que estavam proclamando não teriam aplicação plena quando se tratassem de pessoas indígenas.

---

<sup>20</sup>É oportuno nos adiantarmos e explicarmos que tais temas não apareceram, na maioria dos casos, na forma de questões explícitas debatidas pelas partes no processo e/ou discutidas pelos desembargadores em suas decisões, mas sim implicitamente ou como omissões de pontos e considerações que deveriam ter sido suscitados e decididos por força da própria legislação estatal.

Feito o registro, da combinação de tais valores, examinando os artigos 231, 232 e outros, podemos dizer que eles encerram direitos fundamentais específicos para esses povos e, ao mesmo tempo, por consequência disso, a garantia de fruição dos direitos fundamentais gerais (destinados a todos os cidadãos indistintamente) de forma adaptada, caso a caso, às suas culturas.

É nisso que se baseia, em termos muito gerais, o direito à diferença declarado na Constituição: de um lado, o direito ao desenvolvimento coletivo e individual dessas culturas, segundo suas cosmologias, podendo determinar os seus próprios destinos e os modelos de desenvolvimento que melhor lhes aprouver. De outro, um relacionamento com o Estado e a sociedade envolvente que respeite e leve em consideração esse direito.

Creemos que ninguém poderá ofertar boas razões para discordar dessas noções mínimas e genéricas extraídas do texto normativo. A grande questão, como veremos depois, é determinar o conteúdo desses direitos ou concretizá-los.

Adotaremos neste capítulo, então, uma lógica de exposição e análise levando em consideração esses parâmetros iniciais, lógica essa, que também instrumentalizará a divisão temática adotada.

Assim, a primeira divisão que fazemos é entre direitos fundamentais específicos e o direito de fruir direitos gerais de forma adaptada à própria realidade cultural. Evidentemente, reconhecemos que uns influenciam aos outros, quando não se confundem, assim como que outros grupos vulneráveis foram contemplados com direitos específicos e a fruição de direitos gerais de forma adaptada, como é o caso das mulheres, das crianças e dos idosos.

Nesse ponto, alguém pode indagar o que diferencia essas situações, ao que podemos responder, nos valendo da diferenciação feita por Kymlicka no sentido de os povos indígenas representarem grupos políticos com suas próprias instituições e pretensões de permanecerem inseridos nos estados modernos enquanto sociedades ou grupos diferenciados, assim como de usufruir do reconhecimento de autonomia para conduzir os seus próprios destinos.

Quando falamos aqui em direitos específicos dos povos indígenas, nos referimos aos seus direitos territoriais, culturais em sentido amplo e estrito, e à organização social própria. Já a fruição de forma “adaptada” de direitos fundamentais gerais atribuídos a todos os cidadãos referem-se a disposições legislativas especiais reconhecendo as peculiaridades culturais desses povos e dispendo de forma diferenciada sobre as relações deles com o Estado e com as pessoas da sociedade majoritária, como as relativas à educação especial indígena, o subsistema de atendimento à saúde indígena, aplicação diferenciada da legislação penal, normas

previdenciárias especiais, e assim por diante.

### **Direitos territoriais:**

O processo de demarcação de terras indígenas é regulamentado especialmente pelo Decreto nº 1.775/96, além de outros instrumentos normativos complementares editados pela FUNAI e pelo Ministério da Justiça. Inicia-se após a reivindicação de um povo e a realização de estudos preliminares de Qualificação da Demanda pela FUNAI, e desenvolve-se mediante as seguintes fases: 1) estudos de identificação e delimitação (FUNAI); 2) contraditório administrativo; 3) declaração dos limites (Ministério da Justiça); 4) demarcação física (FUNAI); 5) levantamento fundiário (INCRA); 6) homologação (Presidência da República); 7) desocupação, indenização e reassentamento; 8) registro na SPU (FUNAI), e 9) interdição de áreas para a proteção da etnia.

### **Autodeterminação, auto-organização, tradições, costumes, formas política e normatização jurídica própria.**

A Carta de 1988 também referenciou os povos indígenas em vários outros artigos espalhados pelo corpo constitucional, como é o caso do inciso XI, do artigo 20, que estabelece que suas terras são bens da União.

Outro dispositivo é o inciso XIV, do artigo 22, que estabelece a competência legislativa privativa da União para a temática indígena). O restante são os seguintes:

- a) inciso XVI, do artigo 49 (necessidade de autorização do Congresso Nacional para exploração e aproveitamento de recursos hídricos, bem como pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas;
- b) inciso XI, do artigo 109. competência da justiça comum federal para apreciar causas envolvendo direitos indígenas;
- c) inciso V, do artigo 129, atribuição do Ministério Público na defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas;
- d) §1º, do artigo 176, necessidade de lei regulamentadora das hipóteses de pesquisa e lavra mineral em terras indígenas;
- e) §2º, do artigo 210, garantia às crianças indígenas, em sua educação fundamental, de utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem;

- f) §1º, do artigo 215, proteção das manifestações culturais indígenas, e
- g) artigo 67, do ADCT, trazendo determinação à União para conclusão da demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

A mera interpretação gramatical do artigo 231, da Constituição Federal de 1988, revela o inédito reconhecimento ao indígena do direito à manutenção da sua própria cultura, a declaração dos direitos originários sobre a terra, especificados e acompanhados dos critérios correspondentes. Da mesma forma, a disposição contida no artigo 232 inaugura sua legitimidade para ingressar em Juízo na defesa dos seus direitos e interesses.

Essas três circunstâncias, por si sós, representaram, ao menos formalmente, uma alteração significava no tratamento dispensado pelo Estado Brasileiro aos povos originários viventes em seu território, em oposição aos cinco séculos de medidas normativas assimilacionistas precedentes e da doutrina oficial da incapacidade/tutela indígena. Tamanha mudança também pode ser atribuída à influência sofrida pela discussão de pautas identitárias, de diversidade cultural e de minorias que já se encontravam em fase avançada no âmbito do direito internacional<sup>21</sup>.

Contudo, o artigo 231 não apresenta somente expressões facilmente reconduzíveis a significados ou convenções linguísticas, políticas e jurídicas já estabelecidas, encerrando também expressões vagas e conceitos jurídicos indeterminados, com elevada carga valorativa e relativas a campos extrajurídicos do conhecimento, de forma a suscitar de imediato relevantes questões, dentre as quais, em que medida o Estado Brasileiro teria reconhecido à essas comunidades autonomia política e sistemas jurídicos próprios? Essas noções estariam incluídas ou pressupostas nos conceitos de *organização social, costumes e tradições*? De que forma os sistemas normativos indígenas dialogam com o estatal? Quais seriam os limites do direito à diferença? Como os direitos indígenas se encaixam no quadro geral dos direitos fundamentais e como dialogam com todos eles?

Nesse cenário, parece evidente que parte considerável dessas questões são passíveis de elucidação pela via judicial, especialmente pelo exercício da jurisdição constitucional,

---

<sup>21</sup>No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, avanços começam a surgir com a implementação de diversos normativos que, direta ou indiretamente, abordam os temas da diversidade cultural, autodeterminação dos povos, direitos das minorias e, por fim, as sociedades indígenas propriamente ditas. É assim que surgem a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1949; a Convenção nº 107 da OIT, de 1957; a Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais, de 1960; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1968; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e a Convenção sobre os Povos Indígenas, de 1991.

afigurando-se o Poder Judiciário como peça chave para a construção de significados e sua concretização no plano social.

A competência jurisdicional para apreciar questões envolvendo indígenas e suas coletividades foi construída jurisprudencialmente, a partir da dicção do artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal, ficando estabelecido que as causas envolvendo direitos coletivos devem ser processadas perante a Justiça Federal, e as causas envolvendo direitos individuais, na Justiça Estadual<sup>22</sup>.

No referido caso Raposa Terra do Sol, contudo, o ministro Carlos Ayres Brito consignou que os povos indígenas não constituem unidades federativas do Estado Brasileiro e assentou que seus integrantes são brasileiros.

Aliás, no referido julgamento, ficou evidente:

“A orientação monocultural no voto dos ministros do STF, que não se valeram intencionalmente das expressões “nações” ou “povos” indígenas, ainda que os tratados internacionais salientem que tal denominação não tem o mesmo sentido dado no “direito público internacional; qualificaram a declaração da Onu como “soft law”, uma “declaração de princípios”, desconhecendo precedentes da Corte Interamericana [...] c) rechaçou o reconhecimento de “território”, ignorou o direito à autodeterminação ( que consta, aliás, na Carta da ONU de 1948) e manteve uma visão monista do direito, numa espécie de “multiculturalismo” soft, que reconhece a diversidade, desde que ela não seja problemática.” ( )

O cenário atual revela, portanto, um *déficit* de consolidação das disposições constitucionais indigenistas, notadamente pelo silêncio estatal e acadêmico quanto à discussão dos aspectos de autodeterminação e exercício político dos povos indígenas, de forma que a maioria considerável das controvérsias debatidas diz respeito às questões sobre a terra.

Para Watts (1998, p. 25), a Carta de 1988 foi a primeira a reconhecer direitos indígenas diferenciados no país, mas, ao contrário de outras federações, não trouxe disposições expressas sobre autogoverno, nem de mecanismos de participação política desses povos nos órgãos federativos (assentos no Poder Legislativo, cotas para o Poder Judiciário, etc.). Segundo o autor canadense, os direitos territoriais previstos no artigo 231 e o prazo para a demarcação de terras, enunciado no artigo 68 do ADCT, apresentam eficácia problemática, uma vez que os interesses indígenas se mostravam subordinados à competição com interesses industriais e minerários.

Seria razoável esperar, como geralmente acontece nos casos em que o legislador se vale da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, intencionalmente ou não, que a “extração” das normas específicas e a resposta às questões mencionadas se desse através da *práxis*, com as

<sup>22</sup>O Enunciado 140 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça ilustra bem esse posicionamento: *Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima*. Esse entendimento é alvo de muitas críticas, especialmente.

atividades jurisdicional, administrativa e legislativa, nesse último caso, regulamentando as disposições constitucionais, assim como a atuação dos agentes sociais e a pesquisa acadêmica<sup>23</sup>.

Contudo, passados mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição, com exceção do procedimento e os critérios para o reconhecimento e implementação do direito fundamental e originário à terra, tratados em profusa jurisprudência nacional<sup>24</sup>, os demais expressos no artigo 231, como os relativos à identidade cultural, organização social, tradições e costumes próprios, carecem de pesquisas empíricas e de um corpo doutrinário robusto, assim como de uma jurisprudência e prática administrativa consolidadas, voltadas para a construção dos seus conteúdos normativos específicos.

A aprovação, no âmbito interno, da Convenção nº 169 da OIT<sup>25</sup>, considerada norma de direito supralegal, até poderia nos deixar tentados a concluir que algumas dessas questões teriam sido ao menos parcialmente respondidas.

Cabe aqui, no entanto, a primeira ressalva de que a referida norma, por ser hierarquicamente inferior à Constituição Federal, está submetida à interpretação que se der aos dispositivos constitucionais que tratam dos povos indígenas e, como insistimos em afirmar, isso ainda não ocorreu em toda a sua plenitude. Some-se a isso o fato de que sua incorporação ao sistema jurídico interno não lhe atribui um atestado de constitucionalidade, nem a torna imune a contestações ulteriores.

A segunda ressalva que colocamos, é a de que ela, a exemplo do texto constitucional, também utiliza expressões indeterminadas, não submetidas no âmbito interno brasileiro à construção de sentidos pela prática nos mais diversos campos de atuação social.

Reconhecemos, contudo, que a Convenção nº 169 da OIT se mostra mais incisiva quanto ao reconhecimento de instituições políticas e jurídicas indígenas. Esse é o caso do artigo 8º,

---

<sup>23</sup>Na concepção mundial hegemônica do direito, sua produção e aplicação acabam sendo atribuídas quase que monopolisticamente ao Estado, de forma que as versões ou construções de sentido gestadas pelos órgãos estatais acerca das normas jurídicas acabam tendo proeminência sobre as demais.

<sup>24</sup>Não se está afirmando, naturalmente, que a questão da terra foi resolvida, mas sim que a sua conceituação político-jurídica, os requisitos para o seu reconhecimento, entre outros fatores, foram objeto de construções interpretativas que fazem com que o tema tenha sido parcialmente elucidado no plano da interpretação. Também não se está afirmando que os sentidos construídos e as soluções adotadas foram todas satisfatórias: basta citarmos o exemplo do critério do chamado marco temporal fixado pelo Supremo Tribunal Federal no citado caso Raposa Terra do Sol, muito criticado no meio jurídico e antropológico.

<sup>25</sup>A convenção, adotada em Genebra em 27/06/1994, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002, tendo o Brasil depositado o instrumento de ratificação em 25/07/2002 e a promulgado pelo Decreto nº 5.051/2004. Recentemente, este último foi revogado pelo Decreto nº 10.088/2019, que consolidou todos os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal dispendo sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT, tendo a Convenção nº 169 integrado o seu anexo LXXII.

item 1, ao estabelecer que os estados deverão considerar, quando da aplicação da legislação nacional aos membros dos povos tradicionais, o seu direito consuetudinário. Da mesma forma, o artigo 9º, item 1, prega o respeito às suas formas próprias de repressão e solução de conflitos.

Mesmo assim, os dilemas apontados remanescem, uma vez que tais artigos condicionam o reconhecimento da autonomia desses grupos minoritários ao sistema jurídico nacional, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, o que nos conduz de volta às indeterminações teórico-conceituais e práticas a que nos referimos, afinal, os aludidos dispositivos da Convenção 169 não permitem extrair facilmente, tal qual na Constituição Federal Brasileira, de que forma seria possível harmonizar as práticas culturais dos povos indígenas eventualmente destoantes com os direitos humanos e fundamentais de caráter universal.

Devemos chamar a atenção, mais uma vez, para o fato de os direitos garantidos aos povos indígenas na Constituição Federal de 1988 serem, eles mesmos, considerados direitos fundamentais e carecerem de maiores estudos sobre qual posição ocupam no sistema e de que maneira interagem com os demais. Assim, embora considerada um avanço, não nos parece que a incorporação da Convenção nº 169 da OIT ao ordenamento jurídico nacional tenha alterado o quadro de indeterminação apontado.

Pelos mesmos motivos, o artigo 57, da Lei nº 6.001/73 – a única menção realmente cabal e expressa ao pluralismo jurídico indígena existente no ordenamento jurídico brasileiro – não se mostra idôneo para responder às questões que lhes são pertinentes, já que se limita à seara penal e reconhece a validade das práticas indígenas “desde que não revistam caráter cruel ou infamante”, expressões subjetivas e altamente problemáticas, que permitem alocar dentro dessa categoria qualquer costume indígena que destoe dos padrões “civilizatórios” impostos pela sociedade majoritária, sem contar que tal disposição é de constitucionalidade duvidosa, uma vez que o artigo 231, da Constituição Federal, não traz qualquer limitação específica à normatividade e práticas indígenas.

A situação em nada se altera com a Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, criada para instrumentalizar o referido dispositivo legal<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup>Por meio do qual o órgão administrativo de cúpula do Poder Judiciário estabeleceu procedimentos para o tratamento “às pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário (art. 1º). Observa-se em seu corpo normativo ao menos uma inovação, vazada no seu artigo 7º, que entendemos conveniente transcrever:

Art. 7º A responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, mediante consulta prévia.

Parágrafo único. A autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).

Diante dessa constatação, indaga-se: como é possível que questões como da autoridade e jurisdição indígenas, conflitos entre as normatividades jurídicas, racismo e políticas públicas indigenistas, entre inúmeras outras, ocupem tímida atenção da academia nacional e mal tenham chegado ao Poder Judiciário, considerando a dimensão da população indígena brasileira, um terço dela vivendo em áreas urbanas, a profunda alteridade que ela representa, e a histórica relação conflituosa da sociedade majoritária com esses povos?

No plano acadêmico, não entendemos ser o caso de atribuir esse lapso pura e simplesmente a uma falta de interesse dos estudiosos do direito ou dos antropólogos sobre o assunto.

O problema é ainda mais complexo, porque a temática indígena foi constitucionalizada e seria natural que ao menos os constitucionalistas, que têm entre os seus objetos de estudo o texto constitucional, se ocupassem dela, como o fizeram nos campos da saúde, educação, infância, desporto, e tantos outros. Mas não foi o que ocorreu e a maioria dos doutrinadores nacionais sequer faz alusão a ela em sua produção científica<sup>27</sup>.

As discussões sobre a responsabilidade penal indígena, travada pelos criminalistas episodicamente e também constantes de alguns julgados, assim como a capacidade civil dessas pessoas, debatidas timidamente por civilistas, não resultam em avanços para a constelação de incertezas que pairam sobre o artigo 231.

Finalmente, a produção acadêmica nacional voltada para o pluralismo jurídico também não realiza uma análise aprofundada do artigo 231 da Constituição Federal, da significação dos direitos nele encerrados ou dele extraídos para todos os envolvidos, do grau de reconhecimento da juridicidade dos sistemas normativos indígenas, bem como a sua relação com o direito estatal e, como visto, não realizam nem se apoiam em trabalhos etnográficos dessas comunidades, tampouco utilizam métodos comparativos entre institutos jurídicos indígenas e não indígenas.

Por outro lado, os conflitos sociais são frequentes e a violação dos direitos das comunidades indígenas crescentes, causando certa perplexidade não haver a judicialização correspondente.

O tímido quantitativo de acórdãos dos Tribunais de Justiça dos Estados em que indígenas figuram como partes se referem, em sua maioria, a casos em que eles são réus em

---

<sup>27</sup>O exame do currículo lattes e das obras mais importantes de constitucionalistas de destaque como Luís Roberto Barroso, Uadi Lâmega Bulos, Ingo Sarlet, Gilmar Mendes, Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes, Fabio Konder Comparato, Daniel Sarmento, Luis Alberto Davi Araújo, Sérgio Resende de Barros, Kildare Gonçalves Carvalho, Carlos Roberto Siqueira Castro, Clemerson Merlin Clève e Maria Garcia (só para ficar com alguns) revela que não tratam do tema.

ações penais, dentre os quais um número pequeno aborda questões pertinentes à identidade cultural, quase sempre consistentes em saber sobre a pertinência da confecção de um laudo antropológico ou se o réu estaria “integrado” à cultura nacional e poderia ser responsabilizado por seus atos.

Para se ter uma ideia, em pesquisa de jurisprudência realizada junto ao sistema informatizado disponível no site do Tribunal do Estado do Amazonas ([www.tjam.jus.br](http://www.tjam.jus.br)), unidade federada que abriga a maior população indígena do país, foram encontrados apenas 67 acórdãos relacionados a processos que têm como parte pessoa indígena, sendo que em uma ínfima parte deles é trazida à discussão sua peculiaridade cultural<sup>28</sup>.

No âmbito da Justiça Federal, competente para apreciar as questões relacionadas a direitos coletivos indígenas, tema, aliás, sujeito a inúmeras controvérsias, questões sobre autonomia, autoridade indígena, seus sistemas normativos, etc. são raramente discutidas, e ainda assim, tratadas de forma tangencial.

Sabendo-se que os fatos e a realidade social não se vergam diante de meras proclamações formais de direitos e que os espaços vazios, de omissão e indeterminação, sempre são ocupados pela prática social cotidiana, é razoável concluir que as questões apontadas pelo menos devem estar chegando, de uma forma ou de outra, em outras instituições vinculadas ao estado, na forma de demandas individuais ou coletivas e conflitos interculturais, tais como a FUNAI, Defensorias Públicas e Ministério Público, Federal e Estadual.

## **2. A PLURALIDADE DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS INDÍGENAS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

### **2.1 A pluralidade jurídica como uma realidade ocultada pelo advento do Estado e do direito modernos**

A realidade das sociedades humanas sempre foi a de coexistência de diversas fontes de normatividades jurídicas.

O fenômeno da multiplicidade de ordens normativas não deveria oferecer qualquer perplexidade e dada a própria tradição pluralista das nações continentais europeias, marcadas durante toda a idade média pela pluralidade explícita e aceita de múltiplas ordenações jurídicas

---

<sup>28</sup>Para a pesquisa, utilizou-se a expressão de busca “indígena”.

internas.

Em percuciente estudo desse fenômeno, valendo-se da metodologia da chamada nova história, Grossi (2014) atribui essa característica, em grande parte, pelo vazio político deixado pela implosão do estado romano no século V, cujo direito era mais centralizado, lacuna esta, que não fora integralmente preenchida pelos detentores do poder político que se seguiram, como o monarca, o senhor e a comuna.

Esses novos centros produtores do poder apresentam certa incompletude, no sentido de que não tinham uma vocação totalizante de espriar suas regulações para todos os setores da vida social, além de serem parcialmente indiferentes ao direito, o que acabou ensejando a possibilidade do florescimento de sistemas de regras relativamente autônomos no seio da sociedade civil, dentro das várias organizações e estamentos, tolerados, reconhecidos e aplicados pelo aparato político.

A característica marcante de todo esse período que vai do século V, encontra sua culminância no XI e começa a ser desconstruído paulatinamente a partir do XIV, é a de que a lei do príncipe ocupa menor relevância e presença no cotidiano dos estamentos, os quais, formados sob a lógica de uma teologia cristã de ordem natural geral e universal, com divisão de propósitos e funcionalidades, produz o direito a partir dos fatos sociais e das tradições locais. Nesse aspecto, o direito na idade média europeia é marcado por sua historicidade, ou seja, a sua fiel representação das forças que agiam então no meio social (GROSSI, 2014, p. 74).

Essas características de descentralização política e administrativa, de corpos intermediários, de corporativismo associativo e de pluralismo jurídico são suplantadas com o advento do Estado Moderno Liberal Burguês, e só serão retomadas na segunda metade do século XX, a partir dos estudos da antropologia jurídica.

Por fim, se levarmos em consideração as concepções fundamentais de dignidade, racionalidade e direito, tal como construídas pela tradição filosófica ocidental, discutir atualmente sobre se as organizações sociais indígenas teriam ou poderiam ter uma dimensão jurídica significa negar a essas pessoas a condição de seres racionais, éticos e comunicativos e, por extensão, subtrair-lhes a sua própria humanidade.

## **2.2 A (in)visibilidade das normatividades jurídicas indígenas**

A existência de ordens plurais é uma constante no território brasileiro há milênios, dada a presença de centenas de sociedades indígenas e tal fato não deixou de existir com o

início da colonização.

Muito embora tenham sido imortalizadas na historiografia brasileira as proclamações de que eles não teriam rei nem leis, o farto acervo documental de cronistas, viajantes, funcionários reais e colonos revelam a descrição de uma série de costumes relativos à dimensão familiar, bélica e diplomática desses povos.

Inúmeros documentos coloniais revelam, tal como ocorrido em outros empreendimentos dessa natureza em continentes diversos como o Africano, a permissividade da prática de seus costumes no âmbito dos aldeamentos para os quais eram atraídos pelas razões que expusemos no capítulo 1.

Assim, independentemente do sentido que se dê para à expressão “organizações sociais” no artigo 231, da Constituição Federal, podemos dizer, com Marés (2002, p. 59), que a auto-organização e o exercício da jurisdição indígenas se dá pelo império dos fatos, com ou sem a aquiescência do Estado. Mesmo assim, segundo esse mesmo autor, a normatização constitucional, ainda que não explícita nesse sentido, dá guarida ao reconhecimento do pluralismo jurídico.

Contudo, a existência dessas normatividades e sua qualificação como “jurídicas” foram sempre negligenciadas pela academia e pelo Estado e mesmos nos seguimentos em que foram reconhecidas, sempre foram tidas como formas inferiores de organização social.

Essa visão negativa sobre a formas de organização político-jurídica dos povos tradicionais pode ser vista, por exemplo, na obra de Gilissen (2001, pp. 77-82), onde o autor, valendo-se das lentes de visão do direito ocidental europeu e imbuído de nítida concepção evolucionista dos sistemas jurídicos, atribui aos direitos dos povos sem escrita – notadamente, aqueles presentes entre os povos indígenas colonizados dos séculos XIX e XX – as seguintes características: a) não escritos, sendo os esforços de formulação de regras jurídicas abstratas muito limitados; b) numerosos e próprios de cada comunidade que se apresentavam de tamanho variáveis, marcadas por uma economia fechada e autárquica; c) relativamente diversificados; d) impregnados de religião, pois seus integrantes viveriam sob o temor constante dos poderes sobrenaturais, e e) insuscetíveis de serem diferenciados de outras formas de regulação.

Se é assumido que a forma de organização do outro é marcada pela incivilidade, pelo temor a poderes mágicos e pela irracionalidade, quais as chances de se admitir um pluralismo jurídico albergado pela Constituição Federal brasileira?

A desqualificação da normatividade indígena como não jurídica, porque arcaica,

assentada em pressupostos sobrenaturais e, portanto, irracional, condiciona o julgador, o legislador, ou o idealizador de políticas indigenistas a pensar na questão em termos de tolerância a hábitos e costumes que para elas/eles, podem parecer, por puro desconhecimento e preconceito, bizarros ao invés de tratá-la sob a perspectiva da necessidade de coordenação de fontes jurídicas distintas.

### **2.3 Os valores da modernidade: um olhar geral**

Para que a questão indígena e o pluralismo social e jurídico sejam devidamente abordadas, é necessário ter em mente que as forças convergentes e divergentes envolvidas no campo social indigenista estão diretamente relacionadas às construções epistemológicas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas que marcaram o advento do que chamamos de modernidade.

As concepções de modernidade são as mais variadas e contrapõem pensadores das mais variadas matizes ideológicas, políticas e filosóficas.

Contudo, para Engelhardt (1998), o projeto da filosofia moderna ocidental de demonstrar a existência ou mesmo a possibilidade de um código ético secular universal, válido para todos e acessível pelo exercício da razão, revelou-se um fracasso retumbante diante da profusa quantidade de correntes de pensamento e visões morais seculares existentes na pós-modernidade, onde a moralidade essencial cristã deixou de ser a visão predominante de mundo e a humanidade, na impossibilidade de justificar uma moralidade particular impositiva, se viu à beira do niilismo ético, sob o risco perturbador de não ser igualmente capaz de sustentar a imoralidade inata de atos como as práticas experimentais nazistas. O autor não esconde a fonte de inspiração hegeliana da sua premissa mais fundamental.

Como nos parece evidente, as correntes filosóficas hegemônicas voltadas para a política e para as visões construídas sobre a alteridade dos povos indígenas, notadamente aquelas de tradição liberal, pressupõem o respeito, em maior ou menor medida, à diversidade e autodeterminação das sociedades indígenas sob a perspectiva da existência de um tecido ético, político e jurídico mínimo em comum entre os grupos sociais e sob o paradigma dos direitos individuais, o que pode não corresponder à realidade cultural de muitos grupos étnicos e representar a imposição de valores a eles.

## 2.4 As feições do direito moderno e os caracteres ainda dominantes no cenário atual

Nos parece necessário estabelecermos inicialmente o que entendemos por positivismo jurídico para os propósitos do presente trabalho. Naturalmente, nossa intenção aqui não é a de apresentar uma exposição histórica, sistemática e completa do fenômeno, mas apenas explicitar os seus valores essenciais, bem como as linhas gerais de algumas correntes de pensamento contemporâneo, com a finalidade de avaliar em que medida as características de suas múltiplas conformações podem antagonizar, inviabilizar ou mesmo invisibilizar a realidade jurídica plural que assumimos como pressuposto no presente trabalho e que utilizamos como uma das ferramentas de análise das decisões emanadas pelo Tribunal de Justiça do Maranhão.

Em uma primeira acepção, a expressão positivismo jurídico reporta-se à noção de direito positivo, criação volitiva humana, em contraposição ao direito natural, ordem presente na natureza, dualidade esta originada conceitualmente ainda na antiguidade greco-romana, onde o primeiro tinha primazia sobre o segundo. Na idade média, a dualidade se mantém, mas diante da ordenação cristã da sociedade europeia, o direito natural passa a ter primazia sobre o positivo, situação que vai perdurar até o advento da modernidade, quando ocorre o processo de monopolização da produção jurídica pelo Estado e o direito positivo passa a ser considerado o único válido e existente (BOBBIO, p. 25).

As bases ideológicas que orientaram a passagem da concepção medievá de descentralização política, pautada na dualidade de direitos e pluralidade de fontes, para uma concepção de Estado centralizado e de monismo jurídico, podem ser localizadas ainda no século XVI, nas obras de Bodin e Hobbes, e são concomitantes ao advento do Estado Moderno.

Hobbes edifica seu projeto filosófico sobre a noção recursiva de um estado de natureza, onde os seres humanos viveriam sob a condição de que seus direitos seriam apenas limitados na exata medida das forças de cada um, uma vez que não submetidos a um governo civil que se ocupasse do exercício do controle social.

Para esse filósofo, tal circunstância levaria a um estado generalizado de desconfiança e ataques preventivos de uns sobre os outros, sob a expectativa de que nada poderia impedir que fossem atacados e despidos dos seus bens ou mesmo alijados de sua própria existência.

A solução lógica e pragmática para a vida em civilização seria então um pacto em que os membros da sociedade se obrigassem a ceder as suas liberdades naturais ao controle de um soberano, que seria a medida de força, de justiça, de segurança social e jurídica para todos. Decorre daí que a competência para o exercício desse controle seria restrita ao soberano e a forma de sua expressão usual seria a lei. O excerto do *Leviatã* a seguir sintetiza essa concepção:

[...] Em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembleia, como numa democracia ou numa aristocracia. Porque o legislador é aquele que faz a lei. E só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos leis, portanto o Estado é o único legislador. Mas o Estado só é uma pessoa, com capacidade para fazer seja o que for, através do representante (isto é, o soberano), portanto o soberano é o único legislador [...] (HOBBS, 2015, p. 240)

O que aconteceria com os costumes jurídicos consolidados na sociedade pela tradição, modelo paradigmático em boa parte do período pré-moderno nas sociedades europeias (especialmente na Inglaterra)? Seu valor jamais poderia ser extraído pelo mero decurso do tempo ou sua aceitação social, mas sim pela presunção de aquiescência do soberano pelo seu silêncio, de forma que sua validade perduraria pelo tempo que a aceitação tácita estatal se mantivesse (HOBBS, 2015, p. 241).

Da mesma forma, as leis naturais só poderiam ser assim chamadas a partir da criação do Estado, pois estariam contidas nas leis civis, uma vez que é o soberano que obrigará os súditos a obedecê-las.

Como pode ser visto, Hobbes preconizou uma única fonte do direito, para a qual todas as outras, fossem costumes, opiniões de juristas e corporações diversas, mais cedo ou mais tarde, buscariam ratificação, sob pena de invalidade: o soberano.

Para muitos, como Villey (2019), o filósofo inglês teria inaugurado o positivismo jurídico propriamente dito, subvertendo a concepção política aristotélica reinante para lançar o paradigma do estado como fonte exclusiva de produção do direito<sup>29</sup>.

No entanto, a visão Hobbesiana traduz apenas alguns aspectos que seriam depois atribuídos a este positivismo jurídico inicial, que só vai se consolidar a partir das revoluções liberais do Século XVIII, além de se especializar no decorrer dos séculos seguintes em várias correntes diversas, com suas especificidades, constituindo ainda hoje a posição teórica hegemônica e o paradigma dominante no plano operacional do direito, ainda que sua crise, colapso e superação tenham sido incessantemente anunciadas desde os anos sessenta do século XX.

De qualquer forma, o positivismo acaba se consolidando, em linhas bem gerais, como a corrente doutrinária que concebe o direito positivo “[...] como aquele posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como ‘lei’” (BOBBIO, 1999, p.

---

<sup>29</sup>Essa reflexão não é acompanhada por Bobbio nem Hespánha, para quem as ideias Hobbesianas devem ser consideradas precursoras do positivismo jurídico.

119).

Bobbio entende que essa concepção deriva da propensão histórica para a legislação, universal e irreversível, caracterizada por duas ideias cardeais: 1) a legislação traduz o ordenamento racional da sociedade, com a edição de normas estáveis e coerentes entre si e 2) o uso da legislação exprime a finalidade racionalmente estabelecida de alterar a sociedade, ou seja, de modificar suas estruturas, desiderato insuscetível de ser atingido pelo direito consuetudinário, que ele reputa imediatista, irrefletido, e um mero reflexo contingente das estruturas sociais existentes.

Indagando sobre as raízes estruturais de múltiplas ordens desse fenômeno, Wolkmer (2015, p. 48) sustenta que ele é o resultado de um processo de centralização do poder político, apoiado nas doutrinas da soberania nacional, da racionalização política e administração burocrática); da adequação a um novo modelo de produção econômica (capitalismo mercantil), e das demandas da classe social interessada (a burguesia), com o conseqüente declínio da Igreja e do pluralismo corporativista medieval.

Para esse autor, a nota característica desse novo modelo é o que se convencionou chamar de monismo jurídico, ou seja, o monopólio da produção do direito pelo Estado, que seria sustentado por quatro pressupostos ideológicos, a saber, a estatalidade, a unicidade, a positivação e a racionalização.

A estatalidade representaria a exclusividade da produção do direito em si mesma, ou a confusão de identidade entre o Estado e o Direito, de forma que somente o que for produzido ou validado pelo ente estatal seja válido.

A unicidade, por sua vez, denota a visão de que existiria um sistema jurídico único para toda uma sociedade nacional organizada, no qual a lei ocuparia a posição de expressão máxima da vontade do Estado-Nação. Já a positividade corresponderia justamente à proposição de que todo o direito é positivo, posto oficialmente pelo Estado, donde se pressupõem a existência de um ordenamento sistemático e fechado, composto por normas universais presumivelmente neutras e um aparato coercitivo estatal para aplicá-las. Por fim, a racionalidade formal indica a produção normativa intelectualizada e procedimentalizada, identificada com a noção de razão ética instrumental (WOLKMER, 2015, p. 67).

Em sentido similar, Hespanha (2001; 2018) atribui duas conseqüências conceituais à concepção monopolista do direito pelo estado. A primeira delas, o legalismo, implica fusão entre lei e direito e, a segunda, o cientificismo, prega a sistematização jurídica, a presunção da racionalidade do legislador, e o dogmatismo jurídico.

É curioso constatarmos que os valores primordiais do positivismo jurídico foram gestados durante o antigo regime e absorvidos, consolidados e ampliados a partir das revoluções liberais do século XVIII, através da reformulação da ideia de legitimidade da fonte de poder e da aceitação gradual e crescente da ideia gestada no iluminismo de que o poder político seria uma manifestação de vontade do povo, expressa pelos representantes que ele mesmo escolheu na forma das constituições dos estados (não de um soberano), o que implicava observar o processo de criação jurídica estabelecido nessas cartas políticas e a validação do que é ou não direito de acordo com elas.

Em um momento posterior, a influência do idealismo hegeliano (com sua visão de um Estado como fator racional, neutro, acima dos interesses privados) conduzirá a doutrina do direito público alemão do final do século XIX (especialmente a de Jellinek, Laband e Zorn) a professar a visão de um Estado harmonizador da pluralidade das pretensões dos indivíduos, a quem compete racionalizar e hierarquizar os interesses particulares e dos grupos, impondo-lhes o interesse geral, garantindo a ordem pública, a defesa externa, o monopólio da força, a estabilidade, a certeza e a efetividade do direito. A soberania passa a ser, então, a faculdade exclusiva do ente Estatal de criar o direito (HESPANHA, 2001 e 2018).

No mesmo século XIX, começam a surgir os movimentos de codificação e escolas positivistas em países diversos, com suas vicissitudes, como a escola da exegese na França, a filosofia analítica de Bentham na Inglaterra, e pandectismo na Alemanha. Não é nosso objetivo aqui fazer a abordagem histórica dessas escolas.

## **2.5 O reencontro com o pluralismo: o Pluralismo teórico ou acadêmico**

Conforme anota Sacco (2013) a teoria do pluralismo jurídico teria sido desenvolvida pelos antropólogos do direito em reação aos conflitos entre o direito do colonizador e os sistemas consuetudinários dos povos colonizados.

Como bem situou Tamaha:

A longa duração da visão dominante de que o direito é um sistema unificado e uniforme administrado pelo estado apagou nossa consciência de uma extensa história de pluralismo jurídico (TAMAHHA, 2008, p. 376)<sup>30</sup>

No Brasil em especial esse fator é marcante:

---

<sup>30</sup>No original: The long dominant view that law is a unified and uniform system administered by the state has erased our consciousness of the extended history of legal pluralism.

Há um diagnóstico imediato: os longos anos de práticas sociais, políticas, administrativas e jurídicas hegemônicas, próprias de um modelo de Estado-Nação orientado por uma homogeneidade que mal disfarçava o domínio de um único e determinado grupo, acabaram por naturalizá-la, de tal modo que as legítimas reivindicações descolonizadoras da atualidade são, por via de regra, vistas, pelas diversas instâncias de poder, com enorme perplexidade. (DUPRAT, 2015, p. 8).

Produto da segunda metade do século XIX, a antropologia se apresenta como disciplina voltada inicialmente para explicar as diferenças culturais entre as sociedades industrializadas e aquelas outras distantes e supostamente exóticas, presentes nos territórios colonizados pelos estados europeus ao redor do globo.

Após uma série de antecedentes que remontam ao século XVI, ela surge em meio à sociedade moderna industrializada e ao movimento das conquistas coloniais, com o antropólogo, no dizer de Laplantine (2017, p. 64) “acompanhando de perto os passos do colono”<sup>31</sup>. É nesse período, notadamente a partir dos anos 1850, que Spencer, Morgan, Tylor e Frazer, entre outros, empreenderam os seus primeiros trabalhos antropológicos.

Desenvolvendo as suas análises e teorizações quase que totalmente a partir das observações, registros, relatórios e diários de terceiros (viajantes, missionários, administradores coloniais, e profissionais que tinham alguma convivência com aqueles povos “diferentes”)<sup>32</sup>, esses primeiros antropólogos – os “pioneiros” – se propuseram a ambiciosa tarefa de explicar o ser humano, as sociedades humanas e suas diferenças em uma perspectiva de universalidade.

Suas concepções eram eminentemente evolucionistas, sendo comum a noção de que as sociedades que agora se descortinavam representavam uma espécie de janela para o passado, constituindo estágios antecedentes ou inferiores de desenvolvimento (daí a expressão “primitivas”), o que lhes permitia concluir que todas as sociedades humanas partiriam de um

---

<sup>31</sup>Segundo Laplantine, foi a partir da descoberta do “novo mundo” que se iniciou a pavimentação (rudimentar, decerto) para uma reflexão antropológica, ou seja, o questionamento do que seria o homem ou mesmo a humanidade não mais em bases exclusivamente de caráter especulativo (notadamente nos trabalhos de Jean de Léry e Montaigne), ainda que o período tenha sido marcado pelas sucessivas alternâncias das percepções que os europeus nutriam em relação aos habitantes dessas terras longínquas (ora bons, ora maus; ora belos, ora feios; ora providos de alma, ora desalmados; ora coisas, ora humanos, etc. – todas elas irrealis, naturalmente). É no renascimento, portanto, que vamos encontrar uma espécie de pré-história da antropologia. Já o século XVIII foi marcado pela construção das bases de um projeto antropológico, com a transformação do objeto observado (do naturalístico e biológico para os elementos da cultura e da sociedade), o surgimento de uma base epistemológica (passando-se da mera coleta de dados à sua sistematização e interpretação), e a leitura das alteridades radicais pelas lentes da filosofia (2017: 58-59). Para Lévi-Strauss (2017, p. 43), é nesse período que Rousseau lança as bases teóricas do que viria a ser a ciência etnológica. Thomas H. Eriksen e Finn S. Nielsen (2007, pp 20-21) também destacam como precedentes importantes da reflexão e metodologia antropológicas desse período as obras de Montesquieu e os trabalhos de inúmeros autores (entre eles Condorcet e Rousseau) reunidos na ambiciosa Encyclopédie, de Diderot (cujos volumes foram publicados entre os anos de 1751 a 1772).

<sup>32</sup>Digna de nota é a exceção de Morgan, que realizava trabalhos de campo.

ponto de origem e, por um processo de evolução unilinear, passariam necessariamente pelas mesmas fases de organização e de progresso, até chegarem ao seu nível mais avançado, qual seja, a civilização ocidental.

Para eles, o estudo comparativo de características do maior número possível de sociedades “primitivas” possibilitaria reconstituir as lacunas históricas das próprias sociedades industrializadas, sendo que as diferenças culturais entre os povos poderiam ser explicadas por um desenvolvimento operado em ritmos desiguais ocasionados por fatores externos (geografia, clima, etc.) ou contingentes de cada uma das populações, todas elas pertencentes a uma mesma humanidade e fatalmente vocacionadas para seguir uma mesma direção<sup>33</sup>.

Tais visões receberam imediatamente as críticas da chamada escola difusionista com origem na Alemanha, sobre a qual registramos, por todas, a obra de Bastian (*Man in history*, de 1860), na qual se sustentou que as culturas humanas tiveram uma mesma origem e depois se dispersaram pelo globo, sendo plantada a semente do que viria a ser chamado de relativismo cultural<sup>34</sup>.

O fenômeno jurídico também foi objeto de atenção dos primeiros juristas antropólogos ou antropólogos juristas.

É assim que Lewis Henry Morgan publicava, ainda nas décadas de 1840 e 1850, estudos comparativos dos sistemas políticos e jurídicos de nações indígenas norte-americanas; o britânico H. Sumner Maine (que voltou seus estudos para os sistemas políticos e jurídicos tradicionais da Índia) publicava, em 1861, *Ancient Law*<sup>35</sup>, mesmo ano em que J. J. Bachofen trazia à luz o seu *Das Mutterrecht*, sem esquecermos de H. E. Post, com sua *Jurisprudência Etnológica* de 1893 e, como lembrado por Rouland (2003), de J. Kohler, pioneiro no estudo dos direitos africanos a partir de 1878.

Todos esses projetos estavam embebidos na concepção evolucionista da cultura e, portanto, do direito, aplicando o método comparativo focado na identificação das ausências e eventuais coincidências dos institutos jurídicos e políticos próprios das nações ocidentais.

---

33Acerca do evolucionismo na antropologia, a observação de Robert Lowie (1937, p. 13), sobre o fato de que a ideia de estágios evolutivos da humanidade já era apresentada, entre outros lugares, na *Esquisse d'un tableau historique des progres de l'esprit humain* de Condorcet (1795), nos parece bem oportuna. Da mesma forma, a advertência de Levi-Strauss (2017, 345-346) de que os trabalhos iniciais dessa corrente de pensamento não teriam sido construídos a partir do evolucionismo biológico de Darwin, já que anteriores a ele, mas sim influenciados por trabalhos de pensadores como Augusto Comte, por exemplo. Contudo, a influência das ideias Darwinistas não tardou a se apresentar com muita força nos trabalhos posteriores (deles e de outros pensadores).

34Cf. Eriksen e Nielsen (2007, pp 34-35) e Lowie, op. cit., onde aponta a presença de uma gama de pensadores difusionistas em outros países no século XIX.

35Cf. Lowie, op. cit., p. 49 e seguintes, para quem Maine foi o fundador do direito comparado.

Como observa Rouland, esses primeiros antropólogos do direito “*postulam que todas as sociedades são submetidas a leis de evolução de rigidez variável, que conduzem da selvageria à civilização*” e, no que diz mais respeito ao político e jurídico, passariam “*do oral ao escrito, da família ampla à família nuclear, da propriedade coletiva à propriedade privada, do estatuto ao contrato, etc.*” (2003).

A antropologia penetra no século XX dividida entre as correntes evolucionista e difusionista até que se opera o “salto etnográfico” da disciplina, atribuído a Franz Boas e Bronislaw Malinowski. Na visão desses etnólogos, guardadas suas profundas diferenças, merece destaque que para eles os elementos culturais de uma sociedade deveriam ser interpretados de forma contextualizada.

Boas realiza extensos trabalhos de campo e sustenta que quaisquer aspectos de uma cultura, por menores que pareçam, devem ser registrados para que se interprete sua localização no todo. Como anota Laplantine (2017), ele foi o pai da etnografia profissional, com suas descrições minuciosas, e um dos primeiros a advogar a necessidade de o antropólogo ter acesso à língua do povo estudado, dispensando, na medida do possível, o intérprete, além de ter sido um dos contestadores mais fortes do evolucionismo.

Para Lowie (1937), sua obra representou uma espécie de ruptura com o método das escolas precedentes, de promover observações externas e superficiais dos fenômenos e posteriormente agrupá-los e classificá-los à moda de um antiquário. Seria necessário que qualquer comparação fosse precedida da identificação do real sentido dos fenômenos envolvidos, o que só poderia ser obtido a partir do seu próprio contexto.

Já Malinowski foi além e sustentou que o trabalho etnográfico deveria envolver a própria desconstrução (tentativa de) ou desenraizamento cultural do etnólogo, na busca por entender o pensamento dos “nativos” nos seus próprios termos. Fundou, também, uma teorização funcionalista de caráter biológico muito particular.

Este último, ainda em 1920 (2015, pp. 17-20) faz crítica contundente à antropologia do direito que lhe precedera, precisamente porque ela simplesmente invisibilizava a individualidade das pessoas indígenas e os conflitos e dissidências políticas no interior de suas sociedades, professando uma submissão irrefletida, automática e servil, do “nativo” às suas tradições, inclusive recusando a ideia de que poderiam ter algo a que pudessem chamar propriamente de direito, a menos que se identificasse uma institucionalidade tipicamente ocidental de produção e aplicação das normas, como um órgão, grupo ou pessoa destacada para exercer a atividade de julgar os conflitos, por exemplo.

Comum a esses dois pensadores é a ideia de que deveria haver a junção inafastável do observador e do teórico na figura do etnólogo. A pesquisa de campo e a observação direta passariam a ser consideradas elas mesmas fontes do conhecimento.

A partir desse momento, e das teorias sociais de Durkheim e Mauss, que conferem densidade teórica e consolidam as noções de sistema e estrutura, a antropologia se consolida como ciência moderna e se diversifica no seu objeto de estudo, dando nascimento a novas correntes de pensamento e especialidades como a antropologia cultural, social, simbólica, hermenêutica, neoevolucionista, etc.

A antropologia jurídica, que tivera uma efusiva produção até o final do século XIX se arrefece, sendo retomada com vigor na década de 40, quando se observou a ascensão e o predomínio da escola anglo-saxônica, na mesma proporção do declínio da escola alemã, causado, em parte, pela interdição das suas colônias.

O destaque do período foi a obra de E. Adamson-Hoebel e K. Llewellyn intitulada *Cheyenne Way*, de 1941.

Na França, o movimento tardou a florescer, mas depois consolidou-se com a produção de antropólogos tais como H. Lèvy-Brühl, M. Alliot, R. Verdier, e E. Leroy (ROULAND, 2004, p. 58).

No Brasil, um dos países com o maior número de sociedades indígenas do mundo, a antropologia também fixou raízes, e das mais fecundas.

Segundo opina Laraia (2014, p. 37), ela não teria nascido com as atividades do Museu Nacional (antropologia física) como alguns pensam, mas sim com os trabalhos do médico maranhense Raymundo Nina Rodrigues, que publicou a obra intitulada *Africanos no Brasil*, em 1932.

Não há dúvida que a riqueza da produção da antropologia social/cultural no Brasil é notória.

Assim, foi a partir dos conhecimentos advindos de estudos etnográficos sobre os sistemas jurídicos dos povos colonizados e as reflexões antropológicas e sociológicas sobre esses fatos, que o ocidente implodiu a barreira que falseava uma realidade sempre presente: a pluralidade de fontes de produção jurídica em uma sociedade política.

Surgem então as reflexões sobre essa realidade, que vieram a constituir o pluralismo jurídico como corrente de pensamento ou campo de análise, que desencadeou certa profusão de trabalhos nacionais voltados para a sua discussão a partir dos anos 90.

É o caso do estudo paradigmático de Wolkmer, o qual aponta outras referências de teóricos que preconizaram em seus trabalhos um viés descentralizador do direito, admitindo multiplicidade de ordens jurídicas na sociedade brasileira, tais como Oliveira Vianna, Evaristo de Moraes Filho, André Franco Montoro, Francisco de Miranda Rosa, Joaquim Falcão, Roberto Lyra Filho e Luiz Fenando Coelho, entre outros (WOLKMER, 2015, p. 138).

Para Wolkmer, apesar das mais variadas correntes de pensamento do pluralismo jurídico, todas elas têm em comum a negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda a produção do direito (2015, p. 13).

Segundo Moore (1978, pp. 55-56), o fenômeno pluralístico é um consectário da própria pluralidade social e se traduz no fato de que em qualquer sociedade se formam campos semiautônomos capazes de produzirem regras, costumes e símbolos, dotados de meios para induzir ou obrigar ao seu cumprimento, permeáveis às regras e decisões emanadas do contexto social maior em que estão inseridos.

Adotando um sentido mais forte de pluralismo, Griffiths sustenta que essa é uma condição natural de toda e qualquer sociedade, além de considerar que todas as autorregulações dos campos semiautônomos devem ser consideradas como direito, da mesma forma que o estatal. Em suas palavras:

“Uma situação de pluralismo jurídico – a onipresente e normal situação nas sociedades humanas – é aquela em que o direito e as instituições jurídicas não são todas subsumíveis a um único sistema, mas têm suas fontes nas atividades de autorregulação de todos os campos sociais multifacetados existentes, atividades que podem suportar, complementar, ignorar ou frustrar umas às outras, de forma que o direito que é realmente efetivado na base da sociedade é o resultado dos complexíssimos e geralmente imprevisíveis padrões de competição, interação, negociação, isolacionismo e afins.” (GRIFTITHS, 1986, p. 39)<sup>36</sup>.

Santos (2013) observa que a sociologia do direito propriamente dita surge após a segunda guerra e é marcada pela escolha de um viés normativo do problema, em detrimento dos seus aspectos institucional e organizacional. Destaca que, dentro do plano normativista, foca ainda no aspecto do direito substantivo, ao invés de se ocupar do processual.

---

<sup>36</sup>Tradução nossa. No original: “A situation of legal pluralism - the omnipresent, normal situation in human society - is one in which law and legal institutions are not all subsumable within one 'system' but have their sources in the self-regulatory activities of all the multifarious social fields present, activities which may support, complement, ignore or frustrate one another, so that the 'law' which is actually effective on the 'ground floor' of society is the result of enormously complex and usually in practice unpredictable patterns of competition, interaction, negotiation, isolationism, and the like.” (GRIFTITHS, 1986, p. 39).

As visões precursoras do século XIX são aquelas, dentro da perspectiva normativa que opõe a ideia de que o direito deveria limitar-se a reproduzir na forma de normas os valores, padrões de conduta espontânea gestados paulatinamente na sociedade (direito como variável dependente - Savigny) e aquela que defendia que o direito deve ser ativo e promover mudanças sociais no domínio material, da cultura e das mentalidades (Bentham – direito como variável independente das estruturas sociais). Nem é preciso dizer que a tese vencedora foi a do direito como independente.

Curioso é que ainda hoje, esse fator é uma das principais críticas dirigidas à ciência e à prática jurídicas, como pode ser visto em Souza Lima (2014).

Como bem acentua Sacco (2013), haverão tantos conceitos de direito quantos forem os antropólogos jurídicos, com recortes e enfoques diversos desse fenômeno social, uns acentuando o fator punitivo da área de conhecimento em questão, outros as convenções, e por aí vai.

## **2.6 As teorias do direito e sua (in)compatibilidade com a ideia de pluralismo jurídico**

Em uma concepção teórica do direito como a de Atienza (2014), qualquer sociedade humana que não apresente uma estrutura mínima de poder político sob a perspectiva europeia, no caso, com um órgão destacado do corpo social responsável pela aplicação das normas, não teria um sistema jurídico ou um direito propriamente dito.

O problema dessa concepção é que ela se choca com o mundo dos fatos, onde diversas sociedades indígenas sempre tiveram, e ainda têm, suas próprias normatividades, constituindo a questão acerca de sua autonomia ou relação com a ordem estatal tema de análise diversa.

O que pretendemos fixar aqui é que a questão indígena, tal como posta, é insuscetível de ser resolvida pela maioria esmagadora dos modelos teóricos do direito, desde a filosofia até a dogmática jurídica.

Nenhuma delas consegue explicar a multiplicidade de fontes do direito e do direito extra-estatal, nem categorias diversas da explicação do “jurídico” fora da noção de um único sistema, o qual, ainda que admitindo variações pontuais de subgrupos sociais, está toda erigida em um tecido moral e de valores jurídicos fundamental.

Não se concebe mais de um sistema jurídico inteiramente diverso dentro de uma mesma sociedade. Sempre haverá de ter algo em comum e integrativo no seu conteúdo conectando a todos eles (direitos humanos, valor democracia, etc.).

Não se concebe, também, que uma ordem constitucional possa admitir a acomodação de organizações sociais que não comungam das mesmas ideias do que seriam direitos humanos. Haverá de ter um tecido homogêneo mínimo de valores a que todos os grupos estejam obrigados. E mesmo assim, a realidade insiste em contrariar tais aspirações, demonstrando que certas culturas não comungam sequer a ideia de um estado, nem do que poderia ser considerado um ser humano.

Nesse ponto, temos que, diversamente da ideia das causas da invisibilidade jurídica propugnada por Hespanha (2018, p. 36), que seria o resultado de uma leitura das sociedades dominantes das organizações distintas valendo-se dos seus próprios valores jurídicos, o problema é ainda mais profundo.

Não se trata meramente de comparar sistemas valendo-se dos seus próprios critérios e daí concluir que tal ou qual organização não possui um direito, mas sim de rejeitar a cultura do outro e colocá-lo em uma posição de existência atrasada, equivocada, em vias de extinção, ou até sub-humana.

Mesmo a obra de Reale (1996), revolucionária sob a perspectiva de considerar o fenômeno jurídico como tridimensional (entre muitos outros aspectos) advogou que não existiria uma ciência jurídica, mas diversas ciências jurídicas, ocupando a dogmática jurídica seu quadro central, por representar o momento culminante da experiência do direito. Para ele, a criação do direito seria atividade científica e própria dos juristas.

O primeiro problema que se pode apontar dessa concepção é que a ciência do direito talvez seja a única em que as pessoas que a praticam são muitas vezes as mesmas que criam artificialmente o seu objeto. Isso faz com que se tenha entendido que os operadores do direito criam e executam a ciência do direito no seu cotidiano.

Ora, isso pode acarretar verdadeira crise de legitimidade do conhecimento científico jurídico, já que o que é produzido não atende a qualquer método científico propriamente dito, mas sim a um tipo de raciocínio e de produção textual que procura se adornar com uma roupagem lógica, mas que, no final das contas, se reserva o papel de encaminhar soluções a casos concretos, muitas vezes de forma interessada e sem qualquer compromisso com a neutralidade ou a consideração de posições dissidentes.

Em segundo lugar, olvida-se que mesmo sob o ponto de vista dogmático, não estudamos o ordenamento jurídico tão somente em termos do que ele contém, mas também aquilo que ele não contém e ainda o que ele deveria conter.

Por fim, mesmo o objeto do estudo dogmático, o ordenamento, incorpora elementos que somente podem ser acessados a partir de campos de conhecimento diversos, não sujeitos a mera tradução jurídica, tampouco ocupando posição meramente acessória na norma observada.

Contudo, mesmo os movimentos de reelaboração e re-justificação desses modelos teóricos, que em comum guardam sempre a concepção de que o objeto da ciência do direito é o sistema normativo, enfrentam verdadeira crise paradigmática e epistemológica, pelos mais variados fatores, mas que podem ser sintetizados, nas palavras de Silva e Serra da seguinte forma:

A crise epistemológica assentada no normativismo como objeto, no raciocínio lógico-formal como metodologia, no liberalismo como sustentáculo ideológico e na mentalidade positivista como base do saber jurídico dotado de uma cultura tecnicista e despolitizada marca o ensino jurídico no Brasil, mostrando-se insuficientemente para responder às demandas da sociedade contemporânea, dirimindo conflitos em direção da sedimentação da paz social. (SILVA; SERRA, 2017, pp. 6-9)

Em razão disso, novas propostas de abordagem do fenômeno jurídico têm ganhado destaque, notadamente aquelas que o concebem como uma realidade complexa em si mesma, insuscetível de ser compreendida de forma unidimensional, o que acarreta, no plano metodológico a necessidade de desenvolvimento de aproximações inter/transdisciplinares.

Mesmo a expressão “fenômeno jurídico historicamente realizado” usado por Gustin (p. 14) em um contexto de assunção da perspectiva comunicacional da realidade jurídica, acaba nos remetendo à noção de produto acabado dessa expressão cultural humana: as normas jurídicas positivadas, olvidando-se que não somente o “feito” mas também o “fazer o direito” constitui elemento central desse fenômeno e por isso deve ser objeto de análise da ciência jurídica.

Nesse ponto, vê-se o equívoco de Guadalupe ao criticar a concepção realiana de direito atribuindo a ela o vazio de uma definição do que seriam os valores jurídicos ou a substância do direito, olvidando-se que para o autor a nota característica do direito não é o seu conteúdo em si, que será tão variado quanto forem os valores e as contingências sociais, mas sim seu aspecto funcional, ou seja, aquela combinação de fato, valor e norma, revestida da característica da bilateralidade atributiva.

Por outro lado, mesmo as teorias positivistas não exclusivas, que admitem o papel de elementos extrajurídicos na aplicação e até na verificação de validade da norma jurídica, em geral, não apresentam elementos de diferenciação com força suficiente para que os elementos “exógenos” sejam considerados, eles mesmos, substância integradora do objeto da ciência

jurídicas e o retorno ao exame do produto acabado, a norma posta, é inevitável.

Não é por menos que Marques Neto, embora reconhecendo o viés inovador da obra de Reale, especialmente porque colocara a tridimensionalidade do direito enquanto matéria cognoscível nos termos mais elevados possíveis, faz a crítica de que aquele filósofo botara tudo a perder ao atribuir à ciência jurídica o estudo por excelência da dimensão normativa do fenômeno jurígeno, reservando à filosofia e à sociologia jurídicas o estudo das outras duas dimensões.

Contudo, não se pode esquecer que Reale (1998) exprime preocupação com os extremos construtivos do direito, o dogmatismo legal estrito e o endeusamento dos precedentes judiciais. Lembremos, aqui, que ele considera a criação do direito como produto da ciência do direito.

Não há como compreender, sem a mudança dos paradigmas teóricos, epistemológicos e metodológicos predominantes no mundo acadêmico do direito, de que forma normatividades ancestrais reprodutoras de um essencialismo cultural possam ser respeitadas ao mesmo tempo em que se exige de todas as pessoas o atendimento a direitos fundamentais tidos como universais e que podem se chocar com essas normatividades diferenciadas.

Assim, qualquer teoria que associe todo o direito ao estado conduzirá a uma epistemologia marcada pelo reducionismo do fenômeno jurídico, e condicionará o surgimento de metodologias, métodos e técnicas que procurem negar o caráter jurídico dessas normatividades ou enquadrá-las sob os moldes classificatórios do direito estatal, de tipo ocidental e positivo.

É o que se observa, por exemplo, na aplicação do chamado direito federal indigenista nos EUA, onde em diversas decisões da Suprema Corte daquele país ao longo das últimas décadas, impôs-se a conformação das culturas indígenas às exigências do *due process of law* nos seus processos internos de solução de conflitos (RILEY, 2019).

Partimos de uma realidade dada, a de que o Estado Brasileiro incorporou as sociedades indígenas submetendo-as, ao menos, à moldura política fundamental traduzida na Constituição Federal, lugar onde conferiu a elas um *status* social, político e jurídico ainda não totalmente construído/esclarecido.

Decorre daí que o presente trabalho não trata nem pretende discutir teorias e correntes da ciência e filosofia política que concebem o direito de secessão aos povos originários colonizados pelas potências ocidentais, nem propõe ou pretende elaborar uma proposta de reforma constitucional que redistribua territorialmente o poder agora considerando essas

populações.

Todas essas questões são válidas, mas não cabem na presente pesquisa que, partindo da existência de uma pluralidade jurídica como fato e de que o marco constitucional indigenista ainda se encontra em construção (e por essa razão, em disputa), identifica as graves questões sociais envolvendo os povos indígenas e suas respectivas ferramentas analíticas, assim como as teorias e propostas de formatação de arranjos pluralísticos, para analisar como o Tribunal de Justiça do Maranhão se movimenta diante dessas condições e depois sugerir a hipótese de que a moldura institucional a ser preenchida admite um pluralismo jurídico de tipo igualitário, assim como uma ressignificação de certos núcleos de sentido que envolvem os direitos humanos, tais como as noções de pessoa, dignidade, vida e liberdade, para acomodar as cosmovisões dos povos indígenas.

Em nosso entendimento, as consequências e arranjos irão variar, nos planos empírico e epistemológicos conforme o entendimento que se tiver sobre “a fonte” do direito e a “natureza do direito”. Fazemos uma tentativa de explicarmos essa asserção separando teoricamente, para efeitos didáticos, características que nasceram associadas historicamente umas às outras.

Assim, em primeiro lugar, se entendermos que o Estado é a única fonte do direito, duas possibilidades de reconhecimento de um pluralismo efetivo se apresentam, mas com caráter restritivo<sup>37</sup>. São elas:

1) as normatividades indígenas (e outras de segmentos sociais diversos) seriam meras ordenações de natureza puramente social, qualificadas de costumes, e que poderiam ser validadas pelo “verdadeiro direito” na forma de costumes jurídicos e, no final das contas, tudo acabaria sendo direito estatal (mas com os costumes em posição inferior). Essa concepção opera severas restrições ao direito indígena, que somente poderia receber o selo da juridicidade (e portanto da validade e obrigatoriedade) caso validado pelo estado, geralmente através de decisões judiciais, sem contar que não haveria a possibilidade de se conceber previamente zonas de normatividades próprias sobre as quais o Estado não poderia imiscuir-se livremente, já que ele poderia intervir em qualquer situação, em princípio, ainda que se trate de contendas entre indígenas no interior das TIs;

2) o arranjo político-constitucional adotado pelo país admite previamente a produção autônoma do direito por certos segmentos sociais e lhes confere um certo grau de liberdade,

---

<sup>37</sup>Lembrando que há aqueles que entendem que o direito somente pode ser o estatal, assim como aqueles que pensam que houve ao longo da história outras fontes do direito, mas com o surgimento do Estado Moderno somente a entidade estatal pode produzi-lo.

mas que somente terá validade se não estiver em descompasso com o direito estatal e deverá ser considerada parte integrante desse mesmo ordenamento.

Em segundo lugar, caso pensemos que o direito não é algo somente produzido ou necessariamente ratificado pelo Estado, abrem-se, também, duas perspectivas:

1) o estado admite fontes múltiplas do direito, mas consigna que todas elas deverão respeitar o direito estatal, desde as normas superiores até as inferiores, havendo subordinação e hierarquia entre os sistemas;

2) o estado admite fontes múltiplas de direitos e confere a elas graus de autonomia, condicionando-as (as populares e as estatais) a uma grade ou um conjunto de valores e preceitos fundamentais mínimos. Essa perspectiva é adotada por muitos pesquisadores quando examinam o caso do Brasil e concebe que a permissão do Estado para normatividades próprias não significa que normatividade fora do estado, mas sim a presunção de que tudo irá compor o sistema jurídico estatal, no caso das normas indígenas, como normas jurídicas autônomas, presumidamente válidas perante o direito estatal desde que não estejam em uma relação de discordância com elas.

Bem por isso, já não é sem tempo que a filosofia do direito, com suas declaradas pretensões de explicar o fenômeno no que toca às suas razões últimas e no que lhe é universal, aperceba-se dos achados dos estudos antropológicos e deixe de ser, mesmo nos trabalhos dos seus melhores expoentes, uma filosofia do direito ocidental e não do fenômeno jurídico em toda a sua integralidade.

### **Direito e juridicidade**

Nesse sentido uma concepção da experiência jurídica a partir da teoria da juridicidade de Le Roy (2009) é particularmente relevante nesse cenário, tendo em vista sua abordagem transdisciplinar e intercultural do fenômeno, não redutível às visões dogmáticas de “sistema” e “direito estatal” ainda predominantes ao redor do mundo ocidental.

Para esse autor, o direito e os saberes sobre o direito tais como produzidos no ocidente a partir da modernidade não constituem uma experiência universal, mas apenas integram um quadro maior da realidade jurídica ao lado de outras formatações desse fenômeno social, que ele vai denominar juridicidade.

Procurando distanciar-se dos fundamentos da escola estrutural da antropologia, desenvolve o que chamou de antropologia dinâmica do direito e concebe a experiência jurídica

ocidental como marcada pela nomologia, ou seja, uma ciência da regra, o culto à lei fundada em uma visão de mundo em que o aspecto ordenador da sociedade é exógeno, características que entende serem insuscetíveis de generalização para todas as sociedades humanas.

Valendo-se das contribuições de Michel Alliot, associa a cosmologia e a cosmogonia de um grupo social ao tipo de juridicidade que ele vai desenvolver, sendo que no caso das sociedades ocidentais o direito fora erigido sobre as bases da tradição judaico-cristã, identificando a nomologia como tributária da concepção religiosa monoteísta de lei (LE ROY, 2019).

As observações de campo e os trabalhos etnográficos desenvolvidos por Le Roy ao longo de três décadas junto a povos tradicionais do Continente Africano, especialmente as relações de camponeses com a terra e os mecanismos de posse comum, permitiram a ele identificar arranjos jurídicos que não adotam a noção de propriedade privada, nem têm como unidade mínima reguladora o tipo lógico “norma geral impessoal” (NGI), predominante no direito ocidental, mas sim dinâmicas regulatórias da vida social que revelaram uma concepção justamente oposta, ou seja, de uma pluralidade de fontes interdependentes e a juridicidade como fenômeno endógeno ao grupo social (LE ROY, 1999).

A partir daí, formula as bases normativas de toda a experiência jurídica, consistentes nas NGIs, correspondentes às leis; os “modelos de conduta e comportamento” - MCC, correspondendo aos costumes, e os “sistemas de disposições duráveis”, conceito que desenvolve a partir do *habitus* de Bordieu (LE ROY, 2019).

Para Le Roy, é a combinação dessas três modalidades que vai dar conformação à juridicidade de cada sociedade, observando que elas estão comumente presentes em todas elas ao mesmo tempo, mas sempre com a preponderância de uma. Assim, no caso das sociedades ocidentais, embora estejam presentes todas elas, as NGIs são as fontes primárias e dominantes de juridicidade.

Essa teoria constitui ponto de partida de alta relevância para se compreender o quadro pluralístico brasileiro e também para a investigação das categorias que serão identificadas na análise de conteúdo das decisões judiciais que constituem os dados jurídicos a serem analisados no nosso estudo.

### **3. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS**

Partindo da premissa de um pluralismo jurídico como fato no Brasil, o exame da

percepção do poder judiciário sobre a dimensão jurídica das organizações sociais indígenas, enquanto inseridas no âmbito mais geral da sociedade política brasileira, apresenta objeto de pesquisa inerentemente multidimensional e complexo, demandando o recurso a conceitos, métodos e abordagens de disciplinas variadas, algumas delas externas ao rol de ciências jurídicas. Essa necessidade se torna ainda mais evidente diante da reflexão sobre os limites e possibilidades da implementação efetiva de um sistema jurídico plural no Brasil que terá lugar após a completa coleta e análise dos dados.

É preciso, então, que fique muito bem estabelecido nosso entendimento de que a chamada Ciência Dogmática do Direito é insuficiente para a abordagem dos problemas aqui tratados e isso pode ser compreendido a partir da simples constatação da impossibilidade de qualquer recurso hermenêutico jurídico puro permitir a construção de sentido de categorias como “organização social” e “cultura indígena”, tampouco fornecer elementos para se identificar, para além de uma pesquisa jurisprudencial, os sentidos subjacentes e os significados contidos nos acórdãos e processos estudados.

Assim, a pesquisa empreendida possui caráter transdisciplinar, exigindo a utilização de conhecimentos específicos da sociologia jurídica, direito constitucional, e antropologia jurídica, evitando-se que um aspecto da realidade jurídica seja absorvido por outro (FONSECA, 2009).

Por outro lado, ao concebermos o fenômeno jurídico e o estatal enquanto inseridos dentro da sociedade (LIMA, 2012, p. 42) e procurarmos, dentro de certos limites, fixar algumas correspondências entre os objetos jurídicos estudados (acórdãos e disposições normativas) e categorias sociais pré-estabelecidas, como ideologias jurídicas (monolatria), estatismo, colonialidade, e certas concepções e tensões advindas do campo social indígena entendemos que a pesquisa realizada também pode ser classificada como sócio-jurídica, (GUSTIN; DIAS, 2015).

A pesquisa realizada tem como recorte os processos e decisões judiciais de uma instituição definida, o Tribunal de Justiça do Maranhão, e o foco de análise primário foi como os integrantes da referida corte percebem o fato do pluralismo jurídico representado pelas organizações sociais indígenas e que soluções ou encaminhamentos dão a partir de suas concepções.

Sendo assim, adotamos o método monográfico de pesquisa quantiqualitativa, aqui entendido como aquele em que se analisa em profundidade os múltiplos aspectos de um tema escolhido, com a finalidade de explicar muitos ou todos os casos semelhantes (MARCONI; LAKATOS, 2010).

A pesquisa também assumiu um caráter exploratório, uma vez que a análise ampla das decisões revelou concepções, métodos e tecnologias empregadas pelos julgadores que, não tendo sido o objeto imediato de abordagem, por sua relevância e conexão com o tema, demandarão explicação das suas causas em estudos científicos futuros, como foi o caso, por exemplo, de se identificar que o caráter jurídico das normatizações indígenas não só não foi abordado nos julgados, como também não foi suscitado pelas partes diretamente interessadas no processo.

Por fim, após a coleta e análise dos dados, nos voltamos para a reflexão crítica sobre os modelos de pluralismo jurídico possíveis no âmbito do marco constitucional indigenista, momento em que a investigação assumiu um caráter jurídico-prescritivo.

### **3.1 Quanto à abordagem, à natureza e ao método**

Não só serão feitas análises densas de conteúdo das decisões, com a finalidade de se identificar noções, conceitos e percepções sobre categorias empíricas e teóricas (autonomia indígena, juridicidade, pluralismo e interlegalidade), como também será feita categorização e identificação de frequência desses temas, associados a variáveis diversas, como os tipos de demandas e os interesses jurídicos envolvidos.

Assim, o trabalho envolverá a quantificação e categorização dos dados obtidos em um primeiro momento, para depois se proceder à sua análise qualitativa, o que caracteriza a pesquisa como sendo quantiquantitativa.

Essa combinação permitirá a agregação da objetividade permitida pelo método quantitativo à análise profunda viabilizada pelos métodos qualitativos, prática muito comum nas pesquisas em ciências sociais (FONSECA, 2009). Desse modo, os métodos quantitativo e qualitativo se complementam e ajudam a formar uma visão de conjunto sobre a realidade pesquisada (FLICK, 2009).

A pesquisa realizada teve como ponto de referência elementos concretos e bem definidos para análise, no caso, os processos e decisões judiciais emitidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, e não partiu do exame inicial de normas gerais abstratas para posterior dedução de conclusões aplicáveis ao contexto sócio-jurídico subjacente como acontece tradicionalmente no âmbito da produção acadêmica jurídica.

De outro modo, ainda que fosse nossa pretensão, não poderia ser levada a cabo mediante um processo dedutivo, uma vez que, conforme visto, não há produção legislativa,

jurisprudencial e acadêmica com a clareza e consistência necessárias para a formação de uma base que permita deduções.

Optamos pela coleta do universo total de dados entre os anos 2011 e 2021, referente a uma instituição, o TJMA e, no âmbito dela, descortinamos um tema específico, sob a perspectiva de que a análise revelará um extrato da experiência judicial ou da aplicação concreta do direito passível de generalizações posteriores.

Tratamos, então, da análise de uma realidade contextualizada, manifestada através de documentos expedidos por órgãos fracionários, voltada para a interpretação das percepções de seus emissores e a posterior reflexão sobre seus significados e suas conexões com dimensões superiores, inclusive passando ao plano propositivo geral. O método utilizado foi o indutivo, aqui entendido como o processo mental que parte dos dados particulares e localizados e se dirige a constatações gerais (GUSTIN; DIAS, 2015).

### **3.2 O campo de estudo e os sujeitos pesquisados**

O campo de estudo compreendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, onde a coleta de dados ocorreu por meio do seu sítio eletrônico ([www.tjma.jus](http://www.tjma.jus)).

Observamos que seria possível outra abordagem do tema com a inclusão como sujeito pesquisado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, dada a competência desse órgão para o julgamento das demandas envolvendo direitos coletivos indígenas.

Contudo, como o entendimento sedimentado na jurisprudência nacional separa as competências judiciais federal e estadual sob a lógica do binômio direito coletivo-direito individual, ao Poder Judiciário dos Estados ficou reservada a maior parte das situações de aplicação do direito estatal ao indivíduo indígena. E é nesse âmbito, o das relações e conflitos cotidianos dele com a sociedade envolvente, que podem ser reveladas com clareza uma parcela das tensões étnicas presentes na sociedade.

Essa característica foi fundamental para a delimitação de nosso campo de estudo, pois entendemos que a análise em questão permite avaliar com maior assertividade como a alteridade é concebida pelos magistrados, que serão confrontados com sua existência em casos específicos, onde podem ser reveladas de forma microscópica as tensões vigentes, os ideais de homogeneização, o racismo e as visões hiper-reais dos indígenas.

Além disso, diante do pressuposto empírico da escassez de decisões dos tribunais brasileiros relacionados à cultura indígena, suas formas de ordenação social e inúmeras

questões ligadas ao tema, aguçava-nos a ideia de saber sobre se as partes envolvidas nos processos estavam efetivamente levantando essa problemática nas demandas judiciais, bem como o perfil das pessoas indígenas que estavam acessando o Poder Judiciário e reivindicando direitos individuais, pesquisa que demanda o acesso integral aos autos dos processos.

Sendo assim, a delimitação do campo ao Tribunal de Justiça do Maranhão permitiu maior profundidade e extensão na extração e análise dos dados.

Por fim, registramos que os sujeitos pesquisados consistem nos desembargadores, partes indígenas e seus advogados, assim como o Ministério Público do Maranhão, ou seja, todos que intervieram nos processos analisados.

### **3.3 Procedimentos metodológicos**

#### **3.3.1 Pesquisa bibliográfica**

Entendemos, como Kamler e Thomson (2011, p. 53), que a bibliografia utilizada em uma pesquisa científica não é monolítica e sua análise deve ser crítica, progressiva e mantida em permanente tensão com o empreendimento científico durante todas as suas fases.

É nesse trajeto, muitas vezes não linear, que o campo do problema de pesquisa será localizado, assim como o seu estado de desenvolvimento, permitindo ao pesquisador a criação de um espaço para a inserção do seu objeto de estudo, com a identificação de eventuais contribuições que poderão ser acrescentadas aos trabalhos científicos preexistentes e o necessário estabelecimento de uma conexão com eles, tudo a revelar a pertinência e a necessidade do empreendimento, assim como o diálogo e os recursos metodológicos adotados para o exame da problemática eleita.

Dessa forma, foram realizadas pesquisas bibliográficas continuadas para formação do marco teórico e construção de referenciais de análise para o tema e objeto da presente dissertação.

Destacamos o levantamento e o exame da legislação indigenista nacional e internacional vigentes, encontrada no sítio eletrônico da Presidência da República Federativa do Brasil ([www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)), bem como no sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas, além de livros e artigos científicos nacionais e estrangeiros sobre as temáticas relacionadas à presente dissertação, especialmente valendo-se das seguintes fontes: SciELO – Scientific Electronic Library Online (<https://www.scielo.org>). JSTOR (<https://www.jstor.org>), HEINONLINE (<https://home.heinonline.org>), Biblioteca Digital de Teses e Dissertações – BDTD

(<https://bdt.d.ibict.br/vufind>), e o serviço de assinatura da Comunidade Acadêmica Federada – CAFÉ, disponibilizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (<https://www-periodicos-capes-gov-br.ez1.periodicos.capes.gov.br>).

No caso da legislação, a finalidade foi a de identificar o estado atual de juridicização da questão indígena, o entendimento sobre esses instrumentos formados no âmbito acadêmico e operacional do direito e, especialmente, as lacunas e incompletudes que demandam a construção de sentidos.

A leitura de artigos e livros serviu especialmente para o aprofundamento das temáticas pertinentes ao objeto de estudo no âmbito da antropologia social e política e da antropologia jurídica, com ênfase no pluralismo jurídico, juridicidade, juridicização, cultura e organização social indígena; Direito Constitucional, especialmente as novas formas de hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais, e Ciência Política e Sociologia do Direito, mais detidamente o estudo dos conceitos de minorias, multinacionalidade e interculturalidade.

### **3.3.2 Pesquisa documental**

A pesquisa documental empreendida para a construção da presente dissertação atendeu a dupla função. A primeira, de viabilizar a organização, categorização e classificação de documentos diversos não destinados ao tratamento da análise de conteúdo, mas sim a aplicação de abordagens e estratégias interpretativas diversas como, por exemplo, o exame de jurisprudência de outros tribunais com o fim de obter seus posicionamentos oficiais sobre determinados assuntos relacionados ao tema da pesquisa, mediante recursos próprios da dogmática e hermenêutica jurídicas contemporâneas.

Também foram levantados relatórios estatísticos voltados para a corroboração de concepções teóricas e a contextualização social e política da questão indígena, como foi o caso dos relatórios do ISA, do CIMI, da SESAI e do IBGE.

A segunda função decorre do fato de que, muito embora a pesquisa documental e a análise de conteúdo tenham objetivos e abordagens analíticas diversas, elas coincidem em seus momentos iniciais, ou melhor dizendo, toda análise de conteúdo envolve uma pesquisa documental embrionária, pois demanda a coleta estratégica e uma classificação inicial de documentos, especialmente até a formação do seu *corpus* (BARDIN, 2016, pp. 51-52).

Assim, muito embora não possamos, quanto às suas fases iniciais, fazer uma separação conceitual e até empírica estanques entre elas, entendemos que realizamos a pesquisa

documental para a extração de dados e a formação de um conjunto sistematizado provisório de acórdãos e autos digitais do Tribunal de Justiça do Maranhão, que mais tarde serviu de base para a formação do *corpus* da análise de conteúdo ocorrida na sua fase preliminar. É o que apresentaremos no item a seguir.

### **3.3.3 Coleta de dados por palavras-chave e expressões booleanas**

A coleta dos dados submetidos posteriormente à análise de conteúdo, no caso, os acórdãos e seus respectivos autos digitais do Tribunal de Justiça do Maranhão, se deu pelo sistema de busca eletrônica de jurisprudência disponível no sítio eletrônico do tribunal denominado Jurisconsult, que colhe as informações solicitadas em duas bases de dados diversas atualmente: o sistema Themis (antigo e restrito ao público) e o sistema de Processo Judicial Eletrônico - PJe, implantado no âmbito da Corte a partir do ano de 2017.

Uma característica importante sobre o aludido recurso informatizado que deve ser mencionada é que as buscas das palavras-chave digitadas são realizadas ora sobre os campos das ementas dos julgados, ora sobre todo o conteúdo do acórdão, a depender de se tratarem de processos anteriores ou posteriores à adoção do PJe.

Isso significa que eventuais processos antigos envolvendo pessoas indígenas ou seus interesses cuja ementa não tenha contemplado explicitamente esses aspectos ficaram de fora da pesquisa. Uma nota, porém: a falta de reprodução nas ementas das principais questões debatidas e resolvidas nos acórdãos somente ocorre por lapso, em razão da sua má elaboração, o que reputamos constituir amostragem pequena nesse universo.

Como, desde o princípio, constatamos a escassez em escala nacional de acórdãos dos tribunais brasileiros (incluída aí a Corte Maranhense) com referências explícitas ao pluralismo jurídico e às questões que lhe são subjacentes, o objetivo operacional nesse primeiro momento foi o de extrair todos os documentos disponíveis que envolvessem partes indígenas, interesses indígenas, ou até mesmo aqueles em que apenas fossem feitas referências a elas ou suas coletividades, mesmo que seus interesses não estivessem sendo afetados direta ou indiretamente pela demanda judicial.

Para tanto, após nos valermos do emprego de palavras-chave específicas, adotamos uma abordagem de amplo espectro que possibilitasse a máxima captação de decisões e o consequente aumento da probabilidade de identificarmos significados implícitos em seus enunciados comunicativos referentes às organizações sociais indígenas e ao pluralismo jurídico.

Em outras palavras, empregamos palavras-chaves genéricas, desassociadas de qualquer operador/delimitador booleano, com referência direta ou indireta aos assuntos da pesquisa, bem como palavras-chave genéricas referidas direta ou indiretamente aos indivíduos e coletividades indígenas.

Assim, inicialmente lançamos a combinação da expressão “pluralismo jurídico” colocada entre aspas (operador booleano) e a combinamos com a expressão “indígena” utilizando o operador booleano “and”, sem o retorno de qualquer resultado. Em seguida, utilizamos apenas “pluralismo jurídico” e depois “pluralismo e jurídico”, também não obtendo qualquer resultado. O mesmo ocorreu com a combinação da palavra-chave composta “diversidade cultural” associada à expressão “indígena”. Já ao digitarmos “diversidade cultural”, o sistema retornou quatro resultados, nenhum deles tendo qualquer relação direta ou indireta com o objeto estudado nem as sociedades indígenas.

Também empregamos a palavra-chave simples e genérica “pluralismo”, que ainda poderia guardar referência com os assuntos e questões da pesquisa, mas obtivemos o retorno de apenas três julgados, nenhum deles relacionados à temática do trabalho ou aos povos indígenas em geral.

A primeira síntese a chegamos nessa fase é a de que a pesquisa temática ou por assunto feita no sítio eletrônico do tribunal estudado não obteve resultado algum, prenunciando a ausência de julgados discutindo explicitamente as questões sobre o caráter jurídico das normatizações sociais dos povos originários, o pluralismo jurídico que elas representam, e seus arranjos no âmbito institucional brasileiro. A cada passo da construção do *corpus* a escolha da análise de conteúdo como método de abordagem dos dados se mostrava cada vez mais apropriada.

Diante desse quadro, passamos a fazer uso de palavras-chave referentes ao sujeito (individual ou coletivamente considerado) e elegemos como primeira opção o termo aberto “indígena”, tendo o sistema retornado 77 (setenta e sete) resultados, dos quais 20 (vinte) constituíam meras duplicações e foram sumariamente excluídos.

Um rápido exame para verificar se todos esses acórdãos restantes (57) envolviam partes indígenas, seus interesses, ou ao menos faziam referência a esses povos e a suas culturas, identificou que 28 (vinte e oito) deles não se alinhavam com os objetivos da pesquisa, porque relacionados a interesses e pessoas não indígenas, sendo que essa expressão só aparecia na ementa ou corpo da decisão contida em transcrições de artigos de leis e regulamentos feita pelo julgador.

Foi o caso, por exemplo, dos 15 (quinze) julgados de processos de *habeas corpus* em que os pacientes estavam pleiteando, entre outras coisas, a reavaliação das suas prisões preventivas com esteio na Recomendação nº 62/2020, do Conselho Nacional de Justiça, especialmente o seu artigo 4º<sup>38</sup>. Como os indígenas figuram entre os diversos grupos mencionados no dispositivo como prioritários na reavaliação das prisões cautelares, toda vez que o julgador é confrontado com um pedido desse tipo e transcreve o referido artigo na fundamentação do seu voto, a expressão indígena vem “a reboque” e aparece no resultado da pesquisa.

Além do descarte desses 28 processos, o exame inicial também identificou prontamente que outros 11 (onze) foram proferidos em data fora do âmbito temporal adotado, motivo pelo qual foram também excluídos.

Concluída a pesquisa com a palavra-chave “indígena”, chegamos à quantidade de 18 (dezoito) acórdãos enquadráveis no processo de análise e fixamos esse resultado como parâmetro de controle, com a finalidade de comparar os acórdãos restantes com os eventuais resultados advindos do uso de outras expressões relacionadas ao sujeito ou coletividade indígena, identificando decisões repetidas ou, pelo contrário, fazendo acréscimos ao corpo preliminar em formação.

Prosseguindo na extração de dados valendo-se de expressões designativas da pessoa (individual ou coletiva), todas explicitadas na Tabela 1 abaixo, encontramos 4 (quatro) julgados utilizando o termo “índio”. Fazendo a busca valendo-se das denominações das etnias indígenas presentes no Estado do Maranhão como palavras-chave, identificamos 32 (trinta e dois) outros julgados e concluímos a formação do corpo preliminar de pesquisa<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup>Achamos oportuna a transcrição do seu artigos 4º:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;  
b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;  
c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

<sup>39</sup>Também nos valem de expressões pejorativas, como “silvícola”, “índio”, e “aculturado”.

Tabela 1 – Palavras-chave utilizadas, processos descartados e corpo de pesquisa preliminar.

Expressões de busca	Resultado	Fora do espectro		Repetida	1ª. seleção
		Sem relação	Fora tempo		
<b>“Pluralismo jurídico” e indígena</b>	0	*	*	*	<b>0</b>
<b>“Pluralismo iurídico”</b>	0	*	*	*	<b>0</b>
<b>Pluralismo e jurídico</b>	0	*	*	*	<b>0</b>
<b>“Diversidade cultural” e indígena</b>	0	*	*	*	<b>0</b>
<b>"Diversidade cultural"</b>	4	4	*	*	<b>0</b>
<b>Pluralismo</b>	3	3	*	*	<b>0</b>
<b>Índigena (- duplicações)</b>	57	28	11	*	<b>18</b>
<b>Índio</b>	3	*	*	*	<b>3</b>
<b>Aborígenes</b>	0	*	*	0	0
<b>Autoctones</b>	2	*	*	2	0
<b>Povo</b>	0	*	*	0	0
<b>Aculturado</b>	0	*	*	0	0
<b>Silvícola</b>	5	4	*	1	0
<b>Awá-Guaiá</b>	0	*	*	0	0
<b>Awá</b>	0	*	*	*	0
<b>Canela Ananvekrá</b>	0	*	*	0	0
<b>Canela Ramkokamekrá</b>	0	*	*	0	0
<b>Ananvekrá</b>	0	*	*	0	0
<b>Ramkokamekrá</b>	0	*	*	0	0
<b>Canela</b>	9	*	*	4	5
<b>Gamela</b>	0	*	*	0	0
<b>Gavião Kvkateiê</b>	0	*	*	0	0
<b>Gavião Pykopiê</b>	0	*	*	0	0
<b>Kvkateiê</b>	0	*	*	0	0
<b>Pykopjê</b>	0	*	*	0	0
<b>Gavião</b>	4	*	*	2	2
<b>Guajajara</b>	37	*	*	6	30
<b>Ka'Apor</b>	0	*	*	0	0
<b>Kapor</b>	0	*	*	0	0
<b>Caapor</b>	0	*	*	0	0
<b>Urubu</b>	0	*	*	0	0
<b>Krenyê</b>	0	*	*	0	0
<b>Kreniê</b>	0	*	*	0	0
<b>Krikatí</b>	0	*	*	0	0
<b>Cricati</b>	0	*	*	0	0
<b>Tembé</b>	0	*	*	0	0

Essa primeira fase de pesquisa documental resultou, então, em 58 (cinquenta e oito) acórdãos, que constituíram o conjunto de decisões depois utilizado como base para o início do tratamento dos dados com o uso das técnicas de análise de conteúdo, conforme iremos expor no item seguinte.

### **3.3.4 – Tratamento dos dados obtidos - Análise de conteúdo**

A técnica de extração, sistematização e interpretação das informações contidas nas decisões judiciais do tribunal escolhido foi a análise de conteúdo, a qual, nesse caso específico, permitiu a manipulação dos conteúdos e a expressão deles “[...] para evidenciar indicadores que permitam inferir sobre uma outra realidade que não a da mensagem” (BARDIN, 2016, p. 68).

Não se trata de pesquisa jurisprudencial, caracterizada pela busca do posicionamento oficial dos órgãos jurisdicionais sobre o tema, mas sim de estudo aprofundado dos significados não explícitos desses atos comunicativos e suas conexões contextuais (GUSTIN; DIAS, 2015).

O emprego da técnica seguiu o modelo proposto por Bardin (2016) e envolveu três fases, a pré-análise, a exploração, e o tratamento dos resultados, com a realização de inferências e interpretações. Naturalmente, o progresso da pesquisa teve como parâmetro essa linha metodológica, mas não foi puramente linear, havendo permeabilidade entre as fases, com regressos e avanços contínuos.

#### **Pré-análise – a formação do *corpus* de pesquisa:**

Após a separação dos 58 acórdãos coletados através dos recursos explicitados no item anterior, iniciamos a prospecção dos dados para a pesquisa, averiguando mais pormenorizadamente em que sentido ou como se relacionam com os seus objetivos.

Esse processo teve início com as leituras flutuantes dos acórdãos e depois pela elaboração de indicadores gerais e provisórios que nortearam a análise dos dados.

Adotamos como parâmetro inicial não considerar os processos sob a lógica da demanda subjacente ou do litígio, ou seja, um único processo em torno do qual gravitariam uma série de incidentes, ações e recursos, mas sim tomar as decisões coletadas como atos comunicativos do tribunal envolvendo, de um jeito ou de outro, posições conscientes e inconscientes a respeito dos povos indígenas. Além disso, cada decisão deve ser vista como uma possibilidade (ou mesmo uma oportunidade) de lidar com essa alteridade.

Assim, seguindo esse caminho metodológico, e levando em conta que não foram constatados processos que tinham como objeto explícito as temáticas “pluralismo jurídico” e o

“caráter jurídico das organizações sociais indígenas”, ao invés de considerarmos somente acórdãos que envolveram a apreciação do mérito da ação principal subjacente, também incluímos no *corpus* aqueles proferidos em recursos e ações constitucionais intentadas para a solução de questões incidentes, como foi o caso dos *habeas corpus*, agravos de instrumento e recursos em sentido estrito.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, identificamos 12 (doze) acórdãos não envolvendo diretamente partes indígenas. Desses, 2 (dois) relativos à mesma ação de origem e 1 (um) terceiro tratavam de homicídio praticado contra vítima indígena. Em outro, um *habeas corpus*, apenas foram referenciadas duas mulheres indígenas como corrés do paciente na ação de origem, ao passo que em 4 (quatro) agravos de instrumento, interpostos contra decisão de declinação de competência para a Justiça Federal, apenas se fazia referência à terra indígena contígua ao imóvel dos agravantes. Por fim, em dois casos (outros *habeas corpus*) referentes a uma mesma ação penal de origem, constatou-se tão somente a menção do desembargador relator ao fato de o corpo de uma vítima de homicídio ter sido encontrado nas proximidades de uma aldeia indígena.

Resolvemos integrar todas essas decisões ao *corpus*, uma vez que guardam pertinência com os objetivos da pesquisa que, em sentido amplo, consistem na identificação de como o Tribunal de Justiça concebe a diversidade cultural representada pelos povos indígenas, com impactos diretos na viabilidade ou não de um pluralismo jurídico efetivo no país.

Assim, também nos interessa saber como os julgadores se referem diretamente aos povos indígenas e isso pode ser muito elucidativo quando se utiliza como estratégia a análise de conteúdo. E, de fato, como será visto depois, a mera referência a essas pessoas e suas coletividades trouxe à luz a adoção de expressões problemáticas, dado o seu conteúdo sabidamente negativo, enquanto que em outros casos mesmo o uso de palavras aparentemente neutras revelou-se tendencioso, ao ser cotejado com os elementos de contexto analisados.

Sendo assim, considerando os objetivos da pesquisa e a formulação da premissa de que os sentidos atribuídos à cultura indígena em geral também são relevantes para a análise do entendimento da dimensão jurídica das suas organizações sociais em particular, o *corpus* foi constituído por acórdãos e os respectivos processos envolvendo partes indígenas e seus interesses, além daqueles em que a pessoa, a cultura e suas coletividades são diretamente referenciados.

Devemos observar ainda que o exame dos autos digitais dos processos, além de permitir colher dados que não integram os acórdãos, funcionaram como verdadeiras fontes para avaliar o contexto de produção dessas decisões.

Assim, procedemos à leitura integral dos autos dos processos subjacentes a todos os feitos do tribunal, com ênfase nas petições iniciais ou denúncias, contestações, documentos pessoais e outros que fornecessem dados sobre as partes indígenas, assim como as sentenças e as peças dos recursos interpostos.

Essa estratégia permitiu que avaliássemos as decisões do Tribunal de Justiça do Maranhão de forma contextualizada, como foi o caso de saber, por exemplo, se o órgão soube ou tinha como saber que os recursos e as ações que estava julgando envolviam pessoas indígenas.

Tudo o quanto exposto permitiu que aplicássemos duas dimensões de análise nos dados coletados. Uma ampla, voltada para a averiguação de referências que levem a constatações sobre os sentidos dados à cultura indígena e ao pluralismo, entre outras, e uma mais restrita, destinada à realização de recortes específicos, como foi o caso de estabelecermos categorias e unidades de registro para os temas pesquisados e para as áreas penal, civil, e assim por diante.

Dessa forma, o *corpus* de pesquisa ficou constituído como demonstrado na síntese da tabela 2 a seguir<sup>40</sup>, com a distribuição em categorias genéricas, como as áreas e subáreas do direito, as classes dos feitos levados ao tribunal, assim como os registros dos tipos e quantidades de pretensões deduzidas.

Tabela 2 – Corpus separado e preparado para a exploração.

ADMINISTRATIVO				
Saúde	6	4	Apelação	Estado e Município providenciarem leito de UTI
		1	Agravo (AI)	Idem
		1	Agravo (AI)	Estado e Município providenciarem medicamentos
Servidor Público	2	1	Apelação	Verbas trabalhistas contra Município
		1	Apelação	Executar diferenças salariais reconhecidas em ação coletiva
<b>Subtotal</b>	<b>8</b>			
CRIMINAL				

<sup>40</sup>Para uma visão detalhada dos processos remetemos o leitor(a) ao ANEXO I.

Homicídio	9	3	RESE	Impugnação da decisão de pronúncia.
		6	<i>Habeas Corpus</i>	Revogação da prisão preventiva.
Tráfico de drogas	4	1	Acrim	Pedido de absolvição por falta de provas
		1	Conflito jurid.	Juízo competente em relação a aldeia determinada.
		2	<i>Habeas Corpus</i>	Revogação da prisão preventiva
Latrocínio	1	1	<i>Habeas Corpus</i>	Alteração regime de execução da pena.
Estupro de vulnerável	2	1	Apelação	Pedido de absolvição por falta de provas
		1	<i>Habeas Corpus</i>	Revogação preventiva.
Estelionato	1	1	<i>Habeas Corpus</i>	Revogação da prisão preventiva.
Ameaça e violência doméstica	2	2	<i>Habeas Corpus</i>	Revogação da prisão preventiva
<b>Subtotal</b>	<b>19</b>			
<b>CÍVEL</b>				
Reintegração de posse	4	4	Agravo (AI)	Anulação de decisão de remessa dos autos à Justiça Federal.
Consumidor – Fraude bancária	24	17	Apelação	Declaração de nulidade de inexistência de contrato de empréstimo consignado com desconto em proventos
		7	Agravo (AI)	Cassação de decisão invocando a prescrição em de nulidade de inexistência de contrato de empréstimo consignado com desconto em proventos
Investigação de paternidade	1	1	Apelação	Pedido de anulação da sentença de extinção por falta de interesse.
Retificação de registro	2	2	Apelação	Pedido de inserção da designação da etnia no nome
<b>Subtotal</b>	<b>31</b>			
<b>Total</b>	<b>58</b>			

Fazendo o recorte levando em consideração a data de julgamento de todos esses processos, distribuimos os resultados anualmente, conforme exposto na tabela 3 a seguir.

Tabela 3 – Processos do *corpus* divididos por ano de julgamento

Ano	Qtd de acórdãos	Ano	Qtd acórdãos
2011	1	2017	1
2012	2	2018	9
2013	0	2019	7
2014	0	2020	10
2015	0	2021	28
2016	0		

Observa-se que a maioria dos julgados encontrados se concentra entre os anos de 2018 e 2021, fato que gerou uma concentração da análise em dados mais recentes e contemporâneos.

## 2) Exploração:

Adentrando a fase de exploração, a análise do *corpus* permitiu a categorização temática contínua a partir dos dados apreendidos, além de outras desenvolvidas com o recurso ao marco teórico construído para a presente dissertação. Procuramos realizar nessa fase basicamente três atividades:

- a) identificação das unidades de registro e das unidades de contexto, atividade condicionada inicialmente pelo problema e pelos objetivos da pesquisa e pelas categorias construídas na fase anterior;
- b) classificação e codificação do material;
- c) consolidação das categorias, por processos de diferenciação e reagrupamento.

## 3) Tratamento dos resultados, inferências e interpretação:

Nessa última fase, realizamos as seguintes atividades:

- a) análise sistemática dos significantes e significados temáticos;
- b) interpretação dos resultados dispostos e categorias, realização de inferências sobre as concepções do tribunal estudado sobre a natureza jurídica ou não das normatizações indígenas, a composição (ou não) de ordens plurais, os modelos de interlegalidade, e a composição de direitos fundamentais e possíveis causas das omissões;

c) análise crítica dos resultados, sua extrapolação e a reflexão sobre os limites e possibilidades (teóricos e práticos) de um pluralismo jurídico no Brasil, tendo em vista o arranjo constitucional de 1988, especialmente considerando os direitos fundamentais (método indutivo), valendo-se do marco teórico adotado e da pesquisa bibliográfica sobre o tema.

#### **4. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS**

A construção das categorias e subcategorias para a realização das codificações e inferências no que tange a análise de dados, seguiram uma lógica orientada da dimensão mais geral para os elementos mais específicos de conteúdo, tendo como referencial os objetivos da pesquisa.

Dessa forma, criamos inicialmente a categoria denominada “participação indígena” e o grupo de categorias intitulado “perfil dos litigantes”, através dos quais procuramos entender de que forma essas pessoas estavam envolvidas nos processos, além de traçar seus perfis socioeconômicos.

Em seguida, passamos às categorias voltadas para as características dos processos analisados e se reclamavam a incidência de direitos indígenas. Foi o caso da construção da categoria “elegibilidade para direitos indígenas”.

A partir daí, construímos categorias analíticas voltadas para a estratégia processual utilizada pelas partes indígenas nos processos, para a efetivação dos seus direitos (específicos ou não), que nos permitiu mensurar a qualidade de suas defesas para o atingimento do programa de direitos inaugurado na Constituição Federal de 1988.

Da mesma forma, desenvolvemos categorias para a análise da atuação e das percepções do Tribunal de Justiça do Maranhão, buscando identificar o uso de termos pejorativos, omissões na aplicação de disposições legais expressas, consideração ou reconhecimento da alteridade indígena, entre outros elementos.

Segmentamos, também, parte das divisões descritas acima por áreas do direito e objeto da contenda judicial, dadas as especificidades que comportam em relação aos direitos garantidos às pessoas indígenas no ordenamento jurídico nacional.

Finalmente, estabelecemos categorias e unidades voltadas para o exame da concepção dos julgadores acerca da existência ou não de normatizações jurídicas próprias dos povos indígenas, sobre a forma de interação entre essas ordens e o direito estatal, assim como a concepção que os julgadores expressaram ter da pessoa e da cultura indígena.

Todas as categorias, subcategorias e unidades de registro e de contexto desenvolvidas/identificadas, quando escrutinizadas a partir da aplicação dos recursos analíticos transdisciplinares apresentados nos capítulos precedentes, permitiram inferir certas concepções, assim como identificar formas de violência simbólica e institucional praticadas pelo Tribunal de Justiça do Maranhão contra os povos indígenas.

Também possibilitaram o surgimento de certas impressões diagnósticas sobre os entraves existentes na construção de sentido e efetivação do artigo 231, da Constituição Federal, notadamente a implantação de um verdadeiro pluralismo jurídico no país.

É o que apresentaremos nos itens seguintes.

#### 4.1 A preponderância da participação indígena na qualidade de parte processual ativa

O primeiro ponto de análise dos dados sobre os quais nos debruçamos foi saber a que título as pessoas indígenas estavam envolvidas nos processos e acórdãos analisados, o que deu ensejo à criação da subcategoria denominada “forma de participação no processo”, com os núcleos “parte”, “vítima”, “terceiro afetado”, ou “apenas referenciado”. Os resultados alcançados constam da tabela 4 a seguir disposta.

Tabela 4 – Forma de participação no processo

Participação indígena	Processos	%	Pessoas Indígenas como partes <sup>41</sup>
Parte	46	79,31%	<b>52</b>
Vítima	2	3,45%	
Terceiro afetado	5	8,62%	
Apenas referenciado	3	5,17%	
Total	<b>58</b>	<b>100</b>	

Notamos que a grande maioria dos processos identificados para compor o *corpus* de pesquisa traz pessoas indígenas envolvidas diretamente como partes processuais (46 ou 79,31%), sendo que em 35 (trinta e cinco) casos a ação judicial foi proposta por elas.

<sup>41</sup>Esse quantitativo considera os três processos em que figuram mais de uma parte indígena. São eles: HC nº 0805176-73.2020.8.10.0000, com três pacientes; HC nº 0804094-70.2021.8.10.0000, com três pacientes, e HC nº 0000359-04.2017.8.10.0000, com quatro pacientes. Também aplicou-se a subtração no caso de duas pessoas que apareciam em dois processos cada uma.

Contudo, conforme explicado anteriormente, os demais processos em que a pessoa ou a cultura indígena poderiam ser afetadas pelos efeitos do litígio ou foram apenas referenciadas também integraram o rol de documentos analisados, uma vez que nossa intenção é justamente saber como TJMA as concebe.

Essas ocorrências aparecem na tabela 5 abaixo disposta.

Tabela 5 – Processos sem partes indígenas

PROCESSO	AFETAÇÃO	OBJETO
1. HC nº 0815748-54.2021.8.10.0000	Corréus mencionados	Estelionato. Menção da etnicidade das corrés.
2. HC nº 0805257-90.2018.8.10.0000 3. RSE nº 00000014-43.2008.8.10.0068	Vítima	Vítima de homicídio praticado por não indígena. Uso de expressões pejorativas “índios” e “silvícola”, quando referenciado o indígena.
4. RSE nº 39260/2019	Vítima	Indígena vítima de homicídio praticado por não indígena
5. HC nº 0801644-62.2018.8.10.0000 6. HC nº 0801700-95.2018.8.10.0000	Terra referenciada	Homicídio. Corpo encontrado perto de TI, mencionada como “reserva indígena”.
7. CJ nº 0000466-90.2019.8.10.0028	Réu mencionado	Operação policial dentro de aldeia indígena (tráfico). Discussão sobre a comarca competente.
8. AI nº 0803600-16.2018.8.10.0000 9. AI nº 0803602-83.2018.8.10.0000 10. AI 0803599-31.2018.8.10.0000 11. AI nº 0803603-68.2018.8.10.0000	Coletividade afetada	Recurso contra a decisão de remessa dos autos para a Justiça Federal – Reintegração de posse de área também objeto de ação demarcatória de terra indígena.
12. AC nº 9022011	Coletividade afetada	Execução de promessa de compra e venda de área posteriormente declarada como TI.

Vamos nos adiantar aqui e observar que mesmo nos processos em que a cultura indígena ou a pessoa indígena é apenas referenciada, constatamos o uso de expressões pejorativas como forma de referenciar nossos povos originários e ou integrantes dos mesmos. A desconsideração dos direitos desses povos nos casos em que podem ser prejudicados pelo desfecho processual,

bem como o mero realce ou destaque pejorativo da etnicidade da pessoa, sem qualquer razão ou fundamento que não a pura classificação “do exótico” merece séria consideração.

Assim, verificamos que, dos 12 (doze) processos em que pessoas indígenas não são partes, em 10 (dez) deles foram feitas referências pejorativas a elas ou desconsiderados os efeitos que a demanda poderia gerar sobre seus direitos.

Essa contextualização prévia revela a pertinência desse recorte de análise, cuja apresentação e discussão dos dados serão feitas mais à frente nos itens correspondentes.

Em seguida, tabulou-se a frequência das ocorrências como partes processuais entre as diversas etnias presentes no estado do Maranhão. Os resultados compõem a subcategoria “frequência por etnia” e constam da tabela 6 a seguir.

**Tabela 6 - Frequência por etnia**

Frequência por etnia	Processos	%
<b>Awá-Guajá</b>	0	0
<b>Canela Apanyekrá</b>	2	3
<b>Canela Ramkokamekrá</b>	0	0
<b>Gamela</b>	0	0
<b>Gavião Kykatejê</b>	2	3
<b>Gavião Pykopjê</b>	0	0
<b>Guajajara</b>	44	76
<b>Ka'Apor</b>	0	0
<b>Krenyê</b>	0	0
<b>Krikatí</b>	0	0
<b>Tembé</b>	0	0
<b>Sem indígenas como partes</b>	10	18
<b>Total</b>	58	100

Não constituiu nenhuma surpresa os *guajajara* figurarem em maior número como partes dos processos, tendo em vista o seu longo histórico de contato com a sociedade majoritária (WAGLEY et GALVÃO, 1961, pp. 22-44; ISA, 2014) e o fato de constituírem um dos maiores grupos indígenas em termos numéricos no Brasil, distribuídos em dez terras indígenas

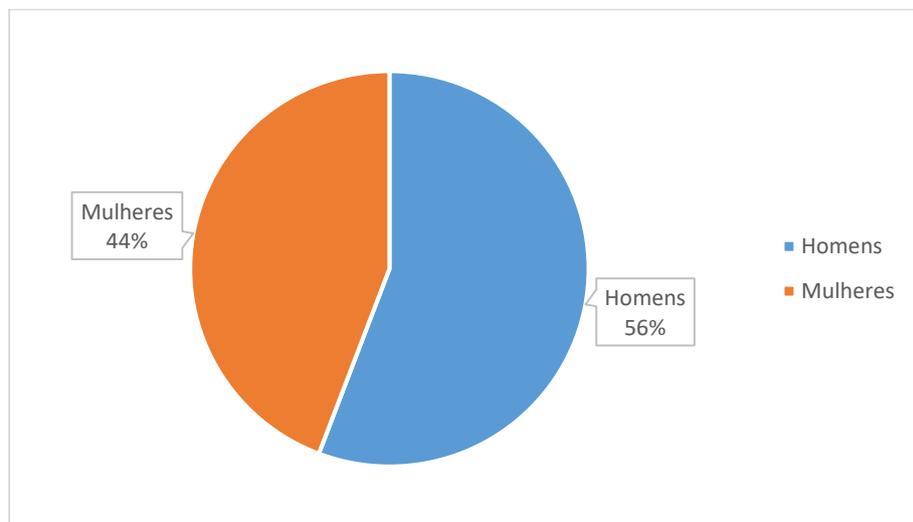
diferentes (ISA, 2014; IBGE, 2010), sem contar aqueles vivendo em centros urbanos nas imediações desses territórios.

Nesse sentido, a maior incidência de pessoas desse povo guarda coerência não somente com aspectos demográficos, mas também culturais e de relações interétnicas.

Por outro lado, chamou a atenção a baixa frequência de indivíduos das outras etnias, a maioria com nenhum “participante”, fato que aponta a necessidade de investigação mais aprofundada para identificar as causas desse fenômeno. Estaria relacionado à dificuldade de acesso à Justiça ou ao baixo contato com a sociedade englobante? Estaríamos diante do descrédito social do Poder Judiciário? Estaria havendo autonomia desses povos na solução dos seus conflitos internos? Ou todos esses fatores podem estar combinados para explicar a baixa frequência de indivíduos de outras etnias nos dados documentais analisados neste estudo? Apontamos aqui questões que podem nortear trabalhos futuros.

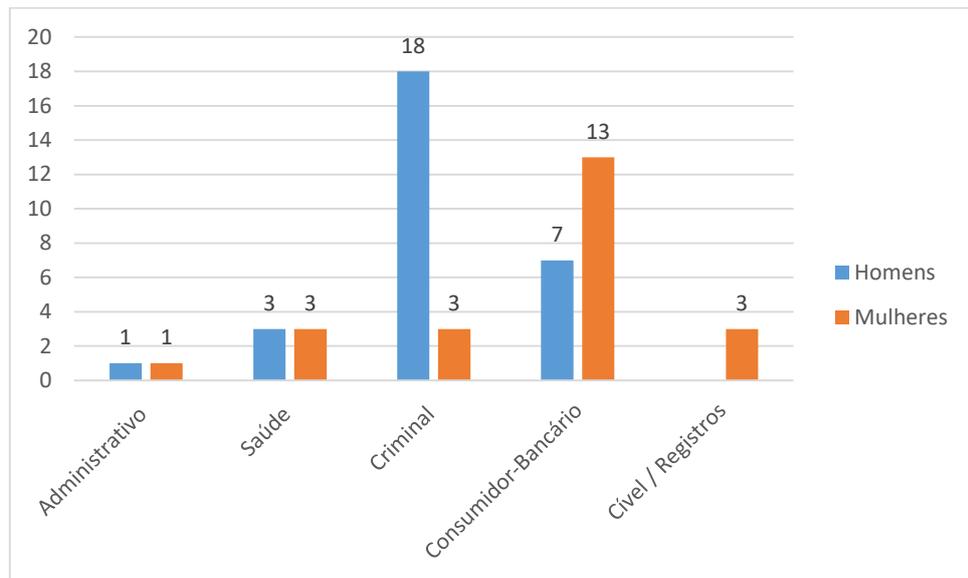
Por fim, separamos as partes indígenas pelos sexos masculino e feminino, constatando que, quando considerados todos os processos, há proporção numérica entre litigantes homens e mulheres, conforme mostramos no gráfico 1 abaixo.

Gráfico 1 - Litigantes por sexo



Ao particularizarmos essa distribuição pelos tipos de objeto dos processos, notamos equivalência entre os sexos nas causas envolvendo direito do consumidor, administrativo e de saúde, em contraste com a prevalência dos homens nos processos criminais enquanto réus. As informações constam do gráfico 2 a seguir.

Gráfico 2 - Distribuição por sexo e objeto do processo



A superioridade numérica do sexo masculino nas ações criminais (86% das pessoas envolvidas), muito embora seja acentuada, ainda é menor do que a proporção apurada nas estatísticas do último levantamento da população carcerária indígena (DEPEN, 2020), onde se constatou uma prevalência de 95%<sup>42</sup>.

#### 4.2 Perfil dos indígenas litigantes

O segundo ponto de análise focou na construção do “perfil dos indígenas litigantes”, considerando as 52 pessoas envolvidas nos processos, cujas características identificadas ensejaram a criação das diversas categorias explicitadas mais adiante.

A sistematização de tais dados e a construção de suas respectivas categorias foi pensada para atender a duas dimensões de análise.

A primeira delas possibilita, através do manuseio de dados socioeconômicos e do contexto fático-processual, entender quem são as pessoas indígenas, as formas de acesso, e porque estão envolvidas nos litígios. Em outros termos, foi a partir dessa perspectiva analítica que identificamos os tipos de conflito judicializados, as espécies de representação processual que essas pessoas buscaram, assim como algumas vulnerabilidades sociais.

Na segunda dimensão de análise desses dados, focamos em certas características objetivas dos litigantes que justamente correspondem aos “requisitos” construídos pela

<sup>42</sup>Segundo o levantamento, identificaram-se 1390 pessoas indígenas encarceradas, das quais 1325 era homens e 65 eram mulheres.

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (encampada pelo tribunal analisado) para aferir a titularidade de certos direitos especiais indígenas.

Assim, segundo essa corrente de pensamento, falar português, viver na cidade, possuir título de eleitor, entre outros atributos arbitrariamente definidos sem qualquer lastro em dados empíricos, fariam pressupor a “integração” da pessoa indígena na cultura nacional e a consequente inviabilização da consideração de suas diferenças culturais, especialmente nas demandas penais.

A ideia, assim, foi coletar tais dados não somente para realizarmos a crítica a tal entendimento (notoriamente a-científico, preconceituoso e violento), mas também aferir a coerência do tribunal em relação aos seus próprios critérios, tanto nas decisões em que a tese da “integração” foi levantada, quanto nas outras em que a diversidade étnica foi simplesmente invisibilizada.

Dessa forma, a sistematização do grupo “perfil dos indígenas litigantes”, com suas categorias e subcategorias, se deu conforme apresentado na tabela 7.

Tabela 7 – Estrutura do grupo categorial perfil dos indígenas litigantes

PERFIL DOS 52 INDÍGENAS LITIGANTES					
Categoria	Habitação	Fluência na língua portuguesa	Profissão	Faixa etária	Representação judicial
Núcleos	Aldeia Urbana Rural	Declarado analfabeto Indícios de baixa fluência na escrita	Núcleos diversos	Entre 0 e 90 anos, distribuídas em 18 faixas	Advogado constituído Defensor Público/Dativo Ministério Público
Subcategorias	Representação judicial x área do processo Faixa etária x área do processo				

Como pode ser visto, a primeira categoria pensada para o grupo “perfil do litigante” foi a habitação, para sabermos se eles estavam ou estão vivendo em terras indígenas ou em centros urbanos. Os dados constam da tabela 8.

Tabela 8 – Local de habitação do litigante indígena

Moradia		%
<b>Habitação em aldeia</b>	36	69,23%
<b>Habitação na cidade</b>	10	19,23%
<b>Endereço da DPE/CASAI</b>	4	7,69%
<b>Sem informação</b>	2	3,85%
<b>Total</b>	52	100%

O quadro acima revela que a maioria das pessoas indígenas que acessaram os serviços judiciais no período estudado moravam dentro de terras indígenas (69,23%) e se considerarmos os 2 (dois) processos em que o endereço fornecido foi o da Casa de Assistência ao Indígena (CASAI), o percentual das partes vivendo em Tis representa 76,92%.

Outro recorte relevante permitido pela análise dos dados coletados na pesquisa foi o de saber se as partes envolvidas falavam e sabiam escrever em português.

Esclarecemos, no entanto, que o método utilizado para extrair essas informações foi o de examinar a qualificação dessas pessoas apresentadas nas petições iniciais, em relatórios sociais (quando presentes), se assinaram diretamente ou por instrumento de procuração dos seus advogados e, nas ações penais, o “Formulário de Identificação de Fatores de Risco para a Covid-19 pela Autoridade Policial” do CNJ<sup>43</sup>. O resultado foi o constante da tabela 9, a seguir.

Tabela 9 – Fluência no idioma português

Fluência na língua portuguesa		%
<b>Qualificados expressamente como analfabetos</b>	9	28
<b>Assinam procurações e depoimentos</b>	23	32
<b>Sem informações</b>	21	40
<b>Total</b>	53	100

Os dados demonstram que, considerado o universo de pessoas em que foi possível obter essas informações (32), há um contingente relevante de pessoas qualificadas como analfabetas (28%).

Quanto aos processos em que se contactou que as partes indígenas assinaram os seus

depoimentos em delegacia, os instrumentos de procuração dos seus advogados, ou outro documento qualquer, presumimos para todos os efeitos que sabiam ler e escrever em português.

Contudo, devemos olhar esses casos de forma crítica e cautelosa. Isso porque é muito comum pessoas que não versadas na língua portuguesa aprenderem a escrever apenas o seu nome e algumas poucas expressões.

Fazemos essas observações porque na maioria das ações penais constatou-se que os réus indígenas assinaram os seus depoimentos em delegacia apondo o nome por extenso e apresentando grafia “tremida”. Não nos cabe aqui, contudo, proceder à análise aprofundada desse aspecto, mas apenas chamarmos a atenção para a necessidade de se considerar tais documentos com certa reserva, inclusive assumindo a hipótese de que uma parte dessas pessoas não escreve nem lê em português.

Mas mesmo com esses singelos dados, é importante notar que o percentual de não alfabetizados encontrado guarda similitude com os dados presentes no último censo (IBGE, 2010), que apontam que 61% das pessoas autodeclaradas indígenas habitando 16 (dezesseis) TIs no Estado do Maranhão declaram falar a língua portuguesa dentro de suas residências.

É evidente que os dados do IBGE aqui utilizados não levam em consideração as diferentes etnias dos nossos povos originários, informações que podem ser obtidas no corpo de dados levantados durante o censo, que revelam, inclusive, a baixa prevalência da língua portuguesa em meio a grupos que mantém contato mais distanciado com a população não indígena, o que não é o caso dos *guajajara*.

Por fim, constatamos que das 9 pessoas indígenas declaradas como analfabetas, 8 têm idade superior a 60 (sessenta) anos e figuravam nos processos em que se discutem questões de consumo, especialmente fraude bancária.

Também procuramos identificar as profissões declaradas pelos litigantes indígenas, o que foi possível no caso de 34 (trinta e quatro) pessoas, enquanto que em relação às 19 (dezenove) restantes (35,85% do universo total) essas informações não estavam disponíveis nos autos dos processos. Os dados constam da tabela 10 a seguir.

Tabela 10 - Profissões declaradas pelos litigantes

Profissões declaradas	Qtd	%
Lavrador	10	29,41%
Aposentado	17	50,00%
Policia Militar	1	2,94%
Educadora	1	2,94%
Ajudante de pedreiro	1	2,94%
Servidor público	1	2,94%
Bombeiro Civil	1	2,94%
Técnico em enfermagem	1	2,94%
Zeladora	1	2,94%
Total	34	100,00%

A primeira característica que nos chamou a atenção foi a de quase todas as pessoas declararam exercer profissões de baixa remuneração (85,29%), sendo relevante observar que todos os aposentados percebem o valor de apenas 1 (um) salário mínimo por mês.

Esses dados se coadunam com as percepções e estudos sociais que indicam que a “integração” dos indígenas ao chamado “mundo moderno” se dá eminentemente por sua inserção nas camadas socioeconômicas mais vulneráveis da sociedade majoritária, conforme pode ser visto na análise dos dados socioeconômicos das pessoas autodeclaradas indígenas nos censos do IBGE dos anos de 1991 e 2000, realizada por Pereira, Azevedo e Santos (2005, pp. 155-166).

Além disso, dos 17 (dezessete) indígenas aposentados e pensionistas, 15 (quinze) vivem em aldeias, o que sugere que muito provavelmente tenham adquirido a aposentadoria como segurados especiais, equiparados aos pequenos trabalhadores rurais ou pescadores artesanais. Observa-se, também, que cerca de 18% dos litigantes indígenas foram qualificados nos processos como lavradores.

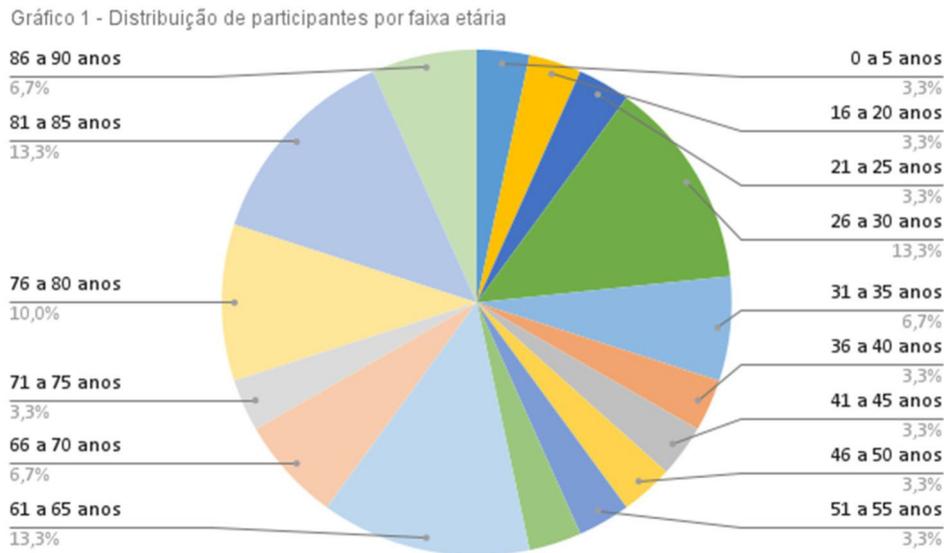
Essas informações são particularmente ilustrativas se considerarmos o longo histórico nacional, desde o período imperial até o republicano, marcado pela execução de diversas políticas assimilacionistas e integracionistas voltadas para os povos originários que tiveram em comum a concepção de que a posição que a pessoa indígena deveria ocupar na sociedade

nacional era a de trabalhadora rural.

Sabendo que a maioria dos indígenas envolvidos nos processos vive em aldeias dentro de TIs e que esses territórios são classificados geopoliticamente pela sociedade englobante como zonas rurais, devemos indagar se as relações de clientelismo instituídas deliberadamente pelo Estado Brasileiro com esses povos (vide capítulo 1) e a constante e crescente necessidade que eles têm de recorrer aos seus serviços e benefícios assistenciais, dada a perda da sua autonomia, não acabarão fazendo com que eles se auto-classifiquem como trabalhadores rurais, numa tentativa de saírem da invisibilidade e se colocarem artificialmente nesse mundo de que agora necessitam para viver.

Outro recorte de análise de dados efetuado foi a distribuição dos participantes dos processos por faixas etárias. A apuração dessas informações permitiu identificar algumas vulnerabilidades adicionais das pessoas envolvidas, como no caso dos idosos, entre outros fatores. Os dados constam do gráfico 3 abaixo.

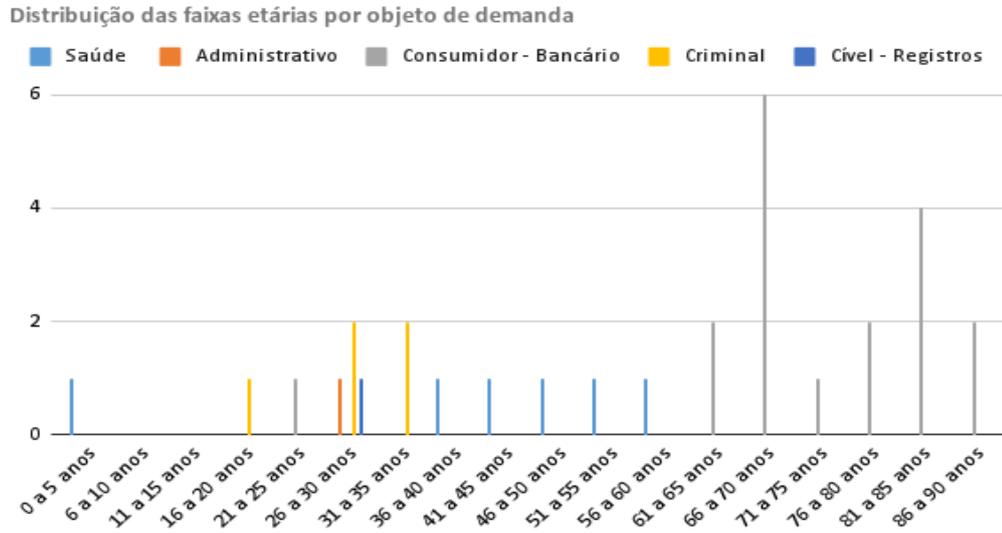
Gráfico 3 – Distribuição das partes por faixa etária



O gráfico revela dois momentos de prevalência nas frequências por faixa etária, o primeiro entre as idades de 26 a 35 anos e, o segundo, a partir dos 60 anos, mas com maior incidência entre 60 e 65 anos.

Ao cruzarmos esses “picos” de frequência com os objetos dos processos analisados, constatamos a prevalência das ações criminais nas faixas englobando as pessoas de 26 a 35 anos, ao passo que a partir dos 60 anos de idade as ações envolvendo direitos do consumidor são predominantes. É o que pode ser visto no gráfico 4 a seguir.

Gráfico 4 – Distribuição das faixas etárias por objeto da demanda



Destacamos que não estamos trabalhando com amostras e sim com a totalidade de processos já supra qualificados, no lapso temporal demarcado para a realização da pesquisa, logo, lembramos que ao considerarmos o universo total de dados relativos a um determinado tema nos permite realizar generalizações sobre o mesmo e o fato é que esses dados se alinham com as pesquisas nacionais sobre o assunto, que, por sua vez, apontam que os extratos mais jovens da população indígena figuram na maior parte das ações penais.

Ao examinarmos quais as vias de acesso aos serviços judiciais utilizados pelos sujeitos pesquisados, verificamos que mais de 80% das pessoas indígenas envolvidas nos processos contrataram serviços de advocacia.

Esse fato chama a atenção em razão da baixa renda dessas pessoas, que geralmente recorrem à advocacia pública para representação judicial. Os dados seguem na tabela 11.

Tabela 11 – Tipo de representação indígena

Tipo de representação	QTD	%
Advogado constituído	42	80,77%
Defensoria / Dativo	7	13,46%
Ministério Público	1	1,92%
Sem informação	2	3,85%
<b>Total</b>	<b>52</b>	<b>100,00%</b>

Também chamou a atenção o fato de a contratação de serviços advocatícios ser predominante em todos os tipos de processo, com a exceção dos 6 (seis) em que se discutiam questões de saúde. Em cinco desses casos, recorreu-se à Defensoria Pública Estadual, enquanto no sexto a parte valeu-se da intervenção do Ministério Público, conforme podemos ver na tabela 12 a seguir.

Tabela 12 – Representação judicial por área/objeto do processo

<b>Tipo de representação / área (52 partes indígenas)</b>			
	Advogado constituído	Defensoria / Dativo	Ministério Público
<b>Saúde (6)</b>	0	5	1
	0,00%	83,33%	16,67%
<b>Administrativo (2)</b>	1		0
	100%	0,00%	0,00%
<b>Consumidor – Bancário (21)</b>	21	0	0
	100%	0,00%	0,00%
<b>Criminal (21)</b>	20	1	0
	95,24%	4,76%	0,00%
<b>Cível – registros (2)</b>	2	0	0
	100%	0,00%	0,00%

Uma possível explicação para o paradoxo baixa renda/serviços advocatícios privados seria o fato de que, no processo penal em geral, é muito comum que esses serviços sejam contratados para a prática de apenas um ato, um recurso, por exemplo, ocorrendo de a Defensoria Pública assumir a assistência do réu por todo o resto do processo.

Já nas causas envolvendo questões do consumidor – a maior quantidade no *corpus* de dados analisados na pesquisa – constatou-se a atuação de poucos escritórios de advocacia diferentes, o que sugere um trabalho de prospecção de clientela em comunidades indígenas próximas entre si, onde diversos indivíduos foram lesados pelas instituições financeiras mais ou menos no mesmo período.

#### **4.2.1 O fator étnico em jogo: da estratégia dos advogados ao posicionamento dos desembargadores. Omissão persistente.**

Consideramos que um dos aspectos mais relevantes da pesquisa foi justamente avaliar se a etnicidade indígena foi considerada nas ações. Para tanto, desenvolvemos um raciocínio em camadas progressivas de aproximação.

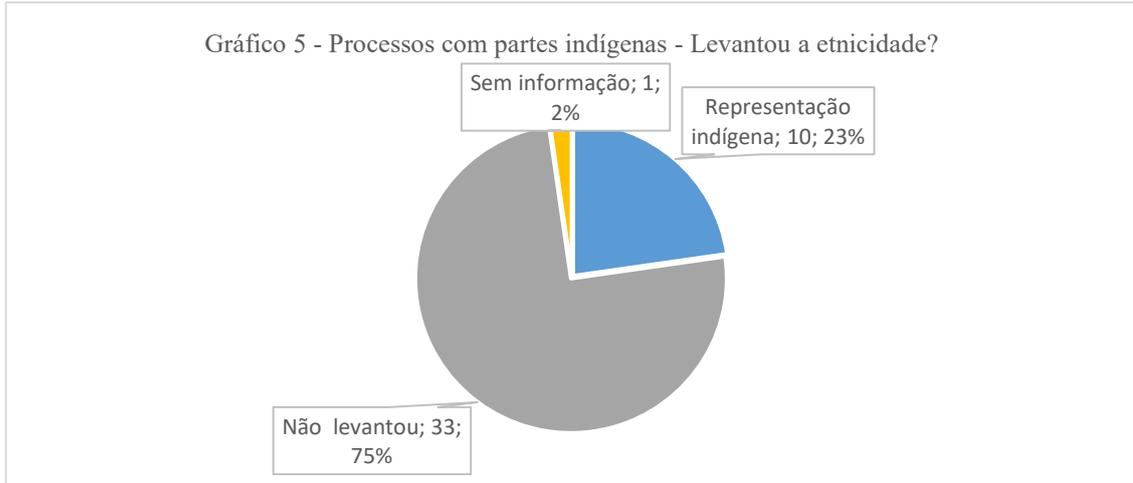
Assim, procuramos saber, em primeiro lugar, de que forma as partes processuais estavam sendo identificadas como indígenas, tendo observado que em 100% dos processos em que figuram como partes o fato de serem culturalmente diferenciadas consta da sua própria qualificação: pelo sobrenome, que leva a designação da sua etnia e, em muitos casos, precisamente 69,23%, pela residência em aldeias.

A primeira conclusão a que chegamos, portanto, foi a de que não haveria como os desembargadores não saberem de que se tratavam de integrantes dos povos originários ao julgarem as demandas em questão.

A camada seguinte de análise diz respeito ao comportamento das partes em relação ao fator étnico e procurou saber se os advogados das pessoas indígenas, constituídos ou públicos, apontaram essa característica nos autos, ou seja, se invocaram a etnicidade dos seus clientes/assistidos.

Perceba-se que entendemos que invocar o fato de a parte ser indígena é diferente de simplesmente fazer constar no momento da sua qualificação que ela mora em aldeia ou apor o sobrenome étnico, entre outras informações.

A invocação exige algo mais. É o destaque dado a esse fato no corpo da peça processual e pressupõe uma intencionalidade que pode ser dirigida ao pleito de direitos especiais ou simplesmente consignar preconceito na forma do “recurso ao exótico”, conforme constatamos em mais de um acórdão. Enfim, os resultados constam do gráfico **5 abaixo**.



Como pudemos perceber ao analisarmos as petições advocatícias presentes nos autos, 75% dos advogados não levantaram o fato de seus clientes serem indígenas, muito menos sustentaram algum direito associado a ele. Esse fator é crítico, grave e expõe absoluto desconhecimento do operador do direito em relação à especificidade de seu cliente, especialmente quando examinamos os processos da área criminal, a qual foi contemplada com alguns direitos específicos no que concerne aos povos indígenas.

Esses dados revelam, de plano, a primeira barreira para a consecução dos direitos próprios dessas pessoas, uma vez que, para a surpresa destes pesquisadores, sequer os advogados contratados por esses clientes mega diversos levam a questão importantíssima da etnicidade em consideração.

Sob a perspectiva metodológica, os dados mostram que a decisão de não se limitar à análise dos acórdãos mostra-se acertada e os elementos contextuais de análise se apresentam em todo o seu vigor para iluminar os caminhos que devem ser percorridos para a efetivação de um pluralismo jurídico no país.

A próxima camada de análise, como não poderia ser diferente, estratificou os casos em que os advogados invocaram a etnicidade dos seus clientes, dividindo-os entre aqueles em que o comportamento foi associado ao pleito de algum direito ou não. Os resultados aparecem no gráfico 6.



Verificamos com uma certa surpresa que além de a etnicidade ter sido invocada em apenas 23% dos casos com partes indígenas, em 80% desses a invocação foi associada a direitos.

Surge então a questão: porque nos 20% restantes, destacou-se o fato de a parte ser indígena, se não foi para sustentar algum direito específico?

Examinando esses dois casos, encontramos algumas configurações que nos permitiram fazer algumas inferências.

No primeiro deles, um *habeas corpus* impetrado em favor de paciente indígena acusado de praticar homicídio contra um membro da mesma etnia, mas de aldeia diferente. A alusão a sua etnicidade veio em um único momento:

Cabe esclarecer, que o principal motivo pela qual a acusação recaiu sobre o PACIENTE, foi indicação de um cartomante contratado pela família da vítima. Outra razão, é fato do preconceito sofrido pelos mestiços, visto que PACIENTE é filho de pai índio e mãe não índia. Assim toda vez que acontece qualquer mal feito entre os indígenas a culpa sempre recai sobre os mestiços<sup>44</sup>.

O caso acima merece particular atenção, não porque tenha sido sustentado algum direito<sup>45</sup>, mas porque trata de homicídio cometido por um indígena contra outro indígena, dentro de uma terra indígena, e ainda com o advogado do réu trazendo a tese de conflito entre aldeias rivais envolvendo racismo. Observamos que absolutamente ninguém, nem ele e nem os desembargadores pararam para considerar por um instante se não estariam diante de um caso

<sup>44</sup>HC n° 0801324-41.2020.8.10.0000. 2ª Crim. Rel. Vicente de Castro.

<sup>45</sup>A etnicidade atua aqui como mero recurso genérico de defesa, no caso, como um argumento sugerindo uma perseguição sofrida pelo paciente, com vistas a desacreditar os depoimentos das testemunhas que lhe imputam o crime.

em que se impõe direitos e abordagens diferenciadas de análise. Voltaremos a ele em item próprio, quando apresentarmos a discussão dos dados nos processos criminais.

Já no segundo caso, mulher indígena pede a retificação do seu registro de nascimento para fazer constar o nome da sua etnia, contudo, o pedido e toda a argumentação do advogado se dá em bases civilistas e registrarias, não se fazendo alusão em nenhum momento a direitos coletivos indígenas, o significado do nome e a designação do seu pertencimento para a sua cultura<sup>46</sup>.

### 4.3 Violências simbólica e institucional

#### 4.3.1 Uso de expressões pejorativas

Constatamos a partir da análise dos acórdãos o uso aberto de expressões degradantes à figura indígena, em quantidade significativa. Essas expressões variaram desde aquelas em que não há unanimidade no âmbito acadêmico, na imprensa e entre os movimentos e intelectuais indígenas sobre a contemporaneidade do sentido pejorativo da expressão (como é o caso da palavra “índio” e “reserva indígena”) até aquelas em que a conotação preconceituosa é clarividente, como o termo “silvícola” e a ideia de uma integração do indígena à sociedade, cultura nacional ou comunhão nacional.

Assim, sistematizamos as expressões seguindo a ordem “menos degradantes/mais degradantes”, ou seja, dos termos que sofreram alterações em sua significação original e deram ensejo a duas vertentes de sentido (uma delas aceita por parte dos próprios grupos indígenas e setores da sociedade e a outra não), para aqueles inequivocamente degradantes independente do contexto em que utilizados. Os achados foram os apresentados na tabela 13 a seguir.

Tabela 13 – Expressões pejorativas

Expressão	Qtd	%	Contexto
Índio	3	5,17%	Referência a pessoa determinada
Reserva indígena	3	5,17%	Referência a terra indígena sem partes indígenas
“Integrado”	4	6,90%	Referência a pessoa determinada
Silvícola	3	5,17%	a. Referência a pessoa determinada: 2. b. Em citação jurisprudencial: 1.
Total	13	22,41%	

<sup>46</sup>AC nº 0801090-89.2019.8.10.0066. 2ª C. Cível. Rel. José Jorge Figueiredo dos Anjos.

Lembramos que, conforme visto, muito embora essas expressões ainda constem de lei federal (vide a Lei nº 6.001/73), elas trazem consigo carga negativa de sentido, remetendo a concepções de inferioridade da cultura indígena. É o que veremos a seguir, em maiores detalhes.

#### **a) O “Índio” como categoria racial de classificação construída no processo colonizador**

A palavra índio ganhou prevalência durante a colonização portuguesa e constituiu verdadeira designação classificatória e racial do colonizador para todos os povos originários, simplificando e falseando a imensa diversidade cultural presente no país.

Como afirma Munduruku ( ), a expressão evoca imediatamente a empresa colonizadora e a subalternização de centenas de povos. Essa expressão seria diferente da “indígena” justamente porque esta última não implicaria um processo de apagamento cultural, mas apenas traduziria uma característica fática e comum a todos esses povos de que são originários do território brasileiro.

É oportuno registrarmos aqui a ponderação de Ramos (1998, p. 6), para quem o termo foi apropriado pelos movimentos indígenas das décadas de 70 e 80 e ressignificado para designar a existência de povos culturalmente diferenciados no Brasil, o que faria com que ele não apresentasse mais conotação negativa, desde que a intenção de uso não seja desvirtuada.

Contudo, entendemos que a partir do momento em que é necessário justificar-se o seu uso – como o faz a referida autora – sendo necessário deixar claro que não se está valendo da sua conotação negativa, mas sim de sua invocação como resistência e reapropriação cultural, a impropriedade da expressão fala por si mesma.

Por essas razões, consideramos o seu emprego nos acórdãos pejorativo, até porque sequer viera contextualizado, tendo sido simplesmente usado para designar os indígenas como mera categoria de pessoas e não em sua diversidade cultural, esta última simplesmente irrelevante para os julgadores.

#### **b) A tese do “indígena integrado” à sociedade ou à “comunhão nacional” e a noção formal e equivocada de cultura presente nos acórdãos examinados**

Em quatro dos acórdãos examinados, os desembargadores lançaram mão da tese do “indígena integrado”, ou seja, aquele que já fala o português, possui título de eleitor e convive com as pessoas não indígenas.

Essa tese revela uma série de equívocos e incompreensões sobre o que poderia ser

considerado cultura, remetendo imediatamente a algo ou alguém “de fora” ou “não pertencente”, e invariavelmente traz a conotação subjacente da inferioridade das organizações sociais indígenas.

Esses sentidos considerados em si mesmos poderiam até ser tidos como meramente descritivos ou mesmo neutros, porém, conforme visto no capítulo 1, quando a expressão é utilizada para designar as pessoas indígenas, geralmente está associada às concepções irreais e preconceituosas sobre elas, construídas ao longo da história, tais como a “do índio atrasado”, infantilizado, incivilizado, com crenças e hábitos rudes, e que está destinado a desaparecer diante da suposta superioridade da cultura ocidental.

Mas isso não impediu que a referida designação e o raciocínio que a acompanha povoassem as decisões judiciais da atualidade, especialmente quando a diversidade cultural é suscitada para fundamentar a dupla presunção genérica de que devem ser responsabilizados pelos atos da vida civil ou penalmente se estiverem “integrados” à “cultura nacional”.

Esse estado de coisas e os achados das análises nos fizeram indagar como, afinal, os julgadores conceberam as categorias “cultura” e “sociedade” nos quatro acórdãos estudados?

Examinemos esses casos:

#### Caso 1

“A proteção conferida aos **índios** pela legislação pátria diz respeito exclusivamente aos índios **não integrados**, conforme arts. 4º, III; e 7º da Lei 6001/71, o que não ocorre no presente caso.”<sup>47</sup>

#### Caso 2

“A **simples condição de indígena** não pode ser **invocada como escudo para a prática de crimes**, mormente quando se observa que o agente **já encontra-se completamente inserido na sociedade**, como na hipótese dos autos.”<sup>48</sup>

#### Caso 3

Trecho 1 - Ementa

O indígena **integrado à sociedade**, não se enquadra ao disposto no art. 56, parágrafo único, do aludido Estatuto (cumprimento de pena em regime especial semiaberto), sendo, de rigor, a sua sujeição às leis penais impostas aos **cidadãos comuns**.

Trecho 2 – Voto

“Cumpre esclarecer que a aplicação do texto do artigo 56, do Estatuto do Índio, não

<sup>47</sup>Acrim nº 334382011, julgada em 14/06/2012, 2ª Câmara Criminal, v.u.

<sup>48</sup>Acrim nº 201582011, julgada em 16/07/2012, 3ª Câmara Criminal, v.u.

se faz obrigatório se verificado que o **indígena está integrado à comunhão nacional**, em pleno gozo de seus **direitos civis**, possuindo **título de eleitor e devidamente integrado à sociedade brasileira**, logo, os pacientes em questão, **estão sujeitos às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil**, afastando-se assim a pretendida concessão de **regime especial**.<sup>49</sup>

#### Caso 4

*Ab initio*, no tocante à alegação preliminar de nulidade da pronúncia, ao fulcro da inexistência de exame antropológico, tenho que merecedora de melhor sorte, na medida em que, *in casu*, **plenamente demonstrada a interação e integração do índio à sociedade mediante o perfeito uso do vernáculo, a clareza e coerência das suas declarações, o convívio com os moradores da cidade de Grajaú, dentre outras circunstâncias**, a se nos darem conta, pois, da prescindibilidade do suscitado exame quando existente nos autos elementos outros aptos a demonstrar a imputabilidade penal do réu, motivo pelo qual, a suscitada preliminar, se lha rejeito.<sup>50</sup>

O exame atento das composições dos trechos selecionados nos permite concluir sem maiores dificuldades que os sentidos emprestados à cultura pelos desembargadores remetem às duas noções clássicas fundamentais desenvolvidas na tradição ocidental.

A primeira delas, foi gestada no âmbito da filosofia grega, onde a cultura consistiria no complexo de investigações autônomas que somente o ser humano, dotado de faculdades que lhes são peculiares, pode fazer em busca do aperfeiçoamento do espírito e a realização da sua verdadeira natureza (está relacionada com a noção de paideia), que é distinta da dos outros seres.

A noção sofreu alterações na idade média, onde a cultura deixou de ser um fim para o atingimento da natureza humana e passou a ter um caráter instrumental (para a confirmação das verdades religiosas), mas sempre, a exemplo dos gregos, como algo próprio da elite dos doutos (ABBAGNANO, 2000, p. 225). A partir do iluminismo, o termo vai ganhando lentamente conotação de universalidade, própria de todos os seres humanos, como um instrumento de renovação da vida social e individual, até que foi solidificando-se como representativo de conhecimento, culto e disciplinas (ABBAGNANO, 2000, p. 226-229).

No segundo sentido elementar, a cultura aparece como o produto dessa capacidade humana de conhecer e se aperfeiçoar (ABBAGNANO, 2000, p. 225), noção essa principalmente desenvolvida no âmbito da antropologia clássica, que adotou como o seu objeto de estudo a totalidade das manifestações, costumes e criações do gênio humano. Nesse passo,

---

<sup>49</sup>HC nº 0000359-04.2017.8.10.0000 (32662017), julgado em 02/05/2017, 2ª Câmara Criminal, v.u.

<sup>50</sup>RSE nº 0000288-08.2005.8.10.0037, julgado em 26/06/2018, 1ª Câmara Criminal, v.u.

é ela frequentemente equiparada à civilização.

As primeiras asserções nesse sentido são atribuídas à escola evolucionista, especialmente a obra de Tylor, para quem:

*“Cultura ou Civilização, tomada em seu mais amplo sentido etnográfico, é aquele todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costume e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem na condição de membro da sociedade” (apud, CASTRO, 2005, p. 31).*

Embora esse conceito seja ainda muito influente, as diversas escolas antropológicas desenvolveram ao longo do tempo noções diversas, amplamente aceitas e que superaram as deficiências da construção de Tylor.

É o caso de Geertz, para quem:

*“[...] sistemas entrelaçados de signos interpretáveis (o que eu chamaria símbolos, ignorando as utilizações provinciais), a cultura não é um poder, algo ao qual podem ser atribuídos casualmente os acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos; ela é um contexto, algo dentro do qual eles podem ser descritos de forma inteligível — isto é, descritos com densidade” (GEERTZ, 2008, p. 43).*

Para Levi-Strauss:

*Desde o nascimento e — acabei de o dizer — provavelmente mesmo antes, os seres e as coisas que nos rodeiam montam em cada um de nós um aparelho de referências complexas que formam sistema: condutas, motivações, julgamentos implícitos que, mais tarde, a educação vem a confirmar pela visão reflexiva que nos propõe do devir histórico da nossa civilização. Nós deslocamo-nos, literalmente, com este sistema de referência e os conjuntos culturais que se constituíram fora dele não nos são perceptíveis senão através das deformações que ele lhes imprime. Talvez nos torne mesmo incapazes de os ver. (LEVI-STRAUSS, 1983, p. 31)*

Como podemos perceber, a cultura é contextual e molda o sujeito e é nela que ele constrói a sua subjetividade e por ela pode ser explicado. Decorre daí que o indivíduo forjado no contexto de uma determinada cultura não é capaz de simplesmente despir-se dela, como se seus elementos não tivessem sido introjetados nele, integrando e moldando a sua personalidade.

Contudo, conforme demonstraremos a seguir, a análise dos acórdãos revelou a adoção de uma noção antropológica clássica de cultura. Isso significa que não bastasse a compreensão objetivizante do fenômeno (desconsiderando o seu papel simbólico e estruturante na subjetivização dos indivíduos), os julgadores a entendem sob uma perspectiva evolucionista, ou seja, em termos simples, na existência de culturas superiores e de culturas inferiores, avançadas e atrasadas ou modernas e arcaicas.

Devemos observar inicialmente que nos julgados em questão não se utilizou expressamente a palavra “cultura”, de forma que a concepção dos desembargadores acerca

dessa categoria aparece sob outras designações.

É o caso das expressões “sociedade” e “comunhão nacional” presentes nos quatro acórdãos, sempre precedidas das locuções “inserido na” ou “integrado na”, significando justamente a noção de cultura como “produção total de uma comunidade” (sentido 2) ou algo equivalente a “civilização”, especialmente porque associadas pelos julgadores a produtos culturais específicos, como é o caso dos exemplos utilizados para “demonstrar” o “acultramento” das partes indígenas, tais como “direitos civis”, “título de eleitor” (Caso 3) ou “uso do vernáculo” (Caso 4).

A utilização desses “produtos” a título de justificação (no caso, para afastar direitos especiais destinados aos indígenas) revelam, no contexto dos julgados, a concepção dos julgadores de que constituem não somente criações de uma cultura – no caso, a ocidental – mas verdadeiros símbolos de “civilidade”.

Isso é muito nítido no caso 4, precisamente no período “perfeito uso do vernáculo, a clareza e coerência das suas declarações”, que denota a concepção de que o indivíduo, mais do que adaptado aos costumes do não indígena, teria “evoluído” e desenvolvido a capacidade de se expressar de forma lógica e inteligível. Aqui, o conceito de cultura assumido é o de conhecimento, aperfeiçoamento do espírito, mas com viés evolucionista.

Essas conclusões ficam ainda mais evidentes quando analisamos os acórdãos sob a perspectiva da linguagem cognitiva, especialmente como teorizada por Lakoff e Jhonson, ou seja, partindo da concepção de que a linguagem está associada às nossas capacidades cognitivas gerais (responsáveis por outros processos de inteligência também) e que a relação entre as palavras e o mundo são sempre mediadas pela cognição (FERRARI, 2018, p. 14).

As pessoas constroem os sentidos categorizando e recategorizando o mundo a partir das suas capacidades cognitivas, combinadas com modelos de crenças estabelecidas socioculturalmente (FERRARI, 2018, p. 15).

É a partir desse processo que formamos nossos sistemas conceituais, que orientam e condicionam os nossos pensamentos e atividades cotidianas. Daí a conclusão de que nossos conceitos estão ligados às nossas bases experienciais, predominantemente compostas pelas experiências e percepções que temos acerca dos nossos corpos e do seu funcionamento (LAKOFF; JHONSON, 1999, 158)<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup>Nas palavras dos autores: “Conceptualização somente através do corpo: nós somente conseguimos formar concepções a partir do corpo. Assim, todo o entendimento que nós podemos ter do mundo, nós mesmos e os outros, somente pode ser enquadrado em termos de conceitos formados a partir do corpo. Tradução livre de:

Nesse sentido, todas as noções dirigidas a objetos seriam sempre mediadas por fatores psíquicos, fazendo com que as verdades e os significados de algo sejam sempre contextuais (cultura, situação fática posta, experiência individual, entre outros).

Essas novas concepções da linguística romperam com as duas escolas mais influentes anteriores, o estruturalismo, que enxerga a linguagem como um sistema autônomo, e o gerativismo, que entende a capacidade linguística como uma faculdade mental autônoma (SOARES DA SILVA, 1997, p. 61).

Além disso, um dos fatores determinantes para a abordagem da linguística cognitiva é o estudo dos conceitos metafóricos, que se diferenciam da tradicional concepção das escolas linguísticas mais antigas e da filosofia ocidental moderna, no sentido de que seriam meras expressões linguísticas com finalidades estéticas.

Em verdade, os sistemas conceptuais que criamos e que condicionam nossas visões sobre o mundo e as nossas ações cotidianas são primordialmente estruturados na forma de metáforas, ou seja, segundo um processo em que o conceito que se tem sobre alguma coisa é explicado em termos de outra (“discussão é guerra”, eis o célebre exemplo). Isso é assim, porque os seres humanos necessitam compreender realidades, fatos e objetos complexos que não podem ser explicados por meio de conceitos simples. Por isso, combinamos naturalmente as características de um objeto com as de outro, para lhe emprestar uma explicação que possamos assimilar (LAKOFF, 2003, p. 115).

Voltando aos acórdãos examinados, podemos identificar algumas metáforas que nos ajudam muito a entender como os julgadores conceberam o elemento cultura e os povos indígenas.

Pensemos na expressão “já encontra-se completamente inserido”, do caso 2. Ela denota um caminho, um processo, uma trajetória até um ponto de chegada, ponto este considerado mais avançado, tanto pela locução “já”, quanto pela oposição “condição de indígena como escudo” também presente no julgado, ou seja, um privilégio, uma desculpa para não se submeter às mesmas leis de todos.

Além disso, não podemos perder de vista que a noção de “ponto de chegada”, a sociedade ocidental, é altamente excludente, pois os indígenas não passaram a viver em uma sociedade somente quando adotaram as insígnias da cultura do “branco”.

---

Conceptualization Only Through the Body: We can only form concepts through the body. Therefore, every understanding that we can have of the world, ourselves, and others can only be framed in terms of concepts shaped by our bodies”.

Poderíamos extrair, assim, as metáforas “A SOCIALIDADE É UM PROCESSO” ou o “ACULTURAMENTO É UMA TRAJETÓRIA”. Esses conceitos estão fortemente ligados à uma noção evolucionista de sociedade e a percepção de que nos aperfeiçoamos pela educação, pelo conhecimento, ambos adquiridos em um processo pautado pelas ciências ocidentais.

Por outro lado, a expressão “integrado” usada nos casos 1, 3 e 4, assim como “inserido”, do caso 2, nos permite identificar a metáfora “A SOCIEDADE É UM RECIPIENTE”, onde o indígena poderia estar dentro ou fora. Aqui, a noção implícita de cultura aparece no seu segundo significado mais usual (conjunto da criação humana).

Essa concepção tem impactos relevantes nas causas envolvendo indígenas, porque parte do pressuposto de que esses indivíduos, quando passam a exercer atos “próprios dos brancos”, simplesmente deixariam de estar conectados à sua própria cultura e de ser influenciados pela construção das suas subjetividades dentro dela.

Pensemos agora na cultura como passível de ser invocada “como um escudo”, também do caso 2. Se a conformação cultural e psicológica que define um indivíduo como indígena pode ser invocada, usada, considerada ou desconsiderada, ela é externa a ele e revela o entendimento do julgador de que a cultura é como uma veste que poderia ser removida, reinserta e transferida.

Por outro lado, a cultura como escudo pode ser decomposta em outros sentidos:

A cultura diferente da majoritária é um privilégio

A etnicidade é uma coisa que pode ser dada ou retirada

A etnia é uma titulação

Todos esses significados, alguns deles aparentemente contraditórios entre si, revelam, em verdade, uma disposição para avaliar a questão da diversidade de forma protocolar, pois a verdadeira noção subjacente a todos é a de que a alteridade deve ser desconsiderada *a priori*, e quando é levada em consideração, se está diante de um privilégio.

As expressões “inserido na sociedade” e “integrado à sociedade”, reveladoras da metáfora “SOCIEDADE É UM RECIPIENTE”, referem-se ao recipiente válido, isto é, a sociedade englobante, que possui valor superior, pois representa a comunhão nacional e o ponto final para onde os indígenas “devem” se dirigir (ou “evoluir”).

A perspectiva presente em todas as expressões é a de que o ponto de partida, a régua, o parâmetro, pelo quais os indivíduos indígenas serão avaliados, estão contidos na civilização do julgador, sendo simplesmente desconsiderada qualquer possibilidade de se levar em

consideração seus traços culturais característicos, que são afastados pela simples menção a elementos representativos da civilidade (título de eleitor). Observamos que são incontáveis, na jurisprudência nacional, os casos de dispensa da produção de laudos antropológicos por conta desses “sinais externos de cultura”.

A conclusão a que chegamos, então, é a de que nesses julgados (mas não somente neles) persiste a concepção de que a cultura indígena seria inferior à da sociedade nacional, o que se coaduna com os objetivos expressos na legislação anterior à Constituição Federal de 1988.

#### **d) O problemático uso da expressão *silvícola***

A análise dos acórdãos também revelou a ocorrência do emprego do termo *silvícola* em dois julgados relacionados ao mesmo processo de fundo e, em razão disso, do mesmo relator. Tratam-se do *Habeas Corpus* nº 0805257-90.2018.8.10.0000, julgado em 27/08/2018, do Recurso em Sentido Estrito nº 00000014-43.2008.8.10.0068, julgado em 29/07/2019. Também encontramos o seu uso em trecho de jurisprudência invocada pelo relator no *Habeas Corpus* nº 0000359-04.2017.8.10.0000, julgado em 02/05/2017.

Esclarecemos que o uso da expressão não é uma peculiaridade do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, podendo ser encontrada nas Cortes Superiores.

Uma simples pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça utilizando como palavra-chave o termo apresenta como resultado nada menos do que 36 julgados entre os anos de 2018 e 2021, sendo que em 7 (sete) deles a expressão aparece nas próprias ementas<sup>52</sup>. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, foram encontradas 27 (vinte e sete) ocorrências, sendo a mais recente do ano de 2020<sup>53</sup> e, por fim, a consulta à base jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região ([www.trf1.jus](http://www.trf1.jus)) retornou 162 (cento e sessenta e duas) ocorrências, sendo 7 (sete) delas relativas aos anos de 2020 e 2021.

No caso do acórdão analisado do Tribunal de Justiça do Maranhão, especificamente o referente ao *habeas corpus*, a palavra aparece no corpo do relatório da seguinte forma:

No dia 16.03.2008, por volta das 2h15min., o paciente acompanhado do adolescente infrator F.S.R, ceifou a vida do *silvícola* [...]

<sup>52</sup>Eis os processos: RHC 141827 / MS (2021), REsp 1759119 / RS (2021), RHC 86305 / RS (2019), MS 20033 / DF (2019), MS 20334 / DF (2019), AgRg no AREsp 1239271 / SC (2018), HC 415348 / MT (2018). Observamos, ainda, que em nenhum desses casos a expressão aparece por conta de transcrições de artigos da Lei nº 6.001/1973 ou mesmo do Código Civil de 1916, mas sim de forma livre ou da transcrição de trechos de outros julgados em que seu uso foi livre também.

<sup>53</sup>Pesquisa realizada no sítio eletrônico da Corte, [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

Ao pesquisarmos pelo termo no sítio eletrônico do tribunal e considerarmos todos os resultados, sem delimitarmos qualquer recorte temporal, constatamos que ele aparece nas ementas de julgados de forma esporádica desde o ano de 1999 até 2018, cessando a partir daí. Foram computadas 8 (oito) ocorrências.

É difícil avaliar se isso seria um indicativo de progresso no pensamento institucional sobre as culturas indígenas, ou o abandono do termo como consequência de uma readaptação linguística meramente formal, com a finalidade de evitar polêmicas, minimizando a imperícia e reprodução de preconceito contra esses povos originais. Afinal, a análise dos dados e a omissão reiterada da Corte Estadual até mesmo em aplicar os dispositivos legais estatais expressos garantindo o respeito a diferença desses povos, sugerem o contrário.

A primeira análise que faremos é de ordem etimológica. O adjetivo constava do artigo 5º, inciso IV, do antigo código civil de 1916<sup>54</sup>, foi inserido nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, além de figurar vinte e cinco vezes na Lei nº 6.001/73, que ainda se encontra parcialmente em vigor. A expressão foi abandonada na Constituição de 1988.

As raízes etimológicas da palavra são pejorativas, concebida que foi para separar e categorizar os povos diferentes daquele no qual o observador estava inserido e mesmo os etnólogos da fase inicial a empregavam abertamente como nos dá conta Lévi-Strauss:

Mesmo a etnologia na fase inicial não hesita em enfileirar os povos que estuda em categorias separadas da nossa, pondo-os o mais próximo da natureza, como o implica a etimologia do termo «selvagem» e, de maneira mais explícita a expressão alemã *Naturvölkern*; ou então fora da história, quando os denomina «primitivos» ou «arcaicos», o que constitui um outro modo de lhes recusar um atributo constitutivo da condição humana. (LEVI-STRAUSS, 1983, p. 52).

Segundo De Plácido e Silva (1996, p. 234), o termo vem do latim e significa “habitante das selvas ou que vive fora da civilização”, sendo sinônima de “selvícola”. Examinando o significado dessa palavra no verbete correspondente, encontramos a seguinte definição:

“Do *silvaticus* latino. É a expressão usada pelo Direito Civil para distinguir os selvagens, selváticos, ou habitantes das selvas, ainda não trazidos ou adaptados à civilização. Tem o mesmo sentido de índio” (p. 197).

No dicionário Aurélio (2010), ela é definida como aquele que “nasce ou vive nas selvas;

---

<sup>54</sup>Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

[...]

IV. Os selvícolas.

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

selvagem, selvático”.

Já Othon Sidow (2016, p. 576), define-o como “Indivíduo que nasce e vive na selva, em estágio de civilização primitiva”. O autor observa que a expressão é uma antiga denominação dada ao indígena brasileiro e que foi banida da Constituição e das leis por ser considerada preconceituosa.

Parece bem estabelecido que a origem etimológica da expressão encontra íntima ligação com a noção de selvagem, a qual, por sua vez, alinha-se com o conceito de primitivo, rude, atrasado, e esses conceitos, como visto, continuam associados à expressão nos dias de hoje. Em verdade, essas conclusões não encontram maiores dificuldades para serem validadas e poderíamos dizer que quase compõe o senso comum.

A questão que se mostra mais intrigante, no entanto, é a de saber porquê, passados quase quarenta anos desde o estabelecimento de um novo paradigma para o tratamento das diferenças étnicas na Constituição Federal, essa expressão notavelmente pejorativa foi encontrada em três acórdãos analisados do Tribunal de Justiça do Maranhão e aparece em abundância no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A inadequação do seu uso pode ser equiparada à utilização de expressões previstas na legislação penal da década de quarenta, tais como “mulher honesta”, há muito abandonada e certamente não utilizada nos tribunais pátrios. Não parece haver dúvida, portanto, que a utilização do termo, no contexto específico estudado, revela a referência aos indígenas com nítida conotação pejorativa.

#### **4.3.2 Diferenças culturais invisibilizadas – Negação de direitos expressamente estabelecidos**

##### **Saúde**

Seis acórdãos do *corpus* de pesquisa têm como pano de fundo ações movidas por indígenas para obrigar estado e município a prestar serviços emergenciais de saúde, conforme a tabela 14 a seguir.

Tabela 14 – Ações envolvendo serviço público de saúde

<b>Identificação</b>
<b>Apelação Cível nº 0811822-81.2017.8.10.0040</b>

Agravo de Instrumento nº 0810947-66.2019.8.10.0000
Apelação Cível nº 0809839-76.2019.8.10.0040
Agravo de Instrumento nº 0806398-47.2018.8.10.0000
Apelação Cível nº 0802523-12.2019.8.10.0040
Apelação Cível nº 0800369-55.8.10.0040

Dos seis acórdãos examinados apenas 1 (um) faz referência a direitos específicos dos indígenas em relação ao tema, meramente transcrevendo artigo da Lei 6.001/73 de forma protocolar, além de levantar a etnicidade da parte indígena sob a perspectiva do exotismo.

Muito embora o subsistema de saúde indígena seja vinculado ao SUS e preveja que eles serão atendidos no sistema geral nos casos de média e alta complexidade, a mesma legislação prevê o atendimento que atenda às especificidades culturais de cada povo.

É o que dispões o artigo 19-G da Lei nº 8.080/90:

Artigo Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado.

§ 1º O Subsistema de que trata o caput deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas.

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, **ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS** nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações.

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde.

Esse ponto sequer foi aventado nos recursos da DPE, muito menos pelo tribunal, com exceção do caso mencionado.

Esses são típicos casos em que alguém poderia argumentar que a pretensão das partes foi satisfeita pelo Poder Judiciário, que lhes garantiu exatamente o que pediram, ou seja, leitos em unidades de terapia intensiva e medicamentos imprescindíveis para tratamento de doença grave.

Mas a questão que se coloca aqui é mais profunda e também anterior, repousando no fato de que ninguém, em situação alguma, pleiteia o direito ao atendimento à saúde adaptado à realidade cultural dessas pessoas. E é precisamente aqui que reside o maior risco, o de naturalização dessas desconsiderações dos fatores culturais, que contribui em maior ou menor tempo para o apagamento cultural dos povos indígenas.

**4.3.3 Processos criminais: invisibilidade, descaracterização étnica e resistência em aplicar direitos explícitos.**

Gráfico 7 – Distribuição das partes por tipos de crimes imputados

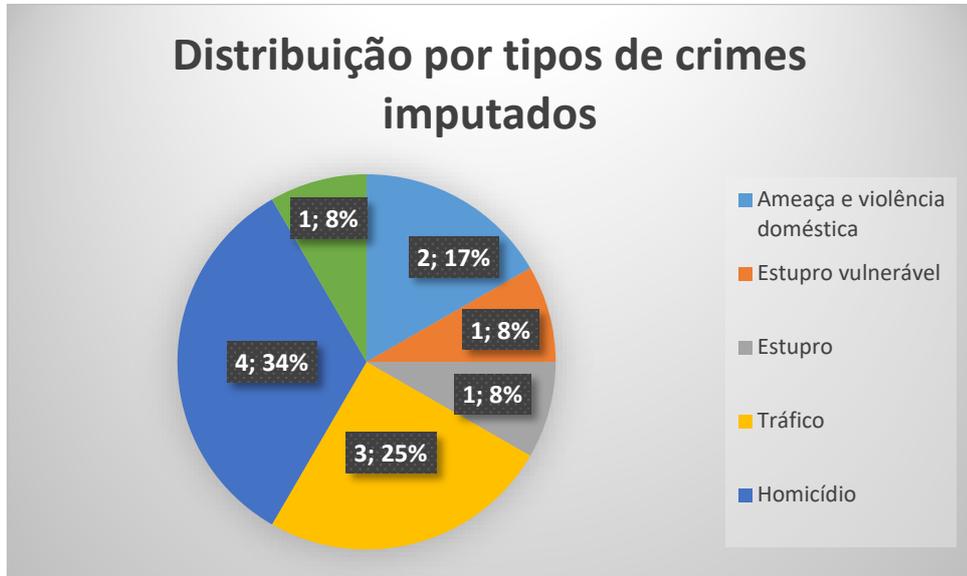
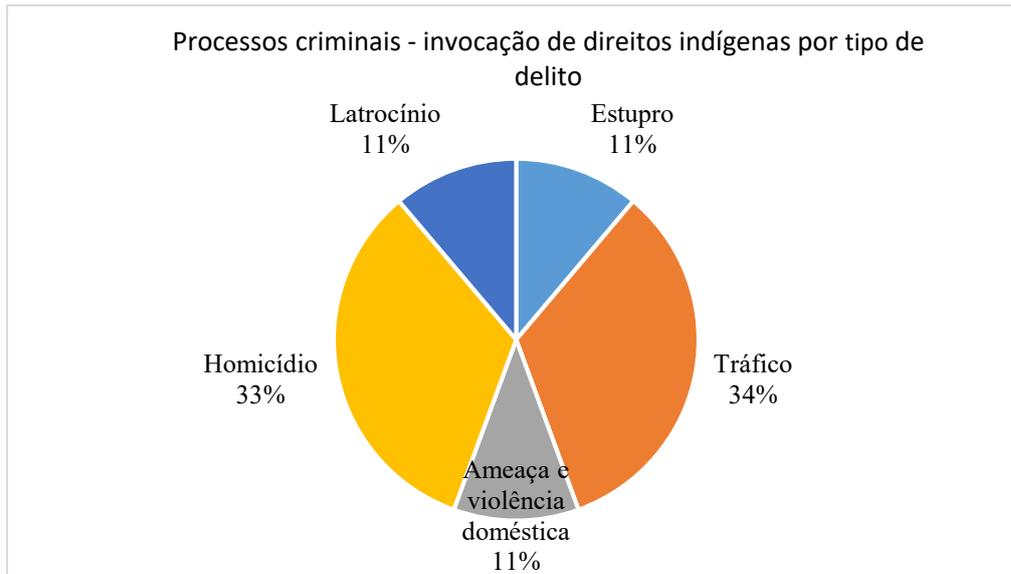


Gráfico 8 – Invocação da etnicidade nos processos criminais



Gráfico 9 – Invocação de direitos indígenas por tipo de delito



Eis que em um processo todo o efeito negativo do vácuo interpretativo se manifesta em uma singela certidão do oficial de justiça que explica porque não conseguiu efetuar a prisão do indígena acusado de violência doméstica:

“CERTIFICO que na data de 22/02/2019 OFICIALIZEI a DELEGACIA de POLICIA CIVIL, na pessoa do escrivão de polícia civil Ad-Hoc, Senhor XXXX; Que em seguida me desloquei juntamente com a equipe de polícias civis XX e YY, no sentido de intimar a vítima XXXX, ocasião em que também foi feita a tentativa de prender o requerido XXX, porém no momento da prisão o requerido conseguiu fugir em virtude do Cacique da Aldeia XX Senhor YY ter intimidado este Oficial de justiça e os policiais civis acima mencionados, chamando vários indígenas, sendo que estes cercaram a guarnição da policia enquanto XXX fugia.”<sup>55</sup>

#### 4.3.4 Relações de consumo: contratação fraudulenta de serviços financeiros

Qual a diferença entre proteção e tutela? O que distingue respeito à diferença e paternalismo? O ponto fulcral é que a tutela pressupõe a inferioridade do outro e tem como uma de suas finalidades controlar as suas ações. O respeito à diferença, por sua vez, pressupõe a aceitação da alteridade, o estabelecimento de relações interculturais adaptadas, e tem como objetivos a ampliação de direitos.

Existe uma grande diferença ao se falar em vulnerabilidade em razão de uma suposta incapacidade de funcionar no mundo ocidental, ligada a uma visão racista de atraso, infantilidade e incivilidade dos povos indígenas, e a constatação de que se encontram

<sup>55</sup>MPU nº 0800549-76.2019.8.10.0027. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Barra do Corda/MA. Relacionada ao HC nº 0803982-72.2019.8.10.0000. Os nomes foram omitidos por se tratar de processo sujeito a segredo de justiça.

vulnerabilizados em razão dos fatores históricos de genocídio, etnocídio, e as mais diversas tentativas de homogeneização, que, na prática, significam fazer com que as culturas enquanto diferenciadas desapareçam.

É precisamente nesse sentido, no desequilíbrio de forças entre os povos originários e as pessoas, órgãos e instituições da sociedade englobante que exercem pressão e coerção externa, no sentido de elas desaparecem, que falamos em vulnerabilidade.

Por outro lado, tratamento diferenciado em razão de diferenças culturais não é o mesmo que paternalismo ou tutela, mas respeito à diferença e em restituição ou reparação por injustiças persistentes. Todo o tratamento diferenciado, específico, que for destinado aos indígenas deve ser orientado por duas premissas fundamentais: sua inserção no âmbito da população brasileira foi arbitrária, desagregativa do seu tecido social interno, tendo sido destinada a eles posição subalternizada na “comunhão nacional” e eles integram sociedades possuidoras de sua própria cultura, sistemas político e jurídico, que devem sempre ser respeitados no seu âmbito interno, mas também levados em consideração nas interações com membros da sociedade englobante e o Estado.

Ao se falar em ações judiciais promovidas por indígenas contra bancos, alguém poderia questionar qual o sentido de levar em consideração que se tratam de pessoas indígenas em um contrato celebrado como qualquer outro brasileiro, segundo o direito estatal? Eles não devem ser tratados com igualdade?

Certamente que sim, e isso se reflete no fato de terem contratado seus próprios advogados para fazerem valer seus direitos, enquanto cidadãos.

Ocorre que, no caso dos indígenas, em razão de a construção da sua identidade ter se dado sob um sistema simbólico diverso, deveremos nos questionar, sempre, se em suas culturas há uma normatização interna diferenciada que se aplica ao assunto.

Nos casos analisados, o que mais chama a atenção é o seu aspecto simbólico. Na maioria delas reconheceu-se a inexistência de um contrato, invocou-se a vulnerabilidade típica do consumidor, simplesmente desconsiderando que tais consumidores eram indígenas, em sua maioria declarada analfabeta, idosa e vivendo em aldeias.

Assim, muito embora a capacidade postulatória dessas pessoas não tenha sido colocada em dúvida, o que deve ser considerado positivo, o fato de que foram vítimas de práticas fraudulentas em razão de serem indígenas não foi sequer mencionado nos acórdãos, deixando de ser considerado na avaliação da responsabilização por danos morais.

É evidente que um indígena deve contratar, por livre e espontânea vontade, com pessoas não indígenas e submeter-se, em princípio, às mesmas regras. Mas o que é colocado em questão aqui não são as regras do jogo, mas os parâmetros de aferição, qualificação, e quantificação do comportamento ilícito da outra parte.

A situação de serem indígenas deveria ter sido considerada na própria apuração da plausibilidade da fraude, no sentido de que se tratavam em muitos casos de pessoas que não tinham familiaridade com a cultura do “branco”, ainda que fossem aposentadas. E mais, deveria ter sido considerada para a própria apuração do *quantum* indenizatório.

## CONCLUSÕES

A presente dissertação partiu da premissa de que apesar do estabelecimento de um novo parâmetro constitucional pelo qual o Estado deve tratar os povos indígenas, as garantias de fruição de direitos específicos voltados para sua autodeterminação, produção da própria normatização jurídica e autonomia para solucionar seus conflitos internos, permanecem ainda em um estado de indefinição quanto ao seu conteúdo e limites.

Procuramos evidenciar esse estado de indefinição – que chamamos de déficit de interpretação/construção de sentido do artigo 231, da CF – com a indicação da notória ausência de entendimentos jurisprudenciais sobre esses temas, assim como da reduzida produção acadêmica sobre o assunto, seja no âmbito do direito, seja no da antropologia e sociologia.

Também fixamos que a realidade social subjacente é marcada pelo crescente número de conflitos interétnicos e pontuada pela contraposição de visões antagônicas de grupos acerca de como o Estado deve se relacionar com os povos originários e que direitos lhes devem ser assegurados, antagonismos estes muito visíveis no campo do indigenismo e protagonizados pelas mesmas forças e agentes que marcaram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987.

Nesse sentido, estabelecemos que a omissão no enfrentamento direto dessas questões, tanto pelas vias institucionais, quanto acadêmicas, estimulam a disputa pela construção de sentidos do citado artigo 231, da CF, onde os agentes em oposição, indígenas e aliados de um lado, setores econômicos, de governo e militares de outro, tratam as concepções que têm sobre as disposições constitucionais em questão como fatos consumados, preferindo focar suas estratégias de intervenção no campo dos embates políticos.

Tentamos demonstrar, por isso, que embora tenha atuação de largo impacto no restrito campo do indigenismo, o tribunal estudado não parece se aperceber disso, o que pode ser

demonstrado pela invisibilização da diversidade étnica constatada nos processos estudados, pela falta de órgão interno voltado para o estudo dessa diversidade cultural, assim como na ausência de qualquer iniciativa de se buscar a capacitação na temática. Soma-se a esses fatores indicativos, o fato de a lei de organização judiciária do estado não conter qualquer previsão nesse sentido, em contraposição aos inúmeros casos de definição de competências levando em consideração interesses de grupos vulneráveis, como é o caso da mulher, do idoso, da criança e do adolescente, de conflitos agrários, organizações criminosas, consumidores e ambiental.

Dizer que o direito deve ser o estatal e somente pode ser considerado o direito válido, ou seja, pertencente ao ordenamento jurídico, coloca aos positivistas, uma vez existente dentro desse sistema norma superior determinando que se leve em consideração os arranjos indígenas, no mínimo o dever de classificar e enquadrar essas normatividades dentro da moldura jurídica estatal.

Fica evidente pelo exame das decisões que a totalidade dos julgadores professam uma visão de direito que pode ser associada a uma das vertentes do positivismo de tipo exclusivo, não sendo possível vislumbrar a qual corrente teórica específica se filiam. Paradoxalmente, mesmo diante de dispositivos estatais garantindo aos indígenas tratamento diferenciado, esses positivistas silenciaram a respeito, o que pode demonstrar preconceito institucional com as culturas indígenas.

É como se toda uma estrutura de relações assimétricas tivesse surgido – de tutor para tutelado, de provedor para dependente e de tolerante para tolerado – e formado uma “maquinaria social” perfeitamente desenvolvida para funcionar sozinha, por inércia.

A estrutura criada é tão surpreendentemente eficiente que seus resultados são produzidos esteja o Estado prestando assistência material a essas pessoas ou esteja se omitindo de fazê-lo. Chegamos, assim, ao ponto da “pós intrusão” onde toda omissão é qualificada e tem os mesmos efeitos de uma comissão intrusiva.

O itinerário é tão perverso quanto desanimador: as relações de dependência construídas pela política indigenista nacional (colonialista, clientelista e desagregadora das estruturas sociais indígenas) fazem com que os povos necessitem recorrer aos poderes públicos para sobreviverem. Ao fazerem isso, recebem um tratamento de invisibilização tácita ou de homogeneidade, mesmo no âmbito de áreas pensadas para eles: vide o exemplo da saúde. Ao receberem continuamente esse tratamento nas relações ardilosamente construídas ao longo de décadas (para não falarmos em séculos) formam-se o que nos atrevemos a chamar aqui de *espaços de homogeneização*, onde a intensidade do contato é proporcional ao grau de “aculturação” exigida em troca dos benefícios buscados.

Nem mesmo os direitos consagrados aos povos indígenas na Constituição Federal fogem a essa lógica. Todos eles têm um preço e o preço é a homogeneização. Ou seja, quanto mais eu uso, mais eu tenho de me adaptar e me desconstruir, enquanto o outro finge que está levando em consideração minha realidade histórica.

A posição de vantagem, gravemente assimétrica, entre o Estado e os povos indígenas, e as relações de dependência impostas a eles, notadamente pela interferência violenta em seus territórios e solapamento da sua autonomia e autossuficiência, impõe a ele no mínimo a inafastável proibição de praticar atos que agravem esse quadro, pois cada interação unilateral, cada omissão, cada espera para que os povos se organizem à imagem e semelhança dos modelos políticos ocidentais, reforça a estratégia velada de integração e homogeneização engendrada por ele.

Assim, existe uma diferença imensa entre tutelar alguém e, na qualidade e posição de causar danos inenarráveis pelo poder que tem e pelo que fez no passado, zelar para que a desarticulação social desses povos não se agrave. Isso somente pode ser alcançado se se entender, de uma vez por todas, a primazia dos direitos coletivos indígenas sobre a noção liberal sacramentada na CF de direitos individuais.

É necessário saber que uma prática vista como individual por um indígena, um crime por exemplo, mesmo praticado fora de terras indígenas, tem impactos sociais e culturais para o seu povo, daí a necessidade de laudos antropológicos e de uma justiça especializada (quando for o caso de se aplicar a lei dos “brancos”).

A aplicação do direito penal ocidental irrestrita a esses povos, além de não considerar suas próprias formas de controle social, inviabilizam a recuperação do criminoso retirando-o do convívio com a sua comunidade. Em todas as ações penais avaliadas, a diversidade cultural dessas pessoas sequer foi cogitada.

Devemos pensar também nas situações em que se procura opor direitos individuais de membros indígenas contra direitos coletivos da sua cultura e entendermos que a nenhum indígena, que eventualmente discorde da prática tradicional amplamente aceita e praticada por seu povo, é conferido o direito de invocar a interferência do estado para a desconstituição dessas obrigações.

Qualquer interferência do Estado em questões intra-étnicas deve passar pela reflexão acerca de se há efetivamente uma situação de opressão vivida por membros de um povo, situação esta que não pode ser aferida simplesmente pelo achismo imperito de um magistrado.

Nesse ponto, a diferenciação entre minorias étnicas e minorias nacionais feita por Kymlicka ganha utilidade no ponto em que se percebe que as políticas e direitos gerais de

aplicação diferenciada são desenhados e tratados como se estivéssemos tratando de imigrantes e não de pessoas que nasceram e cresceram sob um sistema cultural inteiro diverso.

Por outro lado, a visão restritiva desse autor no sentido de respeito amplo dos direitos individuais constitucionais pelas autoridades indígenas, segundo o desenho institucional a eles dado (que pode não corresponder às concepções tradicionais desses povos) revela um multiculturalismo alicerçado na ideia de tolerância desde que as práticas não sejam problemáticas.

Direitos gerais adaptados, significa para nós, adaptados a culturas diversas, a povos diversos e não a cidadãos que querem ser integralmente incorporados à cultura englobante. Os indígenas possuem direitos individuais e coletivos não somente perante o Estado, mas também em relação a suas próprias sociedades.

A autodeterminação dos povos indígenas deve ser sempre a regra. Todos os conflitos intraétnicos devem ser resolvidos de acordo e conforme a normatização interna dos povos indígenas sejam de qual natureza forem e que magnitude tomarem.

O pedido de intervenção do Estado por parte de pessoas indígenas em seus conflitos internos, conforme observamos em quatro ações penais do *corpus* de pesquisa, deve ser avaliado com cautela, de forma a não provocar desagregação social. Nesse caso, deve ser entendido que o direito individual de cada indígena não pode se sobrepor automaticamente aos direitos coletivos desses povos, que incluem sua autodeterminação e o exercício de um direito próprio.

Assim, a nosso ver, as hipóteses de intervenção válida de terceiros em conflitos internos das sociedades indígenas deverá atender cumulativamente a três critérios fundamentais:

- a) ser o desejo da população;
- b) ter natureza sempre complementar ao sistema tradicional;
- c) a violação de direito invocada constituir o que entendemos por opressão, ou seja, quando não se tratar de prática amplamente aceita na sociedade e violar o núcleo duro de direitos humanos amplamente aceitos.

Exemplifiquemos. Imaginemos que uma determinada comunidade indígena tenha como regra somente permitir aos homens galgar posições de poder político.

Caso uma mulher integrante dessa comunidade discorde desse arranjo e queira assumir uma posição de poder, ela teria legitimidade para mover uma ação judicial e pleitear o reconhecimento dos direitos políticos e de isonomia de gênero no interior daquela etnia? É evidente, como dito anteriormente, que a cultura indígena, tal como todas as outras, é dinâmica

e suas estruturas sociais não são tão homogêneas como frequentemente defendemos, provavelmente porque insistimos em simplificar essas sociedades. Podem existir classes e grupos diferenciados no interior dessas sociedades, que também têm, à sua maneira, o seu próprio pluralismo social e, com isso, os dissensos internos.

Qual seria o limite de valorização desses dissensos? Qual a medida para se identificar se o dissenso, representado em nossa hipótese pelo desejo de protagonismo político interno, é de um grupo, da maioria dos integrantes da sociedade, ou apenas de uma única pessoa? E que diferença fará se for de um grupo? Vamos usar critérios como o da regra da maioria nas democracias ocidentais? E se todas as pessoas aceitarem como normal, não se incomodarem e até entenderem ser devido, deslocaríamos então a questão para a temática da opressão pela maioria?

Segue o que entendemos ser crucial para que o julgador leve em consideração, portanto, diante das ações judiciais envolvendo indígenas como autores, réus, vítimas ou mesmo interessados:

- 1) A (o) magistrada (o) deve assumir que a comunidade indígena onde ela reside tem os seus próprios meios de solução de conflitos;
- 2) A análise dos dados obtidos só reforça a tese da necessidade de revisão da súmula 140 do STJ, pois realça o total despreparo da Justiça Estadual para lidar com os crimes praticados pelos indígenas ou ocorridos dentro de TIs;

Por fim, conforme esperamos ter deixado claro na exposição histórica do capítulo 1, a ação do Estado sobre os povos indígenas não é unidimensional, traduzindo operações simultaneamente jurídicas, político-ideológicas e econômicas, que podem vir encerradas em leis, políticas públicas, ações administrativas materiais e, particularmente no que diz respeito ao recorte da presente pesquisa, por meio de decisões judiciais proferidas pelos tribunais.

Em cada processo e em cada acórdão analisado é possível vislumbrar uma atuação estatal ideologicamente orientada, segundo uma visão de mundo, sociológica e filosófica, do direito e da cultura, ainda que ela se manifeste na forma de ausências ou de indiferenças, que são igualmente significativas.

Assim, falar em regulações jurídicas internas dos mais de trezentos povos indígenas vivendo no Brasil e sua relação com o direito estatal, conduz à análise crítica e detalhada de uma realidade complexa, multifacetada, insuscetível de ser apreendida por apenas um setor do conhecimento, de forma que o exame do fenômeno e a construção de qualquer proposta de acomodação ou interlocução dessas ordens normativas plurais, devem passar pela compreensão

global de todos os fatores envolvidos e reclama a aplicação conjunta dos métodos e conhecimentos construídos pela filosofia, sociologia e antropologia jurídicas.

Essa conclusão geral nos é até intuitiva. Primeiro, porque a temática das múltiplas ordens jurídicas “coabitando” no espaço territorial dos estados contemporâneos pressupõe a assunção prévia do expositor de que uma visão específica sobre o Estado, as organizações sociais, e quais as experiências humanas que podem ser entendidas propriamente como jurídicas precisam ser consideradas a partir de conceitos e conteúdos transdisciplinares, que não são extra-jurídicos, mas são conteúdos e conceitos dos quais o Direito não pode prescindir diante de grupos vulnerabilizados e suas especificidades.

Segundo, no caso específico dos povos indígenas do Brasil, a discussão não pode passar ao largo do entendimento dos processos históricos de colonização, seus impactos nessas comunidades, e o condicionamento que provocaram e ainda provocam a formação das estruturas sociais que se apresentam hodiernamente, sob pena de o problema ser analisado desconsiderando sua materialidade e historicidade.

Essa última dimensão reclama ainda uma reflexão sobre injustiças persistentes, discriminação positiva ou negativa, justiça distributiva e, a mais importante, as aspirações manifestadas pelos povos originários relacionadas à sua autonomia e desenvolvimento, sob o risco de se tratar o assunto, mais uma vez, ao arrefecimento das concepções e interesses dos principais destinatários de todo esse processo.

Em terceiro lugar, ainda que nos propuséssemos exclusivamente a realizar uma pesquisa dogmática, focada na interpretação do artigo 231, da Constituição Federal, tal empreendimento conduziria necessariamente à necessidade da mesma abordagem transdisciplinar do assunto, ante a presença de expressões genéricas no dispositivo legal em questão e diante da falta de construção de sentidos tanto no âmbito acadêmico quanto no operacional.

De outro lado, ignorar a filosofia do direito e as teorias vigentes, que pautam a forma como o direito é concebido e aplicado por seus operadores, coloca o “pluralista” na posição omissa de sustentar que ordens jurídicas distintas existem e devem ser respeitadas de alguma forma específica (nos casos em que os trabalhos ganham esse aspecto propositivo), mas não apresenta critérios para definir o que pode ser considerado jurídico ou não.

É muito comum, no entanto, que os trabalhos produzidos nessa área omitam ou requeiem a um segundo plano as implicações que as suas conclusões podem trazer para os campos hegemônicos das construções e aplicações do direito: a filosofia jurídica e a ciência dogmática.

À exceção de alguns autores paradigmáticos, a maioria das pesquisas que focam a temática do pluralismo jurídico produzida no Brasil, não aborda as correntes teóricas dominantes do direito mediante uma análise estrutural e nem as confrontam com o fenômeno que elegeram como objeto de estudo.

Quando muito, limitam-se a criticá-las por não vislumbrarem fontes jurídicas outras que não as estatais ou por qualificarem o “verdadeiramente jurídico” em oposição ao que denominam pejorativamente de costumes, próprios de uma condição pré-jurídica de certos grupos. Na maioria desses casos, combatem os elementos de um tipo de positivismo jurídico mais radical e silenciam sobre as reorganizações dessa escola e da própria refutação que alguns dos seus membros mais representativos fazem sobre as características que são atribuídas ao seu pensamento.

Com isso, a reflexão sobre o pluralismo jurídico se distancia dos campos do conhecimento que pretendem explicar o direito em bases universais e onde predominantemente ocorrem a produção, a reprodução e a aplicação dos conhecimentos jurídicos em todas as áreas estratégicas da sociedade.

A antropologia jurídica e a produção sobre o pluralismo de que parte dela se ocupa, ainda que incipiente no país, ficam ainda relegadas a um espaço tímido na academia e nos cursos de direito, quando não desqualificadas como conhecimentos tópicos, de pouca relevância e, no pior dos casos, percepções e propostas utópicas ou quase esotéricas.

O resultado final é que as teorias do direito dominantes são reproduzidas e perpetuadas sem que sejam adequadamente escrutinizadas ou seus pressupostos e construções lógicas confrontados com o fenômeno plural ou outras concepções e tecnologias de organização social, evidenciadas pelo rico conhecimento, prático e teórico, operado no âmbito de disciplinas ou ciências comumente tidas como acessórias ou mesmo marginais à “verdadeira” ciência do direito.

Sendo ainda mais específicos, a filosofia ocidental do direito passa incólume de quaisquer revisões que poderiam (e deveriam) advir da antropologia e sociologia jurídicas.

Por essas razões, é de capital relevância científica e, ao final, pragmática, que as teorizações sobre o pluralismo jurídico venham acompanhadas pela reflexão sobre se seria possível, por exemplo, a acomodação de arranjos plurais dentro das diversas perspectivas teóricas do direito, especialmente o positivismo jurídico – exclusivo ou inclusivo – ou das correntes filosóficas que se autoproclamam não positivistas, como a culturalista de Miguel

Reale, a interpretativista de Dworkin, Alexy, ou a constitucionalista de Atienza, somente para ficar com alguns.

Já é chegada a hora de a antropologia jurídica e a filosofia do direito se ocuparem das mesmas questões de forma transdisciplinar.

## 6. REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **O Sentido do Direito**. Lisboa. Ed. Escolar, 2014, 364p.

\_\_\_\_\_. **El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias**. In: CASADO, María (Coord.). De la solidaridad al mercado: El cuerpo humano y el comercio biotecnológico. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona, 2017.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009, 166p.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2012, 669p.

\_\_\_\_\_. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2018

ARIZA, Rosembert. De la autonomía y el derecho de administración de Justicia indígena em latinoamérica. In: OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. (org.).

**Lei do índio ou lei do branco – quem decide?: sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 13-42.

ARNAUD, Adré-Jean (org.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, 954p.

ASCH, Michael. UNDRIP, Treaty Federalism, and Self-Determination. **Review of Constitutional Studies**. vol, 24, 1, 2019.

AZAMBUJA, Letícia Erig Osório de; GARRAFA, Volnei. A teoria da moralidade comum na obra de Beauchamp e Childress. **Rev. bioét.** (Impr.), n. 23, p. 634-44, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015233100>. Acesso em: 10 ago. 2021.

AZEVEDO, T. M. L. S. O “primeiro júri popular indígena” em raposa serra do sol: Poder Judiciário roraimense e possíveis apontamentos jusdiversos. **Confluências: Revista interdisciplinas de Sociologia e Direito**. v. 21, n.2, 2019, pp. 100-122 .

BEAUCHAMP, Tom L. A Defense of the Common Morality. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, vol. 13, n. 3, p. 259-274, 2003. Disponível em <https://doi.org/10.1353/ken.2003.0019>. Acesso em: 10 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **Standing on Principles - Collected Essays**. Ebook, Oxford University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. The Principles of biomedical ethics as universal principles. in **Islamic Perspectives on the Principles of Biomedical Ethics**, vol. 1, ed. Mohammed Ghaly, Intercultural Dialogue in Bioethics Series Editor: Alireza Bagheri (Tehran University of Medical Sciences, Iran), 2016.

\_\_\_\_\_. Comments on Durante’s account of multiculturalism. **J Med Ethics**, vol. 44, n. 2., February, 2018. Disponível em: <http://jme.bmj.com>. Acesso em: 10 set. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32

\_\_\_\_\_. **A dignidade pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito curídico á luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BELTRÃO, Jane Felipe. Identidade, autonomia e direitos humanos: desafios à diversidade étnica no brasil. **Hendu**, ano 2011, n. 2 p. 56-70. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18542/hendu.v2i1.666>. Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Indígenas crianças: desafios aos sistemas jurídicos indígenas e não indígenas. *In*: OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. (org.). **Lei do índio ou lei do branco – quem decide?: sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 297-313.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995

\_\_\_\_\_. **Direito e poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**. 11.ed. Trad. Mariza Corrêa

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 nov. 2019.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Indígenas na prisão: o déficit da perspectiva intercultural. *In*: OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. (org.). **Lei do índio ou lei do branco – quem decide?: sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 127-156.

CASTRO, Celso (org.). **Evolucionismo cultural. Textos de Morgan, Tylor e Frazer**. Trad. Maria Lúcia de Oliveira. Zahar: Rio de Janeiro, 2005.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia**. 5. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2016, 549p.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos índios no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

\_\_\_\_\_. **Cultura com aspas**. 2ª. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014.

CUNHA, Manuela Carneiro da ; CESARINO, Pedro de Niemeyer (orgs.). **Políticas culturais e povos indígenas**, 1. ed. São Paulo: editora unesp, 2016

DAMATTA, Roberto Augusto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DOLHNIKOÍF, Miriam. **O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil do século XIX**. São Paulo: Globo, 2005.

ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

Obs: esta tradução de *The foundations of bioethics*, baseia-se na 2ª edição, publicada em 1996 pela Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. Beyond the principles of bioethics: facing the consequences of fundamental moral disagreement. **ethic@**. Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 13-31, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/1677-2954.2012v11n1p13ethic@>. Acesso em: 20 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Courage: Facing and Living with Moral Diversity. **Journal of Medicine and**

**Philosophy**, vol. 40, p. 278–280, 2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/jmp/article-abstract/40/3/278/872157>. Acesso em: 13 fev. 2021.

ERIKSEN, Thomas H. NIELSEN, Finn S. **História da antropologia**. Trad. Euclides Luiz Callon. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

FARALLI, Carla. La Bioética. Terreno de encuentro entre ciencias naturales y ciencias humanas. *Opción*, Año 30, n. 73, 2014. Disponível em: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/19499/19465>. Acesso em: 01 set. 2021.

GARVEY, G.; TOWNEY, P.; MCPHEE, J. R.; LITTLE, M.; KERRIDGE, I. H. *Is there an Aboriginal Bioethic?* **J Med Ethics**; 30, p. 570–575, 2004. Disponível em: <http://jme.bmj.com>. Acesso em: 10 out. 2020.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3.ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014, 317p.

GUSTIN, M. B. S. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2015, 260p.

HESAPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Ed. Almedina, 2018, 647p .

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI**. Ebook. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B01M3X5CMV> > 2016.

HOFMEISTER, Wilhelm; ARANDA, José Tudela (org.). **Sistemas Federales: una comparación internacional**. Madrid: Fundación Konrad Adenauer, 2017.

JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins fontes, 2018, 618p.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship**. New York: Oxford University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. Para além da dicotomia indígena/minoria?. In BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHAES, José Luiz Quadros de; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs). **Direito à diferença: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis - Volume 2 (Locais do Kindle 4145-4149)**. Saraiva. Edição do Kindle.

LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. Trad. Marie-Agnès Chauvel. São Paulo: Brasiliense, 2012.

LARAIA, Roque de Barros. Os Primórdios da Antropologia Brasileira. **Aceno**, vol. 1, n. 1, p. 10-22. Jan. a Jul. de 2014.

LEITE, Tainah Vítor Silva. **Pessoa e humanidade nas etnografias Yanomami**. 2010. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Museo Nacional Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010.

LE ROY, Étienne. Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité. In: SACCO, Rodolfo (Ed.). **Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologia giuridica e traduttologia giuridica**. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2009. p. 99-133.

———. **La terre de l'autre**. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière. Paris: L.G.D.J, 2011.

———. **Le jeu des lois. Une anthropologie “dynamique” du Droit**. Paris: L.G.D.J, 1999.

———. **Pourquoi et comment la juridicité des communs s'est-elle imposée dans nos travaux fonciers?** Récit d'une initiation, Regards sur le foncier no 8, Comité technique « Foncier & développement. Paris: AFD, MEAE, 2019.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural II**. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Ubu, 2017.

**O pensamento selvagem**. Trad. Tânia Pellegrini. 12ª. ed. São Paulo: Papirus, 2012.

LIMA, Roberto Kant de. Por uma Antropologia do Direito, no Brasil. **Arquivos de Direito/ Universidade Iguazu** – ano 2, v. 1, n. 3, out./abr. 1999, pp. 223-253.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico - UnB**, ano 2010, v. 35, n. 2: 25-51. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/7026/7246>. Acesso em: 27 ago. 2020.

LLOYD, G. E. R. **Being, humanity, & undersrtanding**. New York: Oxford University Press, 2012.

LOWIE, Robert. **The history of ethnological theory**. New York: Farrar & Rinehart, 1937.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: Conceito, Objeto, Método**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Trad. Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes, 2015.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Erika Macedo. ZEMA, Ana Catarina. Proteção constitucional da jurisdição indígena no Brasil. *In*: OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. (org.). **Lei do índio ou lei do branco – quem decide?: sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 43-74.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica. Rio de Janeiro: **Letra Legal**, p. 137-167, 2004. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod\\_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf). Acesso em: 01 de out. 2021.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. O que é isso que chamamos de Antropologia Brasileira? **Anuário Antropológico**, ano 1986, v. 10, n. 1, pp. 227-246. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6365>. Acesso em: 19 fev. 2021.

PEREIRA, Diego Rodrigo; COELHO, Elizabeth Maria Beserra. O descompasso entre os saberes canelas e as práticas biomédicas. **R. Pol. Públ.**, São Luís, v.16, n.1, p. 223-231, jan./jun. 2012.

POSNER, Richard Allen. **A problemático da teoria moral e jurídica**. 1. ed. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012

POTTER, Van Rensselaer. "Bioethics, the Science of Survival." **Perspectives in Biology and Medicine**, vol. 14, no. 1, p. 127-153, 1970. Project MUSE;

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**. Trad. Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, 749p.

\_\_\_\_\_. **Nova fase do direito moderno**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 239p.

REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**, vol. 1. 5. ed. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2005.

RIBEIRO, Heidi Michalski; URT, João Nackle. Direito indigenista nas constituições de Brasil e Canadá: um estudo comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 36, vol. esp., p. 182-202, out. 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica**: contribuição para uma macro-história do direito. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 434p.

SALLES, Denise Mercedes N. N. Lopes; CATÃO, Marconi do Ó; FILHO, Oton Vasconcelos; PEREIRA, Thiago Rodrigues Pereira (org). **Visões de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: 2019, Ágora.

Trata-se de obra coletiva promovida pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus) e reúne artigos que foram selecionados entre todos os apresentados no Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH), que ocorreu entre os dias 29 a 30 de abril de 2019, comemorando os 70 anos desde a DUDH (e contou com 07 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos de 37 universidades e 19 programas de pós-graduação stricto sensu). Os artigos selecionados compuseram sete livros (um para cada GT com temáticas específicas).

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, p. 11-31, 1997.

\_\_\_\_\_. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2014, 174p.

\_\_\_\_\_. **O pluriverso dos direitos humanos**: a diversidade das lutas pela dignidade. Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2019, 538p.

SEGADO, Francisco Fernández. **EL federalismo en america latina**. 1ª. ed. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana**, vol. 12, n. 1, p. 207-236, 2006.

\_\_\_\_\_. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Direito.UnB**, vol. 1, n. 1, p. 65-92, janeiro – junho de 2014.

SILVA, Artenira da Silva e; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Juristas ou técnicos legalistas? Reflexões sobre o ensino jurídico no Brasil. **Quaestio Juris**. vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2616-2636 DOI: 10.12957/rqi.2017.28197

SOUZA FILHO, C. F. M. O direito envergonhado: o direito e os índios no brasil. **Revista IIDH**, ano 1992, vol. 15.

TORRECILLAS RAMOS, Dircêo. **O federalismo assimétrico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Antropologia jurídica. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/42/edicao-1/antropologia-juridica>. Acesso em: 15 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Tendências da análise antropológica do direito: algumas questões a partir da perspectiva francófona. **Revista Direito GV**, ano 2010, vol. 6, n. 1, p. 321-328, jan-jun 2010. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S1808-24322010000100016>. Acesso em: 02 fev. 2021.

VILLELA, Gustavo. O conceito de cultura: entre ilhas e fronteiras. **Fronteiras & debates**. vol. 1, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unifap.br/index.php/fronteiras>. Acesso em: 31 jul. 2020.

VILLEY, Michel. **Questões de tomás de aquino sobre direito e política**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014

VITENTI, Livia Dias Pinto. Legislação indigenista canadense e poder tutelar: o caso atikamekw. **Anuário Antropológico** [Online], v.42 n.1 | 2017, posto online no dia 08 junho 2018, consultado o 28 abril 2021. URL: <http://journals.openedition.org/aa/1689>

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. **Tabula Rasa**, Bogotá – Colômbia, n. 9, p. 131-152, julio-diciembre 2008. Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.25058/20112742.343>. Acesso em: 20 out 2021.

\_\_\_\_\_. Interculturalidad? Fantasmas, fantasías y funcionalismos. **Revista nuestraAmérica**, vol. 2, n. 4, 2014.

WATTS, Ronald L. **Federal systems and accommodation of distinct groups**: a comparative survey of institutional arrangements for aboriginal peoples. Working Papers, 1998 (3) 8, Queens University.

\_\_\_\_\_. **Sistemas federales comparados**. trad. Esther Seijas Villadangos. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 477p.

\_\_\_\_\_. Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. **Revista Direito e Práxis**, vol. 10, n. 4, p. 2711-2735, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: DOI: 10.1590/2179-8966/2019/45686. Acesso em: 10 jun 2020.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal**. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

\_\_\_\_\_. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro derecho**, Bogotá, n. 30, p. 171-195, Jun 2004. Disponível em: <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/128elotrdr030-06.pdf>. Acesso em: 25 out 2021.

\_\_\_\_\_. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**, 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-159.

ANEXO I – *CORPUS DE PESQUISA*

	<b>TIPO</b>	<b>NUMERO</b>	<b>ASSUNTO</b>	<b>INDÍGENA</b>
<b>1</b>	AC	0832547-43.2019.8.10.0001	Reposição servidores	Parte
<b>2</b>	AC	0811822-81.2017.8.10.0040	Direito à saúde - internação	Parte
<b>3</b>	Agravo Int.	0810947-66.2019.8.10.0000	Direito à saúde - medicamento	Parte
<b>4</b>	AC	0809839-76.2019.8.10.0040	Direito à saúde - internação	Parte
<b>5</b>	Agravo Int.	0806398-47.2018.8.10. 0000	Direito à saúde - internação	Parte
<b>6</b>	AC	0802523-12.2019.8.10.0040	Direito à saúde - internação	Parte
<b>7</b>	AC	0800369-55.8.10.0040	Direito à saúde	Parte
<b>8</b>	AC	0005096-23.2013.8.10.0022	Reposição servidores	Parte
<b>9</b>	HC	0815748-54.2021.8.10.0000	Estelionato	Corréus mencionados

10	HC	0805257-90.2018.8.10.0000	Homicídio	Vítima
11	RESE	0000014-43.2008.8.10.0068	Homicídio	Vítima
12	HC	0805176-73.2020.8.10.0000	Latrocínio	Parte
13	HC	0804094-70.2021.8.10.0000	Homicídio	Parte
14	HC	0804038-71.2020.8.10.0000	Homicídio tentado	Parte
15	HC	0803985-56.2021.8.10.0000	Tráfico	Parte
16	HC	0801644-62.2018.8.10.0000	Homicídio	Cultura mencionada
17	HC	0801324-41.2020.8.10.0000	Homicídio	Parte
18	HC	0000359-04.2017.8.10.0000	Tráfico	Parte
19	RESE	0000288-08.2005.8.10.0037	Homicídio	Direto parte
20	RESE	39260/2019	Homicídio	Vítima
21	Acrim	334382011	Estupro	Direto parte
23	Acrim	0004023-64.2010.8.10.0040	Tráfico	Direto parte
24	HC	0801700-95.2018.8.10.0000	Homicídio	Cultura mencionada
25	Agravo Int.	0805939-11.2019.8.10.0000	Fraude bancária	Direto parte
26	Agravo Int.	0804332-26.2020.8.10.0000	Fraude bancária	
27	Agravo Int.	0804290-74.2020.8.10.0000		
28	Agravo Int.	0803603-68.2018.8.10.0000	Reintegração de posse	Afetado coletivo

<b>29</b>	Agravo Int.	0803602-83.2018.8.10.0000	Reintegração de posse	Afetado coletivo
<b>30</b>	Agravo Int.	0803600-16.2018.8.10.0000	Reintegração de posse	Afetado coletivo
<b>31</b>	Agravo Int.	0803599-31.2018.8.10.0000	Reintegração de posse	Afetado coletivo
<b>32</b>	Agravo Int.	0802598-60.2019.8.10.0037.	Fraude bancária	
<b>33</b>	AC	0802587-31.2019.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>34</b>	AC	0802013-72.2018.8.10.0027	Fraude bancária	
<b>35</b>	AC	0801192-72.2017.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>36</b>	AC	0801158-29.2019.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>37</b>	AC	0801100-94.2017.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>38</b>	AC	0801090-89.2019.8.10.0066	Retificação registro	
<b>39</b>	AC	0800996-34.2019.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>40</b>	AC	0800938-31.2019.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>41</b>	AC	0800909-78.2019.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>42</b>	AC	0800889-87.2019.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>43</b>	AC	0800608-63.2021.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>44</b>	AC	0800247-85.2017.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>45</b>	AC	0800049-17.2019.8.10.0057	Fraude bancária	
<b>46</b>	AC	0800049-17.2019.8.10.0058	Fraude bancária	
<b>47</b>	Agravo Int.	0800049-17.2019.8.10.0059	Fraude bancária	
<b>48</b>	AC	0003293-52.2016.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>49</b>	AC	0003073-54.2016.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>50</b>	AC	0002476-22.2015.8.10.0037	Fraude bancária	
<b>51</b>	AC	0000371-48.2016.8.10.00668	Retificação registro	Direto parte

<b>52</b>	AC	409552018	Invest. Paternida.	Direto parte
<b>53</b>	AC	9022011		