

LAMARTINE SANTOS RIBEIRO

**DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA E POSITIVISMO
JURÍDICO: O RESPEITO À ALTERIDADE CULTURAL COMO
ELEMENTO DO DESENVOLVIMENTO LOCAL**



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO LOCAL
MESTRADO ACADÊMICO
CAMPO GRANDE - MS
2014**

LAMARTINE SANTOS RIBEIRO

**DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA E POSITIVISMO
JURÍDICO: O RESPEITO À ALTERIDADE CULTURAL COMO
ELEMENTO DO DESENVOLVIMENTO LOCAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local, Mestrado Acadêmico, da Universidade Católica Dom Bosco - UCDB, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Local, sob a orientação do Professor Dr. Heitor Romero Marques.

**CAMPO GRANDE - MS
2014**

Dados Internacionais de Catalogação – Publicação (CIP)

Ribeiro, Lamartine Santos

R484d Direito consuetudinário indígena e positivismo jurídico: o respeito à alteridade cultural como elemento do desenvolvimento local/ Lamartine Santos Ribeiro; orientação Heitor Romero Marques. -- 2014.
89 f. + anexos

Dissertação (mestrado em desenvolvimento local) – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2014.

1. Direito consuetudinário 2. Direito positivo 3. Direito indígena
I. Marques, Heitor Romero II. Título

CDD – 342.810872

FOLHA DE APROVAÇÃO

Título: Direito Consuetudinário Indígena e Positivismo Jurídico: o respeito à alteridade cultural como elemento do desenvolvimento local

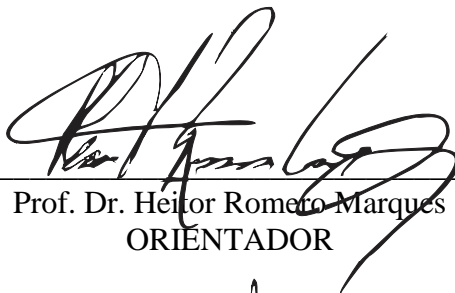
Área de concentração: Desenvolvimento Local em contexto de territorialidades.

Linha de pesquisa: Desenvolvimento Local: Cultura, Identidade, Diversidade.

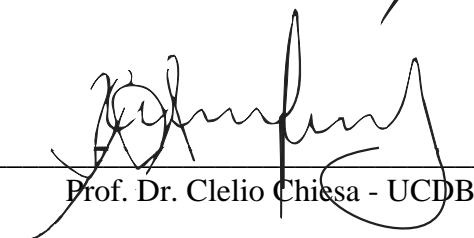
Dissertação submetida à Comissão Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local - Mestrado Acadêmico da Universidade Católica Dom Bosco, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Local.

Exame de Defesa aprovado em: 27 / 02 / 2015

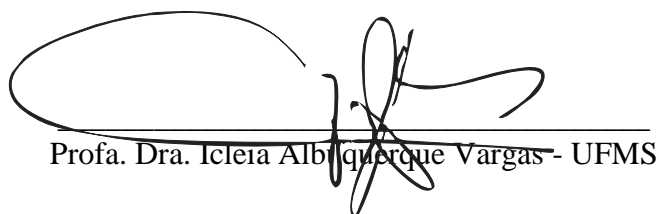
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Heitor Romero Marques
ORIENTADOR



Prof. Dr. Clelio Chiesa - UCDB



Profa. Dra. Icleia Albuquerque Vargas - UFMS

AGRADECIMENTOS

Pela consecução de um projeto adiado por 22 anos, agradeço a Deus, em quem sempre confiei na determinação do tempo certo aos desígnios de minha vida.

Agradeço a energia gerada pelos meus dois maiores amores, Manuela e Andréa Flores. Sem a força do amor dessas duas bênçãos, eu jamais teria chegado até aqui.

Agradeço a presença de seres iluminados ao meu lado: Mara Aline, Caíque e Luiza Ribeiro Galícia, pessoas cujo comportamento diante das dificuldades e das alegrias da vida me inspiram e me enchem de orgulho. Some-se a eles o pequeno Fernando Ribeiro Paiva, que ainda muito vai me ensinar, dada sua extraordinária inteligência. Estes meus caros entes consanguíneos, escudados pelo grande Fernando Paiva, a quem por isto também agradeço.

Agradeço a meus pais, o garçom/advogado Teodoro “Lopes” e a costureira/professora Maria Luiza, pelos enormes sacrifícios que se dispuseram a fazer em suas vidas para me dar a base intelectual e moral que trago em minha bagagem.

Agradeço, na pessoa do nosso Reitor, Pe. José Marinoni, à instituição Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, meu segundo lar, onde tive todas as oportunidades para desenvolver minha vocação: o magistério.

Agradeço a toda a equipe de professores do Mestrado em Desenvolvimento Local, especialmente pelo carinho com que fui tratado por Heitor Romero Marques (orientador), Josemar de Campos Maciel (desorientador), Pe. Pedro Pereira Borges (grandioso) Maria Augusta Castilho (mãezona), Arlinda Cantero Dorsa (exemplo), e Cleonice Le Bourlegat (orgulho).

Agradeço a todos os funcionários da UCDB que no exercício de suas funções propiciaram este momento, limpando, recepcionando, assessorando, secretariando, atendendo, servindo... enfim, eu gostaria que eles soubessem a relevância de suas funções para a formação de cada aluno da nossa universidade.

Por fim, agradeço a todos os meus alunos em 29 anos de sala de aula. A resposta positiva e generosa deles me levou a continuar no árduo, mas recompensador caminho do magistério e, por consequência a este mestrado.

O Tejo é mais belo que o rio que corre pela minha aldeia,
Mas o Tejo não é mais belo que o rio que corre pela minha aldeia
Porque o Tejo não é o rio que corre pela minha aldeia.
O Tejo tem grandes navios
E navega nele ainda,
Para aqueles que vêm em tudo o que lá não está,
A memória das naus.
O Tejo desce de Espanha
E o Tejo entra no mar em Portugal.
Toda a gente sabe isso.
Mas poucos sabem qual é o rio da minha aldeia
E para onde ele vai
E donde ele vem.
E por isso porque pertence a menos gente,
É mais livre e maior o rio da minha aldeia.
Pelo Tejo vai-se para o Mundo.
Para além do Tejo há a América
E a fortuna daqueles que a encontram.
Ninguém nunca pensou no que há para além
Do rio da minha aldeia.
O rio da minha aldeia não faz pensar em nada.
Quem está ao pé dele está só ao pé dele.
Alberto Caeiro, heterônimo de Fernando Pessoa: 1888 – 1935)

Dedico este trabalho a
Manuela Flores Ribeiro, razão do meu viver,
e Andréa Flores, musa da minha inspiração.

RIBEIRO, Lamartine Santos. Direito Consuetudinário Indígena e Positivismo Jurídico: o respeito à alteridade cultural como elemento do desenvolvimento local. Xf. 2015. Dissertação. Mestrado em Desenvolvimento Local. Universidade Católica Dom Bosco - UCDB

RESUMO

A cultura jurídica brasileira, de raiz greco-romana, é expressão do individualismo iluminista, que adotou o positivismo jurídico como modelo de produção de leis por órgão estatal em economias liberais, por ser dinâmico e flexível. Já o Direito Consuetudinário, típico da cultura indígena brasileira, é estável, pois constante e universal em aceitação. Essa coexistência de dois sistemas jurídicos num mesmo território, não é admitida pelo positivismo que exige onipotência e onipresença. Assim o Direito Consuetudinário indígena tende a ser sobrepujado no embate entre etnocentrismo e diversidade cultural, repellido tanto pela Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade de Expressões Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), quanto pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), mas ainda perceptível. O conflito se exacerba no território brasileiro pelo modo como o positivismo, enquanto filosofia para alguns, método científico para outros e mesmo religião para seus seguidores ortodoxos, foi aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro atendendo interesses de classes dominantes em vários momentos históricos. São estabelecidos conceitos de cultura, sociedade, civilização, desenvolvimento local, positivismo e direito consuetudinário para a melhor compreensão do real campo de conflito, qual seja, cultural e não somente jurídico. O estudo de casos relatados em obras das áreas de antropologia, sociologia e direito permite a visualização concreta do conflito naquilo que aflige pessoas e suas comunidades. Evidencia-se que apesar de haver instrumentos normativos que permitem interpretações favoráveis ao Direito Consuetudinário indígena, o poder judiciário brasileiro ainda se pauta por conceitos sobejamente ultrapassados sobre a questão indígena, como: integracionismo, aculturação e a falta de civilidade indígena, em que pese a existência de exceções pontuais. Ao localizar o conflito de aparente natureza jurídica no campo da alteridade cultural, é possível estender a visão a outras comunidades onde os usos e costumes apontam soluções a conflitos individuais e coletivos diferentes das soluções preestabelecidas na legislação nacional. Uma comunidade para se desenvolver localmente deve ter preservadas suas manifestações culturais tendentes à apropriação e modificação do espaço em que se inserem e que muitas vezes podem ser vistas sob a ótica de relações jurídicas, que deveriam imperar num determinado território. Para atingir o escopo estabelecido com a problemática, foi usada a revisão bibliográfica baseada em livros e artigos científicos.

PALAVRAS CHAVE: Cultura Jurídica. Direito Positivista. Direito Consuetudinário. Direito Indígena.

RIBEIRO, Lamartine Santos. Direito Consuetudinário Indígena e Positivismo Jurídico: o respeito à alteridade cultural como elemento do desenvolvimento local. Xf. 2015. Dissertação. Mestrado em Desenvolvimento Local. Universidade Católica Dom Bosco - UCDB

ABSTRACT

The Brazilian legal culture, with its roots in Greco-Roman law, is an expression of individualism, liberal and rational, modern, and has thus adopted the legal positivism as a model to the production of laws by state agencies at liberal economies, cause it is dynamic and flexible. Already the Customary Law, typical of the Brazilian indian culture, has stability, cause is constant and universal in acceptance. This coexistence of two legal systems at a same territory, is not allowed by positivism which requires omnipotence and omnipresence. So, the Indian Customary Law, tends to be overcome in the clash between ethnocentrism and cultural diversity, repelled by both the Convention on the Protection and Promotion of the United Nations Cultural Expressions Diversity (UN), as the Convention 169 of the International Labour Organisation (ILO), but still noticeable. The conflict is exacerbated in Brazil by the way as positivism, as a philosophy for some, scientific method to others and even religion to their orthodox followers, was applied to the Brazilian legal system, given dominant class interests in various historical moments. Are established the concepts of culture, society, civilization, local development, positivism and legal customary for a better understanding of the real field of conflict, cultural and not only legal. The study of reported cases in the works of anthropology areas, sociology and law permits the concrete view of the conflict in what afflicts people and their communities. It is evident that although there is normative instruments allowing interpretations favorable to indigenous Customary Law, the Brazilian judiciary still is guided by outdated concepts widely exceeded on indigenous issues, such as: integrationism, acculturation and the lack of indigenous civility, despite the existence of specific exceptions. By locating the conflict of apparent legal nature in the field of cultural otherness, is possible to extend the vision to other communities where the uses and customs point solutions to individual and collective conflicts different of the pre-established solutions in national legislation. A community to develop locally should have preserved their cultural events aimed at appropriation and modification of the space in which they operate and that can often be seen by the perspective of legal relations, which should prevail in a given territory. To achieve the scope established with the problem, was used the literature review based on scientific books and articles.

KEY WORDS: Legal Culture. Positivist Right. Customary Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 CULTURA, COMUNIDADE E DESENVOLVIMENTO LOCAL.....	16
2.1 Cultura.....	16
2.2 Cultura e civilização.....	19
2.3 A relação da cultura com a comunidade/sociedade.....	22
2.4 O Desenvolvimento local pela via da cultura.....	28
3 A CULTURA DO DIREITO NA SOCIEDADE: POSITIVISMO E DIREITO CONSUECUDINÁRIO.....	37
3.1 Positivismo.....	37
3.1.1 A previsibilidade da conduta humana.....	41
3.1.2 Positivismo Jurídico.....	43
3.1.3 - O positivismo e a diversidade cultural indígena.....	46
3.2 Direito Consuetudinário.....	50
4 ESTRUTURAS JURÍDICO-POSITIVISTAS E O DIREITO CONSUECUDINÁRIO INDÍGENA: CONFLITOS.....	57
4.1 Arcabouço normativo positivado.....	58
4.2 Valores consuetudinários indígenas.....	63
4.3 Direito Comparado.....	70
4.4 Conflitos entre o Direito Positivo e o Direito Consuetudinário Indígena.....	72
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

O direito, tanto quanto outros elementos norteadores da vida em sociedade, decorre da cultura dessas mesmas sociedades. Considerando que um mesmo território pode abrigar diferentes culturas, o direito deveria se amoldar a estas realidades, como a régua dos construtores da ilha de Lesbos, capaz de se adaptar aos contornos das rochas. Ocorre que o modelo de ordenamento jurídico adotado no Brasil, qual seja o Positivismo Jurídico não permite a coexistência com sistemas jurídicos diversos, notadamente o Direito Consuetudinário indígena. Mesmo em alguns momentos outras fontes do direito, como jurisprudência e doutrina, admitindo a aplicação de princípios do Direito Consuetudinário nos casos pertinentes aos conflitos internos das comunidades indígenas, não existe uma institucionalização da aceitação do mesmo, tornando frágeis esses precedentes e mais: os limites culturais determinantes de conceitos como humanidade, moralidade e ética, não são rompidos, mesmo nos pontuais arroubos de alteridade.

Não se pode negar que um ordenamento jurídico positivista, como majoritariamente é usado pelos Estados Nacionais ao redor do planeta, mostre-se eficiente na busca pela justiça o suficiente para se sustentar por séculos mesmo quando não se trata de regimes democráticos. O principal elemento vitalizador do positivismo, e mesmo ao pós-positivismo onde os princípios são especialmente valorados, é a segurança jurídica: relações jurídicas protegidas pela sociedade, como nos casos de direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito (sem vícios).

Pretende-se mostrar o Direito Consuetudinário como uma realidade no território brasileiro e afirmar a possibilidade de coexistência de ambos os sistemas neste mesmo território, notadamente quando se trata da solução de questões internas em comunidades com práticas sociais milenares, evidentemente no caso das comunidades indígenas, nas quais muitas vezes, como se demonstrará, os valores culturais apontam para soluções de pacificação interna diferente do previsto em abstrato no ordenamento positivado.

No Positivismo Jurídico as leis são a fonte principal do direito, definidas em abstrato como previsões de comportamento a partir de padrões preconcebidos. No Direito Consuetudinário, os usos e costumes determinam a juridicidade conforme

os casos concretos ocorrem, respeitando as peculiaridades de cada situação e/ou pessoa e o contexto cultural em que se inserem. Importante notar no regramento a partir do consuetudinário, a exigência de práticas culturais identificáveis como de natureza jurídica, com solução de continuidade em longo tempo, além de ampla e pacífica aceitação dos membros das comunidades.

É notório a existência de culturas diferentes, com relações sociais e valores próprios, construídos em incalculável tempo de convívio, como é o caso das culturas indígenas brasileiras. O problema ocorre quando uma cultura hegemônica, no caso, não-indígena, se impõe sobre a outra desconsiderando absolutamente as diferenças que lhe dão identidade, no caso, indígena. A eleição do ambiente de conflito jurídico-cultural na relação entre indígenas e não indígenas se justifica pela cristalina visualização de culturas marcadamente diferentes em seus valores éticos, morais e religiosos.

Em geral os doutrinadores que tratam da história do direito no Brasil, partem da premissa de um direito pré-colombiano, expondo o etnocentrismo ao considerar a instituição do Estado brasileiro como marco final de existência de grupos nativos com características culturais, e bem assim jurídicas, próprias, formadoras de nações.

Apresenta-se a proposta de revelar o conflito, identificar onde ele efetivamente se opera e apresentar soluções possíveis, pautadas inclusive nos indicativos mais atuais de trato com o tema, especialmente quanto aos operadores do direito: legisladores, julgadores e doutrinadores, somados aos próprios povos indígenas como destinatários das construções a serem expostas, para todos poderem pautar suas atitudes pela possibilidade de coexistência de sistemas, de um lado os não-indígenas com a responsabilidade institucional de aplicar o direito como meio para atingir a justiça, e de outro lado os indígenas ampliando os instrumentos de defesa de suas culturas quanto ao aspecto jurídico de sua expressão, no qual também a justiça, e portanto, a paz é o fim almejado.

Analisar e revelar as dificuldades existentes para o sistema positivista brasileiro adotar princípios consuetudinários indígenas permite a defesa da flexibilização do positivismo no sentido de respeitar as culturas dos povos indígenas. Este pode ser um caminho para a solução das celeumas a serem mostradas, as quais, equalizadas e se possível superadas, podem ceder à pacífica coexistência

entre o Positivismo Jurídico brasileiro e o Direito Consuetudinário indígena, pois o campo onde se dá o conflito é o cultural, advindo a imperiosa superação dos obstáculos à convivência harmoniosa de sistemas, como fator preponderante ao pleno desenvolvimento humano, vez que a tendência é da cultura local sucumbir à hegemonização externa de uma cultura dominante.

A abordagem ao tema é qualitativa com método dedutivo hipotético, encontrando na revisão bibliográfica resposta satisfatória à proposta, visto ser profícua a produção científica sobre as mais diversas expressões culturais indígenas no Brasil, tanto quanto proliferam estudos sobre as características da sociedade brasileira não indígena. Também na área do direito, os estudos sobre sistemas jurídicos abundam na mesma proporção de acessibilidade às jurisprudências dos tribunais regionais e superiores. A análise dos dados foi realizada por interpretação e comparação de princípios, doutrinas, normas e jurisprudência nacionais e internacionais. Assim, a pesquisa bibliográfica proporcionou ao trabalho um vasto material, para o qual foram estabelecidas as correlações entre cultura, direito, sociedade e desenvolvimento local.

A opção pela revisão bibliográfica possibilita também o acesso às práticas culturais indígenas, sobre as quais se lança um olhar jurídico, com maior amplitude em relação à pesquisa de campo, limitadora de variantes culturais da premissa do consuetudinário, fato que iria na contra-mão do argumento de respeito à alteridade conforme suas peculiares nuances.

A pesquisa bibliográfica mais complexa e, portanto, exigente de maior dedicação e cuidado quanto às fontes, foi relacionada às culturas indígenas, pois o foco do trabalho se volta às manifestações identificáveis como relações jurídicas. Assim, por exemplo, um determinado rito que poderia a princípio parecer de natureza religiosa ou artística, foi investigado quanto a seus reflexos para a comunidade, os quais poderiam revestir-se de natureza jurídica, apesar de assim não ter sido relatado pelo autor da obra pesquisada.

Menor dificuldade houve em pesquisa no campo jurídico, devido a proliferação de obras que tratam de institutos como o Positivismo Jurídico e o Direito Consuetudinário, inclusive sob a ótica filosófica, importante para o desenvolvimento da hipótese aventada. Apesar de também ser profícua a produção sobre cultura, a pesquisa se deu no sentido de relacionar a cultura ao direito e de demonstrar a

anterioridade da primeira sobre o segundo. Completa a base bibliográfica obras das áreas da geografia, antropologia e sociologia, para estabelecer o campo do conflito pelas vertentes conceituais de organização de agrupamentos humanos.

A bibliografia foi, pois, alinhavada no molde concebido na proposta da cultura como determinante do direito, regulador da vida em comunidade e por isso imprescindível ao desenvolvimento local. Desta mesma coluna central se derivaram os tópicos constituintes da dissertação, concebidos mediante a necessidade de expor os elementos necessários ao entendimento da temática em sua generalidade. Ademais, a literatura consultada, resultou influente na determinação de um ou outro tópico do trabalho.

Para criar uma base de entendimento sobre conceitos importantes para o desvelar da problemática proposta, é inicialmente trabalhado o conceito de cultura e a sua relação com o conceito de civilização. Em seguida busca-se a conceituação de comunidade e sociedade, sempre pontuando os traços culturais traduzidos em relações jurídicas, de forma a conduzir o desenvolvimento da pesquisa à esfera em que se pretende estabelecer o objeto conflituoso em estudo, para então relacionar as construções de cultura, comunidade e sociedade, com o desenvolvimento local.

No terceiro capítulo a cultura é posta como a fonte do direito dentro de uma sociedade, de onde deriva o Direito Positivista e o Direito Consuetudinário. Neste mesmo ponto, a ideia é desmitificar o positivismo como uma das premissas do conflito no campo jurídico, vez que o positivismo é anterior ao Direito Positivista e principalmente, é divorciado da forma como o positivismo jurídico foi implementado no Brasil a partir da proclamação da república.

Desde este mesmo capítulo terceiro, a questão da alteridade cultural indígena é trazida à baila, mas é enfatizada no capítulo quarto no qual, primeiro se investiga o corpo jurídico-positivista que trata da questão indígena, especificamente quanto às suas relações jurídicas internas e externas. Após expor as nuances legais do positivismo, os valores consuetudinários típicos dos povos indígenas são apresentados sem a pretensão de esgotamento, paradoxal ao próprio conceito de Direito Consuetudinário.

Ainda no capítulo quarto, o direito comparado é vislumbrado. Importa saber que “direito comparado” no linguajar jurídico está relacionado à compreensão dos sistemas jurídico de outros países. Vislumbrar o direito comparado significa

trazer ao estudo a legislação de países como sistemas jurídicos e realidades sociais semelhantes à brasileira para conhecer os modos como eles lidam com o mesmo ponto da problemática proposta.

Por fim, ainda que anteriormente o conflito tenha sido evidenciado, faz-se necessário mostrar casos e situações reveladores deste conflito, algumas vezes com soluções coadunadas com a conclusão do trabalho, para provar a viabilidade da hipótese que se levanta. Mas, majoritariamente a questão central da problemática se mostra uma ferida aberta, o que justifica sua eleição como tema de um trabalho que justamente se propõe a revelar problemas e apontar soluções.

2 CULTURA, COMUNIDADE E DESENVOLVIMENTO LOCAL

Para o reconhecimento de um agrupamento humano como comunidade é imprescindível a identificação de elementos que funcionem como amálgama de interesses, de vontades, de objetivos, de identidade, enfim. Esse amálgama pode ter vários formatos, como o exercício de uma função ou profissão, a produção de algum bem, a segurança individual e coletiva, os laços consanguíneos e, por certo e forte: a cultura.

Vasculhar as dimensões do significado de cultura, leva à compreensão do poder, da capacidade que esse elemento - inerente à natureza de cada indivíduo da espécie humana - tem de sustentar a ligação entre cada membro de uma comunidade, tornando-a peculiar.

Se a cultura é determinante da caracterização de uma comunidade, indispensável explorar as dimensões que a comunidade assume a partir do seu elemento delimitador.

No mesmo grau de relevância está a análise do desenvolvimento local a partir da cultura da comunidade. Se a cultura foi o elemento de “liga” entre as pessoas a ponto de haver a identidade como comunidade, qual sua importância e/ou colaboração para essa mesma comunidade permanecer em desenvolvimento, e mais, o entendimento da dimensão do desenvolvimento local a partir da cultura, pode estabelecer diagnósticos sobre pontos de estrangulamento da sinapse cultura/comunidade, impeditivos ou dificultadores do desenvolvimento.

2.1 Cultura

De início, buscando um conceito de cultura como linha condutora da pesquisa, depara-se com uma gama de teses e antíteses estimulantes à curiosidade e conseqüentemente ao estudo.

Diante da vasta produção científica em torno do conceito de cultura, torna-se relevante a etimologia da palavra “cultura”, contudo, ainda nesta seara predomina a controvérsia.

A raiz latina da palavra cultura, *colere*, transborda em significados, como nos apresenta a obra de Eagleton (2003), podendo ser relacionado à agricultura, donde deriva cultivo e lavoura; ou à religião que usa palavras como culto e louvor; também como habitação vindo de *colonus*, origem da expressão “colonialismo”. Da mesma forma com antes Laraia creditou a Tylor a hodierna acepção do termo “cultura”, Eagleton credita-a ao poeta e crítico literário e de costumes britânicos Mathew Arnold o emprego da palavra cultura como a usamos hoje. Inobstante, notamos que o crédito a Edward Tylor é mais amplamente aceito. Ainda em Eagleton (2003, p. 13), o conceito de cultura atinge uma interessante relação com sociedade e direito:

Se cultura originalmente significa lavoura, cultivo agrícola, ela sugere tanto regulação como crescimento espontâneo. [...] Mas cultura também é uma questão de seguir regras, e isso também envolve uma interação entre o regulado e o não-regulado.

Nesses conceitos arcaicos podemos identificar um primeiro estágio do conceito de cultura concebido por Bauman (2012) em meados do século XVIII, quando a cultura era vista como a distinção entre a manifestação da experiência humana com eventos naturais, ou seja, fora dos domínios da vontade humana. Em seguida Bauman, citando Durkheim, vê a evolução do conceito de cultura a partir do século XIX, para uma denominada “naturalização” da cultura, vez que, exteriorizada a produção humana, esta se afasta da efemeridade de sua criação para tomar o caráter sólido e indomável dos fenômenos da natureza. Por fim, Bauman aponta a metade do século XX como o tempo da inversão do *status* entre cultura e natureza, com a chamada “culturalização” da natureza.

Paralelo à construção sociológica do conceito de cultura, o termo “cultura” em si, ou melhor, a adjetivação do termo no caso dos derivativos “culto” e “inculto”, tem forte contexto preconceituoso quando se refere, segundo Oliveira (2009), ao desenvolvimento da pessoa em grau de educação e instrução formal, quando não existe uma cultura superior à outra, aliás, não há grupo social que não carregue em si uma expressão ou identificação cultural. Isso porque, apesar do animal “ser humano” ter limitadas funções vitais à sua existência, as formas de satisfação de tais funções são incomensuráveis e se multiplicam na medida que se afastam de meras soluções orgânicas, para resolver questões produzidas pela inteligência como elemento de distinção entre o ser humano e os demais animais em nosso planeta. Surgem então necessidades vitais excepcionalmente variáveis.

Sendo assim, é de se repudiar o conceito, ou preconceito, de pessoa culta ou inculta, para adotar a ideia de ser humano interagindo com a natureza para satisfazer suas necessidades vitais com os instrumentos disponibilizados pela própria natureza conforme o espaço ocupado por esse mesmo ser humano, ou seja, todas as pessoas são cultas na medida em que estão inseridas em grupos com modos próprios de interação ambiental.

Antes de adentrar ao conceito deste cabedal de instrumentos de interação com o meio ambiente, é necessário vislumbrar o que seja de fato vital entre as necessidades humanas. Para tanto, é possível buscar na pirâmide de Maslow, conforme tratado na obra de King (2009), a compreensão de uma escala hierárquica que tem como base a necessidade de sobrevivência fisiológica representada pela fome, a sede e o sono; segue-se a necessidade de segurança e/ou de não se expor ao perigo; então a necessidade chega à esfera social, de pertencimento a um grupo, de amar e ser amado; ainda em escala evolutiva, vem a necessidade de ser respeitado, de ser reconhecido por suas realizações; por fim, a necessidade de se satisfazer com o resultado do pleno desenvolvimento de habilidades, de sua criatividade, de sua expressão pessoal.

Ainda no diapasão das necessidades, notória a classificação de Elizalde (2000) por entender que as necessidades humanas são poucas e finitas, permitindo elencar nove como as fundamentais, quais sejam: subsistência, proteção, afeto, entendimento, criação, participação, ócio, identidade e liberdade.

As figuras presentes nas etapas de Maslow e na classificação de Elizalde não se eliminam: elas coexistem. Conforme são supridas as necessidades básicas, as demais se manifestam concomitante e cotidianamente, para qualquer ser humano em qualquer comunidade em que esteja inserido, como por exemplo, nas comunidades indígenas onde, por haver uma maior interação com a natureza, as manifestações das necessidades são muito mais perceptíveis. Este aspecto da humanidade (suas necessidades) é possível tratar como inerente ao fato de o ser humano ser uma espécie animal, e não a humanidade sob o aspecto da ética e/ou moral como tratou o filósofo Immanuel Kant, conforme adiante será abordado.

É resultado da necessidade básica de sobrevivência do grupo comunitário indígena, por exemplo, o sacrifício da criança que nasce com alguma deficiência física ou mental, limitadora de sua capacidade de interação com a

natureza para dela extrair seu próprio sustento, além de colaborar com a sustentabilidade coletiva, a partir da básica necessidade de conseguir alimento. Fora do contexto da aldeia indígena, o sacrifício do filho deficiente é considerado crime de infanticídio, ética e moralmente reprovável, mas dentro da aldeia, o gesto é tão natural quanto a própria concepção havida há instantes atrás, sem dor, sem remorso, sem condenação, afinal, aquela mãe atendeu uma necessidade básica local e não uma ética/moral universal.

Assim, depara-se com o conceito de cultura sob o prisma antropológico, destacando-se a observação de Schemes (2006) para quem os instintos humanos não são suprimidos pela cultura, citando um bebê que instintivamente suga o seio da mãe, mas desde esse primórdio de sua existência como ser humano, o bebê já se põe a observar comportamentos padronizados pela sociedade aonde passa a se inserir e vai repetir tais padrões. Nisso reside a estrutura da sua cultura como expressão de um processo acumulativo de experiências construídas na história das gerações antecedentes àquele bebê. Não se olvide a existência de uma inteligência inata, capaz de interagir com o meio cultural em que está sendo socializado a ponto de criar, inovar e, portanto, revolucionar o ambiente, significando dizer, segundo Schemes (2006) que a uniformidade está nos instintos enquanto os padrões culturais, ao contrário, se apresentam em diversidade. Tal concepção foi extraída da identificação científica de semelhanças entre um bebê humano e um bebê chimpanzé. Ambos agem por mero instinto e repetição até cerca de um ano de idade, a partir daí, se distinguem pelo desenvolvimento no bebê humano da linguagem, da capacidade de comunicação e esta é determinante para o processo de formação da cultura.

2.2 Cultura e civilização

Além da dimensão humana de cultura, duas vertentes de variáveis distantes, mas palpáveis a partir de suas bases científicas chamam a atenção. A etimologia da palavra cultura também é apresentada com raízes germânicas, como se depreende da obra de Laraia (2009), originando-se da palavra *kultur* que significava a expressão espiritual de uma comunidade. Teria sido o antropólogo britânico Edward Tylor quem mesclou o termo germânico com o vocábulo francês

civilization, cujo significado tinha teor material, como sendo as realizações concretas de uma comunidade. Tylor então teria cunhado a expressão *culture*, como a soma dessas manifestações (abstratas e concretas) de uma comunidade.

Apesar do fundamento abalizado que aproxima, e mais, torna sinônimos os conceitos de cultura e civilização, existem visões divergentes, como construída por Cascudo (1983), para quem a cultura é um condicionante axiológico da civilização.

Cascudo (1983), ao cunhar tal adágio, adere a um lado da dicotomia de conceitos que contamina “civilização” e “cultura”, nascida da distinção de significado de tais palavras para a língua alemã com relação ao francês e ao inglês.

Ao tratar dessa diferença de significados nesta e naquela língua, Elias (2011) revela a fonte da confusão. Segundo ele, a origem francesa e inglesa do termo, *civilization* se refere à expressão exógena da respectiva sociedade de cada país e o orgulho de cada cidadão pelo sentimento de nacionalismo fomentado pela influência de França e Inglaterra na história e no futuro da humanidade. De seu lado, em alemão existe o termo *Zivilisation* sem o mesmo *status* de significado que no francês e no inglês. Em verdade, o termo *Kultiviert* expressa o comportamento social das pessoas, se aproximando do conceito de educação na acepção de polidez e o termo *Kultur* expressa o peso de valores de realizações humanas de fonte endógena, como construções intelectuais e artísticas.

Quando se trabalha o termo *civilization* na acepção francesa e inglesa, estamos diante da expressão de uma ideia ocidental de modelo cultural. Já um alemão, interpretando a palavra cultura, tende a revelá-la como a individualidade de um povo, a marca de uma nação expressa em suas produções humanas. Assim, a exegese de Cascudo (1983) tem as cores do conceito alemão, pois trata a cultura como delimitadora da *civilization* e não como sua indutora.

Nesse aspecto é necessária uma reminiscência às nações indígenas presentes no território brasileiro, cuja cultura tem expressão viva e tangível em artes e rituais sagrados (muitas vezes se fundidos), nem um pouco adernadas a se tornarem referências externas, mas absolutamente pertinentes à afirmação de valores intrínsecos de seus grupos sociais. A cultura hegemônica nacional brasileira impõe uma civilização estranha, pouco afeita a seus processos históricos de desenvolvimento humano e cultural.

No entendimento dos indígenas Edite e José Miguel da França (Pajé) Kiriri (2011, p.19) “a cultura que traz a força, a força para a luta do índio. A cultura traz o respeito, traz a união. Tem que amar a cultura. Cada qual tem a sua cultura e nós respeita a todos” (sic).

A relação entre o choque de culturas no território brasileiro e os conceitos alemães, franceses e ingleses é possível perceber também na obra de Norbert Elias (2011, p. 25), para quem:

As autoimagens nacionais representadas pelos conceitos de *Kultur* e *Civilization*, assumem formas muito diferentes. Por mais diferente que seja a autoimagem dos alemães que falam com orgulho da sua *Kultur*, e a de franceses e ingleses que pensam com orgulho em sua “*civilization*”, todos consideram axiomático que a sua é a maneira como o mundo dos homens, como um todo, quer ser visto e julgado. O alemão pode, quem sabe, tentar explicar a franceses e ingleses o seu conceito de *Kultur*. Mas dificilmente pode comunicar o mínimo que seja do meio formativo nacional específico e valores emocionais axiomáticos que para ele a palavra reveste.

Não se pode perder de vista ter sido o conceito alemão de cultura a chave para o fortalecimento de um sentimento de nacionalidade exacerbado, culminando com todos os desacertos das duas guerras mundiais, especialmente considerando ter se tornado uma reação à concepção cosmopolita de cultura, concebida pelos iluministas franceses.

Inobstante, o mesmo conceito de *Kultur*, ainda segundo Elias (2011), consegue exprimir melhor do que o conceito de *civilization* (mais amplo), a relação do ser humano com o meio em que se insere, pois enfatiza a identidade particular de grupo, sendo assim, mais pertinente à comunidade onde o indivíduo se insere. Desse modo a palavra *Kultur* pode ser traduzida como a cultura local de uma comunidade.

A síntese entre o já tratado aspecto antropológico de cultura, e sua vertente sociológica é alcançada por Barbalho (2011, p.112) no trabalho em que trata da política cultural pela perspectiva de Celso Furtado:

A visão de cultura defendida por Furtado não se restringe às artes, como é comum a determinado pensamento elitista, mas se aproxima de conceitos mais amplos definidos pela Sociologia e pela Antropologia. Cultura seria então a forma como cada sociedade se organiza simbolicamente, portanto, possuiria uma dimensão totalizadora e sistêmica. A cultura estaria sujeita a constantes transformações que ocorrem no sentido de seu enriquecimento – enriquecimento este que, em períodos de

eclosão de criatividade nos diversos âmbitos culturais, acontece de forma mais rápida do que em outros momentos.

Fica claro que a cultura é um elemento enriquecedor da comunidade com efeitos para sua organização em forma de sociedade e como tal, essa mesma cultura, recebendo os incentivos, os apoios, os fomentos adequados, desenvolverá o ser humano, de forma endógena, “na” e “para” a sua comunidade.

2.3 A relação da cultura com a comunidade/sociedade

Cabe então buscar o entendimento sobre a extensão do termo comunidade, tanto para a *Kultur* quanto para a *civilization* e, justamente, a distância deles entre o local e o global é um tema muito recorrente quando se estuda a comunidade, ou o conceito de comunidade, como se nota na obra de Tönnies (2001), o qual cunhou os termos *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*, o primeiro para se referir a uma comunidade em pequena escala e o segundo para tratar de um agrupamento em larga escala. *Gemeinschaft* tem um sentido de comunidade com forte identidade pessoal entre seus membros, daí Tönnies usar o termo “orgânica” para adjetivar o substantivo alemão adotado para se referir a esse núcleo de esfera menor. De outro lado, *Gesellschaft* dá a ideia de associação impessoal, abrangente, mais afeita à *civilization*, ao que Tönnies se refere como sociedade inclusive de caráter meramente civil ou mesmo comercial, distinguindo de comunidade, de amplitude menor. Interessante notar que os termos utilizados por Tönnies foram traduzidos para o inglês como *Community* (comunidade) para *Gemeinschaft* e *Civil Society* (sociedade civil) para *Gesellschaft*.

Diante disso, é possível relacionar os termos usados por Tönnies, com os conceitos de *kultur* e *civilization*. Então, *kultur* é a expressão de uma *Gemeinschaft*, ao passo que *civilization* é a exteriorização de uma *Gesellschaft*.

Neste ponto é importante discernir sobre a transição entre comunidade e sociedade, sendo a primeira anterior à segunda, pois as comunidades se formaram a partir das necessidades mais básicas dos seres humanos, como sobrevivência e reprodução, frente a um ambiente hostil, se agrupando em territórios restritos e isolados, ou seja, uma comunhão de interesses a partir da identidade biológica.

Sob o ponto de vista interno, o aumento biológico da comunidade passa a exigir uma organização mais refinada e criativa, respeitando habilidades inatas de seus membros, provocando o regramento nas divisões no trabalho, tornando cada vez mais complexas as relações entre os membros. De sua vez, no âmbito externo, a ampliação vegetativa da comunidade a torna cada vez menos restrita e isolada, passando a se relacionar com outros agrupamentos humanos. Somados os elementos internos e externos incidentes sobre um agrupamento humano, a comunidade é levada ao nível de organização implicando em normatização das relações sociais, cuja formalização jurídica, é a pedra fundamental sob a qual se alicerça a sociedade, na lição de Le Bourlegat (2000, p. 15):

O aprofundamento da divisão de trabalho, paralelo à multiplicação biológica dos indivíduos da sociedade, gerando formas cada vez mais complexas de interações sociais, implica na ampliação do território ocupado. Como consequência, as interações entre grupos cada vez mais distantes entre si conduzem à evolução da comunidade à condição de sociedade.

Ainda para a compreensão das diferenças conceituais entre comunidade e sociedade, Tönnies *apud* Groppo (2006) propõe uma extrema objetivação da distinção entre comunidade e sociedade, destacando-se o fato de comunidade estar relacionada a um estado natural e de outro lado, sociedade é virtual, uma ficção jurídica; comunidade tem como forma social típica o núcleo familiar, já a sociedade tem o formato social do mercado; comunidade é regrada nas tradições, a comunhão de usos e costumes, enquanto sociedade pressupõe a formalização das regras em convenções; e ainda, a comunidade pressupõe uma união natural e orgânica entre seus membros, mesmo havendo alguma distância entre eles, de seu lado, a sociedade trabalha com a perspectiva da separação das vontades e domínios entre os indivíduos, mesmo que próximos fisicamente.

Feito o parêntesis da distinção conceitual entre comunidade e sociedade, e a partir deste entendimento, toma-se a sociedade na condição de expressão de civilidade sob o prisma de vida civil, para observar que a Professora Marilena Chauí (2012) considera ter surgido, com o iluminismo, a ideia de mensurabilidade do estágio civilizatório de uma sociedade a partir da evolução de sua cultura comparada a padrões predeterminados em critérios estabelecidos em estudos científicos, daí inclusive advindo a própria razão de ser da denominação “antropologia”.

De fato, Chauí (2012) faz uma leitura do eferescente século XIX como tendo partido da visão iluminista, arraigada ao padrão europeu de desenvolvimento como expressão de evolução cultural, implicando em considerar civilizações que não comungam ou adotam tal padrão como despojadas de avançada cultura, para chegar à ideia concebida na Alemanha, de cultura na condição de interação do homem com a natureza transcendendo a adesão ao determinismo biológico, sob a premissa de ser imanente ao ser humano, gravar de simbolismo tal interação. Sendo assim, as expressões culturais não possuem um valor predeterminado ou um padrão que leve à determinada qualidade de progresso. Diferente disso, o conceito de cultura, como então passou a ser aceito no século XX, está na interação do homem vivendo em agrupamento (comunidade), com a natureza, permitindo a ampliação das suas manifestações, além do determinismo capitalista pretendido no século anterior, fundado no eurocentrismo e justificador do perverso colonialismo patrocinado por aquele continente.

O século XX assistiu a uma tentativa de transição da prevalência da *civilization* em *Gesellschaft*, para a *kultur* da *Gemeinschaft*, mesmo elas não se anulem, passaram a coexistir com a valorização da alteridade. Os conceitos europeus de cultura e sociedade têm alicerces filosóficos clássicos, no sentido mesmo de se referenciar nas construções do pensamento ocidental, erigidas na fértil seara grega, com a supervalorização do eu frente a uma menor valoração para “o outro”, tratado muitas vezes como um instituto tangível, mas prescindível ante a individualidade, ao ponto de se confundir a alteridade com a intersubjetividade das relações sociais, sendo pois, o outro, digno de ser reconhecido, não a expressão de uma alteridade em si, mas somente a pessoa que se adequa a institutos sociais preestabelecidos. Daí a afirmação de Ruiz (2008, p. 130) de ser “[...] verdade que essa alteridade tem ocupado sempre um espaço marginal no conjunto dos sistemas filosóficos e conseqüentemente na cultura ocidental”. E, vai além Ruiz (2008, p. 136) analisando a obra de Emmanuel Lèvinas, ao afirmar:

Não há uma única racionalidade humana, universal e natural que seja superior às outras. Só existem racionalidades históricas construídas na interação do sujeito com a alteridade. Uma alteridade que precede à subjetividade, a precede no tempo, mas também a antecede metafisicamente. A alteridade do outro ser humano é condição necessária para o desenvolvimento da racionalidade histórica. O outro se manifesta (epifania da alteridade) na forma de linguagem. A linguagem se articula como cultura e sociedade, ambas são desdobramentos da alteridade humana que precedem o ser da subjetividade.

A gradual e constante rota de prevalência da alteridade como valor de cultura, portanto, como determinante da vida gregária, permite ainda a fragmentação da dicotomia comunidade-sociedade de como tem sido cunhado até o século XXI, a partir de quando o fenômeno das tecnologias de informação evoluindo em progressão tsunâmica, cria espaços que não podem ser desconsiderados em formulações sociológicas, como os espaços virtuais.

Essa realidade é constatada por Bauman (2012, p.22) de forma bastante direta:

Sobre o espaço territorial/urbanístico/arquitetônico construído, uma terceira divisão do mundo humano – a cibernética – se impôs com o advento da rede global de informações. Os elementos desse espaço, segundo Paul Virilio, são desprovidos de dimensões espaciais, porém estão inscritos na temporalidade singular de uma difusão instantânea. A partir daí, as pessoas não podem ser separadas por obstáculos físicos ou distâncias temporais. [...] O ciberespaço é territorialmente desancorado; situa-se numa dimensão diferente, impossível de atingir, muito menos de controlar, a partir das dimensões em que operam os “poderes soberanos” da Terra. [...] Se a ideia de cultura como um sistema era organicamente vinculada à prática do espaço “gerenciado” ou “administrado” em geral, e em particular de sua versão de Estado-nação, ela não se sustenta mais nas realidades da vida.

A partir deste ponto fica desconstruída a noção de cultura e de sociedade como um objeto de mensurável amplitude e, principalmente, de hegemônica imposição aos mais diversos grupos formados em um mesmo território, por identidade social, pessoal, étnica, religiosa, esportiva, ou qualquer outra experiência vivenciada como fio condutor da gênese de uma comunidade.

Segundo Rogério Haesbaert (2004), entre os elementos determinantes do território estão as experiências vivenciadas em um espaço, justapostas pela repetição de práticas amplamente aceitas na dimensão social, a qual por isso, é definidora e delimitadora deste território. Então a sociedade (dimensão social) e o espaço a ser apropriado no processo de territorialização formam o contexto geográfico que distingue o indivíduo, a comunidade e a sociedade. De outra via, o mesmo autor localiza o denominado “o mito da desterritorialização” quando não se consegue perceber uma relação direta de uma identidade cultural com um território, havendo uma grande miscigenação cultural. Pois justamente, é num ambiente de

multiplicidade cultural que o território e a territorialização devem se estabelecer, reconhecendo os sujeitos (indivíduos, grupos sociais, instituições etc.) alicerces das estruturas a serem solidificadas em um espaço, para o controle do território levar ao controle da própria sociedade, afinal a territorialidade se pressupõe em relações políticas, econômicas e culturais (HAESBAERT, 2004).

Neste ponto, o Professor Milton Santos faz uma leitura do instituto nominado pelos antropólogos europeus e norte-americanos como sociedade primitivas antigas, cujos fundamentos, contudo, são absolutamente visíveis em comunidades aborígenes brasileiras, tanto quanto de outras partes do mundo. Assim entende Santos (2003, p.30):

Poder-se-ia considerar que existia uma territorialidade genuína. A economia e a cultura dependiam do território, a linguagem era uma emanção do uso do território pela economia e pela cultura, e a política também estava com ele intimamente relacionada. Havia, por conseguinte, uma territorialidade absoluta, no sentido que, em todas as manifestações essenciais de sua existência, os moradores pertenciam àquilo que lhes pertencia, isto é, o território. Isso criava um sentido de identidade entre as pessoas e o seu espaço geográfico, que lhes atribuía, em função da produção necessária à sobrevivência do grupo, uma noção particular de limites, acarretando, paralelamente, uma compartimentação do espaço, o que também produzia uma idéia de domínio. Para manter a identidade e os limites, era preciso ter clara essa idéia de domínio, de poder. A política do território tinha as mesmas bases que a política da economia, da cultura, da linguagem, formando um conjunto indissociável. Criava-se, paralelamente, a idéia de comunidade, um contexto limitado no espaço (sic).

Ratifica-se a cultura e a sociedade como fenômenos mais fortes do que as instituições delas decorrentes. Não se pode pretender que em um território tão vasto e com tantas identidades locais peculiares como é o Brasil, seja possível (impunemente) estabelecer um único padrão de comportamento.

Considere-se o prisma de cultura não somente como fenômeno natural da condição humana, mas a esta visão naturalista pode se somar, não necessariamente em dimensão evolutiva, mas construtiva, a visão de cultura como fenômeno social. Para Geertz (1989) a cultura somente pode se estabelecer quando ganha amplitude pública, transcendendo a expressão privada, deixando de ser algo a qual se possa estabelecer um criador individual. Antes de tomar tal dimensão, as manifestações surgidas no bojo de uma comunidade, precisam ganhar vida própria

para serem reproduzidas inequivocamente, independente de seu eventual criador, assim desaparecendo, ou seja, os próprios atores sociais não percebem que estão reproduzindo aquele fenômeno, aliás, muitas vezes a cultura somente é percebida por agentes externos, alheios à comunidade. A ideia de cultura como fenômeno social encontra em Geertz sua melhor tradução, para quem as manifestações culturais atingem este *status* quando desapegadas de sua origem e, sua reprodução implicando em manutenção e transmissão da mesma.

Resta inexorável a cultura como decorrência da necessidade humana de resolver problemas ambientais e sociais, concepção basilar do conceito de cultura de Geertz (1989) como uma série de mecanismos de controle, entre os quais elenca regras e instruções governantes da conduta. E vai mais longe, ao considerar a cultura como condição essencial da existência humana. Sob o ponto de vista da solução de conflitos e conseqüente harmonização da vida em sociedade, cultura e direito são conceitos indissociáveis. Daí a cultura ser vista por Geertz (1989) construída sobre valores e códigos morais, como fonte de regulação e padronização do comportamento humano. No mesmo sentido, Wolkmer (2005) estabelece a correlação entre cultura e direito ao considerar a primeira tem um aspecto normativo; assim é a cultura quem delimita regras e valores determinantes de padrões de conduta.

Considerando que o conceito de sociedade e do direito existente em seu bojo, se formam a partir da cultura, faz todo sentido a referência de Colaço (2005) ao antropólogo paraguaio Chase-Sardi, para quem o direito indígena tem por base a sua endógena cultura.

Não se pretende um divórcio de visão de Geertz (1989) e Wolkmer (2005), contudo, a normatividade das relações sociais e a padronização da conduta do indivíduo inserido numa comunidade (mesmo virtual), precisa ser considerada a partir da volatilidade dos espaços que comportam tais comunidades de forma a respeitar a alteridade das identidades situadas no espaço, ou seja, trata-se de dimensionar Geertz a Bauman.

2.4 O Desenvolvimento local pela via da cultura

A perspectiva da cultura e da sociedade pelo prisma do desenvolvimento local implica de antemão na compreensão da extensão do termo desenvolvimento.

O fim da Segunda Guerra Mundial evidenciou a política global como meio para evitar novos conflitos devendo para isso rumar à melhoria das condições sociais de todas as nações, para o pleno desenvolvimento da sociedade democrática. Ato contínuo, a Guerra Fria opõe a comunista União Soviética (URSS) e os países a ela alinhados, ao capitalista Estados Unidos da América (EUA) ao qual, da mesma forma, alinharam-se vários países. A disputa entre os dois polos principais (capitalistas x comunistas) se dava em torno de qual seria o melhor método para o incremento social dos países, fundamentando a Teoria do Desenvolvimento, cuja unanimidade repousava na economia, cada um a seu modo priorizando basicamente a produtividade, poupança e investimentos visando à acumulação de riqueza individual dos componentes de um Estado, ou do próprio Estado em si. Com os dois mundos (EUA x URSS) estabelecendo a premissa da industrialização para atingir o silogismo do desenvolvimento, os demais países em mais adiantado grau de industrialização aninharam-se aqui ou ali, conforme seus interesses político-econômicos, ou seja, conforme recebiam apoio econômico, condicionado ao jugo ideológico. Já os países com índices menores de industrialização receberam o rótulo de subdesenvolvidos. Alguns ainda foram agraciados com a “generosa” pecha de “em desenvolvimento”, em qualquer caso, posicionados no que se convencionou chamar de Terceiro Mundo. (SANTOS, 2000).

Apesar de muito ser combatida a visão do desenvolvimento exclusivamente atrelada à produção industrial em quantidade e qualidade, ainda está fortemente arraigada no imaginário popular e político dos países, isso porque a realidade econômica, com reflexos sociais, dos países industrializados de fato passou a ficar cada vez mais distante dos não-industrializados, gerando consequências (muitas vezes positivas, mas também negativas) por todos os setores da sociedade, levando o conceito de desenvolvimento a ser relacionado aos efeitos da industrialização tais como a modernização da infraestrutura do país, o progresso científico-tecnológico, o crescimento econômico apesar de elitizado.

A prevalência de uma inegável lógica de mercado na qual está inserida nossa sociedade, como de resto se insere todo o ocidente, implica em produzir leis com a premissa do mercado, direcionado ao lucro, em decorrência, ao consumo crescente. Ocorre que o consumo fomenta um estilo de vida egoísta, para o qual o sucesso está relacionado ao “ter” e não ao “ser” e muito menos ao “pertencer”. E o “ter” enquanto paradigma de sucesso só faz sentido quando comparado com o que o outro tem, ou seja, as leis trabalham com a perspectiva de uma sociedade onde prevalece a comparação, em detrimento da comunhão.

Diante da força do conceito de desenvolvimento ditado pela visão economicista dominante, o modelo voltado a privilegiar o desenvolvimento humano passou a ser uma vertente revolucionária para a gama interdisciplinar afeita ao conceito de desenvolvimento e por isso sofreu e sofre rótulos tendentes a mitigá-la, como é o caso de impingir à perspectiva humana do desenvolvimento, a completa ausência de competitividade, falta de interesse por bens materiais e desconsideração à possibilidade de crescimento econômico, quando, ao contrário, tem-se apregoado que todas essas figuras inerentes ao mercado sob a égide capitalista, portanto, consumista, podem ser contempladas a partir do desenvolvimento humano e não necessariamente ao contrário, ou seja, o capital determinando as esferas do desenvolvimento humano (MARQUES, 2009).

Sendo a cultura uma expressão absolutamente humana, podemos considerá-la como expoente relevante, mas não único, desse olhar para o desenvolvimento sob a perspectiva do que torna as pessoas melhores, mais felizes e realizadas em sua própria comunidade. Esse olhar para a comunidade pelas lentes da cultura e assim projetada ao desenvolvimento com toda a carga de peculiaridade e alteridade que ela pode e deve carregar, já teve momentos de maior valorização pela sociedade. Sucumbiu e agora parece retomar sua condição de elemento imprescindível ao incremento da qualidade de vida dos membros de uma comunidade. Assim entendem Rubim e Calabre (2009, p.37):

Para iniciar, devemos entender o ressurgimento contemporâneo do tema das políticas culturais. Nos anos 1980 e 1990, acontece um grande silêncio sobre políticas culturais em todo o mundo. Isso decorre, por óbvio, da hegemonia neoliberal naqueles anos. O tema da diversidade emerge nesse contexto. Ele aparece na contramão, desafia os potentes atores da globalização neoliberal e confronta seus interesses. Eles pretendiam tornar a cultura uma mercadoria como outra qualquer. Logo, a diversidade cultural surge como conflito. Não cabe pensar a diversidade como algo harmônico, amorfo,

gelatinoso. Não se deve nunca esquecer que o tema nasce e ganha sentido como contraposição. Por conseguinte, diversidade cultural é equacionar diferenças e tensões.

A cultura marca de forma indelével a comunidade, dando-lhe contornos peculiares com tons tão diversos quanto diversas podem ser as comunidades. A via do local para o global, com o desenvolvimento ocorrendo de forma endógena tem em Ávila (2006) a acepção segundo a qual a bandeira do desenvolvimento local significa tencionar por uma comunidade agindo em sinergia, para retirar os invólucros, amarras que a envolvem (des + envolver) para tornar proativos os seus próprios e peculiares potenciais, passando a se inserir no mundo globalizado de forma contributiva e não meramente receptiva. Tal potencial pode estar relacionado com alguma produção de bens ou serviços propiciadores para essa comunidade de certo crescimento econômico. Mas isso não é primordial. Essencialmente o desenvolvimento local está, cada vez mais, ligado à melhoria das condições de vida sob o aspecto humano, sem repelir o incremento econômico, mas também sem prioriza-lo ao arrepio da qualidade de vida dos membros da sociedade.

Posto isso, importante posicionar o termo “desenvolvimento local” para enfatizar que não se trata de desenvolvimento **no** local, tampouco desenvolvimento **para o** local, de modo a enfatizar seu caráter endógeno.

Por “desenvolvimento **no** local” Ávila (2006) traduz a exploração física de um espaço onde já se localiza uma comunidade, levando (de fora para dentro) uma dinâmica econômica com circulação de bens e serviços, de um lado geradores de emprego e de outro, incrementadores da arrecadação de impostos, e por isso, demandam investimentos públicos, voltados ao bem estar da comunidade? Não. Em verdade, serviços públicos destinados à melhoria das condições de infraestrutura para incentivar a lucratividade do empreendimento industrial e/ou empresarial “no” local. Se o “desenvolvimento no local” tem como gênese o capital privado, a lógica de sua permanência é o lucro. Advindo condições para refrear o lucro, o capital privado vai se deslocar para outro “local”, sem nenhum comprometimento (remorso) com o legado a deixar para a comunidade, bom ou ruim. Perpetuação das benesses dos serviços públicos como asfalto, esgoto, escolas etc, ou do ônus do impacto socioambiental inexorável, como desemprego, doenças relacionadas à atividade executada, poluição, violência etc.

Já sobre o “desenvolvimento **para o** local”, aparentemente mais positivo para a comunidade do que o “desenvolvimento **no** local”, da mesma forma vem impregnado de forte valor egoístico institucional, pois apesar de incidir no espaço físico onde se encontra uma comunidade e de ter por “cliente” essa mesma comunidade, de fato tem como fim a realização da proposta institucional da entidade promotora, seja ela de origem privada, pública ou do terceiro setor, sendo este o setor que abriga instituições privadas com fins não-lucrativos de interesse público. Nas palavras de Ávila (2006, p.42):

Em esmagadora maioria, os programas, projetos e atividades desenvolvimentistas realizados ou propostos (com explícitos ou implícitos objetivos de melhorias de comunidades-localidades) por organismos internacionais e nacionais, públicos e privados, têm-se conotado como *Desenvolvimento PARA O Local (DpL)*, bem como os de caráter político-eleitoral, assistencialista, promocionalista e filantrópico, de modo geral, pensados e postos em prática por entidades/pessoas ora interesseiras, ora simplesmente abnegadas e ora até especializadas em assistência/promoção humano-ambiental. Nem sempre esses planos, programas, projetos e/ou atividades deixam muitos e duradouros rastros quando encerrada a atuação das pessoas/agências que os idealizam, patrocinam, promovem ou os operacionalizam.

É notório ser o “desenvolvimento **para o** local” em princípio benéfico, mas pode macular a comunidade se não levar em consideração a percepção do que é efetivamente positivo para as pessoas do local a partir de sua cultura, sua moral, seu modo de vida, de sobrevivência, de produção e de interação com o espaço externo.

Então, em perguntas e respostas é possível trilhar o caminho para o entendimento da proposição: o desenvolvimento econômico é bom para uma comunidade? Sim, pode ser muito bom. O desenvolvimento no local da comunidade é bom para essa mesma comunidade? Sim, pode ser ótimo. O desenvolvimento para o local da comunidade, lhe é favorável? Sim, pode ser excelente. Pois bem, em todas as respostas o elemento condicional (pode ser) está presente isso porque toda e qualquer forma de desenvolvimento somente faz sentido se tiver algo a dizer ao aspecto humano de cada pessoa componente da comunidade afetada. É a visão trazida por Ladislau Dowbor (2001, p.197):

O crescimento econômico, quando existe, não é suficiente. Nem a área produtiva, nem as redes de infra-estruturas, nem os serviços de intermediação funcionarão de maneira adequada se não

houver investimento no ser humano, na sua formação, na sua saúde, na sua cultura, no seu lazer, na sua informação

Essa percepção é ascendente no valor político-social regional, nacional e global, tanto que os índices econômicos ditados pelo mercado têm sido relativizados quando confrontados com o índice de desenvolvimento humano da Organização das Nações Unidas (ONU), o IDH, pelo qual um país é considerado desenvolvido, em desenvolvimento ou subdesenvolvido, não mais por seu potencial industrial, meramente econômico ou mercadológico, mas sim pelas condições de vida de sua população, ou seja, pelo desenvolvimento humano, ou conforme Celso Furtado (2013), só faz sentido a medida dos fluxos de serviços e bens como índice de desenvolvimento, se tais elementos estiverem voltados à satisfação das necessidades humanas. A partir dessa ótica, a ONU estabeleceu o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, mantenedora do Atlas do Desenvolvimento Humano baseado nos dados do IDH. Note-se: pelo IDH do PNUD/ONU, a segunda melhor cidade do ranking brasileiro (dados de 2010), é Águas de São Pedro, no interior de São Paulo, um município com 2.707 habitantes e 3,2 Km de área. Já a cidade brasileira mais rica e industrializada, São Paulo, ocupa a 28ª posição no mesmo *ranking*.

Similar ao trabalho da ONU, mas usando dados próprios, a Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN), criou o Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal (IFDM), não imitado ao Estado do Rio de Janeiro, avaliando todos os municípios brasileiros. Apesar do resultado ser nominalmente diferente, a simbologia é idêntica, afinal, segundo o IFDM, o melhor município brasileiro para se viver é Louveira, no Estado de São Paulo, com 37.153 e não o rico e industrializado município do Rio de Janeiro.

Mesmo considerando o sensível avanço axiológico de desenvolvimento, ainda é comum a desconsideração da cultura como um elemento próprio, com um valor próprio, complementar à esfera social e à esfera econômica e não nelas inserida. O desenvolvimento cultural pode ser inerente ao âmbito humano, mas tem o alcance comunitário; tem a dimensão social na medida em que reforça identidades, referencia comportamentos etc, mas também pode ter valor econômico se (ou quando) as expressões culturais assumem forma palpável em produtos e serviços (REIS, 2007). Se for possível (e é) a separação entre políticas econômicas, políticas sociais e políticas culturais, então também é possível - e deve haver um

direcionamento neste sentido - alçar o desenvolvimento cultural ao mesmo patamar do econômico e do social, aliás, a complementariedade e concomitância é o ideal para qualquer comunidade (CAETANO, 2007).

Em vista do exposto, qual é o melhor lugar para se viver no Brasil, Águas de São Pedro, Louveira, São Paulo ou Rio de Janeiro? Sob o ponto de vista do desenvolvimento local, o melhor lugar para se viver no Brasil e no mundo, é exatamente o lugar onde se vive, caso esse entendimento seja desposado pelo poder público, o único ser jurídico com autorização de intervenção na vida da comunidade sem ela desejar ou precisar de tal intervenção, caso contrário, o local onde se vive é desconstruído em suas peculiaridades.

Para Dowbor (2001, p.217) “uma das mais significativas riquezas do desenvolvimento local resulta justamente do fato de se poder adequar as ações às condições extremamente diferenciadas que as populações enfrentam”, ou seja, a diferença, a alteridade faz uma comunidade mais rica e a diferença se expressa, se realiza, se materializa exatamente na cultura.

Ao arrepio das estatísticas, dos índices, do mercado, é em um poema que o desenvolvimento local encontra sua mais completa tradução. Escrito por Alberto Caeiro, heterônimo de Fernando Pessoa (2012) o poema assim expressa:

O Tejo é mais belo que o rio que corre pela minha aldeia,
 Mas o Tejo não é mais belo que o rio que corre pela minha aldeia
 Porque o Tejo não é o rio que corre pela minha aldeia.
 O Tejo tem grandes navios
 E navega nele ainda,
 Para aqueles que vêm em tudo o que lá não está,
 A memória das naus.
 O Tejo desce de Espanha
 E o Tejo entra no mar em Portugal.
 Toda a gente sabe isso.
 Mas poucos sabem qual é o rio da minha aldeia
 E para onde ele vai
 E donde ele vem.
 E por isso porque pertence a menos gente,
 É mais livre e maior o rio da minha aldeia.
 Pelo Tejo vai-se para o Mundo.
 Para além do Tejo há a América
 E a fortuna daqueles que a encontram.
 Ninguém nunca pensou no que há para além
 Do rio da minha aldeia.
 O rio da minha aldeia não faz pensar em nada.
 Quem está ao pé dele está só ao pé dele. (sic)

A cultura indígena, variada e rica no Brasil, é o condão da vida em comunidade (aldeia) a qual, subsiste a partir de uma organização regrada não escrita, portanto, baseada em usos e costumes, que lhe dá o caráter de sociedade. A cultura enriquecida endogenamente é propulsora da comunidade/sociedade ao desenvolvimento, assim sendo, local. A cultura é o alicerce dos fundamentos jurídicos das relações sociais dentro de uma comunidade indígena tem, por óbvio, suas nuances próprias, que distinguem as comunidades entre si e, tanto mais, as sociedades indígenas da hegemônica sociedade não indígena. Corrobora essa constatação o depoimento de Wekanã Pataxó (2011 p.63):

[...] Fomos obrigados a esquecer a nossa cultura e aprender a cultura do homem branco, considerada como a única capaz de fazer o desenvolvimento. Por isto, eles dizem que precisamos adotar esta cultura, pois precisamos nos desenvolver como o homem branco. Nós índios vivemos um momento em que registramos algumas grandes conquistas. Temos resgatado muito de nossas tradições, de nossa história, da memória de nossos ancestrais. Temos recuperado, apesar das dificuldades impostas pela Justiça do homem branco, a posse de nossas terras, nosso principal patrimônio. Depois de mais de 500 anos sob o julgo do colonizador conseguimos revitalizar algumas de nossas línguas, reestruturar a organização social de nossas aldeias, retomar a prática dos rituais ancestrais que honram a memória de nossos antepassados, e esse resgate da tradição nos renova as nossas forças e nos dá ânimo para as nossas lutas. [...] **Entender a lei do homem branco é difícil.** Esta lei tudo permite aos brancos, enquanto a nós, índios, que somos os verdadeiros donos do país que o homem branco denomina de Brasil, nem o direito de escolher o nome da terra em que vivemos nos foi dado. Através da nossa luta queremos demonstrar para nossa nação que somos fortes, que vivemos, que existimos, que temos o propósito de nos envolver no desenvolvimento da nossa nação, de demonstrar que podemos desenvolver junto com o nosso país sem perder nossa cultura, nossa tradição e nossa expectativa de viver totalmente o que somos. E o que somos é ser indígena, ser Pataxó, ser aldeia Tibá.

Fica evidente que o desejável desenvolvimento local sob o ponto de vista humano passa pelo respeito às culturas indígenas, portanto, passa pelo respeito às regras, às normas, ao direito existente dentro das comunidades, cuja fonte única são os usos e costumes, consuetudinário, pois, por excelência. Enfim, o respeito ao Direito Consuetudinário indígena é elemento do desenvolvimento local.

2.5 Territorialização indígena no Brasil

Segundo dados do *site* Povos Indígenas no Brasil (PIB), um projeto transmitido do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI) ao Instituto Socio-Ambiental (ISA), quando da chegada dos europeus na Pindorama (nome tupi-guarani para o litoral onde aportou Pedro Álvares Cabral), estima-se que haviam mais de 1.000 povos, somando de 2 a 4 milhões de pessoas.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) levantou no Censo 2010 a existência de 305 etnias que falam 274 línguas diferentes.

Na linguística indígena o Tupi é uma língua tronco com cerca 5.000 anos de existência, da qual se desdobram as línguas Arikém, Juruna, Mondé, Mundurukú, Tupari, Ramarama, Aweti e Tupi-Guarani (de 1.500 a 2.500 anos). Somente do ramo Tupi-Guarani, outras 40 línguas podem ser identificadas, dentre elas, aquelas identificadas especificamente com o Guarani, distribuídas territorialmente entre o centro-sul brasileiro, todo o Paraguai, o sul da Bolívia e o norte da Argentina, quais sejam: Guarani Mbyá, Guarani Paraguaio, Kaiová, Nhandéva, Xetá, Guayakí e Chiriguano (MELLO, 2000). O recorte Guarani se justifica por ser a língua amplamente falada entre as populações indígenas do Mato Grosso do Sul.

Enfatiza-se a questão das famílias linguísticas - e não só o número de etnias - pois a linguagem, por vezes, e não sem razão, é determinante da diversidade cultural de modo mais incisivo do que a localização espacial deste ou daquele agrupamento humano. Linguagem com sentido mais restrito do que a língua falada por um povo. Em estudo sobre etnologia, linguagem e cultura, Lindoso (2008, p.93) cita Claude Lévi-Strauss, *in verbis*:

Em sua *Anthropologie Structurale* (Paris, Plon, 1958) Claude Lévi-Strauss estuda três aspectos das relações entre linguagem e cultura, considerando-os como pontos de partida de conceitos explicativos dessas relações: 1) a linguagem é uma parte da cultura, isto é, um dos aspectos centrais. É um ponto de partida empírico, vê-se logo, mas que inclui importantes implicações metodológicas; 2) a linguagem é um produto da cultura, pelo fato de que ela reflete, pela natureza e pelo seu sistema simbólico, os traços dessa cultura; 3) a linguagem é uma condição da cultura.

O valor da linguagem, da língua, da fala em si, não é um valor exclusivamente não-indígena, impositivo como tantos outros elementos culturais,

mas é verdadeiramente um valor indígena, tanto é que os guaranis relacionam a perda da palavra (ou da capacidade de falar) com a morte, a partir de um costume de seus ancestrais tupis, que consideravam mortos e portanto prontos para os rituais funerários, os doentes incapacitados de falar (BARROS, CASTRO, 2005).

De sua vez, quando se trata de povos indígenas a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), trabalha com a existência de várias divisões internas em sua classificação clássica, por exemplo, considera-se como um povo o Guarani, que se subdivide em Mbya, Kaiowá e Nhandeva, daí o IBGE usar em suas publicações a expressão “povos/etnias”.

Tanto quanto no caso das línguas indígenas, recortam-se as etnias presentes no território sul-matogrossense, segundo dados do Museu das Culturas Dom Bosco relatados em seu sítio eletrônico pelo Professor Antonio Hilário Aguilera Urquiza da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, sendo tais etnias: Atikum, Guarani Kaiowa, Guarani Nandeva, Guató, Kadiweu, Kinikinau, Ofaié, Terena e os Kamba, esta última etnia não reconhecida oficialmente.

A FUNAI, baseada em dados do IBGE, tem a população indígena, em números absolutos do Censo 2010, como sendo de aproximadamente 896.917 pessoas. Enfatiza-se o termo “aproximadamente”, haja vista a inegável existência de povos isolados, a própria FUNAI trabalha com a hipótese de existirem ainda 69 grupos indígenas não contatados. Do total da população autodeterminada como indígena, 324.834 vivem em cidades e 572.083 em áreas rurais. Os indígenas que não vivem em cidades, em sua maioria estão alocados em 695 áreas reconhecidas como terras indígenas, que abrigam milhares de aldeias.

Tal diversidade, também refletida em costumes e tradições peculiares, leva a igual número de sistemas jurídicos que o advogado Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1998) considera “rigidamente obedecidos”.

3 A CULTURA DO DIREITO NA SOCIEDADE: POSITIVISMO E DIREITO CONSUECUDINÁRIO

As relações jurídicas entre as pessoas são intrínsecas da vida em sociedade e, por isso, decorrentes da identidade cultural que as une pelas teias das relações sociais. O direito então, segundo Jean Jacques Rosseau (1960), funda-se não na natureza, mas em convenções que determinam uma ordem social, que se torna um direito originário (sagrado no dizer de Rosseau) no qual todos os demais se baseiam.

3.1 Positivismo

Uma convenção determinando a ordem social: esta é uma perspectiva possível de ser projetada ao positivismo, isso porque, não é difícil achar estudos sobre o positivismo sob os mais variados prismas. É possível entender o positivismo como uma filosofia, como um método científico e até mesmo como uma religião. Esta última vertente, longe de ser um delírio intelectual, consolidou-se a partir da construção dos próprios desenvolvedores do positivismo.

Lacerda (2009) enfatiza a polissemia do positivismo citando a identificação na obra de Peter Halfpenny, de “12 sentidos para a palavra ‘Positivismo’” tornando, de um lado, difícil conceituar o termo, mas de outro, a possibilidade de trabalhar uma linha condutora a partir do enfoque a ser desenvolvido sobre o objeto em estudo.

Assim, toma-se o positivismo como uma forma de enxergar todas as nuances da vida em sociedade, a partir de dados concretos captado pela experiência, independente da leitura extraída dessas experiências pela metafísica, a hermenêutica ou a exegese, o positivismo se apega exclusivamente aos fatos concretamente postos e a partir deles estabelece suas premissas numa lógica estritamente empírica, que busca impregnar de mensurabilidade todos os objetos de seu silogismo. Daí ser referencial do positivismo o adágio segundo o qual: contra fatos não há argumentos.

Materialistas, iluministas, epicuristas e como o próprio nome diz, os empiristas, em seus determinados momentos históricos, também dão grande relevância à experiência como método científico sem, contudo, afastar outros elementos metodológicos com a dialética e a intuição. No positivismo a experiência é a premissa maior básica de todo juízo lógico, científico, portanto.

Auguste Comte é considerado o “fundador” do positivismo em meados do século XIX, período em que a Europa vivia uma efervescência científica provocada especialmente pelo trabalho de Charles Darwin, mas como um todo, a ciência e a tecnologia cada vez mais traduziam fenômenos até então contaminados por credices e/ou explicações míticas. Comte então decidiu aplicar referenciais técnicos e matemáticos às relações sociais, chegando mesmo a ser o escultor do termo “sociologia”.

Lacerda (2009), ao propor uma “redescoberta” de Auguste Comte e do próprio positivismo, cita Anthony Giddens, para quem o momento histórico vivido no século XIX, marcado por uma verdadeira idolatria às ciências naturais, com seus métodos e conclusões, contagiou Comte ao ponto dele adotar o instrumental científico ao estudo da sociedade. Com a aplicação de métodos científicos à sociedade, Comte pretendeu estabelecer modelos preconcebidos com os quais, tanto quanto nas ciências naturais, poderia prever comportamentos e relacionamentos, de forma a rotulá-los como eticamente aceitáveis ou reprováveis.

Sendo a expectativa de uma vida harmônica em sociedade algo inerente ao próprio ser humano, a versão teológica do amor ao próximo fundado no temor a Deus dá lugar, no positivismo, ao altruísmo como também Bosi (2004, p.18) explicita:

Na linha do horizonte, o que o mestre divisava era a marcha da Humanidade, o Grão-Ser, a única divindade digna do culto de seres racionais. Quanto à ação pública, deveria convergir para a integração ordeira dos indivíduos no regime republicano. As classes sociais, harmonizadas no sistema superorgânico, praticariam a solidariedade, versão leiga do amor fraterno cristão. Altruísmo é um termo cunhado por Auguste Comte por volta de 1830.

Comte deu um formato aos conceitos de sociologia e altruísmo que se tornou tanto amplamente aceito, quanto amplamente contestado. Contudo, é inegável ter o positivismo forte raiz no trabalho do filósofo alemão Immanuel Kant. O próprio altruísmo foi concebido por Kant, sem essa denominação, mas tendo

cunhado o adágio “age de tal maneira que uses a humanidade tanto na tua pessoa quanto na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, nunca simplesmente como meio” (KANT *apud* HERRERO, 1991). E, a influência de Kant sobre Comte é intensificada quando se percebe na obra do primeiro, uma equalização entre o Racionalismo de René Descartes e o Empirismo de John Locke, sem esquecer de Hume e Leibniz. Kant colocou o ser humano no centro do debate filosófico e considerou existir uma ética e uma moral universalmente intrínseca a este pelo simples fato de pertencer à mesma espécie biológica (GARBER e LONGUENESSE, 2008).

Auguste Comte entendeu então haver um ambiente propício para, além da filosofia, criar uma religião. Assim fundou a Religião da Humanidade, também conhecida como a Igreja Positivista, cujas bases estabeleceu em 1852 na obra *Catecismo Positivista*, conforme Lacerda (2009), que enfatiza o caráter religioso da obra de Comte ao dizer:

A ideia de religião em Comte, de fato, é central. Como demonstra Tiski, enquanto em um primeiro momento Comte identificava religião e teologia, isto é, considerava que a religião é a crença no sobrenatural, em vontades externas ao ser humano que comandariam arbitrariamente e absolutamente a realidade (e a que se oporia a ciência, de caráter relativo), em sua fase mais madura Comte percebia na religião uma forma de unidade humana. Essa unidade seria ao mesmo tempo "moral" (de caráter individual, em que ocorreria a harmonia afetiva, intelectual e prática) e coletiva (em que os indivíduos e os grupos sociais relacionar-se-iam de maneira construtiva e pacífica) e de que a teologia teria sido apenas uma forma de realização, temporária e transitória entre o fetichismo (estágio inicial do ser humano) e o positivismo (estágio final).

Não se limitou o fundador da Religião da Humanidade a fazer disso uma metáfora. Efetivamente foram criadas igrejas, templos, onde, ao invés dos santos, os seguidores, conhecidos como o “apostolado”, idolatravam figuras consideradas por eles determinantes da humanidade como a conheciam até aquele momento, tais como Aristóteles, Gutenberg e Shakespeare. Num arroubo final, pouco antes de sua morte em 1857, Augusto Comte se autoproclamou o Sumo Sacerdote da Igreja da Humanidade (BAKOS, 2006).

Não era de se esperar coisa diferente do mundo filosófico antagônico ao positivismo do que o apedrejamento dessa transição de uma filosofia, quiçá, de um método científico para uma religião. Porém, é inegável a contribuição do positivismo para o fortalecimento de instituições hoje caríssimas à vida em

sociedade e que na época eram vanguardistas. Apesar de ser controverso, o lema do positivismo mais marcante para o Brasil foi “o amor por princípio, a ordem por base o progresso por fim” (VALENTE JÚNIOR, 2012). Os positivistas atuaram na defesa inexorável da abolição da escravidão, o sistema republicano, um controle austero das finanças públicas, o voto de analfabetos, mendigos e mulheres, os direitos dos trabalhadores, a paz (inclusive criticando o serviço militar obrigatório), como informa Bosi (2004).

Com fulcro em bases tão aparentemente sólidas por preservarem valores humanos caros, Comte previu que o positivismo, mesmo como religião se expandiria a passos largos por toda a Europa. Mas não foi isso o que aconteceu: no quarto final do século XIX o positivismo estava em decadência no Velho Continente.

Ao contrário, o positivismo no Brasil estava vivendo seu mais fértil momento com o apogeu na proclamação da república em 1889 (GOMES, 2013), mesmo tendo se dividido em duas vertentes: a ala mais radical preferiu o caminho da religiosidade, chegando mesmo a fundar dois templos da Igreja da Humanidade no Brasil, um no Rio de Janeiro e outro em Porto Alegre. Outra corrente, esta bem mais forte, sustentou o positivismo sob a premissa de uma ideologia política e assim se arraigou na história republicana brasileira de tal modo que Gomes (2013) o considera presente na proclamação da república de forma determinante, mas também vê traços do positivismo na revolução de 1930 e até no golpe militar de 1964, no Brasil. O mesmo autor cita, como referencial importante para entendermos as diferentes conotações do positivismo no Brasil, um conselho de Benjamin Constant (articulador da proclamação da república) ao Visconde de Taunay, sobre o positivismo, *in verbis*:

Não siga apertadamente o sistema todo [...]; em não poucos pontos dele me aparto, nem pratico a religião da humanidade, mas estudo os livros do mestre; discipline suas ideias.

Necessário destacar o maior símbolo do quanto se entremeou o positivismo na história política brasileira. Freyre (2013, p.35) trata deste ponto:

Foi uma participação de minoria intelectual que se exprimiu em torno de valores e símbolos, de considerável importância para a nação inteira; mas de tal modo se manifestou esta intervenção que alguns dos valores e símbolos brasileiros vindos do Império e alterados – reformados, mas de modo algum deformados pelos positivistas de 89 – ainda hoje vive no Brasil. Um deles, a própria Bandeira Nacional com o seu lema – inovação positivista –

“Ordem e Progresso”; e com as suas esferas e com as suas estrelas, também de invenção positivista. Mas sem que se tivessem modificado as formas e cores essenciais da mesma bandeira. Sem que a sofreguidão por um futuro messiânico tivesse levado aqueles bons discípulos brasileiros de Comte ao extremo de repudiar, em valores e símbolos consagrados pelo passado da sua gente, o que, nesses valores e símbolos, era já constante nacional.

O símbolo maior da pátria brasileira – nossa bandeira – representa exatamente a prevalência do ideal positivista, não sem ter sido contaminado pelo modo de vida tupiniquim. Vislumbra-se na França um positivismo de ideário reacionário, enquanto no Brasil ao contrário, foi se adaptando aos interesses de grupos que buscavam o poder político, e ao alcançá-lo, relativizavam os ensinamentos de Comte. Mas em seguida tais ensinamentos eram erigidos a bandeiras de grupos rivais que depois novamente o relativizavam na chegada ao poder e assim em ciclos, tanto é presente de forma contundente em setores da nossa sociedade, quanto é ausente em outros. Dentre os positivistas brasileiros da época do império, enfileiravam-se senhores de escravos, conduta veementemente repudiada pelo Apostolado da Humanidade (VALENTE JÚNIOR, 2012).

A questão latente é que o grupo intelectual de maior influência na sociedade brasileira, do fim do século XIX até a primeira metade do século XX, moldava os preceitos positivistas para a manutenção do poder político que erigira. Esse grupo de intelectuais foi o responsável pela elaboração da primeira Constituição Federal da República (1891) e por consequência de todo arcabouço jurídico daí em diante, o mesmo se repetindo nas Constituições de 1934 e 1937. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro como um todo está fortemente arraigado em pontos do positivismo sem necessariamente expressar alguma nobreza de intenções de Comte e seu Apostolado (GOMES, 2013).

3.1.1 A previsibilidade da conduta humana

Típico do positivismo é o silogismo ao colocar como premissa maior, os valores éticos e morais comuns à natureza humana, em perspectiva para a premissa menor de observação científica do comportamento social de determinada sociedade, extraído da experiência regrada pela história humana, origem do silogismo que permite prever condutas e, principalmente, narrar tais condutas em abstrato nas leis.

A previsibilidade aplicada às relações sociais torna possível estabelecer tipos de condutas consideradas desviantes do ideal de paz social, de justiça. Comte resumiu isso como “saber para prever, prever para prover”.

Se a conduta pode ser prevista, então pode ser estabelecida não só em regras morais, mas sobretudo em leis, estas que se diferenciam daquelas, essencialmente por serem protegidas por sanções de natureza retributiva ou punitiva. Então, quem desrespeita uma regra moral ou ética, pode sofrer uma repreensão de seus pares na comunidade, ou nos grupos caracterizados muitas vezes, justamente, pela identidade coletiva formada com base numa determinada linha moral ou ética, como numa religião. Contudo, quem desrespeita uma lei, sofrerá sanções impostas pelo Estado, por ser o ente jurídico com poder para exigir de cada cidadão dentro do território de sua jurisdição, o cumprimento da lei pela força das sanções previamente estabelecidas no próprio corpo das leis estabelecedoras das condutas. Vale esclarecer que “jurisdição” nasce da junção dos termos: *juris* (latim), cujo significado é “direito”, e dicção, ou seja, a capacidade de dizer. Somente quem tem “juris + dicção” é o Estado, isso porque, a sociedade lhe deu poder para isso. O poder nasce da capacidade de prever e a previsão, segundo o entendimento positivista, nasce da aplicação de métodos científicos, mesmo que seja ao comportamento das pessoas em sociedade.

A prática institucional positivista do legislador brasileiro é de narrar condutas em abstrato, valorando-as como desviantes ou aceitáveis, independente do fato em si, ou de circunstâncias alheias àquelas previstas nas leis que elaboram, isso porque, a experiência extraída da observação do comportamento social aplicada aos valores éticos e morais históricos, permite ao positivista prever o futuro.

Na prática, toma-se, por exemplo, a premissa maior, ética e moral, segundo a qual, historicamente, o aborto é um comportamento reprovável. De outro lado, a observação da sociedade mostra ser o aborto uma prática inegável, porém, a gravidez pode resultar de uma violência contra a mulher, ou da necessidade de salvar a vida da mulher. Assim, está previsto em abstrato no Código Penal, com redação de 1940, que a mulher ao praticar o auto-aborto deve ser condenada à pena de prisão de um a três anos, e se outra pessoa executar o aborto com o consentimento da mulher grávida, deverá ser condenada à pena de um a quatro anos de prisão. Contudo, não é criminoso o comportamento do médico, na situação de ser feito o aborto em gestante cuja gravidez foi resultado de um estupro, ou

quando a vida da mulher esteja em risco. Eis a lei, que é dura, mas é lei (*dura lex sed lex*).

Estabelecida a lei como previsão de um comportamento futuro, e no caso acima, desviante, punível com privação de liberdade, em 1940, apresenta-se à sociedade atual a tecnologia que permite diagnosticar o caso da gravidez com feto anencefálico. Contudo, não há previsão legal permissiva para essa realidade. Assim, a mulher grávida de feto anencefálico ao interromper a gravidez cujo resultado seria uma vida de qualquer modo interrompida, senão imediatamente, certamente com muita brevidade, diante do império da lei, deve ser levada à prisão pela força do positivismo incrustado em nossas leis. Hoje isso não ocorre por intervenção do Supremo Tribunal Federal, que autorizou a mulher a interromper a gravidez de feto anencefálico, contudo, trata-se de uma interpretação do Judiciário, permitindo o descumprimento do dispositivo legal positivado no Código Penal.

3.1.2 Positivismo Jurídico

Para a advogada Denise Lucena Cavalcante (2004), o fim precípua do Direito é de harmonizar e possibilitar a convivência social, sendo assim, deve basear-se nas práticas culturais vigentes, sob pena de subverter seu escopo. Fruto de experiências culturais distintas, no dizer do filósofo do direito Miguel Reale Júnior (1977), a concepção de direito tem fulcro na tradição romana (ou romanística como prefere Reale), mas também pode se legitimar sob o alicerce anglo-saxão conhecido como *common law*. Aliás, não é raro entre doutrinadores do direito, relacionar a raiz romana com o Direito Positivo (o primado da lei como fonte do direito) e a raiz anglo-saxã com o Direito Consuetudinário ou costumeiro, o que é equivocado. A *common law* é institucionalmente concebida a partir do Poder Judiciário (e não do Poder Legislativo, como o Direito Positivo), enquanto o Direito Consuetudinário é anônimo por excelência no dizer de Reale (1977), ou seja, aquele desprovido de órgão emanador pré-concebido.

Não se pode negar a influência da cultura greco-romana e da igreja cristã ocidental na formulação positivista do Direito, porém, segundo Wolkmer (2005), é com o fim da Idade Média, notadamente com o ideário renascentista europeu, que o Direito, tal qual predomina hoje no Brasil, tomou sua forma: um

ordenamento jurídico positivista, sistematizado e abstrato. Sendo positivista porque parte do pressuposto da capacidade de prever condutas em abstrato, pois independe de fatos concretos para existir, e a partir desta previsão sistematiza as regras ao estabelecê-las em estatutos escritos e com forma predeterminada na constituição do país.

Importante a percepção histórica do Direito para uma compreensão mais abrangente do conflito cultural que hoje ele enseja ao deparar-se num mesmo território (brasileiro) com experiências culturais distintas.

Uma série de acontecimentos impulsionou com rapidez a revisão de vários conceitos caros à humanidade até a Idade Moderna, notadamente a falência do modelo feudal e a ascensão da Burguesia, que ensejou um ideário de liberdade estendido a todas as relações sociais que assim ebuliam, favorecendo o surgimento da doutrina liberal, segundo Wolkmer (2005), refletora fiel da ética individualista em voga.

A modernidade então foi um momento de racionalização com tons culturais determinantes para a organização social emergente à época (ADEODATO, 2002). Como já dito, ao se tratar de organização social, necessariamente se insere a ordem jurídica.

É notório para Wolkmer (2005) ser o Renascimento marcado pelo individualismo e pelo racionalismo, resgatou instituições clássicas greco-romanas, como o Direito o qual, como outros setores da sociedade durante a Idade Média, foi regida pela igreja católica, enfraquecida no processo de secularização fomentador do surgimento dos Estados Nacionais, alicerçados na racionalização do poder, a centralização e a burocratização da autoridade, tudo expresso pela emanação de leis escritas por esse novo poder maior, de forma a atender os interesses burgueses e capitalistas.

Todas essas construções estruturais da sociedade levaram a uma visão cultural antropocêntrica. Carlos Maurício Freire Soares (2005), nos lembra que o iluminista Imanuel Kant, pregava a imensa capacidade do “eu pensante” de sistematizar intelectivamente o que é captado pelos sentidos, estando mesmo apto a transcender e criar o objeto do seu conhecimento.

O filósofo Kant relacionava cultura e ética à racionalidade de padrões de comportamento, que ele entendia serem universais (SOARES, 2005). Assim,

considera o magistrado italiano Luigi Ferrajoli (2006) ter o Direito (de linha greco-romana), como hoje conhecemos, sua fundamentação filosófica esculpida na Idade Moderna pelas ferramentas do iluminismo e do liberalismo.

Para Berman (1986, p.15), na modernidade foi proposta a derrubada de barreiras entre os homens, inclusive raciais, levando a uma unidade humana, contudo, paradoxal por pressupor desintegração local, ao que expressamente diz “ser moderno é fazer parte de um universo no qual, como disse Marx, tudo que é sólido desmancha no ar”.

Como o Direito se baseia em valores éticos, e Kant apontou o respeito ao ser humano como o maior desses valores, temos então as bases para uma cultura jurídica antropocêntrica, via de consequência, positivada em leis escritas.

No bojo da supervalorização das ciências objetivas está o conceito de Estado de Direito, onde o Estado Nacional se limita pela supremacia constitucional. Não por outra razão conhecida como “Lei Maior”, da qual decorrem todas as outras leis, sempre com caráter abstrato e genérico, conforme Soares (2005), restringindo a experiência jurídica. Nesse aspecto relevante reproduzir a citação de Edmundo Lima de Arruda Júnior (2006, p. 94) a Túlio Ascarelli:

Quebrar as barreiras do seu próprio sistema jurídico (assim definido) significa aumentar o seu próprio horizonte e sua própria experiência e, sobretudo, enriquecer-se espiritualmente e descobrir os próprios limites com um espírito de modéstia que, por sua vez, comporta tolerância e liberdade.

Essa é uma visão pós-moderna do Direito favorecendo inclusive um novo olhar sobre o Direito Consuetudinário indígena.

Não se pode olvidar que mesmo a Reforma Protestante tem grande contribuição para a formação de nossa cultura jurídica, como afirma Wolkmer (2005), ao propiciar o desenvolvimento das ideias liberais com a pregação de tolerância religiosa e política e com uma aproximação com os ideais humanistas os quais, na seara do Direito, levou a uma crescente sistematização do que até então não passavam de princípios jurídicos. Curiosamente Lutero “odiava” os juristas, mas Calvino era advogado.

A partir destes fundamentos a cultura jurídica brasileira leva a um ordenamento jurídico flexível, com certo grau de dinamismo, variável conforme o interesse do parlamento para responder com celeridade às demandas impostas pela

economia de mercado, por meio da positivação do Direito, pois não se coaduna com os processos de formação de hábitos e condutas típicas do Direito Consuetudinário, como bem sustenta Soares (2005). No mesmo sentido, para Santos (2003, p.62) “o funcionamento dos espaços hegemônicos supõe uma demanda desesperada de regras; quando as circunstâncias mudam e, por isso, as normas reguladoras têm de mudar, nem por isso sua demanda deixa de ser desesperada”.

Dessas duas premissas podemos extrair que o direito positivado atende ao mercado e, por consequência, ao desenvolvimento sob o ponto de vista meramente econômico, quando de sua vez, o Direito Consuetudinário atende a comunidade e assim, ao desenvolvimento humano sob várias de suas nuances, principalmente a cultura, pois implica em sua valorização e respeito.

Importante enfatizar, mesmo com dicotomias entre o Positivismo Jurídico e o Direito Consuetudinário, o repúdio a uma visão maniqueísta. A convivência dos dois sistemas se mostra possível e viável, mesmo porque o Positivismo Jurídico adota como uma de suas principais fontes, além das leis e da jurisprudência, os usos e costumes, tal como ocorre no já citado caso do afastamento pelo Poder Judiciário da imposição de pena privativa de liberdade, como determina expressamente o Código Penal Brasileiro, para a mulher que interrompe a gravidez de um feto anencefálico. É notória a decisão do Supremo Tribunal Federal contrariando o texto legal, demonstrando haver maleabilidade suficiente no positivismo para a relativização da lei perante comportamentos sociais amplamente aceitos. De outro lado, não há espaço institucional para a adoção ampla do consuetudinário, decorrendo a ênfase da defesa do Direito Consuetudinário estabelecida nas relações internas das comunidades indígenas, onde os comportamentos regulados pelos usos e costumes são, muitas vezes, anteriores à própria existência do Brasil como Estado Nacional soberano.

3.1.3 - O Positivismo e a diversidade cultural indígena

O pecado na aplicação do positivismo no Brasil há décadas, ainda não é a falácia da previsibilidade, mas sim, aquela premissa maior de valor moral e ético comum ao ser humano quando, em verdade, o *homo sapiens* é um animal de inimaginável adaptabilidade ao ambiente, em outras palavras, a diversidade cultural

humana é tão incomensurável quanto são as variantes de comportamentos morais e éticos determinados por essa mesma cultura.

No território brasileiro existe uma cultura hegemônica, esculpida na padronização europeia formada pelo urdume do ser humano do sexo masculino, de raça branca, cristão, ocidental e adulto. O positivismo brasileiro estabelece essas características para conceber “cientificamente” comportamentos socialmente aceitos.

Desconsidera o Positivismo Jurídico pátrio, justamente uma das mais emblemáticas bandeiras do positivismo ortodoxo, conforme concebido por Augusto Comte, a mestiçagem, a mistura de raças, o ideal de um ser humano que possa reunir características típicas diversas para melhor interagir com o próximo e com a própria natureza. A mistura de raças era uma verdadeira afronta aos antropólogos europeus do século XIX, apologistas do racismo.

O manejo viciado do positivismo no Brasil – excluído o apostolado da igreja positivista nacional – sempre trilhou o caminho da ignorância quanto à existência em nosso território desde tempos pré-colombianos, de culturas tão diversas quanto riquíssimas (como já dito: 305 etnias e 274 línguas diferentes).

A não ser quando se trata de normas formais específicas para a causa indígena, à guisa de interesses de grupos políticos identificados como defensores ou detratores dessa causa, o legislador brasileiro, especialmente após a proclamação da república em 1889, absolutamente ignora a diversidade cultural tão marcante e caracterizadora do próprio Brasil.

Não há exemplo mais emblemático do que ocorre no Código Penal Brasileiro, no qual a condição indígena não está contemplada, nem em garantias nem em normas incriminadoras. A questão repedidas vezes se dá em torno da possibilidade de se imputar sanções punitivas (penas) aos indígenas considerando-os, portanto, imputáveis à lei penal brasileira, ou inimputáveis, ou até mesmo semi-inimputáveis, três possibilidades admitidas no Código Penal Brasileiro. O artigo 26 do texto penal considera não ser imputável, o indivíduo que, no momento do fato criminoso, não tinha qualquer condição de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de se determinar por tal entendimento, em razão de “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. Caso um indivíduo nessa mesma condição mental, mantenha algum discernimento sobre sua conduta, então é

considerado semi-inimputável, ou seja, responderá pela pena referente ao crime cometido, em grau reduzido.

O maior penalista da história do direito no Brasil, Nelson Hungria, na obra “Comentários ao Código Penal” (HUNGRIA, 1978, p. 336), se refere aos indígenas ao tratar da imputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado no Código Penal:

Sob este título se agrupam não só os deficitários congênitos do desenvolvimento psíquico ou *oligofrênicos* (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os silvícolas inadaptados. O conceito de mente, como adverte o ministro Campos na sua *Exposição de Motivos*, é suficientemente amplo para abranger até o “senso moral” (ensina Tirelli que “mente é o complexo funcional, quantitativa e qualitativamente harmônico, dos diversos elementos do arco dialético psíquico”), e, assim, não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo sylvestre*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável.

Nelson Hungria somente fez reproduzir o pensamento corrente no momento histórico de criação do Código Penal, 1940. E apesar de longínqua na história a adoção do diploma penal pátrio, é este mesmo em vigor até hoje, com uma reforma nos idos de 1984. Então, o legislador brasileiro comparou o indígena ao deficiente mental, ainda que sob a dimensão moral, por não estar “adaptado” à civilização conforme padrões culturais estranhos aos seus. E, vai mais longe o mestre Hungria (1978, p. 337):

[...] a Comissão Revisora (do Código Penal) entendeu que sob tal rubrica (desenvolvimento mental incompleto ou retardado) entrariam, por interpretação extensiva, os *silvícolas*, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio.

Revelava-se o sentimento à época de verdadeira vergonha pela existência de indígenas no Brasil, considerada uma incompetência do Estado no sentido de levar suas benesses a todos os habitantes do território nacional. Tal sentimento era traduzido em leis pelos legisladores, ou diretamente pelo próprio Poder Executivo, como é o caso do Código Penal de 1940, em verdade um Decreto-Lei concebido sob a égide do governo ditatorial de Getúlio Vargas, sem ter passado pelo processo legislativo democrático de criação de leis. Isso também uma emanção do positivismo que pregava a ditadura constitucionalista republicana.

Demonstra-se mais uma vez que o positivismo era aplicado sob prismas diferentes, conforme atendesse os interesses do grupo político hegemônico.

É justo retroagir ainda mais no tempo para lembrar que esse tratamento dispensado pelos legisladores e corroborado por doutrinadores do quilate de Nelson Hungria, remonta às primeiras interações dos indígenas com organizações sociais não indígenas, com foi o caso da igreja católica nas missões dos jesuítas que consideravam os indígenas, mais especificamente os Guaranis, com os quais estabeleceram maior contato, como infantis e incapazes de conduzir suas vidas pelos padrões alienígenas de caráter cristão-ocidental impostos sob a batuta da humanização de selvagens a serem salvos pelo processo civilizatório integrador deles ao modelo jurídico positivista europeu, ou seja, a população Guarani sofreu um verdadeiro atentado à sua cultura, por ser diferente, especialmente em sua manifestação jurídica, à cultura europeia (WOLKMER, 2008).

Na causa indígena a condução positivista que prevaleceu não foi a dos ortodoxos, mas a dos detentores do poder, isso porque, o positivismo puro tinha uma visão diferente sobre este tema, como nos traz Bosi (2004, p.28):

A defesa dos indígenas também foi tomada a peito pelo Apostolado. No anteprojeto de Constituição que Miguel Lemos ofereceu ao Governo republicano, as terras dos nativos deveriam pertencer a uma nação ao mesmo tempo incluída no território nacional e dotada de estatuto próprio e independente, um outro Brasil. É conhecida a íntima conexão de Rondon com a Igreja Positivista à qual se manteve sempre fiel, e que o inspirou no seu trabalho junto ao Serviço de Proteção ao Índio.

Necessário destacar da citação supra: “uma nação ao mesmo tempo incluída no território nacional e dotada de estatuto próprio e independente, um outro Brasil”. Vários outros “Brasis” de fato existe existentes, apesar de ainda não os enxergarem o Estado brasileiro. Linguagens diferentes, culturas diferentes, éticas e morais diferentes, regidas por um único estatuto (ordenamento legal) positivado em leis escritas que não admitem a coexistência de um sistema jurídico baseado nos usos e costumes (Direito Consuetudinário), e assim se impõe pela força da espada como nos lembra o ícone da representação da justiça: cega e armada.

Em obra emblemática tratando do fenômeno da globalização, intitulado “Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal”, o Professor Milton Santos (2003, p.43) cunhou uma questão bastante pertinente: “Como resolver questão de dentro de um mesmo país, quando o passado não

ofereceu como herança conjunta a existência de culturas particulares solidamente estabelecidas, junto a uma vontade política regional já exercida como poder?” Apontando um caminho de resposta Professor Santos (2003) enxerga uma resistência das parcelas minoritárias ao poder hegemônico a partir de suas comunidades, de seus locais, inserindo-se pro-ativamente numa globalização tendente à homogeneização da cultural.

É improvável pensar em desenvolvimento local, se a base da existência da comunidade, a identidade entre seus membros, é oprimida pela cultura dominante com o uso do poderoso arsenal do qual dispõe o direito positivo quando utilizado numa via única.

Considere-se ainda que o sistema positivado tem instrumentos para a receptividade dos usos e costumes como fonte irmanada à lei, e ainda, que esse mesmo ordenamento jurídico pode positivar a coexistência com o consuetudinário pela constitucionalização do respeito a ele, especialmente em sua faceta indígena, onde as comunidades são mais bem demarcáveis sociologicamente.

3.2 Direito Consuetudinário

O forte positivismo do sistema jurídico brasileiro chega a ser relacionado por Arruda Júnior (2006), como uma causa chamada por ele de ineficiência da justiça brasileira. Esse positivismo exacerbado também é tratado como monismo jurídico, por considerar como única a fonte do direito, qual seja a lei, e também única sua fonte emanadora, qual seja, o Estado. O contrário do monismo é o pluralismo jurídico, que admite a juridicidade como expressão cultural e por isso tão diversa em sua fonte e órgão emanador, quanto diversas são as culturas inseridas em um mesmo território (RIBEIRO, 2014).

A diferença entre o pluralismo e o monismo foi identificada por Souza Filho (1998) no território brasileiro ao relacionar a distância coletivismo e individualismo, como o divórcio do Direito Consuetudinário indígena com o Direito Positivista estatal.

Fica claro que o monismo positivista fortemente incrustado no sistema jurídico brasileiro, não responde à demanda por justiça, tomada esta a partir dos

referenciais culturais locais de cada comunidade. O que é justo aqui pode não ser ali. O maniqueísmo entre a definição abstrata nas leis escritas e a conduta dos indivíduos considerada desviante para a cultura dominante pode se divorciar drasticamente do sentimento de justiça que deveria imperar no seio de cada comunidade.

O Direito Consuetudinário se consubstancia num ambiente pluralista, pois parte do pressuposto de repetição de costumes por um grupo social por “longuíssimo tempo”, termo cunhado pelo Advogado Thomas Marky (2007), fundado em constância e universalidade, mas de âmbito local. Inalcançável a prática consuetudinária se não for observada nos limites culturais de identidade de comunidade, o contrário disso seria a imposição de uma cultura sobre a outra. Elementos de definição como “repetição de costumes”, “longo tempo”, “constância” e “universalidade” (considerando universal a totalidade dos membros de uma comunidade), somente fazem sentido se houver uma comunhão cultural. Disso podemos afirmar que a extensão do território brasileiro e principalmente a incomensurável diversidade cultural nele inserida, não permite um Direito Consuetudinário nacional, como pode ocorrer com o direito positivado.

Para o Positivismo Jurídico, se um deputado federal do Rio Grande do Sul elabora uma lei e sendo ela aprovada no Congresso Nacional, um cidadão morador no Sergipe está obrigado a seguir a regra positivada. Desconsidera-se em absoluto o fato de, provavelmente, um gaúcho da fronteira com o Uruguai não conseguiria explicar para um morador do agreste sergipano o conteúdo material daquela mesma norma, tanto quanto, esse mesmo gaúcho não entenderia a explicação das razões do sergipano para repudiar a tal lei, mesmo sendo ambos considerados indivíduos de cultura brasileira, mesmo porque, falam a mesma língua. Toma-se como exemplo a comunicação entre um sergipano e um gaúcho, sem que essa distância cultural, provavelmente, seja a maior existente em nosso território. A adoção territorialmente uniforme de uma lei é condição para a unidade de um Estado Democrático de Direito, restando então ao Poder Judiciário, levar em conta as distintas realidades locais para a aplicação dessa lei, para tanto, sendo imprescindível um certo grau de flexibilidade, conceito este basilar do pós-positivismo que releva os princípios e métodos interpretativos a patamares iguais e até superiores às leis.

Partindo do conceito de Markey (2007) para Direito Consuetudinário acima exposto, indissociável sua formação do acervo, ou como prefere o advogado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Oswaldo Ruiz Chiriboga (2006), do patrimônio cultural de uma determinada comunidade a partir da transmissão dessa cultura que leva à identidade e continuidade de um grupo. Ainda segundo esse autor, o patrimônio cultural se subdivide em tangível e intangível, estando neste o Direito Consuetudinário. Chiriboga (2006) defende o direito à identidade cultural, como forma de preservação e respeito da diversidade cultural, repudiando levar qualquer comunidade a assimilar uma cultura com a qual não se identifique.

O Direito Consuetudinário para ser respeitado clama por reconhecimento de sua validade pelo sistema jurídico vigente em um território, isso porque sua aceitação e consequente aplicação, prescinde de uma fonte formal, no caso, um poder legislativo e seus respectivos legisladores, ou seja, subverte frontalmente a organização de Estado presente nas constituições dos estados nacionais contemporâneos. Schmitt (2007, p.17) refere-se a ele asseverando que pode “ser cancelado e impedido por meio de um simples traço saído da pena do legislador”.

A metáfora usada por Schmitt é reveladora das origens do Direito Consuetudinário. O apego e a obediência às regras de convívio fundadas nos usos e costumes é, justamente, anterior à escrita, quando as normas de caráter moral e/ou sagrado, eram emanadas de autoridades investidas de poder divino, sacerdotes na maioria das comunidades/sociedades antigas. A partir do momento em que a escrita se desenvolve a ponto de ser o meio de registro histórico e cotidiano, passa a ser também um formato adequado para a secularização das regras de conduta, especialmente com o enfraquecimento do poder absolutista monárquico fundado na legitimidade divina conferida pela igreja. Mesmo com o advento da escrita, foi com a evolução da sociedade romana que o direito passou a se distinguir da moral e da religião, passando a ser uma expressão cultural com estruturação própria suficiente para ser encarado sob a ótica científica, como objeto de estudo sociológico (COLAÇO, 2008).

Em grande medida pode haver confusão entre o Direito Consuetudinário, o jusnaturalismo e *common law*. Cumpre destacar que o jusnaturalismo, ou direito natural não é propriamente uma figura jurídica distinta do direito positivo. A tensão entre ambos está na fonte filosófica de suas teorias, sendo

o jusnaturalismo a decorrência de uma moral/ética inerente ao “natural” estado de “ser humano”, repudiando a legislação que floresce de manifestações coadunadas a interesses de aristocracias, como se rotula o positivismo, pois este se estabelece fora do natural, sendo legal por excelência, mesmo quando não observa a moralidade média ou razoável, ou seja, se é uma produção da organização social por meio de pessoas investidas do poder de legislar, pouco importa se é moral. Contudo, a forma em que ambos se apresentam é idêntica, ou seja, a dicotomia é sobre o fundamento filosófico e não sobre o método científico (FREITAS, 2014).

De outro lado, para a *common law*, inglesa por excelência, mas utilizada em outros países, a fonte principal do direito é a jurisprudência e não a lei, assim, uma decisão nos tribunais superiores torna-se a referência obrigatória para futuros casos idênticos, sendo portanto, tão compulsória quanto as leis, a distinção então está no órgão emanador do direito: legislativo no Direito Positivista e judiciário na *common law*. Se é jusnaturalista ou positivista quanto ao fundamento filosófico, não vem ao caso para a *common law*, qualquer que seja sua base filosófica, a diferença estará no método científico para imposição à sociedade.

O Direito Consuetudinário tem evidente fundamento filosófico jusnaturalista, mas não necessita de qualquer formalidade para sua aplicação e, por ser mutável ao sabor das práticas sociais com repetição, adequação e aceitação, independe também de um órgão emanador, como no caso da *common law*. E mais: o Direito Consuetudinário pode perfeitamente coexistir com outras fontes e métodos jurídicos, desde que estas outras o aceitem e respeitem. Bastaria o direito positivo perquirir se a imposição da lei é necessária e adequada ao fim que se propõe, qual seja, alcançar a paz social por meio da justiça. Se uma comunidade está pacificada mesmo com a existência (ou persistência) de um fato ou uma conduta desviante, se não existe ali um sentimento de injustiça, qual seria a necessidade da aplicação cega e onipotente da lei?

O Direito Positivo, alicerçado no individualismo surgido na modernidade como expressão do racionalismo e do liberalismo, precisa ser flexível e dinâmico. De seu lado, o Direito Consuetudinário, indígena ou não, é estável, pois, como bem nota Souza Filho (1998), nasce do consenso social, não conhece instância de modificação formal, modifica-se na própria prática do dia-a-dia, reiterada durante um longo período de tempo para poder se legitimar, caso contrário, estaria sujeito à discricionariedade das lideranças que se revezam nas comunidades, seria

conduzido ao bel sabor da casuística para anteder os interesses momentâneos. Só podemos chamar, ou legitimar, uma regra de Direito Consuetudinário a partir de sua ampla aceitação durante muito tempo, assim os membros das comunidades desse modo regradas não tratam eventuais contrariedades aos pactos sociais com contundência, mas com novas práticas, que podem evoluir para uma mudança de regras, caso sejam, como insistimos, amplamente recebidas e longamente praticadas.

Eis a mais verdadeira acepção de Direito Consuetudinário, a qual, ratifica-se, não se confunde com a *common law* inglesa, em verdade, um método jurídico o qual, tanto quanto o Direito Positivo, é base para uma sociedade na qual a prática de mercado é o liberalismo, maculando a pureza dos usos e costumes, por precisar atender à flexibilidade jurídica exigida pela economia de mercado.

É de Almiros Martins Machado (2007), advogado, índio Guarani/Terena, a seguinte frase: “o Direito Positivo na concepção dos povos indígenas, é como um rio seco, sem vida, sem importância, que não foi construído a partir da necessidade da comunidade”. Machado (2007) disse isso ao relatar a intervenção do Ministério Público Federal na escolha de lideranças políticas e religiosas das aldeias Jaguapirú e Bororo localizadas na reserva indígena de Dourados/MS, ao não reconhecer a indicação da comunidade, seguindo-se a substituição do “capitão” por caciques impostos pelo poder público. O resultado foi desastroso: com a falta de legitimidade de ambas as lideranças, sérios conflitos levaram à queima de casas de rezas e à expulsão de famílias inteiras da comunidade, que como já vimos é uma punição bastante severa. “Tornou-se terra sem lei” enfatiza Machado (2007).

A forma de escolha de lideranças também está arraigada à cultura de cada comunidade a partir dos usos e costumes daquelas localidades, transmitidos de forma oral pelos anciãos da aldeia. Se fosse a escolha de lideranças políticas numa sociedade não indígena, certamente se apelaria às leis que preveem o sistema democrático como o valor universal a ser respeitado neste caso. O ocorrido, podendo ser lido como um conflito cultural, em verdade tratou-se de um conflito entre sistemas jurídicos. Geertz (1989) considera difícil traçar uma linha entre o natural, universal e constante no homem e o convencional, local e variável. Para ele “*trazar semejante línea es falsear la situación humana o por lo menos representarla*

seriamente mal”. Sob o aspecto da cultura jurídica as nações indígenas estão em uma situação humana falseada ou seriamente mal representada.

Vale ainda registrar que nada pode ser mais antidemocrático do que impor a democracia como forma de promover justiça, quando a justiça não está afetada pela ausência do formato democrático. Essa visão é contaminada pela arrogância do Direito Positivo. Caetano (2007, p.49) observa:

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

Ao relatar a experiência vivida por seu povo, Potyra Tê Tupinambá (2011, p.47) expressa, com plena legitimidade empírica, o positivismo e o Direito Consuetudinário em conflito no território brasileiro:

Na realidade, nós povos indígenas, sempre tivemos – e temos – nossa própria organização e nossa própria forma de lidar com as situações do dia-a-dia. O domínio que sofremos não foi apenas territorial, cultural e organizacional. Para sobreviver, tivemos que absorver a cultura do não índio e muitas vezes negar nosso próprio patrimônio cultural. Impuseram-nos um modo de vida, uma nova cultura e uma nova lei. As nações indígenas sempre tiveram suas próprias formas de resolver situações conflitantes, mas tivemos que absorver as leis dos não índios. O Brasil se formou como um Estado de Direito, um direito imposto a nós indígenas, legítimos donos deste território. Hoje vivemos em um mundo onde temos que nos enquadrar a uma realidade e normas que não fomos nós que criamos. As leis são inventadas pelos não índios. Existe uma grande quantidade de leis que tratam dos interesses indígenas, mas tais leis foram feitas pelos não índios, esquecem eles que as comunidades indígenas sempre tiveram – e temos ainda – nossos regimentos locais, nossas normas de conduta. Quando um indígena cometia algo que prejudicasse a sua comunidade ou algum parente, as lideranças locais sabiam como resolver o conflito. Cada povo tinha suas próprias regras. Fomos obrigados a nos adequar primeiro às regras da Igreja com todos os seus pecados e punições, depois vieram as leis da coroa, depois, da República, e ainda hoje continuamos a nos adequar, a transformar nosso patrimônio cultural tradicional para poder sobreviver nessa Terra hoje chamada Brasil, nossa Terra Tradicional”.

As relações interpessoais no seio das comunidades indígenas, margeadas pela cultura expressa em manifestações artísticas e religiosas, que implicam nas mais variadas formas de solução de conflitos internos são a mais rica, pura e legítima expressão de relações jurídicas fundadas no Direito Consuetudinário. A falta de previsibilidade de respeito ao Direito Consuetudinário indígena é uma sequela a macular nosso ordenamento jurídico, muitas vezes desviando-o do seu único e final objetivo, qual seja, a construção da justiça como elemento para a paz social. O Direito Consuetudinário, por não ter uma única e determinada fonte geradora, possui uma insuperável resiliência, mesmo quando é atacado com força, com uso de violência, inclusive em ambientes democráticos; ao passo que o Direito Positivo por deixar expostos seus arrimos pode facilmente ser atingido tanto por regimes de exceção, quanto pela prevalência de interesses privados a viciar a produção legislativa. O fato é que vivemos no Brasil em pleno conflito de sistemas jurídicos.

4. ESTRUTURAS JURÍDICO-POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA: CONFLITOS

Os doutrinadores das ciências jurídicas que se enveredam pela história do direito no Brasil, costumam partir da premissa de um direito pré-colombiano, expondo o etnocentrismo ao considerar a instituição de Estado no território brasileiro como o marco final de existência de grupos nativos com características culturais, e bem assim jurídicas, próprias, formadoras de nações.

O jurista José Henrique Pierangelli (1980), tratando do período colonial brasileiro, afirma que, por serem primárias, as regras penais indígenas jamais influíram em nossa legislação. Considera então esse autor, serem as Ordenações Filipinas como legislação em vigor no Brasil naquele período, uma norma avançada, apesar, por exemplo, de punir com a morte, o cristão que tiver “ajuntamento carnal” com moura ou outra “infiel”.

Sendo assim, é notável a dificuldade em estabelecer pontos de conflito quando os registros históricos não contemplam as relações sociais indígenas na condição de relações jurídicas, então, resta extrair dos relatos de relações sociais para daí extrair a visão jurídica das mesmas e compará-las com o positivismo do momento histórico observado. Neste diapasão, Fernando Antonio de Carvalho Dantas (2004), pesquisador de direito nas relações sociais, usa o termo “invizibilizada” para se referir à diversidade sociocultural e étnica subjugada à homogeneização social e cultural de grupos dominantes, mesmo minoritários mas, muitas vezes, literalmente bem armados, fazendo da violência um elemento do processo opressor. Foi o ocorrido, por exemplo, dentro das missões jesuíticas como narra Colaço (2008. p.345):

Nas reduções foram introduzidas como padrões normativos a pena de prisão e o castigo, este em forma de dor física e vergonha pública, também utilizado como expiação dos pecados. Através do sistema de disciplina, coação, controle, fiscalização, confissões para se livrarem do pecado, delações e do cerceamento da liberdade individual, pode-se observar que os Guarani “obedeceram” ao direito missionário, mais pelo temor de uma sanção moral ou física do que propriamente pelo entendimento daqueles povos nos valores e assimilação consciente daquelas normas.

O impacto do uso da violência como forma de sanção ao descumprimento de regras de convívio era estranho aos indígenas que se relacionavam com as missões, como constatou o Jesuíta Fernão Cardim (1925) nos primeiros anos do século XVII, ao perceber, durante todo o tempo de convívio com indígenas, não haver entre eles qualquer espécie de castigo para os filhos. Cardim jamais viu um pai ou uma mãe indígena bater ou sequer encostar num filho com o fim de correção, educação, repreensão ou outra prática similar. Também Moreau (2003), revisitando cartas do Padre José de Anchieta descritivas dos hábitos dos indígenas no início da colonização portuguesa, nos traz à luz o fato do Padre jamais ter presenciado agressões físicas às mulheres, qualquer que fosse a relação entre eles.

4.1 Arcabouço normativo positivado

O ordenamento jurídico brasileiro positivado contempla em vários momentos a questão indígena sem, contudo, admitir explicitamente a coexistência do Direito Consuetudinário indígena, ou de qualquer outra origem. Apesar disso, os usos e costumes são, reconhecidamente, fonte do direito no sistema positivado.

A atual Constituição Brasileira, de 1988, traz o Título X sobre a “Ordem Social”, onde se insere o Capítulo VIII que trata “Dos Índios” em dois artigos, dos quais o artigo 231 expressamente aduz:

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

Seguem-se ao artigo 231, sete parágrafos e o artigo 232 a fechar o capítulo “Dos Índios”. Todos os sete parágrafos do artigo 231 tratam da questão da terra indígena e o artigo 232 oferece representação e proteção judicial aos indígenas. Portanto, a Constituição Brasileira não adota explicitamente o Direito Consuetudinário indígena, de forma que, qualquer decisão de natureza jurídica, de solução de conflitos de direitos, originada em comunidades indígenas, não goza de segurança jurídica e mesmo quando o Direito Consuetudinário é reconhecido, isso somente é possível dentro de um processo judicial, de todos os lados cercado por formalismos estabelecidos em leis positivistas. No Caso Basílio (indígena), que

adiante será mais amplamente tratado, foram nada menos de 14 anos entre a aplicação da pena pela comunidade indígena e a absolvição pelo Tribunal do Júri, o qual até o instante final de manifestar a sua decisão (veredicto), poderia ter tranquilamente ignorado a solução do conflito e a paz social atingida, impondo a prisão por força do disposto no Código Penal Brasileiro.

A mesma Constituição Federal de 1988 cria os demais formatos de regras jurídicas a coexistirem no sistema jurídico brasileiro, como a lei, o regulamento, o decreto etc. Este último, o decreto, é o formato usado para a adequação normativa ao sistema nacional, dos tratados e pactos internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Ou seja, um decreto pode dar validade interna a um tratado internacional do qual o Brasil participe.

Em Junho de 2002, o Congresso Nacional ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Convenção Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, aprovada com a edição do Decreto Legislativo 143 de 2002, sobrevivendo o Decreto 5.051, de 2004, dando assim validade interna à convenção, com natureza jurídica de tratado, como norma protetora de direitos humanos de alcance específico e aplicação imediata, conforme leciona o constitucionalista Alexandre de Moraes (2004). A OIT 169 determina explicitamente que a aplicação de leis nacionais, **deverá considerar o Direito Consuetudinário indígena**, inclusive quanto aos castigos determinados pela comunidade por atitudes ofensivas às regras internas, preferindo o poder judiciário local, na aplicação de penas, aquelas restritivas de direitos (como o trabalho em hospitais e creches) no lugar das privativas de liberdade (prisão), caso seja necessária a intervenção não-indígena para garantir a paz dentro da comunidade. Eis a redação da OIT169 no que diz respeito ao Direito Consuetudinário:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu Direito Consuetudinário.

[...]

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.
2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

A princípio, poderíamos pensar tenha sido resolvida a questão, contudo, os decretos, como estes que dão validade interna para a OIT 169, estão postos na hierarquia das regras positivistas, abaixo das leis, em outras palavras, as leis prevalecem sobre os decretos. A partir deste raciocínio, o fato do Brasil ser signatário de tratados e convenções internacionais, não se reveste do real valor pretendido pela comunidade internacional, pois o formato interno dos tratados, pactos e convenções, é incipiente.

Para resolver esse dilema, que fragiliza o Brasil na comunidade internacional, o Poder Legislativo brasileiro, usando do Poder Constituinte Derivado de reforma constitucional, fez incluir o parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Artigo 5º - [...]

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

As emendas constitucionais são regras inseridas no corpo constitucional após sua promulgação, atualizando o texto original, para dar dinâmica a uma norma (Constituição) com pretensão de perenidade. Assim a situação está resolvida, afinal, se a OIT 169 versa sobre respeito ao Direito Consuetudinário e se foi recepcionada por meio de decreto e ainda, se este decreto tem *status* de emenda constitucional, então o Direito Consuetudinário está contemplado no sistema positivado brasileiro. Esse raciocínio estaria certo não fosse uma questão cronológica: os decretos que trazem a OIT 169 para o ordenamento brasileiro são anteriores (2002 e Abril de 2004) à inclusão do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal, ocorrida em 30 de Dezembro de 2004. Então, ao invés de resolver o dilema quanto à OIT 169, a reforma constitucional somente fez criar mais uma celeuma.

Afinal, o Direito Consuetudinário, como fonte de solução de conflitos internos em comunidades indígenas, está ou não contemplado na Constituição Federal brasileira? Mesmo considerando ser materialmente o Direito Consuetudinário indígena uma regra constitucional e apesar de haver controvérsia formalista, de fato não se vislumbra vontade político/jurídica para ser o consuetudinário, como expressão cultural de comunidades indígenas, efetivado no território nacional, pois tal efetivação atenderia grupos populacionais desprovidos de representatividade política significativa. Mesmo quando se trata da questão indígena com amplitude de debate, em geral a energia é focada na discussão sobre a questão da terra indígena, sem dúvida de grande relevância, deixando de lado ou relegando a uma mera consequência do problema da terra, a discussão sobre o desenvolvimento local das comunidades indígenas no que diz respeito à dimensão jurídica de suas manifestações culturais.

A discussão sobre constitucionalidade aflige também um único e isolado artigo de lei, pouco utilizado pelos julgadores pátrios, que contempla um lampejo de Direito Consuetudinário em nosso ordenamento. Trata-se do Artigo 57 da Lei n. 6.001 de 19 de Dezembro de 1973, conhecida como “Estatuto do Índio”, onde está prevista a tolerância dos operadores do direito para “a aplicação, pelos grupos tribais de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

A princípio parece resolvida qualquer dúvida em torno do Direito Consuetudinário indígena. Contudo, longe está de ser pacificada a questão por conta deste dispositivo. De um lado, tratando-se de uma lei e não de uma norma constitucional, gera interpretações diversas como a ainda vigente visão de que o Estatuto do Índio somente se aplica aos indígenas “não-aculturados” ou “não-integrados”.

Tal confusão é provocada pelo próprio Estatuto do Índio, onde, no artigo exatamente anterior (Lei n. 6.001/73, artigo 56), está estabelecido que “no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”. Porém, em sentido diverso o Ministro Sebastião Reis Júnior do STJ em decisão no Habeas Corpus 263987 de 25 de Novembro de 2014, afirma ser limitada a aplicação do parágrafo único do Art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio) “aos indígenas

em fase de aculturação”. De sua vez o Ministro José Arnaldo da Fonseca julgando o *Habeas Corpus* 2000/0002143-1 em 22 de Agosto de 2000, já afirmava: “O art. 56, da Lei nº 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos”. Estas não são decisões isoladas, ao contrário, refletem o entendimento pacificado nos tribunais, que mostra dificuldade de aceitação da ideia de convivência pluriétnica que seria possível com uma simples interpretação mais adequada do Estatuto do Índio.

Além da aplicabilidade a casos concretos, os artigos 56 e 57 do Estatuto do Índio são controversos quanto a recepção pela Constituição Federal de 1988, pois se trata-se de uma lei de 1973 frente a uma nova ordem jurídica inaugurada a cada Constituição. Diante disso, a solução do direito é, de um lado, no sentido de revogar as leis conflitantes com a nova Constituição e de outro, de recepcionar as leis não conflitantes, ou seja, estas mantêm pleno vigor. Quanto aos artigos destacados (56 e 57) há os que entendem pela permanência de seus efeitos de excepcionalidades, mas também há juristas defendendo a revogação dos mesmos. Em outras palavras: a dúvida sobre a validade ou não de uma lei anterior à Constituição, resta resolvida pelo instituto jurídico conhecido como “recepção”, segundo o qual, as leis anteriores a uma nova Constituição, não perdem validade a não ser que contrariem o novo ordenamento. O ponto de questionamento mal resolvido desde 1988, ano de concepção da atual Constituição Federal brasileira, até os dias de hoje, reside na recepção ou não, especificamente, dos artigos 56 e 57 do Estatuto do Índio, de resto, recepcionado.

Há ainda a limitação imposta no artigo 57 quanto a punições cruéis, infamantes, além da pena de morte. Eis a imposição de uma cultura sobre a outra: os conceitos de crueldade e infâmia para os não-indígenas, são idênticos para os indígenas? A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVII proíbe expressamente as penas de trabalhos forçados e banimento no Brasil, porém, justamente estas são duas das penas mais comuns entre os indígenas. Com este conflito, o artigo 57 do Estatuto do Índio, que poderia parecer um ponto de equidade ao Positivismo Jurídico nacional, acaba por se tornar letra morta. Simula um respeito inexistente.

E ainda: os artigos 56 e 57 da Lei n. 6.001/73 referem-se exclusivamente à questão penal, ainda assim, pelo viés da punição, sem contemplar a possibilidade de não punir caso a conduta narrada como crime pela legislação

penal brasileira, não seja ofensiva a determinada comunidade indígena. Sem dúvida este é o ponto de mais visível conflito, mas evidentemente não é o único existente entre o Direito Positivo e o Consuetudinário indígena, como é o caso do casamento, da herança, da propriedade, da organização social, dos sistemas de trabalho etc.

De tudo, resta que o atual Estatuto do Índio... bem, como já se viu, chamar o Estatuto do Índio de “atual” é quase uma ironia. Essa lei remonta aos idos tempos da Ditadura Militar, um regime de exceção o qual, como qualquer outro, é opressor da participação de qualquer espécie de organização social nas políticas públicas de Estado, muito menos na qualidade de fonte determinadora de desígnios próprios, tanto mais dos grupos indígenas que se arvoram a nações com identidades próprias.

Haveria de se esperar, portanto, fosse a Lei n. 6.001/73 revisada ou até revogada com a promulgação da chamada Constituição Cidadã de 1988, para dar lugar a uma nova regulamentação, mais adequada à nova realidade democrática brasileira e mesmo à evolução da política indigenista, atualmente repulsiva das ideias expostas no ainda vigente Estatuto do Índio, cujo primeiro artigo aponta sua vocação política no sentido de, aos povos indígenas “preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à cultura nacional” (PACHECO; PRADO; KADWÉU, 2011). Uma lei tão arcaica e obsoleta somente produz distorções no seio da sociedade e na própria organização estatal que a mantém inalterada, podendo servir de base para decisões descompassadas da realidade histórico/social da atual visão da questão indígena no Brasil e no Mundo.

4.2 Valores consuetudinários indígenas

É hercúlea a tarefa de encontrar regramentos de natureza jurídica, mesmo que travestidos de rituais sagrados e manifestações artísticas, comuns entre os indígenas brasileiros, dada à riquíssima diversidade de suas culturas. Semelhanças existem, mas não pedem uma análise comparativa, posto consuetudinárias e, portanto, emanações de identidades culturais que justamente distinguem os povos.

O jurista André Ramos Tavares (2003), citando lição de Norberto Bobbio, filósofo político italiano, ressalta que um ordenamento jurídico se torna um

sistema jurídico quando suas normas se relacionam com coerência entre si, contudo, isso não ocorre entre as diversas comunidades indígenas, que inclusive se expressam em várias línguas diferentes. Isso torna inconsistente e até inexato se referir a um “Direito Indígena” assemelhado a algo positivado, mesmo não formalizado. Não se afasta, contudo, a possibilidade de coincidências filosóficas e culturais perceptíveis nas relações jurídicas internas de cada grupo indígena, como é o caso de traços jurídico/culturais comuns entre os Guaranis, sejam eles Mbyas, Kaiowás ou Nhandevas, cuja base é a **supremacia dos interesses coletivos**, disso decorrendo a **responsabilidade coletiva, a solidariedade e a reciprocidade** (COLAÇO 2005).

“Jurídico/culturais”, significa serem tais características compartilhadas por outros setores da sociedade indígena, mesmo porque a força da homogeneidade de um grupo transcende o sectarismo imposto corriqueiramente pelo não-indígena às ciências sociais, as quais no nosso modelo de sociedade são ditadas pelos setores dominantes, tornando-se assim evidentemente parciais, como já observava Vladímir Ilitch Uliânov, conhecido na história como Lênin (1979). No mesmo sentido, Nelson Jahr Garcia (2005) afirma que a sociedade organiza-se a partir de uma síntese entre os vários setores representantes de interesses diversos, sejam eles de cunho político, econômico e cultural, e que tais interesses são incorporados à jurisdicionalização da sociedade, por intermédio de uma constituição, por exemplo, na proporção da força dos diferentes grupos no bojo da sociedade. Assim, naturalmente impõem a predominância de suas concepções e valores, determinando o rumo das regras de regulação da sociedade. A partir do estabelecimento de um grupo dominante, a existência de outras forças sociais pode representar uma ameaça à sua predominância, daí precisarem ser neutralizados, quando não eliminados.

A proposta do Direito Positivista brasileiro - instrumentalizado aos interesses das classes (cultura) dominantes - admitir a coexistência do Direito Consuetudinário indígena, para além de ser uma fragilização do sistema, ou de gerar uma insegurança jurídica, trata-se de reposicionar o direito, libertando-o da batuta de uma política social conservadora e sectária, para então direcioná-lo à vocação de fonte de emancipação social, tornando-o meio de liberdade para estruturas sociais peculiares, como é o caso dos indígenas. Mesmo sem se referir

expressamente à questão indígena, esse entendimento é o cerne da obra do Professor Boaventura (SANTOS, 2003, p.9), para quem:

[...] para além do direito estatal – que tem algumas afinidades formais com o conceito liberal de direito do Ocidente – existe um vasto leque de estruturas normativas ancoradas em entidades e agenciamentos não estatais. Estas estruturas acham-se incrustadas em conjuntos de práticas sociais que, em rigor, não podem ser descritas como constituindo campos jurídicos, políticos, económicos ou religiosos, uma vez que parecem ser tudo isso ao mesmo tempo.

Neste sentido, olhando diretamente para o interior das comunidades indígenas é uníssono nas relações jurídicas indígenas, que o bem jurídico merecedor de maior proteção em regras de condutas com força para serem exigidas (coerção), é a coesão social, em detrimento a direitos individuais, de menor valor cultural do que a organicidade da sociedade.

As relações sociais (família, propriedade, sucessão, casamento e crime) entre os indígenas, ao contrário de exigirem os formalismos impostos pela força do Estado, são em verdade aceitas pelo grupo justamente por dele decorrerem e não de uma força alienígena, um ser fictício como é a organização estatal, como leciona Souza Filho (1998). Disso resultam relações conhecidas como jurídicas, sendo possível visualizar normas e sanções, formadoras dos alicerces de um ordenamento jurídico complexo não estatal, pois nações indígenas são sociedades sem Estado. Ainda Souza Filho(1998) observa uma situação decorrente dessa inteligência sobre relações jurídicas, ao enfatizar que, derivando da própria comunidade, as formalidades evidentemente confundíveis com ritos, são de absoluta legitimidade, não sobrando espaço para questionamentos, mas abertas a novos modelos os quais, ao se tornarem constantes e universais, podem aprimorar a experiência jurídica.

Entre povos do Alto Xingu, como os Kamaiurá, não há na esfera política uma concentração de poder e, mesmo se as mulheres são oficialmente excluídas das esferas decisivas, é notável que aqueles a quem incube as decisões não o fazem pelo viés individual, mas na condição de representantes de suas “casas” assim entendidas ao abrigarem indivíduos com alguma relação de parentesco agrupadas em torno deste representante/líder. Ainda entre os Kamaiurá, apesar de serem perceptíveis as diferenças de posicionamentos em esferas sociais, essas distinções são exercidas efetivamente em rituais, sejam eles religiosos,

funerários ou mesmo ligados aos âmbitos de decisões política, isso porque, no dia-a-dia da aldeia as eventuais diferenças são dissipadas por conta das relações pautadas na generosidade, notadamente quanto à distribuição de bens e alimentos (CURI, 2011).

Diante desse modelo de sociedade, o sistema jurídico brasileiro é visto como “bicho de sete cabeças” nas palavras de Gersem Luciano Baniwa, liderança indígena (BELTRÃO, 2007), pois sua comunidade, como de resto em comunidades indígenas, as decisões sobre relações jurídicas são coletivas, conferindo legitimidade e efeito prático às regras, podendo assim prescindir de punições (castigos como chamam os indígenas), ficando no campo retributivo, ou seja, compensar o mal feito. Ainda segundo Gersem, os indígenas temem tanto os tribunais quanto o inferno.

Retributiva é a sanção não punitiva, mas restauradora do estado das coisas como elas estavam antes da conduta considerada errada. Entre os Guaranis, por exemplo, não se pune somente por punir, tampouco o castigo pretende regenerar, reeducar ou ressocializar. A repreensão pelo descumprimento de regras de convívio tem natureza desencorajadora (COLAÇO 2005).

As sanções punitivas aplicadas nos casos de ilícitos penais (crimes) muito comuns no Direito Positivista de qualquer país, seja ela prisão (privação de liberdade) ou penas alternativas, como trabalhos comunitários forçados e o famoso pagamento de cesta básica, ignoram totalmente a vítima. O Estado pune o crime e resta à vítima, por si própria buscar eventual ressarcimento por dano patrimonial ou moral sofrido com a atitude criminosa.

Para o jurista alemão Winfried Hassemer (1982) as penas como o exílio de condenados e castigos corporais, as quais nomeia como “penas vitais”, compõem, entre outras, uma espécie de sanção (de força) livre de determinação de tempo para sua execução. A ideia de ressocialização surge justamente da prisão das pessoas em cadeias, que exige uma série de ritos processualísticos.

Vale nesse ponto destacar a coincidência do entendimento indígena de castigo, com a inteligência do Direito Romano no qual se considerava a obrigatoriedade da pessoa reparar seu erro (sanção retributiva) como a “lei perfeita” ao passo que a regra cuja força de aplicação se limitava à punição (castigo) da pessoa, era considerada “lei menos que perfeita” (MARKY, 2007).

O magistrado Helder Girão Barreto (2003) destaca que entre os Macuxi, da região leste do Estado de Roraima, os casos de homicídio são julgados por um conselho com autoridade legitimada em eleição pontual (casual) pela própria aldeia, que pode aplicar a pena máxima para o caso, qual seja, o banimento.

Curiosa semelhança com o sistema legal brasileiro onde os casos de homicídio também são julgados por um conselho de sentença, com a diferença no fato do conselho positivista brasileiro, conhecido como Tribunal do Júri, julgar vários casos, sempre envolvendo vítimas e réus desconhecidos dos jurados, a não ser por referências públicas. Em caso de punição, enquanto o banimento é a maior medida de sofrimento adotada como decorrência de seu valor cultural, o Tribunal do Júri tem como possibilidade a imposição de privação de liberdade por 30 anos.

Colaço (2005) percebe relações jurídicas possíveis de serem distinguidas em Direito Penal público e privado, tratando-se aquele, de ofensa a instituições coletivas, como a violação de regras religiosas ou covardia em combate, e este, de vingança privada em ofensas pessoais, não sendo necessariamente levada a efeito pelo ofendido, mas por qualquer do seu grupo, em razão do princípio da solidariedade.

Quando é necessário aplicar penas, as mais comuns são a expulsão, o ostracismo ou a morte (SOUZA FILHO, 1998). Tão arraigado é o conceito orgânico de grupo em contraposição à noção de indivíduo, que em aldeias guarani, segundo aponta a Professora Colaço (2005), a mais grave das penas não é morte, mas sim a expulsão ou banimento, seguido pelo duríssimo ostracismo coletivo. Entre os Kamaiurá do Alto Xingu, o banimento pode ser o destino daquele que comete a mais grave conduta desviante para a comunidade: a prática de feitiçaria, diferente da pajelança dos indígenas com funções sacerdotais (CURI, 2011).

Na Comarca de Bonfim, Estado de Roraima, o Juiz Aluizio Ferreira Vieira, em 03 de Setembro de 2013, julgando os autos da Ação Penal 0090.10.000302-0 (SEMER, 2014), movida contra o indígena Denilson Trindade Douglas, não aplicou a pena do Código Penal Brasileiro à conduta do réu indígena, mesmo se tratando de uma morte em condições mais graves, denominada homicídio qualificado (artigo 121, § 2º II do Código Penal), que poderia chegar a 30 anos de reclusão em um presídio de segurança máxima, por entender já ter sido Denilson condenado pela sua comunidade, trazendo ao caso a aplicação do artigo

57 da Lei n. 6.001/73, antes comentada, pois, em assembleia, sua própria aldeia impôs as seguintes sanções (conforme os autos da Ação Penal):

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

Necessário registrar que todas as condições foram aceitas tanto pela pessoa responsável pelo crime, quanto por sua comunidade e principalmente pela aldeia Wai Wai, local de origem da vítima do homicídio, ou seja, a sociedade estava pacificada com aquele formato de justiça e este é o fim último do direito. Contudo, o Juiz Aluizio não tem nenhum suporte constitucional para sua decisão, afinal, qualquer intérprete, seja um julgador ou um doutrinador, pode considerar presentes dentre os castigos impostos pela tribo, alguns dos proibidos pela Constituição Federal brasileira, quais sejam o banimento e o trabalho forçado, vindo assim, em grau de recurso a modificar a decisão do juiz, determinado a prisão da pessoa que cometeu o crime.

Entre os indígenas do baixo-Oiapoque, extremo norte do Estado do Amapá, as atitudes ofensivas aos costumes da tribo, são em geral punidas com o castigo conhecido como “faxina”, ou seja, a limpeza da roça da comunidade ou o desmatamento de novas áreas de plantio. Em situações consideradas mais graves, pode haver a prisão (qualquer forma de privação de liberdade), apesar de ter caráter mais moral do que físico, afinal seria fácil para o condenado fugir do local destinado ao cumprimento do seu castigo, mas ele não faz isso, pois pode advir a mais grave das penas: o banimento (WAGNER, 2013).

Os furtos raramente ocorrem, dada a coletivização dos bens. Basta a menção de desejo por determinado objeto para o mesmo ser graciosa e generosamente cedido, até pela segurança no princípio da reciprocidade, base também do respeito civil (COLAÇO, 2005). Seu Gino Kiriri (2011, p.40) dá uma bela lição sobre esse modo de se relacionar com o patrimônio material:

Meu filho! No tempo em que casei com sua mãe matei um boi e ainda tenho carne. Aí o filho chegou à sua casa e falou: Mulher, meu pai disse que desde que se casou matou um boi e ainda come dessa carne. Vamos matar um também? Aí mataram e comeram. Mas a carne acabou. Então ele foi na casa do pai e reclamou. O Pai explicou: meu filho, você não soube dividir. Eu matei um boi e dei para toda a vizinhança. E sempre tem alguém se lembrando de mim e trazendo um pedacinho de carne. Eu estou comendo a carne do boi, porque eu dei.

Crime patrimonial entre os indígenas é a avareza. Darcy Ribeiro (1995) relata a incompreensão pelos índios dos primeiros contatos com os portugueses, de porquê aqueles estranhos gostavam “mais de tomar e reter do que de dar, intercambiar”.

As ocorrências de subtração patrimonial (furto ou roubo) limitam-se a bens de valor moral, infungível (insubstituível), merecedores de censura, e a bens de inimigos ou estranhos. Contudo, se apoderar destes últimos não é considerado ofensivo, portanto incensuráveis. O criminalista José Henrique Pierangelli (1980) lembra que os colonizadores portugueses já notavam que se apossar de bens de estrangeiros mesmo na condição de hóspedes desconhecidos, era permitido.

Mesmo sendo nítido em inúmeras nações indígenas o desvalor cultural da propriedade individual para a distribuição e manuseio de bens, existem sistemas de trocas coletivos, pois as tribos possuem vocações diferentes quanto ao domínio de técnicas para a produção de determinados bens, como arcos e flechas, panelas, cintos, colares e outros adornos, cestos e esteiras e até de alimentos. Entre tais produtos existem aqueles de maior valor para a troca, devendo ser negociados por produtos do mesmo quilate (uma panela de cerâmica dos Waurá por um arco de madeira preta dos Kamaiurá). Havendo distintas habilidades para a produção de bens específicos, notadamente também há o domínio nas técnicas de manuseio desses bens, além de culturalmente se distinguirem aptidões inatas a atividades de interesse de outras tribos, resultando em trocas também relacionadas a serviços e não só a bens (CURI, 2011).

Já nos crimes contra a vida, como homicídio, a força da regra a ser imposta é a retribuição, cabendo o direito de vingança em caso de não haver compensação ou desta ser insuficiente. De outro lado, os pais têm direito de vida e morte sobre seus filhos sendo, por exemplo, comum os casos de pais matarem um dos filhos por deficiência e algumas etnias, quando nascem gêmeos, atitude absolutamente normal, pois esse tipo de concepção é considerado uma maledicência pelo grupo.

Vê-se que, mesmo no caso de descendentes diretos, mais vale o interesse coletivo, ditado muitas vezes por uma questão de sobrevivência.

4.3 - Direito Comparado

Ressalta-se ser modelo etnocêntrico há mais tempo repudiado no ordenamento jurídico de alguns países de predominância indígena na formação cultural, como é o caso do Paraguai, onde a atual Constituição, concebida em 1992, abre o capítulo sobre os povos indígenas com o artigo 62 reconhecendo a existência dos povos indígenas naquele território antes mesmo da organização do Estado paraguaio. Em seguida o artigo 63, sem meias palavras, admite explicitamente a coexistência dos sistemas jurídicos positivo e consuetudinário, assim dispendo:

Artículo 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA

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

Os indígenas habitantes do território paraguaio, têm garantido constitucionalmente o direito à voluntaria sujeição a suas normas consuetudinárias para a regulação da convivência interior, desde que não sejam ofendidos direitos fundamentais previstos na mesma constituição, e mesmo havendo conflito, o Direito Consuetudinário será considerado pelo Estado paraguaio.

No mesmo sentido, de respeito ao Direito Consuetudinário indígena, estão as Constituições da Venezuela (artigo 260) e da Colômbia (artigo 246), com redações praticamente idênticas. Para ilustrar compila-se o artigo 246 da Constituição da Colômbia:

Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Com pouca diferença de redação a Constituição do Equador vai no mesmo diapasão paraguaio, venezuelano e colombiano:

Sección segunda

Justicia indígena

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Por fim, não é de se estranhar ser o nível de proteção constitucional aos indígenas, incomparavelmente mais amplo na Bolívia do que em qualquer outro país do mundo, considerando seu atual momento político, daí ser difícil citar um único artigo, fato ilustrado com um trecho da exposição de motivos da *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* onde se lê:

La justicia del nuevo estado boliviano se sostiene en principios de pluralismo jurídico y la interculturalidad. [...] En otro hecho fundamental, es que se respeta la JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA como parte de la justicia boliviana, que se ejerce por SUS PROPIAS AUTORIDADES y tiene IGUAL JERARQUÍA que las otras jurisdicciones. Esta jurisdicción respeta la vida y los derechos establecidos en la Constitución Política del Estado plurinacional.

Como se vê, a Constituição boliviana é a mais incisiva no respeito ao Direito Consuetudinário indígena, ainda assim, como nos demais países citados, não se escapa de sua subsunção ao Direito Positivo, pois é unânime que a aplicação dos valores culturais jurídicos, ao fim, não podem conflitar com a Constituição, com os direitos humanos fundamentais internacionalmente reconhecidos.

A vida é o principal dos direitos humanos fundamentais e, bem assim, tem proteção constitucional. Partindo de um exemplo pontual (existem vários outros): a antropóloga Myriam Martins Álvares (1999) em seu trabalho de pesquisa sobre a Educação Indígena entre os Maxakali de Minas Gerais, relatou a punição da tribo com morte à menina acima de seis anos que entra no local sagrado, reservado ritualmente somente a homens. Eis o conflito estabelecido: os valores humanos e/ou as regras constitucionais são preestabelecidas levando-se em conta valores estranhos às comunidades indígenas, em Minas Gerais ou mesmo na Bolívia. Os xamãs Maxakali, ao seguirem uma regra consuetudinária tirando a vida de uma menina, pelo positivismo deveriam ser condenados por homicídio qualificado, com pena de 12 a 30 anos de reclusão.

A concretização do consuetudinário puro, soa como uma utopia. Na maioria dos países americanos a organização estatal e seu direito positivado negam a alteridade de sistemas jurídicos, postando-se, no dizer de Souza Filho (1998), como único e onipresente. O próprio Souza Filho aponta o Brasil como um paradoxo nessa concepção por abrigar uma grande variedade de nações indígenas, onde o direito é resultado de práticas culturais “aceitas e professoradas por todos”. Nesse ponto Souza Filho (1998) propõe um conceito diferente do direito como expressão cultural sendo objeto de rígida obediência, como acima mencionado, tratando agora de um direito para o qual as regras são “aceitas e professoradas”.

4.4 Conflitos entre o Positivismo Jurídico brasileiro e o Direito Consuetudinário indígena

Atualmente esse modo de ver, ou de não ver, o Direito ainda ecoa com muita força nos tribunais brasileiros que por vezes recusa a aplicação dos chamados “privilégios da condição indígena”, considerando o réu indígena como “aculturado”, para efeito de lhe ser aplicado ordenamento jurídico brasileiro positivado. Aplicação

esta, incontestável quando fora das relações internas, sob pena de, verdadeiramente, estabelecer parâmetros discriminatórios quanto aos brasileiros não-indígenas.

Ana Valéria Araújo (2006) afirma que o Poder Judiciário brasileiro até o advento da Constituição Federal de 1988, ocasionalmente tratava da questão indígena, e quando isso acontecia revelava-se desconhecimento sobre a causa.

O Poder Judiciário brasileiro tem produzido decisões claramente sinalizadoras do respeito pelo Direito Consuetudinário indígena, como é o caso do emblemático caso do índio Tuxaua Basílio Alves Salomão, que matou em 1986, o também indígena Valdenísio da Silva. Conforme descreve Barreto (2003), Basílio foi detido e julgado por sua própria comunidade, e condenado ao banimento do grupo social, permanecendo dentro do território de sua aldeia, não sem antes cavar a cova e enterrar Valdenísio. A pena de banimento já estava sendo cumprida há 14 anos quando no ano de 2000, Basílio foi julgado pela justiça brasileira na Ação Criminal nº 92.0001334-1, tramitada na Justiça Federal do Estado de Roraima. O juiz condutor do caso, considerou ser Basílio “um tanto quanto aculturado”, mas o suficiente para ser julgado. Como é um caso de crime contra a vida, o Juiz presidente do processo não julga o réu, mas sim, por meio de decisão chamada “pronúncia”, submeteu o mesmo ao julgamento dos jurados em uma sessão do Tribunal do Júri. No dia do julgamento o Promotor representante do Ministério Público Federal pediu a absolvição de Basílio por considerar ter ele sido suficientemente punido conforme o Direito Consuetudinário de sua comunidade. Os jurados por unanimidade absolveram Basílio, ao que tudo indica, ao arrepio da visão positivista do Juiz presidente da Ação Penal.

O “Caso Basílio”, como ficou amplamente conhecido, foi narrado por Helder Girão Barreto no livro “Direitos Indígenas – Vetores Constitucionais” de 2003, devidamente citado neste trabalho. Esse recorte é necessário, pois Helder Girão Barreto também é Juiz Federal em Roraima e, em 2014, conforme matéria da Revista Consultor Jurídico de 22 de Junho daquele mesmo ano, absolveu dois indígenas por furto contra uma médica da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) na cidade de Pacaraima. O Juiz/Doutrinador acatou o pedido do Ministério Público (responsável pela acusação no processo penal), no sentido de que a lei positivada brasileira deixasse de ser aplicada ao caso, em consideração à punição já imposta e efetivada pelo Tuxaua (chefe) da comunidade, para seus pares desviantes

capinarem em todo o entorno do posto de saúde onde os fatos ocorreram. Somou-se à pena consuetudinária, o fato do objeto furtado ter sido devolvido e ser de pequeno valor (bagatela no linguajar jurídico), aplicando-se o princípio da insignificância. Pela lei nacional, a essa conduta, quando é punida, aplicam-se penas alternativas à prisão. Então, para o Juiz Helder Girão Barreto aplicar a lei penal positivada implicaria em dupla punição aos indivíduos, contrariando o senso de justiça que é o escopo do direito.

Esses casos são significativos mas pontuais e talvez não por coincidência, oriundos de uma mesma fonte judiciária, por isso viraram notícia de âmbito nacional, ou seja, não se trata de uma consciência jurídica de cunho filosófico institucional. Sendo assim, não está afastada a debilidade do respeito ao Direito Consuetudinário indígena, fruto de uma visão assimilacionista arraigada desde a fase colonial brasileira, que dificulta a aceitação de alteridades, mesmo Ribeiro (1995) considerando fracassado do assimilacionismo, mas pela força da identificação étnica indígena e não por recalque do não-indígena.

Emblemático quanto ao conflito entre lei e cultura/costumes é o caso chamado pela mídia de infanticídio indígena. A própria denominação já vem carregada da carga positivista de uma conduta prescrita como crime, tratando-se especificamente da morte de um recém-nascido provocada pela mãe em estado puerperal, que é um fenômeno orgânico provocado por alterações hormonais que ocorrem logo após o parto. Diferente disso é a prática de várias etnias aborígenes brasileiras, para as quais o recém-nascido ainda não é um ser idêntico a seus pais, pois a humanidade se adquire a partir da convivência com os demais seres, ou seja, é um fenômeno social e não individual. Não se reconhece automaticamente uma relação de natureza consanguínea ou de parentesco, estas são adquiridas com a evolução das teias, das relações sociais que se sucederão ao nascimento, o qual não é visto como um fenômeno de abrupto início de um ser, mas sim como um continuísmo de algo espiritual, portanto, não tem a mesma relevância como momento, do que tem para o não-indígena, mesmo porque - enfatize-se - o espírito habitante daquele corpo ainda não foi a ele incorporado (HOLANDA, 2008).

Para os não-indígenas o nascimento é o marco inicial de humanidade. De sua vez, para os indígenas, o nascimento é um momento tão importante quanto é o início da fala possível de ser compreendida, o início do caminhar e do alimentar autônomo. Estes momentos são demonstrações inequívocas de que o ser nascido

de um membro da aldeia está recebendo o espírito para então ser tornar membro de uma coletividade. Quando estes momentos se mostram maduros é a hora do ser receber um nome, pois mostrou-se vivo para o coletivo. A individualidade do nascimento é de menos importância frente à integração social do ser (HOLANDA, 2008).

Quando a mãe não recebe o recém-nascido por entender, logo ao primeiro contato, que ele não apresenta condições de interação social não o apresenta à comunidade. Essa mãe indígena não vê aquele fato como uma morte, pois não houve nascimento, assim, sequer os ritos funerários são realizados, por ser uma prática reservada aos vivos, quais sejam, àqueles incorporados, não a um corpo individual, mas ao corpo coletivo.

Entre os Parakanãs, a mulher não levará à tribo o filho concebido sem distinção do pai. Entre os Tapirapés isso ocorre quando a mãe já ultrapassou o número de três filhos. Outras razões podem levar a mãe a descartar o neonato em tribos como os Araweté, Kadiwéu, Bororo, Asurini, Kamaiurá, Karajás etc. No mesmo sentido, a mulher Mehinakú ao parir gêmeos, optará pelo mais forte ou pelo menino. Já para os Tucanos o gêmeo criará enormes dificuldades para a mãe criar e ainda continuar com suas atividades inerentes ao contexto social. Holanda (2008, p.65) leciona:

Entre os ameríndios, o que chamei de “interditos de vida” pode ser originar de: 1. Prescrições sociais que impossibilitam a formação de determinadas pessoas – o que se torna elucidativo pela difundida morte de neonatos gêmeos ou com debilidades físico-motoras; 2. Deliberações coletivas sobre determinadas situações – como a necessidade de existência de pai legítimo e mãe para a plena vivência da criança e da família, para sua inserção numa rede de parentesco e; 3. Uma decisão individual - pela qual se avalia a viabilidade da criança viver ou não diante de circunstâncias específicas.

A mesma professora Holanda (2008, p.8), traz o depoimento, em audiência pública sobre o tema do chamado infanticídio indígena, da missionária Márcia Suzuki, falando sobre seu trabalho junto à etnia Zuruwahá localizada na bacia do rio Purus, sudoeste do Amazonas, diz: “Vamos para lá para ensinar aquilo que é ético, aquilo que é moral, aquilo que é bom [...]”.

É nítido o conflito entre culturas instalado dentro do território brasileiro, tanto quanto é nítido que a prevalência de uma sobre a outra resulta em distorções

ofensivas à inexorável alteridade humana, sendo ideal a coexistência dos dois sistemas, para o efeito específico de respeito à cultura indígena.

Retomando os casos dos julgamentos de Roraima, naquele caso específico, o judiciário entendeu ser a solução melhor na busca da justiça, o não atendimento à letra fria da lei, resultando serem as decisões citadas facilmente anuladas ou provavelmente sequer existissem se o positivismo se impusesse. Ambas as decisões contrariam a lei para fazer prevalecer o direito em sua multiplicidade de fontes. De fato, o mundo jurídico tem assistido ao enfraquecimento da lei como primado maior do direito, como fonte prevalente sobre todas as outras, subjugando-a aos princípios jurídicos, especialmente os princípios constitucionais, mas em geral, todos aqueles informadores dos vários ramos do direito. Em outras palavras, o direito como meio para se atingir a justiça está em franca evolução no sentido de aceitar os princípios como mais valiosos do que as leis. Essa afirmação, em que pese toda sua contundência, está longe de ser indicadora de um adernar ao consuetudinário. Insistimos: não se trata de substituir um sistema pelo outro, mas de buscar uma coexistência para permitir o respeito a práticas reiteradas de longuíssima duração e ampla aceitação, observáveis e possíveis de serem aceitas em comunidades indígenas, sem ser precedente a fundamentar anarquismo jurídico.

O fenômeno observável atualmente é chamado de pós-positivismo. As fontes do direito passam a se equilibrar melhor, mesmo isso implicando, como já dito, em determinado grau de mitigação da lei frente aos princípios jurídicos. A questão para o Direito Consuetudinário é que os usos e costumes como fonte, permanecem em posição subalterna se considerados isoladamente. Os usos e costumes, no mais das vezes, não são propriamente uma fonte do direito, mas sim, uma fonte de leis, daí o movimento ser conhecido como pós-positivismo e não como uma legítima aceitação do Direito Consuetudinário.

Inobstante os emblemáticos casos roraimenses, o judiciário brasileiro tem demonstrado dificuldade em lidar com as peculiaridades culturais das várias etnias indígenas brasileiras. Demonstra essa condição o trabalho realizado pelo Centro de Trabalho Indigenista - CTI em parceria com a Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, com apoio da Comunidade Europeia, intitulado “Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul”, uma ampla pesquisa realizada ente os Guarani e Kaiowá de Mato Grosso do Sul, tornando-se uma importante referência no trato da questão indígena em todo o Brasil.

Entre os dados resultantes da pesquisa, destacamos que em 99% dos casos com punição, não houve preferência pelo não encarceramento. Além disso, em somente 1% dos casos levou-se em conta as formas de punir da comunidade indígena. Também merece destaque a total ausência de perícia em 67% das ações penais contra indígenas e em somente 12% destas ações a perícia realizada foi antropológica.

Esse estudo somado às reiteradas decisões (recentes) ainda contaminadas pelos superados conceitos de integracionismo, aculturação e civilização, evidenciam a necessidade do judiciário brasileiro aprofundar a discussão sobre as relações jurídicas típicas das comunidades indígenas, para efetivar com maior eficácia sua função – de fazer justiça - quando se refere ao consuetudinário.

É de se reconhecer que a insistência em conceitos já superados, longe de ser uma recidiva exclusiva do judiciário, é um reflexo do processo histórico de evolução do direito brasileiro o qual, até a Constituição Federal de 1988, vinha se pautando pela premissa existente em várias outras sociedades com organização jurídico-formal a partir da Idade Moderna, segundo a qual a existência de multietnicidade em um dado território poderia ser elemento desagregador e/ou dificultador da organização de um Estado Nacional. Daí advém, de um lado, a resistência em reconhecer direitos às minorias como um todo e, de outro lado, como no caso indígena, de se adotar a equivocada política integracionista ou assimilacionista, segundo lição de Manuela Carneiro da Cunha (1990), para quem, no mesmo diapasão, a dificuldade de ter uma constituição contempladora de todas as variantes de comunidades existentes em um território tem origens históricas no caso brasileiro, haja vista que a jurisdicionalização da sociedade é anterior ao nascimento de uma identidade com potencial de ser um amálgama suficiente para qualificar os agrupamentos humanos como uma nação. Aportou em Pindorama (como seria conhecido o território brasileiro pelos Indígenas na época da chegada dos portugueses) nas malas de Pedro Álvares Cabral, a instituição estatal portuguesa com seu sistema jurídico europeu. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro atual não tem suas raízes em uma nação, senão em um Estado preexistente ao próprio Brasil e de nítida inspiração burguesa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito entre os sistemas jurídicos positivista e consuetudinário é ressaltado quando o campo de conflito está num mesmo âmbito territorial: o Brasil.

Direito Positivista e Direito Consuetudinário são expressões de culturas distante no aspecto jurídico: de um lado o positivista, de essência hegemônica típica da cultura da sociedade dominante, e de outro, o consuetudinário, fruto da diversidade cultural defendida por lei, mas subjugada historicamente ao Positivismo Jurídico brasileiro, pela postura etnocêntrica do Estado brasileiro na administração e distribuição da justiça.

A problemática trazida à baila inicialmente está circunscrita ao conflito entre a autodeterminação jurídica dos povos indígenas no território de um país pautado juridicamente pelo positivismo. No transcorrer do trabalho, contudo, ficou evidenciado que umas das esferas conflitantes não está no positivismo da forma genérica como é tratado, mas sim, na forma como concepções positivistas foram aplicadas ao ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não se trata de uma premissa do positivismo mas do Positivismo Jurídico brasileiro, em muitos pontos afastado radicalmente do positivismo como filosofia, como método científico e até como religião.

Da mesma forma a problemática principal encontrou derivativos quanto ao conceito de cultura, de sociedade, mas principalmente, de civilização, este último, tão imposto pelo poder hegemônico quanto o Positivismo Jurídico brasileiro. Somente este ponto tem rendido teses e dissertações riquíssimas, daí o cuidado de não nos aprofundarmos nesta temática para manter o foco na autodeterminação jurídica dos povos indígenas.

A exposição de casos colacionados de diferentes bibliografias, serviu para mostrar um conflito é real e atual. Mas também deixou claro existirem ilhas de aplicação do Direito Consuetudinário indígena, cercadas pela prevalência da lei como fonte principal do direito

Diante deste quadro torna-se relevante a atuação do judiciário brasileiro, o qual, com um melhor domínio sobre os aspectos culturais do conflito jurídico entre indígenas e não-indígenas, pode se tornar guardida da paz social alcançada no amago das comunidades de cultura consuetudinária.

Para a efetiva conciliação entre o que é consuetudinário indígena e o que está positivado, com a imprescindível segurança jurídica, indispensável em um estado democrático de direito, é preciso ao Estado não ter tenha a visão voltada somente para a face jurídica da cultura, pois isso limita a aplicação do direito (e não só das leis) para se atingir a justiça.

Na pesquisa do direito comparado quanto à forma como outros países lidam com a questão do Direito Consuetudinário indígena, percebe-se muito boa vontade em várias sociedades, em vários ordenamentos jurídicos, sobre tudo na Bolívia, quando se trata de institucionalizar o respeito a essa forma de solução de conflitos, contudo, observa-se que, mesmo nas Constituições mais permissivas para a coexistência de sistemas jurídicos (inclusive na Bolívia), o olhar voltado somente ao âmbito jurídico do conflito provoca distorções, como a exigência de subsunção aos Direitos Humanos, o qual, tanto quanto qualquer outro formato positivista, é estranho a diversas culturas locais, é exógeno e assim deve ser imposto. Não se encontra um corpo jurídico positivista no qual os operadores do direito assumissem com desapego à submissão do direito à cultura.

Ainda assim, considerando ser uma constituição o instrumento para concretizar o pacto social de uma nação para formar um Estado, é justamente nela (constituição federal), mesmo sendo um modelo jurídico positivista, que o respeito ao Direito Consuetudinário indígena deve ser insculpido, de forma a dar segurança jurídica às suas manifestações frente ao afã hegemônico do Positivismo Jurídico.

Atualmente o Capítulo VIII da Constituição Federal brasileira ao tratar “Dos Índios”, prega o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...]”. Ao nosso ver tal redação não contempla um verdadeiro respeito à alteridade tão típica e característica da nação brasileira. Respeito à alteridade é uma demanda atual que exige coragem, desapego e vontade política das sociedades hegemônicas para ser efetivada. Neste sentido, vislumbramos ser imprescindível a alteração do texto constitucional para contemplar o Direito Consuetudinário como elemento de desenvolvimento local sob o ponto de vista humano, ou seja, de forma endógena, sem imposição de conceitos éticos e morais estranhos à cultura das comunidades.

Uma melhor redação para o artigo 231 da Constituição Federal brasileira deveria incluir um parágrafo a seu corpo (§8º no caso) estabelecendo

especificamente que o Direito Consuetudinário dos povos indígenas deverá prevalecer sempre quando as relações sociais e os conflitos individuais estiverem pacificados na forma determinada pelas culturas locais, nas demandas de qualquer natureza jurídica, com limite de aplicação às relações internas das comunidades para evitar a abertura de precedentes geradores de um caótico questionamento das leis a partir de todo e qualquer agrupamento identificado como comunidade, conceito que pode abranger inclusive identidades desterritorializadas como aquelas pautadas nas tecnologias de informação e redes sociais cibernéticas.

Considerando não haver neste sentido, Proposta de Emenda Constitucional – PEC em trâmite no Congresso Nacional, a esperança é que a redação proposta, ou outra qualquer capaz de atingir o escopo de dar espaço ao Direito Consuetudinário indígena ao lado do Direito Positivista brasileiro, possa ser encampada por um deputado ou senador engajado à causa do respeito à alteridade cultural em nosso território, mesmo porque, já é passada a hora de instrumentalizar o Estado na fiel aplicação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

A partir do presente trabalho, aquilo que entendemos ser equivocadamente em leis, decisões judiciais e até mesmo na obra de renomados doutrinadores brasileiros, não se trata de uma questão estritamente jurídica, mas acima de tudo, de um conflito cultural. Apesar de toda a força da cultura hegemônica no território brasileiro, os povos indígenas ainda resistem e a essa resistência cabe à academia dar suporte científico.

O âmbito indígena é uma seara profícua para a observação de conflito entre comunidades com formações culturais e portanto jurídicas diversas mas, considerando a insistência, ratifica-se ter o conflito natureza cultural e não exclusivamente jurídica e que o não respeito à diferença é obstáculo ao desenvolvimento local.

Por fim, é nítido o ressoar da mesma problemática trazida no bojo deste trabalho, além da esfera indígena/não-indígena. O Direito Positivista brasileiro aplicado de forma impositiva pode causar traumas em comunidades quilombolas, em comunidades isoladas, em distritos rurais mais afastados de centros urbanos etc. Locais onde as pessoas solucionam seus conflitos a partir de usos e costumes consolidados em longo tempo de aplicação de uma visão própria de mundo

(elementos imprescindíveis à legitimação do Direito Consuetudinário), senão tão diferenciadas quanto as inúmeras visões indígenas, mas certamente com peculiaridades endógenas maculadas pela hegemonia do padrão jurídico/positivista brasileiro, dignos portanto, de serem objetos de futuros estudos. Resta ao presente trabalho a pretensão de ser referência na defesa do desenvolvimento local na dimensão humana a partir do respeito cultural em sua face jurídica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João M. Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVARES, Myriam Martins. A educação indígena na escola e a domesticação indígena da escola. Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi – Série Antropologia. v. 15, n 2. Belém, 1999.

ARAÚJO, Ana Valéria. Povos indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença. Coleção Educação Para Todos - Séries Vias dos Saberes. n 3. Brasília, 2006.

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

ATLAS DO BRASIL - Disponível em: http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/perfil_m/aguas-de-sao-pedro_sp Acesso em 25 de Novembro de 2014.

ATLAS DO BRASIL - <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking> . Acesso em 25 de Novembro de 2014.

ÁVILA, Vicente Fideles. Cultura de sub/desenvolvimento e desenvolvimento local. Sobral: Edições da (Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA), 2006.

BAKOS, Margaret. Júlio de Castilhos: positivismo, abolição e república. Coleção Humanidades. Porto Alegre: ed. PUCRS, 2006.

BARBALHO, Alexandre. A política cultural segundo Celso Furtado. In: Cultura & Desenvolvimento: perspectivas políticas e econômicas. Salvador: EDUFBA, 2011. Disponível em https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2261/1/Cultura%20e%20Desenvolvimento_cult10_RI.pdf . Acessado em 03 de Dezembro de 2014.

BARRETO, Helder Girão. Direitos indígenas – vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003.

BARROS, Armando Martins; CASTRO, Renata Pinheiro. Ara reko: Memória e Temporalidade Guarani: Aldeias Itaxi, Araponga, Sapukai, Rio Pequeno. Rio de Janeiro: ed. E-Papers, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. Ensaio Sobre o Conceito de Cultura. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: ed. Zahar, 2012.

BELTRÃO, Jane Felipe. Da formação indigenista à formação indígena. Belém: Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas – desafios para uma educação superior no Brasil. Realização: UFPA. Belém, 2007. Disponível em <http://www3.ufpa.br/juridico/index.php?pag=historico>. Acessado em 06 de Junho de 2014.

BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BOLÍVIA - Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia
<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf> . Acessado em 05 de Janeiro de 2015.

BOSI, Alfredo. *O Positivismo no Brasil: Uma Ideologia de Longa Duração. Do Positivismo à Desconstrução: As Ideias Francesas na América*. Organização Leyla Perrone Moisés. São Paulo: ed. USP, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. FUNAI - Disponível em. <http://www.funai.gov.br/index.php/ascom/1947-historia-e-cultura-guarani> Acesso em 25 de Novembro de 2014.

BRASIL. FUNAI - Disponível em. - <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao> Acesso em 25 de Novembro de 2014.

BRASIL. IBGE - Disponível em: http://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf . Acesso em 25 de Novembro de 2014.

BRASIL. IPHAN – Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=3764> Acesso em 25 de Novembro de 2014.

BRASIL. Município de Louveira. Disponível em: - <http://www.louveira-sp.com.br/perfil.html> Acesso em 25 de Novembro de 2014.

BRASIL – PIB – Povos Indígenas no Brasil – Disponível em : <http://pib.socioambiental.org/pt/c/quadro-geral> Acessado em 25 de Novembro de 2015.

BRASIL. PNUD - Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/Default.aspx?indiceAccordion=1&li=li_AtlasMunicipios Acesso em 25 de Novembro de 2014.

CAETANO, Gerardo. *Desenvolvimento E Política*. Revista Observatório Itaú Cultural, n. 2. São Paulo: Itaú Cultural, 2007. Disponível em: http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000566.pdf - Acessado em 28 de Dezembro de 2014.

CASCUDO, *Civilization e cultura: pesquisas e notas de etnografia geral* Luís da Câmara Cascudo. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1983 - 741 p.

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

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. Sur- Revista Internacional de Direitos Humanos. n 5, ano 3. Brasília, 2006.

CARDIM, Fernão. Tratado da Terra e Gente do Brasil. Ed. J.Leite, Rio de Janeiro, 1925.

COLAÇO, Thaís Luzia. “Incapacidade” indígena – tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2005.

COLAÇO, Thais Luzia. O Direito nas Missões Jesuíticas da América do Sul. Fundamentos de História do Direito. Org. Antonio Carlos Wolkmer. 4ª ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2008.

COLÔMBIA - Constitución Política de Colombia de 1991 - <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-8/capitulo-5/articulo-246> . Acessado em 05 de Janeiro de 2015.

CONSULTOR JURÍDICO – Notícias – Índios são absolvidos por furto após receberem punição de chefe da aldeia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/indios-sao-absolvidos-furto-receberem-punicao-chefe-aldeia> . Acessado em 30 de Dezembro de 2014.

CUNHA, Manuela Carneiro da. El concepto de derecho consuetudinario y los derechos indígenas en la nueva Constitución de Brasil. In: Entre la ley y la Costumbre - El derecho consuetudinario indígena en América Latina, p. 299-314. Organização STAVENHAGEN, Rodolfo, e ITURRALDE, Diego G. México: Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990. Disponível em <http://www.hamel.com.mx/Archivos-Publicaciones/1990a%20Lenguaje%20y%20conflicto%20interetnico%20en%20el%20derecho%20consuetudinario%20y%20positivo.pdf> . Acessado em 25 de Fevereiro de 2015.

CURI, Melissa Volpato. Antropologia Jurídica: um estudo do direito Kamaiurá. Tese doutorado, Departamento de Antropologia da PUC/São Paulo, 2011. Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/8/TDE-2011-07-04T13:28:08Z-11284/Publico/Melissa%20Volpato%20Curi.pdf . Acessado em 26 de fevereiro de 2015.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A “cidadania ativa” como novo conceito para reger as relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o Estado Multicultural Brasileiro. Hileia: Revista Ambiental da Amazônia. Ano 2, n 2. UEA. Manaus, 2004. Disponível em <http://www.pos.uea.edu.br/data/direitoambiental/hileia/2004/2.pdf>. Acessada em 06 de Junho de 2014.

DOWBOR, Ladislau. Gestão Social e Transformação da Sociedade. Razões e Ficções do Desenvolvimento. São Paulo: ed. Unesp, 2001.

ELIZALDE, Antonio. Texto preparado para el curso “*El Desarrollo Local en España e Iberoamérica. Entre lo global y la escala humana*” celebrado en la Sede Iberoamericana Santa María de la Rábida de la Universidad Internacional de Andalucía

entre los días 14 al 18 de Agosto de 2000. Disponível em:
http://www.unida.org.ar/Bibliografia/documentos/Modulo_Basico/Desarrollo_a_Escal_a_Humana_conceptos_y_experiencias_MBC2.doc. Acessado em 12 de Maio de 2013.

EQUADOR – Constitución de la República del Ecuador
http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf .
Acessado em 05 de Janeiro de 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FREITAS, Hudson Couto Ferrreira de. Teoria(s) do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo. Ed. D'Placido. Belo Horizonte, 2014.

FREYRE, Gilberto. Ordem e Progresso. São Paulo: ed. Global, 2013.

FURTADO, Celso. O Desenvolvimento Sob o Ponto de Vista Interdisciplinar. In: Essencial Celso Furtado. Organização Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Ed. Cia das Letras, 2013.

GARBER, Daniel; LONGUENESSE, Bèatrice. Kant and the Early Moderns. Princeton: ed. Princeton University Press, 2008.

GARCIA, Nelson Jahr. Estado Novo, Ideologia e Propaganda Política – A legitimação do Estado autoritário perante as classes subalternas. São Paulo: eBooksBrasil - Rocket Edition, 2005. Disponível em
<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/estadonovo.html> . Acessado em 25 de Fevereiro de 2015.

GEERTZ, Clifford. El impacto del concepto de cultura em el concepto del hombre. La Interpretación de las Culturas. Barcelona: Gedisa, 1989. p. 43-59. Disponível em:
<http://www.inicia.es/de/cgarciam/geertz01.htm>. Acessado em 06 de Junho de 2014.

GOMES, Laurentino. 1889 - Como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil - 1. ed. São Paulo: Globo, 2013.

GROPPO, Luís Antonio. Comunidade, Sociedade E Integração Sistêmica. Comunicações - Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação da UNIMEP Ano 13, nº2, p. 114-131. São Paulo: ed. Unimep. 2006.

HAESBAERT, Rogério. O mito da desterritorialização. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal libertário – Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do *infanticídio* indígena. Brasília, Repositório UNB, 2008. Disponível em

http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5515/1/2008_MariannaAssuncaoFigueiredoHolanda.pdf - Acessado em 29 de Novembro de 2014.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. 1, Tomo II. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1978.

KING, Paul W. Climbing Maslow's Pyramid. Leicester: Troubador Publishing. 2009

KIRIRI, Gino. Mão Que Vai, Mão Que Vem. Índios na Visão dos Índios: Somos Patrimônio. Gerlic, Sebastian (org.). Ed. Thydêwa. Salvador. 2011.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o "positivismo" redescobertos. Revista de Sociologia Política, vol.17 n.34. Curitiba: ed. UFPR, 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000300021&script=sci_arttext – Acessado em 13 de Novembro de 2014.

LE BOURLEGAT, Cleonice Alexandre. Ordem legal como força interna e desenvolvimento. Interações - Revista Internacional de Desenvolvimento Local. Vol. 1, N. 1. Campo Grande: ed. UCDB. 2000.

LÊNIN, Vladímir Ilitch. As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo. 2.ed Coleção Bases n 9. São Paulo: Global, 1979.

LINDOSO, Dirceu. Lições de etnologia geral: introdução ao estudo de seus princípios : seguido de dois estudos de etnologia brasileira. Organização: Bruno César Cavalcanti. Alagoas: ed. UFAL, 2008.

MACHADO, Almiros Martins. Direito Indígena conquista dos povos indígenas. Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas – Desafios para uma educação superior no Brasil. Realização: UFPA. Belém, 2007. Disponível em http://www3.ufpa.br/juridico/documentos/DIREITO_INDIGENA_CONQUISTA_DOS_POVOS_INDIGENAS_-_Almiros_Martins_Machado.pdf. Acessado em 06 de Setembro de 2014.

MARÉS, C.F. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: GRUPIONI, L.D.B. (org.). *Índios no Brasil*. São Paulo, SMC, 1992.

MARKY, Thomas. Curso elementar de Direito Romano. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Antônio Augusto Souza. Estudo Histórico da Família Lingüística Tupi-Guarani - Aspectos Fonológicos e Lexicais. Revista Repositório. Florianópolis: ed. UFSC, 2000. Disponpivel em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/78560/170082.pdf?sequence=1> – Acessado em 22 de Novembro de 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREAU, Felipe Eduardo. Os índios nas cartas de Nóbrega e Anchieta. São Paulo: ed. Annablume, 2003.

OIT - Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 –

Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=3764> – Acessado em 05 de Novembro de 2014.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanés; PRADO, Rafael Clemente Oliveira do e KADWEU, Ezequias Vergílio. População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do município de Dourados, MS. Revista Direito GV, vol.7, n.2, São Paulo, 2011. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/06_rev14_469-500_-_rosely_aparecida_stefanes_pacheco_-_scielo.pdf . Acessado em 26 de fevereiro de 2015.

PARAGUAI - Constitución de la República de Paraguay de 1992 - <http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html> . Acessado em 05 de Janeiro de 2015.

PATAXÓ, Wekaña. Afirmando Nossa Cultura. Índios na Visão dos Índios: Somos Patrimônio. Gerlic, Sebastian (org.). Ed. Thydêwa. Salvador. 2011.

PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. São Paulo: Jalovi, 1980.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

REIS, Ana Carla Fonseca. Economia Da Cultura E Desenvolvimento – Panorama Geral E Sugestão De Debates Para Não-Economistas. Revista Observatório Itaú Cultural, n. 2. São Paulo: Itaú Cultural, 2007. Disponível em: http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000566.pdf - Acessado em 28 de Dezembro de 2014.

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro – a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. A Crise do Paradigma Monista no Contexto do Acesso à Justiça. Direito em Diálogo de Fontes. Editora D'Plácido, Belo Horizonte. 2014.

ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social. Trad. Antonio de P. Machado. São Paulo: Brasil, 1960.

RUBIM, Antonio Albino Canelas; CALABRE, Lia. Políticas e Diversidade Cultural no Brasil. Revista Observatório Itaú Cultural / OIC - n. 8 (abr./jul. 2009). – São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2009. Disponível em: <http://www.itaucultural.org.br/bcodemidias/001516.pdf> - Acessado em 29 de Dezembro de 2014.

RUIZ, Castor B. Alteridade e Ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas - Emmanuel Levinas, Alteridade & Alteridades – Questões da Modernidade e a Modernidade em Questão. Organizadores: Ricardo Timm de Souza, André Brayner de Farias e Marcelo Fabri. EdiPucRs. Porto Alegre. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório?. Revista Crítica de Ciências Sociais, n.65. Coimbra, Portugal.: CES, 2003. Disponível em

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF . Acessado em 25 de Fevereiro de 2015.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SANTOS, Theotônio dos. A Teoria da dependência: balanço e perspectivas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2000.

SCHMIDTT, Carl. Legalidade e Legitimidade. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Coordenador e Supervisor Luiz Moreira. Ed. Del Rey, Belo Horizonte. 2007.

SEMER, Marcelo. Índio punido pela comunidade: ausência do direito de punir do Estado. Sem Juízo. São Paulo, 2014. Disponível em <http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2014/06/indio-punido-pela-comunidade-ausencia.html> . Acessado em 29 de Dezembro de 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Elementos para uma cultura jurídica pós-moderna. Roma. 2005. Tese de Doutorado - Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed economia "Tullio Ascarelli". Disponível em: http://host.uniroma3.it/dottorati/scuoladottoraleascarelli/doc/ELEMENTOS_PARA_U MA_CULTURA_JURIDICA_POS.doc. Acessado em 28 de Maio de 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito envergonhado: o Direito e os índios no Brasil. In GRUPIONI, Luis Donizete B (Org.). Índios no Brasil. Brasília: MEC, 1994.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUPINAMBÁ, Potyra Tê. O colonizador expropriou o índio de seu patrimônio. Índios na Visão dos Índios: Somos Patrimônio. Organização Gerlic, Sebastian. Ed. Thydêwa. Salvador. 2011.

VALENTE JÚNIOR, Valdemar. Cultura Luso-Brasileira. Curitiba: IESDE, 2012.

VENEZUELA - Constitución de la República Bolivariana de Venezuela http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/titulo5.php#cap3 . Acessado em 05 de Janeiro de 2015.

WAGNER, Daize Fernanda. A pena privativa de liberdade entre os povos indígenas do oiapoque: modelo próprio de execução penal? Criminologias e Política Criminal. Florianópolis: ed. CONPEDI, 2014. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cf5d42e34cf8a> – Acessado em 17 de Novembro de 2014.

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

ANEXO A

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº __, DE __ DE MARÇO DE 2015

Acrescenta o § 8º ao art. 231 da Constituição, admite o direito consuetudinário indígena como solução dos conflitos internos das comunidades assim identificadas.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 213 da Constituição passa a vigorar acrescido do §8º com a seguinte redação:

“CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS

Art. 213.....
.....
.....

§ 8º - O Poder Judiciário fará prevalecer o Direito Consuetudinário dos povos indígenas sempre que as relações sociais e os conflitos individuais estiverem pacificados na forma determinada pelas culturas locais, para as demandas de qualquer natureza jurídica, com limite de aplicação às relações internas das comunidades.

JUSTIFICATIVA

.....
.....