

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina:
estudo de caso sobre a justiça Waiwai

Indigenous jurisdiction and Latin American legal pluralism:
case study on the Waiwai justice

João Vitor Cardoso

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Sumário

EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O QUE TEMOS EM COMUM?	15
EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ¿QUÉ TENEMOS EN COMÚN?	17
Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello	
SEÇÃO I: PODER CONSTITUINTE	19
AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS ENTRE A VIDA E A MORTE: POSSIBILIDADES E LIMITES DO PODER DE EMENDA	21
Luís Roberto Barroso e Aline Osorio	
CRIAÇÃO CONSTITUCIONAL SEM PODER CONSTITUINTE: OS LIMITES CONCEITUAIS DO PODER DE SUBSTITUIÇÃO OU REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO	56
Carlos Bernal Pulido	
QUEM CONTA COMO NAÇÃO? A EXCLUSÃO DE TEMÁTICAS LGBTI NAS ASSEMBLEIAS CONSTITUINTE DE BRASIL E COLÔMBIA	85
Rafael Carrano Lelis, Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa	
EM DEFESA DA PARTICIPAÇÃO: ANÁLISE DA INICIATIVA POPULAR PARA ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL E NO EQUADOR	114
Ilana Aló Cardoso Ribeiro e Lílian Márcia Balmant Emerique	
REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O PROCESSO CONSTITUINTE EQUATORIANO DE MONTECRISTI (2007-2008)	130
E. Emiliano Maldonado	
SEÇÃO II: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA	152
LA REVISIÓN JUDICIAL EN DEMOCRACIAS DEFECTUOSAS	154
Roberto Gargarella	
CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO: A POSIÇÃO PARTICULAR DO BRASIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO	171
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos	
AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS PELAS LENTES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: A FORÇA NORMATIVA E O ROMANTISMO DOS PREÂMBULOS	185
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Carlos Frederico Santos	

REDES SOCIALES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DELIBERACIÓN PÚBLICA DE CALIDAD: LECCIONES DEL PLEBISCITO POR LA PAZ EN COLOMBIA.....	203
Jorge Ernesto Roa Roa	
A EFETIVIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RAZÃO DOS SISTEMAS DE MONITORAMENTO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE COLÔMBIA E BRASIL	218
Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese, Ana Borges Coêlho Santos e Felipe Meneses Graça	
SEÇÃO III: CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E “IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE” NA AMÉRICA LATINA	231
O MANDATO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO: LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DE UM PROCESSO JURISGENÉTICO EXTRAORDINÁRIO	233
Armin von Bogdandy	
CONSTITUCIONALISMO, TRANSFORMAÇÃO E RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA NO BRASIL: O IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA TEM UMA CONTRIBUIÇÃO A OFERECER? ..	254
Patrícia Perrone Campos Mello	
UM PROJETO COMUM PARA A AMÉRICA LATINA E OS IMPACTOS DAS EMPRESAS EM DIREITOS HUMANOS	287
Danielle Anne Pamplona	
O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA.....	303
Ana Carolina Lopes Olsen e Katya Kozicki	
SEÇÃO IV: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	332
O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA.....	334
Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau	
¡QUE VIVA EL ESTADO PLURINACIONAL!: ¿Y LO SOCIOAMBIENTAL?	351
Anibal Alejandro Rojas Hernández, aula Harumi Kanno, Heline Sivini Ferreira e Adriele Fernanda Andrade Précoma	
O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS	365
Daniel Araújo Valença, Ronaldo Moreira Maia Júnior e Rayane Cristina de Andrade Gomes	
O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS	382
Adriele Andrade Précoma, Heline Sivini Ferreira e Rogério Silva Portanova	

SEÇÃO V: DIREITOS FUNDAMENTAIS	401
O DIREITO À ÁGUA NAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO SUL: ELEMENTOS COMUNS E TRAÇOS DISTINTIVOS.....	403
Thiago Rafael Burckhart e Milena Petters Melo	
DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: AVANÇOS E DESAFIOS INERENTES À ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA	420
Paulo Renato Vitória e Gabriela Maia Rebouças	
O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA E CARIBE, E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	444
Alethele de Oliveira Santos, Maria Célia Delduque e Moacyr Rey Filho	
A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO EQUADOR E NA BOLÍVIA.....	460
Manuel Rodrigues de Sousa Junior e Luigi Bonizzato	
A DIVERSIDADE CULTURAL SEGUNDO O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO TRANSFORMADOR.....	476
Bianor Saraiva Nogueira Júnior, Deicy Yurley Parra Flórez e Ulisses Arjan Cruz dos Santos	
UN APORTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA: LA ACTIVIDAD DEL OMBUDSMAN CRIOLLO EN TRIBUNALES DE JUSTICIA.....	493
Juan Pablo Díaz Fuenzalida	
SEÇÃO VI: POVOS INDÍGENAS	512
EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN DERECHO-MATRIZ Y FILTRO HERMENÉUTICO PARA LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA: LA JUSTIFICACIÓN	514
Juan Jorge Faundes	
POVOS INDÍGENAS E A (AUSÊNCIA DE) JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINO-AMERICANO	537
Jamilly Izabela de Brito Silva e Sílvia Maria da Silveira Loureiro	
JURISDIÇÃO INDÍGENA E PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA: ESTUDO DE CASO SOBRE A JUSTIÇA WAIWAI	558
João Vitor Cardoso e Luiz Guilherme Arcaro Conci	
O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E OS POVOS INDÍGENAS: A VISÃO DO DIREITO A PARTIR DOS CALEIDOSCÓPIOS E DOS MONÓCULOS	577
Lucas Silva de Souza, Valéria Ribas do Nascimento e Isadora Forgiarini Balem	

OUTROS ARTIGOS.....600

**BUILDING TRUST IN COLLABORATIVE PROCESS OF VILLAGE FUND POLICY IMPLEMENTATION (A
CASE STUDY AT LUWUK DISTRICT OF BANGGAI REGENCY)602**

Rahmawati halim

Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai*

Indigenous jurisdiction and Latin American legal pluralism: case study on the Waiwai justice

João Vitor Cardoso**

Luiz Guilherme Arcaro Conci***

Resumo

Este artigo busca não somente descrever uma relação mais complexa e interativa entre formas jurídicas oficiais e não oficiais, mas também desenvolver hipóteses concernentes ao seu encadeamento, a fim de verificar se o pluralismo jurídico expressa características do constitucionalismo latino-americano. O caso de Denilson Trindade, indígena habitante da comunidade Manoá-Pium, que foi “condenado a waiwaizar”, após ser denunciado pelo Ministério Público por haver assassinado seu irmão, é utilizado para ilustrar o estado da arte do pluralismo jurídico no Brasil. Além disso, explora-se material empírico, proveniente de fontes etnográficas secundárias, bem como a revisão de estudos sociojurídicos acerca dos conceitos trabalhados. Oferta-se ao leitor alguma evidência que, talvez, possa haver a respeito do pluralismo jurídico no Brasil e, por conseguinte, do reconhecimento da legitimidade de jurisdições indígenas. Uma análise generalizante do caso exige um diálogo intercultural, confluindo para o enriquecimento recíproco entre as culturas jurídicas “originárias” e “contemporâneas” da América Latina. Nesse âmbito, é interessante a necessidade apontada pelo tribunal de explorar o direito comparado, tendo em vista o déficit de produção jurisprudencial no Brasil, perfazendo uma leitura dialogante como meio de legitimação da decisão judicial. A discussão revela que o pluralismo jurídico é um conceito-chave e parte integrante do acervo comum do constitucionalismo latino-americano. Ainda que seja um caso detentor de significado próprio, será preciso observar, em outros casos futuros, o desdobramento desse precedente. Nesses limites, este estudo realiza uma descrição sociojurídica do confronto entre jurisdições estatais e indígenas.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico. Direito Constitucional. Jurisdição Indígena. Waiwai.

Abstract

The present Article aims not only to describe a more complex and interactive relationship between official and unofficial legal systems, but also to

* Recebido em 31/05/2019

Aprovado em 17/08/2019

** Bolsista de Colaboração Acadêmica do Doutorado em Direito da Universidade do Chile, Pesquisador Bolsista do Projeto *Fondecyt* Número 1170940, Mestre pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, com estágio de investigação na *Université Paris Descartes*. Formado em Docência no Ensino Superior, pelo Programa de Formação Didática da Pós-Graduação da Universidade de São Paulo.

jvcardoso@usp.br

*** Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo – SP – Brasil), onde coordena o Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e é Professor Permanente do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais (Stricto Sensu). Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de São Bernardo do Campo (São Paulo – SP – Brasil). Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP), com estágio de estudos pós-doutorais no Instituto de Derecho Parlamentar da Universidad Complutense de Madrid (2013-2014). Professor Visitante nas Universidades de Bolonha (2016), Buenos Aires (2011-2014) e Messina (2019). E-mail : lgaconci@hotmail.com.

develop hypotheses concerning its linkage, in order to explore whether legal pluralism expresses characteristics of Latin American constitutionalism. The case of Denilson Trindade, an indigenous inhabitant of the Manoá-Pium community, who was condemned to “become *waimai*” after being denounced by the District Attorney of Roraima for murdering his brother, is used to illustrate the current state of the art of legal pluralism in Brazil. In addition, empirical material from secondary ethnographic sources is explored, as well as the review of socio-legal studies on the concepts worked out. It is offered some evidence about legal pluralism in Brazil, and also on the recognition of the legitimacy of indigenous jurisdictions. A generalizing analysis of the case requires an intercultural dialogue, converging on the reciprocal enrichment between Latin American “traditional” and “contemporary” legal cultures. In this context, the criminal judge explored comparative law, given the lack of jurisprudential production in Brazil, performing a dialogical reading of the case as a means of legitimizing his decision. The discussion reveals that legal pluralism is a key concept and part of the common heritage of Latin American constitutionalism. Although this research concerns a case with its own value, it will be necessary to observe how this precedent evolve in further cases. Within these limits, this study offers a socio-legal description of the confrontation between state and indigenous jurisdictions.

Keywords: Legal Pluralism. Constitutional Law. Indigenous jurisdictions. Waiwai.

1 Introdução

Nossa tarefa fundamental, neste ensaio, como estudiosos e praticantes do constitucionalismo na América Latina, é esboçar aquilo que temos em comum, no quadro das transformações pelas quais a região vem passando desde o último quarto do Século XX. Levando-se em conta o acontecimento que foi o movimento constitucionalista latino-americano nessas últimas décadas, teriam surgido desvios “pluralistas” em relação ao constitucionalismo tradicional, “monista”, especialmente, nas novas constituições de Bolívia (2009) e Equador (2008), em que essa nuance aparece de maneira mais explícita. Essas constituições consagram o respeito aos ciclos vitais do planeta, a incorporação do autogoverno indígena e o pluralismo jurídico.

Nessa conjunção de fatores, Sousa Santos identifica a emergência de um constitucionalismo “transformador”, “experimental” e “pós-colonial”, que visa superar a crise do Estado ao articular vários tipos de democracia: participativa, comunitária e intercultural¹. Diante disso, o desafio em mãos consiste em reconstruir a teoria constitucional, no sentido de contestar, em vista de todo o imbróglia a respeito de sua pertença ou não à tradição liberal, se o “pluralismo jurídico” teria reverberado no caso brasileiro, elevando a jurisdição indígena a um posto de destaque no debate nacional.

Para investigar o “pluralismo jurídico” no Brasil, foi conduzido um estudo de caso, que busca a apresentação de alguns dados empíricos sobre uma relação mais complexa e interativa entre formas jurídicas oficiais e não oficiais. A grande vantagem desta metodologia é que, da mesma forma que os experimentos, estudos de casos são generalizáveis a proposições teóricas. Nesse sentido, o estudo de caso, como o experimento, não representa uma “amostragem”, e seu objetivo é expandir e generalizar teorias (generalização analítica) e não enumerar frequências (generalização estatística)². Busca-se fazer uma análise “generalizante” e não “particularizante”, a fim de contestar em que medida a justiça indígena é reconhecida no Brasil. Com efeito, ofertamos ao nosso leitor um intento de interpretar o conteúdo de alguma evidência que, talvez, possa haver a respeito do pluralismo jurídico no Brasil e, por conseguinte, do reconhecimento da legitimidade de jurisdições indígenas.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. 1ª reimpr. La Paz: Plural Editores, 2010, pp. 148-149.

² YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Daniel Grassi. 2a ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 54.

O estudo de caso é uma metodologia amplamente utilizada no exame dessa temática. Em 1978, diversos estudos de caso sobre pluralismo jurídico foram apresentados em uma conferência na Universidade de Warwick, incluindo casos de indígenas norte-americanos, cooperativas rurais húngaras, sindicatos ingleses, e casos tradicionais do pluralismo jurídico em Nova Guiné, Quênia e no Níger. Na obra *The Imposition of Law*, as editoras Sandra Burman e Barbara Harrell-Bond compilaram alguns artigos apresentados nesta conferência, com o fim de “desmascarar os processos por meio dos quais o direito é imposto, examinar as reações a tais imposições e especificar seus efeitos em contextos sociopolíticos particulares³”. Por sua vez, a descrição de Sally F. Moore, sobre a litigiosidade entre os Chagga, da Tanzânia, ilustra como os contornos de litígios locais podem estar inextricavelmente conectados com confrontos políticos mais amplos, apontando para o entrelaçamento da competição política local por poder e conhecimento e pelo acesso aos sistemas jurídicos comunitários e estatais⁴. Finalmente, em sua análise sociológica da resolução de litígios numa favela do Rio de Janeiro, a que dá o nome fictício de Pasárgada, Sousa Santos abordou como residentes da comunidade do Jacarezinho criaram sua própria legalidade valendo-se de elementos do direito oficial, para constituir o “direito de Pasárgada”⁵. O autor explora algumas vias de acesso sociológico ao discurso jurídico, demonstrando como o direito de Pasárgada e o direito estatal ocupam posições estruturalmente distintas. Assim, o pluralismo jurídico é utilizado para descrever as relações entre um sistema jurídico subalterno, criado por comunidades urbanas oprimidas, para resistir ou se adaptar à dominação (o direito de Pasárgada), e um sistema jurídico dominante, criado para assegurar a reprodução de interesses hegemônicos; relações estas que refletiriam a dominação de classe no Brasil.

Em suma, utilizando recursos analíticos da resolução de litígios da antropologia jurídica, valemo-nos no presente trabalho de um estudo de caso único (holístico) para a análise da questão do reconhecimento formal, no mesmo espaço geopolítico do Estado-nação brasileiro, da existência de mais de um direito. Nesse caso o direito indígena previsto na Constituição Federal de 1988. Vale dizer, como coloca Yin: “o caso único pode significar uma importante contribuição à base de conhecimento e à construção da teoria⁶”. Segundo ele, haveria, no mínimo, três condições a justificar um estudo de caso único, aquelas “nas quais o caso representa um teste crucial da teoria existente, nas quais o caso é um evento raro ou exclusivo ou nas quais o caso serve a um propósito revelador⁷”. O fundamento metodológico para o caso único ora examinado é aquele em que o objeto de análise representa um caso extremo: o fratricídio cometido por Denilson Trindade Douglas, indígena da etnia Macuxi (subgrupo Pemon), denunciado pelo Ministério Público do Estado de Roraima. Pode ser que existam centenas de casos similares na jurisdição indígena. Entretanto, aquele eleito para o presente estudo se justifica, visto que o tratamento dado ao tema pela justiça do estado de Roraima se diferencia daquele usualmente utilizado. Isso porque não se trata de aplicar o Estatuto do Índio (Lei Federal 6.001/73) e a consequente verificação, por meio de laudo antropológico, constante em seu artigo 4º, do nível de “aculturação” do indígena e a consequente decisão de aplicação do direito estatal. Trata-se de reconhecer a legitimidade do direito e das instituições indígenas, regulados pelos seus próprios costumes, como legítimos, e a dispensar a aplicação da lei estatal. Ainda, embora tradicionalmente os diversos sistemas de justiça indígena e originária na América Latina atendam casos de homicídio, na atualidade a tendência majoritária é de não resolver este tipo de ocorrência dentro da comunidade. Sob essa premissa, Martín Bazurco Osorio e José Luis Exeni Rodríguez enumeram diversas formas pelas quais se dá o encaminhamento do caso para a justiça ordinária na Bolívia⁸. No território Quechua, *i.e.*, as autoridades originárias remetem o caso em forma

³ BURMAN, Sandra; HARRELL-BOND, Barbara. *The Imposition of Law*. Nova Iorque: Academic Press, 1979, p. xiii.

⁴ MOORE, Sally Falk. (1970). Politics, Procedures, and Norms in Changing Chagga Law. *Africa*, Cambridge, 40(4), p. 321-344, out., 1970.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 344.

⁶ YIN, Robert K. Estudo de caso: planejamento e métodos. Trad. Daniel Grassi. 2a ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 62.

⁷ YIN, Robert K. Estudo de caso: planejamento e métodos. Trad. Daniel Grassi. 2a ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 67.

⁸ OSORIO, Martín Bazurco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez (Eds.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 102.

verbal ou escrita à justiça ordinária. Percebe-se, assim, certa articulação entre justiça indígena e justiça estatal.

Este artigo se organiza da seguinte maneira. Na primeira sessão, aclararmos como o conceito de pluralismo jurídico tornou-se indispensável para a análise de casos como o do tipo descrito. Na segunda, situamos a jurisdição Waiwai no contexto político-jurídico que acompanha o progresso do movimento indígena na América Latina. Na terceira, adentramos no estudo de caso a partir de evidências, relacionadas ao material etnográfico dos Macuxi e Waiwai, de como suas formas jurídicas podem e tendem a ressoar umas nas outras, e como é nessa ressonância entre os domínios do direito indígena que são feitos — e desfeitos — sujeitos singulares e coletivos locais, passando a valorar os limites e possibilidades do pluralismo indígena utilizando eixos analíticos do constitucionalismo latino-americano. Finalmente, oferecemos algumas observações finais.

2 Pluralismo Jurídico

O estudo do pluralismo jurídico se inicia com alguns antropólogos interessados em como os povos colonizados mantinham sua ordem social na ausência de arranjos institucionais. Logo, a partir dos anos 1960, sua atenção se volta para o exame do papel que o direito desempenha na imposição da dominação colonial. Assim, o problema do pluralismo constitui-se pela coexistência em um mesmo espaço social, arbitrariamente unificado como colônia, do direito do Estado colonizador e dos “direitos tradicionais”⁹.

Segundo esse enfoque, as situações de pluralismo jurídico seriam aquelas em que populações autóctones, “nativas” ou indígenas, quando não totalmente extintas, foram submetidas ao direito do colonizador com a permissão —expressa ou implícita—de em certos domínios continuarem a seguir o seu direito tradicional. No entanto, esse enfoque, largamente realizado na forma de estudos etnográficos em nível local, aos poucos, rompe com a ideologia de “centralismo jurídico” que os antropólogos costumavam adotar implicitamente, conceituando os níveis do direito oficial e do direito tradicional em termos de coexistência, como corpos normativos que se interpenetram. Por esse curso, amplia-se o conceito de pluralismo jurídico, a fim de cobrir situações e formas normativas não estatais, suscetíveis de ocorrer em sociedades industriais que possuíam instituições liberais¹⁰. De fato, a partir dos anos 1970, acadêmicos pioneiros do movimento Direito e Sociedade, como Stuart Macaulay, demonstram que há muitos sistemas de regras que seria viável descrever como “direito informal”. Por exemplo, nas organizações empresariais, vige uma ampla gama de mecanismos normativos. Pois, regras jurídicas são difíceis de aprender e executar. Macaulay entrevistou executivos e advogados para descobrir como os fabricantes de peças automotivas de Wisconsin resolviam suas disputas contratuais, ignorando o direito oficial¹¹. Seus achados indicam que, sob certas condições, litigantes potenciais ignoram o direito formal. A seu turno, Lisa Bernstein demonstrou que a indústria de diamantes, sistematicamente, se afasta do direito oficial criado pelo Estado¹². Em seu lugar, *traders* que dominam esse negócio desenvolveram um conjunto de regras internas, de acordo a seus usos e costumes, um pouco de senso comum, algum direito judeu e princípios jurídicos do *common-law*.

Esses autores centram sua crítica na rejeição do “centralismo jurídico” adotado em estudos tradicionais do fenômeno jurídico, argumentando que nem tudo o que é direito se pode demandar nos tribunais. Partindo dessa premissa, John Griffiths, em seu artigo seminal “*What is legal Pluralism?*”, distingue entre uma

⁹ ROULAND, Norbert. *Legal Anthropology*. Londres: The Athlone Press, 1994. Ver também SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 55.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 57.

¹¹ MACAULAY, Stewart. *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*. *American Sociological Review*, Chicago, V. 28, n. 1, pp. 55-67, fev., 1963.

¹² BERNSTEIN, Lisa. *Opting out of the legal system: Extralegal contractual relations in the diamond industry*. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, V. 21, n. 1, pp. 115-157, 1992.

abordagem do pluralismo jurídico, como ciência social — a partir de um estado de coisas dado na sociedade (a presença de mais de uma ordem jurídica no campo social, de forma que no interior de cada subgrupo haveria a coexistência de mais de um sistema jurídico) —, e aquilo que chama de pluralismo jurídico “legalista”, como um problema peculiar de dualidades que emergiram quando os países europeus estabeleceram colônias que sobrepuseram seus sistemas jurídicos a outros preexistentes¹³. Um sistema jurídico é pluralista, em sentido legalístico, quando a soberania designa diferentes corpos jurídicos para diferentes grupos populacionais, variando de acordo a sua etnia, religião, nacionalidade ou geografia, e quando os regimes jurídicos paralelos são todos dependentes do sistema jurídico estatal. Problemas jurídicos de tipo legalístico confrontam líderes políticos de diversas sociedades pós-coloniais, que consideram esses complexos de relações jurídicas como entraves e obstruções caóticas ao progresso.

Sally Engle Merry propõe maneiras de compatibilizar esses dois tipos de pluralismo jurídico, de forma a incrementar, em lugar de obstar, nosso entendimento acerca da interação entre ordens jurídicas plurais. Ao mesmo tempo em que a autora reconhece que, virtualmente, toda sociedade é juridicamente plural, apenas havendo variações de escala, a autora observa que é essencial vislumbrar o direito estatal como fundamentalmente diverso por força do exercício de poder coercitivo e monopólio do poder simbólico associado à autoridade do estado¹⁴.

Ainda, outra forma de compreender o pluralismo jurídico é em termos de diferentes sistemas simbólicos inscritos nos diversos “ordenamentos”. Nessa corrente se inscreve a tradição da Língua Portuguesa e cujo expoente principal é Boaventura de Sousa Santos. Além de afirmar que o pluralismo jurídico é um conceito-chave para a compreensão do direito pós-moderno, ele oferece um quadro analítico para a análise da interação entre grupos ou classes sociais dominantes e subalternos. Ao utilizar como base metafórica a ideia de um mapa para examinar o direito, o autor delinea dois tipos ideais de simbolização jurídica da realidade: o “estilo homérico” e o “estilo bíblico”. Essa cartografia simbólica do direito contribui para vulgarizar, questionar e criticar o poder social daqueles que insistem na sacralização, ritualização e profissionalização do direito. O primeiro estilo, denominado “homérico”, retrata a realidade diária descrita em abstrato e em termos formais por meio de signos convencionais, referenciais e cognitivos; enquanto o estilo “bíblico” pressupõe uma legalidade embasada em uma imagem na qual interações são inscritas em contextos multiníveis e descritas em termos figurativos e informais por meio de signos icônicos, emotivos ou expressivos. Estes dois estilos estão perpetuamente em tensão, variando seu predomínio durante períodos históricos particulares. Em conclusão, Boaventura sugere que a ordem jurídica estatal moderna é predominantemente homérica. Com efeito, o pluralismo jurídico que o autor descreve não é aquele conceito da antropologia jurídica tradicional, em que as diferentes ordens jurídicas são concebidas como entidades separadas, coexistindo no mesmo espaço político, “porém a concepção de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, interpenetrados e misturados tanto em nossas mentes como em nossas ações¹⁵”. Assim:

nossa vida jurídica é constituída por uma intersecção de diferentes ordens jurídicas, isto é, pela interlegalidade. A interlegalidade é a contrapartida fenomenológica do pluralismo jurídico e é por isso que é o segundo conceito-chave de uma concepção pós-moderna do direito.¹⁶

A seu turno, A. C. Wolkmer, ao recorrer a autores provenientes de México, Colômbia e Argentina, realiza uma síntese das principais correntes do pluralismo jurídico na América Latina. Segundo ele, por meio do pluralismo, nasce a “juridicidade alternativa”, visto que “o Estado não é o lugar único do poder político,

¹³ GRIFFITHS, John. What is legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Oxfordshire, V. 18, n. 24, p. 1-55, 1986.

¹⁴ MERRY, Sally Engle. *Legal Pluralism*. *Law & Society Review*, Massachusetts, Vol. 22, No. 5, pp. 869-896, 1988, p. 879.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law.” *Journal of Law and Society* 14, no. 3 (1987), p. 297.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law.” *Journal of Law and Society* 14, no. 3 (1987), p. 298.

tampouco a fonte exclusiva da produção do Direito¹⁷”. O autor ressalta que o objeto tem sido abordado pelo Instituto Latino-Americano de Serviços Legais Alternativos, que não somente tem privilegiado o estudo de culturas jurídicas informais, como tem incentivado a formação de coordenações nacionais de práticas jurídicas insurgentes em toda a região. Assim, nasce o impulso que propicia, gradualmente, amplas possibilidades para o surgimento de orientações “prático-teóricas” paralelas que questionam o reducionismo dogmático-positivista representado pela ideologia monista centralizadora. Daí o autor propõe a construção de uma práxis normativa sedimentada em um “novo” tipo de pluralismo. Segundo ele, “trata-se da compreensão do pluralismo como marco de ruptura e denúncia dos mitos sacralizados do instituído e como expressão mais direta dos reais interesses e exigências da experiência interativa e histórico-social¹⁸”. Finalmente, Wolkmer propõe fundamentos para o pluralismo jurídico como novo paradigma epistemológico:

o exaurimento do atual paradigma preponderante da Ciência Jurídica tradicional — quer em sua vertente idealista-metafísica, quer em sua vertente formal-positivista — descortina, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução paradigmática, modelada tanto por contradiscursos desmistificadores que têm um amplo alcance teórico-crítico, quanto por novas proposições epistemológicas fundadas na experiência histórica e na prática cotidiana concreta de um pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo.¹⁹

No bojo dessa reação antidogmática à ciência jurídica tradicional, a presente pesquisa se inscreve numa corrente do pluralismo jurídico que em certo sentido teria se desenvolvido na América Latina, sob uma “sociologia crítica do direito”, que busca superar os modelos sociológicos funcionalistas, representados na teoria da burocracia e da racionalidade jurídico-formal de Weber, no formalismo kelseniano e na legitimação por meio da redução procedimental da complexidade de Luhmann, bem como no correlato domínio estético do cânon modernista, nas epistemologias positivistas, na microética individual e na crescente colonização da sociedade civil pelo Estado²⁰. Evita-se, igualmente, a exacerbação do pluralismo jurídico ocasionado pela globalização da produção e a exportação/importação do Estado de Direito e dos programas de reforma judicial. Em consequência, rechaçamos estudos sobre direito e sociedade que fracassam no momento de acolher a crescente oposição popular em relação à ampliação das instituições neoliberais, e perdem de vista estruturas jurídicas alternativas. Adotamos o eixo metodológico da sociologia crítica, segundo o qual a justiça formal da sociedade moderna se construiu a partir da formalização e unificação das diversas “justiças” da sociedade pré-moderna, uma vez que se assenta na eliminação autoritária de todas as ordens jurídicas informais, não estatais. Isto é, o monopólio estatal do direito oculta a existência (nas atuais sociedades “complexas”, não apenas naquelas ditas “primitivas”) de outras juridicidades “informais” (nas fábricas, na família, nas favelas, nas comunidades indígenas etc.), de caráter autogestionário, que expressam valores de igualdade e equidade material distintos àqueles dominantes²¹.

3 Justiça Indígena

O continente Latino-americano possui uma grande população indígena. Por outro lado, impôs-se na região uma institucionalidade na qual se organizam os Estados nacionais, que historicamente ignorou esse

¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura na Direito. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 203.

¹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura na Direito. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 170.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura na Direito. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 233.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. El Estado y el derecho en la transición pós-moderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho. In: COURTIS, Christian. Desde otra mirada: textos de teoría crítica del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001b, p. 275.

²¹ LLEDÓ, Pérez Juan A. Teorías Críticas del Derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón. LAPORTA, Francisco J. El derecho y la justicia. Buenos Aires: Editorial Trota, 2000, p. 95.

grande agrupamento humano, que ancestralmente ocupa essas terras, muito antes da chegada dos europeus. A seu turno, os povos indígenas persistiram frente a esse modelo colonial, que não lhes oferecia nada senão a exploração e o aniquilamento físico, a tutela paternalista, a assimilação cultural.

O direito indígena foi moldado por conquistas e migrações durante séculos. De um ponto de vista anticolonialista, a mobilização transnacional dos povos indígenas desatou um processo de inovação jurídica que tem profundas implicações para os sistemas constitucionais nacionais e o regime internacional dos direitos humanos, alterando os pressupostos individualistas e etnocêntricos ocidentais do pensamento e das instituições jurídicas liberais. Como dizem Rodríguez Garavito e Arenas, a autodeterminação indígena implica o autogoverno político segundo suas tradições e leis, reivindicação que requer, às vezes, algum tipo de autonomia dentro de um Estado nacional maior²². Segundo eles, a reivindicação das diferenças culturais concerne, em suma, ao direito dos povos indígenas de se opor aos projetos assimilacionistas e outras formas de imposição da cultura ocidental.

Desde meados dos anos oitenta, as Constituições da América Latina vêm reconhecendo o caráter multicultural de sua população e incluindo os direitos indígenas. Com a introdução pioneira de direitos indígenas na Constituição nicaraguense de 1987, uma onda de novas Constituições introduziu disposições específicas sobre direitos indígenas, em Brasil (1988), Colômbia (1991), México (1991), Peru (1993) e Venezuela (2000). Merece destaque a contribuição da Constituição Equatoriana (2008) para esse fenômeno, ao consagrar os Direitos de *Pacha mama*, “de onde se reproduz e se realiza a vida” (art. 71), e, ainda, celebra, em seu preâmbulo, tanto as “nacionalidades indígenas” como a natureza, “de que somos parte e que é vital para nossa existência”, invocando a “sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade” para “construir uma nova forma de convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o bem viver, o *sumak kawsay*”. Para efetivar o referido art. 71 da Carta Fundamental, o Equador promulgou um novo Código Orgânico Geral de Processos (2015), que prevê um capítulo inteiro destinado à Representação da Natureza, dispondo que esta poderá ser processualmente tutelada por qualquer pessoa natural ou jurídica.

Por sua vez, a Constituição Política do Estado da Bolívia (2009) consagrou o direito das nações e povos indígenas, originários e camponeses de exercer seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com suas cosmovisões (art. 30.II.14). Esses sistemas jurídicos foram reconhecidos como parte da função judicial, sob o nome de Jurisdição Indígena Originária Camponesa (arts. 179, 190 e 192). Além disso, consagrou “princípios ético-morais da sociedade plural: *ama qhilla, llulla ama, ama suwa* (não seja preguiçoso, não minta, não seja ladrão), *suma qamaña* (viver bem), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaq ñan* (caminho ou vida nobre)” (Art. 8.1). No preâmbulo da Carta Fundamental, que descreve com profundidade poética e histórica o passado ecológico da Bolívia, os constituintes afirmam: “Povoamos esta sagrada Mãe Terra com rostos diferentes, e compreendemos desde então a pluralidade vigente de todas as coisas e nossa diversidade como seres e culturas”. A Constituição prevê outra evidência de “pluranacionalismo”: o direito de voto a estrangeiros. E, conforme a Carta, o Tribunal Constitucional Plurinacional é composto mediante sufrágio universal, garantindo-se a representação indígena na Corte.

Nesse sentido, essas novas constituições nascem das lutas de movimentos indígenas, camponeses e afrodescendentes, em contexto de crise ecológica²³, e também, capitalista. Assim, alguns autores argumentam que, ao propor uma “plurinacionalidade”, as constituições da Bolívia e do Equador, de fato, rompem com o modelo de Estado que buscou “homogeneizar, assimilar a cultura indígena, bem como a cultura dos imigrantes negros, que vieram escravizados para as Américas”²⁴. Portanto, essas novas constituições, “jus-

²² RODRÍGUEZ GARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U’wa en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al. (eds), El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita, Barcelona: Anthropos Editorial, 2007.

²³ OSORIO, Martín Bazurco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolívia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al (orgs.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, pp. 54-56.

²⁴ VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Leticia Garcia Ribeiro. Estado Plurinacional na América Latina: diálogo conceitual entre

tamente por terem como origem um processo de lutas populares, podem emancipar, bem como libertar politicamente as culturas minoritárias até então reprimidas”²⁵.

Em síntese, como ensinam Osorio e Rodríguez, a justiça indígena implica sistemas associados a um espaço local e concreto, a estruturas organizacionais e de autoridade próprias, donde emerge seu conteúdo e sentido²⁶. Isto não impede que, em cada comunidade, seja frequente a internalização de normas, princípios e procedimentos de outros sistemas jurídicos, dando lugar a um tipo especial de direito em que se entrelaçam tradições, costumes e interpretações de outras normas, princípios e procedimentos. Para os autores, a justiça indígena decorre não somente do reconhecimento de uma concepção de pluralismo jurídico em sentido forte, senão também de uma maneira de compensar as deficiências do sistema formal de justiça, em áreas em que este não tem presença, seja devido à distância geográfica, pela falta de financiamento ou por força da pura e simples exclusão violenta do diverso.

Segundo seus próprios princípios e práticas, a justiça indígena visa restaurar e reconciliar, mais do que punir, o que pode implicar, e.g., a realização de rituais como a *wajta* (oferenda à *Pacha Mama*), ou cavar a cova e enterrar o corpo da vítima. Portanto, na justiça indígena, a restauração ou a reconciliação podem atingir dimensões para além da própria comunidade, em sentido estrito, extrapolando dimensões terrenas da realidade, podendo incluir a própria *Pacha Mama* ou, se preferir, uma dimensão sobrenatural²⁷. Consonante esse traço comum, de acordo com a forma de funcionamento da justiça Wawai, os “líderes se encontram antes ou após reuniões públicas para discutir problemas comunitários ou convocar famílias para resolver litígios”. Como reconhece Catherine Howard, “os líderes Waiwai exercem autoridade não por meio de comandos ou coerção, mas, por meio de persuasão, eloquência, generosidade e exemplo”. Assim, cada festa, cada trabalho coletivo, cada decisão, é um indicador sensível da influência atual que líderes, aspirantes ou rivais discretamente exercem nos assuntos comunitários. Vale ressaltar:

a oratória dos líderes se enche de sermões e arengas para que os membros do vilarejo “Comecem a se amar!” e “Sejam pacíficos”. Tais arengas, ainda que acaloradas, não se definem como “palavras raivosas”, mas, sim, como discursos relevantes que visam “advertir outros para serem respeitosos” (*nítwerimesi*). (...) os líderes brandem discursos persuasivos, moralizantes, para reprimir hostilidades e ordenar as relações entre indivíduos e parentelas²⁸.

O caso objeto deste estudo possui um precedente, ocorrido em 2000, que confirma essa lógica de funcionamento também na justiça Macuxi, em que o indígena Basílio Alves Salomão foi absolvido pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri Popular, em Roraima, com a tese de causa supralegal de culpabilidade, como ilustra, Helder Girão Barreto, então presidente da Sessão do Júri Federal:

no dia do julgamento o acusado estava há quase catorze anos sem poder retornar ao convívio da Comunidade Indígena do Maturuca. Ao ser interrogado em plenário o acusado declarou: “quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros Tuxauas”; e que isso

multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In: DE MORAIS, Jose Luis Balzan; BARROS, Flaviane de Magalhães. (Coords.). Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 33.

²⁵ VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. Estado Plurinacional na América Latina: diálogo conceitual entre multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In: DE MORAIS, Jose Luis Balzan; BARROS, Flaviane de Magalhães. (Coords.). Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 33.

²⁶ OSORIO, Martín Bazarco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al (orgs.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012.

²⁷ OSORIO, Martín Bazarco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 115.

²⁸ HOWARD, Catherine. Wrought identities: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia. 2001. 594 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia. Faculdade de Ciências Sociais, Universidade de Chicago, Chicago, 2001, p. 198.

“é um costume que vem antes do tempo dos seus avós”. (...) Em plenário, foi ouvida a antropóloga Alesandra Albert, que assegurou que na tradição da etnia Macuxi “um índio que mata outro é submetido a um Conselho, escolhido pela própria comunidade e reconhecido como detentor de autoridade; que a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento; que tanto o julgamento quanto a pena são modos como eles encaram a Justiça”; e, conclui; “para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena têm o sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes (...)”.²⁹

Portanto, é preciso considerar-se que, como a co-vigência dessas justiças existe há muito, foram se desenvolvendo ao longo do tempo múltiplas formas de relação entre o direito estatal e o direito indígena. Historicamente, notaram-se as principais formas de relação: a negação, a coexistência a distância, a reconciliação e a convivência³⁰. Como Boaventura de Sousa Santos tem argumentado, é preciso abrir uma via de mão dupla de aprendizagem, dando “lugar a múltiplos pluralismos que por ora surgem no debate político e na luta social como múltiplas dualidades: de saberes, de temporalidades, de reconhecimentos, de escalas e de produtividades”³¹. Nesse sentido, “se de fato se busca cumprir o mandato constitucional de uma coordenação entre justiças em um Estado plurinacional, há que ir caminhando lentamente das dualidades de saberes jurídicos às ecologias de saberes jurídicos”³².

Ademais, Lenio Streck e Fábio de Oliveira pontuam que os arranjos de democracia direta, a plurinacionalidade, a integração latino-americana e a anunciada solapada no paradigma antropocêntrico demonstram certo ímpeto, no sentido de incrementar a formação do que chamam de “direito constitucional comum latino-americano”³³. Por sua vez, Armin Von Bogdandy anota, entre outros traços marcantes de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, o que chama de “pluralismo dialógico”, que, apesar de estar ancorado em um discurso universal, apresenta características muito latino-americanas. Pois “refere-se a normas que não formam parte do ordenamento jurídico estatal, mas regem as relações sociais de certos grupos”³⁴. O autor ressalta o valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já que muitas de suas sentenças paradigmáticas são fruto de litígio estratégico de grupos da sociedade civil, que habitualmente apoiam o pluralismo étnico-cultural, buscando a inclusão da população indígena e afrodescendente, a fim de abrir espaço nas instituições estatais para reconhecer que são grupos com valores e interesses específicos.

Como visto, a justiça indígena é, no contexto do constitucionalismo latino-americano, um sistema em si mesmo que, dentro da construção de Estados plurais, busca complementar-se com as demais jurisdições, em pé de igualdade. Porém, conforme alguns, “o reconhecimento constitucional brasileiro aos indígenas não chega ao patamar constante do *novo constitucionalismo latino-americano*”³⁵. Buscaremos a seguir testar essa hipótese diante de um caso recente e certo material etnográfico.

²⁹ HELDER GIRÃO BARRETO, *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. 1ª ed., 6ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p. 119-120.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 35.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 50.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 50.

³³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; et al (org.) *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 140-141.

³⁴ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 34, jan-jun./ 2015, p. 33.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; et al (org.) *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 129.

4 Estudo de caso sobre a justiça indígena frente à justiça penal

A presente seção, embora limitada a um caso único, encontra sólido fundamento metodológico. Assim como Boaventura de Sousa Santos observou em certa feita que, “apesar de toda sua precariedade, o direito de Pasárgada representa a prática de uma legalidade alternativa e, como tal, um exercício alternativo de poder político, ainda que muito embriônico³⁶”, a justiça Waiwai poderá se materializar em um pluralismo jurídico que também implique linhas de fuga da ação política. Para se confirmar tal hipótese, ainda que seja um caso detentor de significado próprio, será preciso observar, em outros casos futuros, o desdobramento desse precedente. Sob esse cenário, trazemos à baila um exemplo sociojurídico que problematiza o confronto entre jurisdições estatais e indígenas, bem como a explosão de escalas de conflitualidade nesses agrupamentos.

Os Waiwai vivem atualmente em grandes comunidades. De acordo com Renato Sztutman, os “novos” aglomerados consistem numa espécie de condensação das redes supralocais, que coincide com situações de contato intensivo com a população não indígena, concentrando num mesmo espaço o que antes se encontrava disperso³⁷. Nesses aglomerados Waiwai — reunião de diferentes povos que aceitaram se “waiwaizar” e se conformar a um novo padrão de convivialidade — a vida acompanha a condenação dos xamãs e das bebidas fermentadas, como se os mecanismos de comunicação intercomunitários, potencializados pelo xamanismo e pelo oferecimento de *caxiri*, tivessem sido sobrepostos pela prática de conversão e liturgia protestante.

Conforme Catherine Howard, os contatos pacíficos, realizados durante expedições de missionários, representam o começo de um longo processo de transformação de “pessoas ferozes” em verdadeiros Waiwai³⁸. Isto hoje se dá pelo convencimento de atrair novatos para a comunidade, acompanhado de hospitalidade e generosidade exageradas, o que permite aos Waiwai certa superioridade moral e definir-se como “cuidadores” de seus convidados “isolados”. À medida que os imigrantes se “acostumam” ao seu contexto, encontram formas de responder à generosidade de seus anfitriões e começam a ser capturados por redes de reciprocidade. Nesse processo, a identidade desses povos recém-incorporados, gradualmente, se “waiwaiza”. Isto reconfigura suas relações com missionários, agentes do Estado e outros colonizadores ocidentais, tornando-os figuras centrais em complexos encontros interétnicos, é dizer, os mediadores indispensáveis entre grupos radicalmente diferentes.

O material etnográfico que acessamos realça o papel dos Waiwai ao “civilizar” outros povos vizinhos, como os Macuxi, que tradicionalmente vivem à beira do rio Branco e hoje habitam a terra Manoá-Pium, constantemente ameaçada por processos minerários. Exploraremos a seguir o caso de Denilson Trindade Douglas, irmão de Alanderson Trindade Douglas, indígena Macuxi, habitante da comunidade Manoá-Pium, que foi “condenado a waiwaizar”, após ser denunciado pelo Ministério Público do Estado de Roraima, por haver assassinado seu irmão, sob efeito de bebida alcoólica. Portanto, cuida o caso de acusado e vítima, ambos indígenas, sobre fato ocorrido dentro da terra indígena, na Região Serra da Lua, Município de Bonfim, Estado de Roraima. O caso ocorreu em 26 de junho de 2009, quando Denilson Trindade Douglas, embriagado, desferiu diversas facadas nas costas de seu irmão, por força de um desentendimento.

4.1 A condenação indígena: “waiwaizar-se”

Conforme Catherine Howard, em comparação com os demais povos da região, o sistema de autoridade

³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 76.

³⁷ SZTUTMAN, Renato. Sobre a ação xamânica. In: GALLOIS, Dominique Tilkin. (org.) Redes de Relações nas Guianas. Série Redes Ameríndias – NGII-USP. São Paulo: Editora Humanitas, 2005.

³⁸ HOWARD, Catherine. Wrought identities: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia. 2001. 594 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia. Faculdade de Ciências Sociais, Universidade de Chicago, Chicago, 2001, pp. 327-328.

dos Waiwai é bastante elaborado, diferenciado e pressupõe certa hierarquia de funções³⁹. Como pontua a antropóloga, há entre os Waiwai ao menos três tipos de liderança: o *kayaritomo* ou chefe de aldeia; o líder de trabalho, *antomañe komo*, que muitas vezes coincide com o chefe de parentela; e, por fim, o líder religioso, antes da chegada dos missionários, o *yaasi komo* (xamã) e, depois, o *kaan min yenñe komo* (pastor). Todas essas figuras são identificadas pelos Waiwai como *enñe komo*; segundo a tradução de Howard, “aqueles que tomam conta”, que promovem a convivialidade, o que não é o mesmo, vale ressaltar, do que representar.

No dia 26/06/2009, os membros do Conselho Manoá reuniram-se e deliberaram pela punição de Denilson. A pena aplicada ao indígena, por tuxauas e membros da comunidade Manoá, inicialmente foi construir uma casa para a esposa da vítima e a proibição de ausentar-se da comunidade Manoá sem permissão dos tuxauas, como narra, em sua sentença, Aluizio Ferreira Vieira, magistrado que atuou no caso⁴⁰.

Sem embargo, após essa deliberação, as lideranças indígenas reuniram-se novamente, com tuxauas de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá e Waiwai, bem como servidores da FUNAI, estes apenas para prestar apoio às lideranças no decorrer do procedimento. Em conclusão, foi decidido que:

1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
3. Participar de trabalho comunitário;
4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;
5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;
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.

Um dos elementos contidos nessa resolução que merece destaque é o ponto 8: “aprender a cultura e a língua Wai Wai”. Como notou Evelyn Schuler Zea, após 1950, quando os Waiwai permitiram a instalação da UFM (*Unenwangelized Field Mission*), as expedições evangélicas na Amazônia passaram a contar com o apoio material (como a disponibilização de motores de popa) e imaterial (como o discurso da salvação evangélica) dessa missão. Um dos frutos do contato permanente com a missão — e, aos poucos, com outros agentes não-indígenas, como a FUNAI, além de contatos esporádicos com pesquisadores e a população ribeirinha, entre outros — foi o uso do termo “Waiwai” para designar não apenas a língua Karib predominantemente falada entre eles, mas também para se referir ao coletivo como um todo, que eles passaram a chamar de “comunidades Waiwai” (ou Wai Wai) de tal ou tal lugar. Até recentemente, observa a antropóloga, havia várias outras línguas também faladas nessas comunidades, cada uma por parentelas de outros índios que se intercaram com os Waiwai ou que migraram para conviver com os Waiwai durante a fase de sua centralização em grandes aldeias entre 1950 e 1980. Tais processos de centralização e descentralização ajudam a esclarecer porque a língua Waiwai se transformou em língua franca na região, sendo aquela predominantemente falada nas Assembleias Gerais, que começaram a ser organizadas a partir de 2002⁴¹. Portanto, é preciso não cair em uma leitura grandiloquente acerca da efetividade da proteção jurídica das práticas originárias, sobretudo,

³⁹ HOWARD, Catherine. Wrought identities: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia. PhD thesis. Chicago, University of Chicago, p. 198.

⁴⁰ BRASIL. TJRR. Ação Penal n. 0090.10.000302-0. Julgado em 03 de setembro de 2013.

⁴¹ SCHULER ZEA, Evelyn. (Trans)Formações Waiwai. In: Reinaldo Imbrozio Barbosa; Valdinar Ferreira Melo. (Org.). Roraima: Homem, Ambiente e Ecologia. Boa Vista: FEMACT, 2010, p. 173-174.

ao se encarar o pluralismo indígena. Ainda assim, é preciso evitar uma leitura de julgamentos ocorridos na justiça originária que tomem por premissa sua *justeza* e *legitimidade* em relação à comunidade local.

4.1.1 A intervenção do Estado Policial

O Ministério Público do Roraima denunciou o indígena Denilson pelo crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, §2º, II). A denúncia foi recebida pela justiça do Roraima, instaurando-se a ação penal n. 0090.10.000302-0/RR.

Diante da acusação, a defesa referiu a condenação de Denilson pela comunidade indígena à qual pertencia, pena que ele já estava cumprindo, e invocou o princípio do *non bis in idem*, segundo o qual ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato. Ademais, a Advocacia Geral da União ingressou no feito, em favor do réu, argumentando a incompetência do juízo, uma vez que já tinha sido julgado pela própria comunidade, não podendo, assim, ser processado novamente pelo Juízo da Comarca de Bonfim, em atenção ao art. 57 da Lei 6.001/73 e ao art. 9º da Convenção 169 da OIT.

Em resultado, a pena indígena foi convalidada. A decisão, em primeiro grau, reconheceu como legítima a punição aplicada pela comunidade, afastando o direito estatal de punir, conforme se verifica no trecho final da sentença:

Ante ao exposto, deixo de apreciar o mérito da denúncia do Órgão Ministerial, representante do Estado, para DECLARAR A AUSÊNCIA IN CASU DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, relativo ao acusado DENILSON TRINDADE DOUGLAS, brasileiro, solteiro, agricultor, nascido aos 13/03/89, filho de Alan Douglas e Demilza da Silva Trindade, com fundamento no art. 57, da Lei no 6.001/73 e art. 231, da Constituição da República.⁴²

No entanto, o Parquet Estadual recorreu da decisão. Ao cabo, em 18 de dezembro de 2015, a Apelação Criminal n. 0090.10.000202-0 foi julgada pela Turma Criminal do TJ/RR, que manteve por maioria de votos a sentença proferida no juízo *a quo*. Sem embargo, o pronunciamento do tribunal acatou a decisão em 1ª instância, ressaltando sua fundamentação, ao declarar a incompetência do Estado para conhecimento da causa em razão da punição aplicada pela comunidade indígena. O Relator, Des. Mauro Campello, fez constar em seu voto a experiência comparada:

Firme na Convenção 169 da OIT, bem assim no conhecido art. 231 da Constituição Federal, e tomando por base a experiência comparada (conforme o permite o art. 4º da LINDB), entendo como correta a decisão em 1ª instância, ressalvadas as considerações sobre parte da justificativa nela adotada, como anotei, o que, em todo caso, nos leva à mesma conclusão.

Ante o exposto, considerando afastada a jurisdição estatal com o julgamento do fato pela comunidade indígena concernida, sob pena de se acarretar *bis in idem*, voto pelo desprovimento do recurso de apelação ministerial, mantendo inalterada a sentença.⁴³

Algumas considerações podem derivar do estudo de caso, por meio do acionamento de fontes teóricas do constitucionalismo latino-americano. Da leitura do referido acórdão, percebe-se que o tema explorado primordialmente, a proibição do *non bis in idem*, vale-se não somente dos instrumentos domésticos, mas também daqueles internacionais existentes, o que aponta uma análise multinível de tal questão adequada para o problema enfrentado. Não se percebe, o que é louvável, uma interpretação supremacista do direito estatal, o que produz um resultado de integração (ou “interlegalidade”) entre os sistemas de justiça estatal e indígena.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Ação Penal n. 0090.10.000302-0. Julgado em 03 de setembro de 2013.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Apelação Criminal no 0090.10.000302-0. Julgado em 18 de dezembro de 2015. Publicado no DJE em: 17.02.2016.

4.2 A proteção jurídica das práticas culturais indígenas

A proteção constitucional e convencional da cultura exige, como sustentaremos, formas dialongantes de busca de sentidos para conceitos jurídicos. Na América Latina, vale lembrar, a Constituição de Querétaro, de 1917, pôs o México como protagonista mundial ao elencar a cultura como bem constitucional protegido no campo da educação, o que, com o constitucionalismo social do século XX, ganhou espaço em diversas outras constituições.

No Brasil, José Afonso da Silva elenca, ao comentar a relação entre cultura e populações indígenas, o “*direito de proteção às manifestações das culturas populares indígenas (...) como bem constitucional*”, que se encontra protegido pela Constituição⁴⁴. A seu turno, a Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 da UNESCO, promulgada pelo Decreto n. 6.177/2007, relaciona a defesa da diversidade cultural com o respeito à dignidade humana, ao estabelecer, no art. 2º, que a proteção da diversidade cultural é um “imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana”, afirmando que isso implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular, “os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones”.

No mesmo sentido, o art. 2.1 da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural (Decreto n. 5.753/2006) adota definição abrangente de patrimônio imaterial, ao conceber “(...) as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas — junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados”, usados pelas comunidades, grupos e indivíduos se utilizam como também seu patrimônio cultural que se “transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade”, fazendo com que se fomente a “diversidade cultural e a criatividade humana”.

Tal artigo do referido tratado internacional considera, ainda, levar em conta unicamente esse patrimônio, desde que sua compatibilidade exista em relação aos “instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável”. Ainda, pode ser mencionado o direito humano à participação na vida cultural, conforme o art. 15, § 1º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto 591/92 e o art. 14. 1 a) do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, o denominado “Protocolo de São Salvador”, promulgado pelo Decreto n. 3321/99.

Conforme a Observação Geral n. 21 do Conselho Econômico Social da ONU, que confere conteúdo ao direito de toda pessoa participar da vida cultural (art. 15, parágrafo 1º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), é necessário que o Estado parte, às vezes, abstenha-se de fazer algo, por um lado, e que tome medidas positivas, por outro⁴⁵.

Portanto, os direitos culturais vêm relacionados não somente ao conceito de identidade cultural, mas também, sobretudo, ao da dignidade humana, posto que todos os direitos são interdependentes. No que se refere, especificamente, a comunidades indígenas, para além das normas internacionais de direitos culturais, cumpre reportar a Convenção 169 da OIT promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5051/2004.

⁴⁴ AFONSO DA SILVA, José. Ordenação constitucional da cultura. Malheiros, São Paulo: 2001, pág. 52.

⁴⁵ Interessante mencionar que, sobre o significado de cultura, tal normativa coloca: “El Comité considera que la cultura, a los efectos de la aplicación del párrafo 1 a) del artículo 15, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades.”

Nesse sentido, a autodeterminação tem uma preponderância talvez não muito visível nas lutas contra o desenvolvimento predatório, como ocorre no caso dos Waiwai. Essa reivindicação está estreitamente relacionada à afirmação da diferença cultural, porque a noção indígena de “território”, mais ampla, distancia-se radicalmente da concepção da terra como um fator de produção e propriedade privada. Conforme a perspectiva indígena, “território” inclui tanto o espaço físico como os recursos naturais necessários para reproduzir a economia e a cultura de uma comunidade. Dessa forma, Rodríguez Garavito e Arenas observam que, na defesa indígena radical do direito coletivo à terra se reúnem a identidade, o território e a preservação ambiental⁴⁶.

Sem embargo, o conceito indígena de território abarca também uma dimensão sobrenatural como fonte de reprodução ritualística. Em suas incursões pela América Latina, Boaventura de Sousa Santos notou que os eventos vivenciados na região inauguraram processos de radicalização da democracia, construídos por lutas assentadas em conhecimentos ancestrais, populares e espirituais que evidenciam concepções ontológicas sobre o ser e a vida muito distintas do individualismo ocidentais: “os seres são comunidades de seres antes que indivíduos; nessas comunidades os antepassados estão presentes e vivos assim como os animais e a Mãe terra.⁴⁷” Portanto, estamos diante de cosmovisões que impõem um trabalho de tradução intercultural da ideia de “território”. Sua dimensão jurídica dá lugar a um dos desafios mais poderosos aos sistemas políticos latino-americanos. Contra o prejuízo monocultural das ordens jurídicas modernas, os povos indígenas reivindicaram uma compreensão coletiva e relacional dos direitos (ampliando o repertório liberal de garantias individuais) e propõem marcos jurídicos multiculturais que garantem o direito à diferença⁴⁸.

Finalmente, as práticas culturais indígenas, inscritas nas múltiplas justiças que os povos construíram, como observa Miriam Lang, não têm o tom de uma utopia universal, mas constituem testemunhos de que outro mundo é possível, outra lógica de convivência e de organização social — que se plasmou, nos últimos anos, sob os conceitos de *Sumak Kamsay* e *Suma Qamaña*, ou Bom Viver (ou “*Buen Vivir*”)⁴⁹.

4.2.1. **Jurisdição indígena:** a necessária integração entre a Convenção 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e o ordenamento jurídico pátrio

Como visto nas seções anteriores, a relação entre cultura e direito vem sendo trabalhada há muito em diversos setores da produção do conhecimento jurídico. O direito, fruto da obra humana, pertence ao mundo da cultura e, no caso em que analisamos, a cultura dos povos indígenas deve nortear a compreensão e aplicação do seu direito. Reconhecer essa “culturalidade” ao direito é uma exigência do constitucionalismo latino-americano em sua vertente contemporânea.

O respeito à jurisdição indígena como meio de concretização do direito indígena tem fundamento ostensivo na Convenção 169 da OIT, avançando, inclusive, pela matéria penal, pois referido tratado “*especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual inclusive es claro que la materia penal (...) es de conocimiento del Derecho Indígena*”⁵⁰. Importa, nesta toada, diferenciar a análise tanto do sistema colonial quanto de interlegalidade, que se limitam a unicamente reconhecer o “*Derecho Indígena a casos de menor gravedad o de mínima cuantía*”, *devido seu respeito alcançar “todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas*”.

⁴⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U’wa en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al. (eds), El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita, Barcelona: Anthropos Editorial, 2007, p. 221.

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. 1ª reimpr. La Paz: Plural Editores, 2010, p. 29.

⁴⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U’wa en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al. (eds), El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita, Barcelona: Anthropos Editorial, 2007, p. 222.

⁴⁹ LANG, Miriam. Presentación. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 10.

⁵⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999, p. 97.

A intermediação, assim, entre as jurisdições estatal e indígena deve ser feita, a nosso sentir, sem descuidar das práticas indígenas e das manifestações jurídicas como elementos culturais, tema bem apontado no julgado, sensível aos efeitos da referida Convenção na ordem constitucional brasileira. Significa dizer que a relação entre o direito estatal e o direito indígena deve ser modulada a partir dos costumes (art. 231 da Constituição Federal) e do direito à cultura indígena (art. 216, caput e inciso I e II), tendo em vista que ao impor a proteção da memória dos “diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, além dos seus “modos de criar, fazer e viver”, o estabelecimento de uma ordem jurídica fundada em sua experiência e cultura tem suporte e proteção na Carta Constitucional de 1988.

Também o art. 57, da Lei 6.001/73, conhecida como Estatuto do Índio, prevê que será tolerada a aplicação do direito indígena “de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros” com a condição de que “não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”. Além disto, a partir das obrigações advindas da Convenção 169 da OIT, o estado brasileiro deve adequar o ordenamento jurídico doméstico ao artigo 9º, exigindo que se respeite aos métodos a que recorrem os povos tradicionais com base em sua tradição para a “repressão dos delitos cometidos pelos seus membros” e aponta ademais a exigência de que as autoridades, inclusive as judiciárias, em matéria penal, tomem “em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto”.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), assinada pelo Brasil, também aponta caminhos no sentido do reconhecimento, quando, em seu artigo 5º, afirma o direito de conservar e reforçar “suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo, ao mesmo tempo, seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado”.

Percebe-se que, ao afirmar que as práticas indígenas são protegidas pelo estado brasileiro, a interpretação adequada do texto constitucional, ao levar em conta as obrigações decorrentes da Convenção 169, somente pode ser pelo reconhecimento da jurisdição e do direito indígenas, forjados a partir de sua cultura. Ter os costumes como fonte para o direito penal se trata de compreender as diferenças entre os sistemas de justiça oficial e não oficial, visto que, tal como afirma Olivè, talvez as comunidades indígenas reivindiquem o reconhecimento pleno de um *ius puniendi* consuetudinário, assentado em suas tradições e histórica, com o objetivo político de obter um maior autogoverno, ou mesmo para fins de poder ressocializar seus integrantes dentro da comunidade⁵¹. Tal leitura diversificada acerca do direito indígena se legitima, segundo o autor porque “el sistema penal basado en la costumbre se acepta en beneficio de los propios miembros de las comunidades indígenas, para no perjudicar una posición ya de por sí muy desfavorable”.

Outro argumento a ser rechaçado é o que diz respeito ao aspecto unicamente “moral” da Declaração dos Povos Indígena da ONU, pecando por sua fragilidade argumentativa, dado que, contemporaneamente, essa percepção meramente moral do que se convencionou denominar *soft law* no direito internacional tem sido superada pelo reconhecimento de maior normatividade a tais instrumentos⁵².

Ademais, tal reconhecimento e respeito às decisões das justiças indígenas são obrigações decorrentes tanto da Constituição quanto do direito internacional dos direitos humanos, segundo uma visão intercultural. Isto significa que a interculturalidade é uma evolução do conceito de multiculturalidade. Enquanto esta última “se refiere a la coexistencia de distintas culturas dentro de un mismo territorio e incluso compartiendo un mismo marco jurídico”, a interculturalidade, defendida neste artigo, protege uma “relación simétrica y dialógica entre culturas diversas en un intento de conocimiento y aceptación, trascendiendo la simple tolerancia”⁵³.

⁵¹ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Diversidad cultural y sistema penal. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 13, p. 25-40, jul/dez 2009, p. 35.

⁵² SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance (June 26, 2009). Minnesota Law Review, Vol. 94, pp. 706-99, 2010; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 09-23.

⁵³ MONDRAGÓN, Aracely. Interculturalidad, historias, experiencias y utopías. México: Universidad Intercultural del Estado de

Em outras palavras, o reconhecimento da legitimidade do direito e da jurisdição indígenas não pode ser feito a partir de uma leitura colonial, mas, sim, intercultural, segundo a qual não basta reconhecer as diferenças existentes entre as culturas (multiculturalismo), impondo-se a necessidade de garantir suas diferenças como condição de existência de uma ordem jurídica acorde com o direito doméstico e o direito internacional dos direitos humanos, ao mesmo tempo que se promova a interpretação intercultural das normas jurídicas.

5 Conclusões finais

À luz do caso analisado, seria lícito concluir que a relação entre os dois sistemas jurídicos, Waiwai e Mucuxi, tende a sobrepor princípios daquele primeiro sobre este, tendo em vista as transformações pelas quais vem passando essa comunidade, pela emergência das lideranças e dos “coletivos proféticos”, que fomentam um respeito pelo direito e pela ordem, que eventualmente aqueles indígenas irão transportar para as interações com o sistema jurídico oficial.

Assim, o direito da terra indígena onde ocorreu o delito é neutralizado pela trivialidade da aceitação dos Waiwai em relação às práticas missionárias, que preservam certa ética de domesticar pessoas consideradas em uma escala inferior de “evolução”, seres imperfeitos, quase bestiais. Portanto, a pura e simples aplicação do direito indígena não é automaticamente correlativa à resistência à colonização, mas pode ser também um resultado de uma polarização catalisada por ela própria.

Por outro lado, nas atuais circunstâncias de constante ameaça de mineradoras, a juridicidade não oficial pode ser um dos poucos instrumentos que esses agrupamentos têm à mão, para maximizar as possibilidades de resistência contra a intervenção do Estado e que faz aumentar o custo político de uma eventual intervenção⁵⁴.

Nesse sentido, o reconhecimento pelos agentes do Estado da autonomia do direito e da jurisdição indígenas irradia da Constituição e do direito internacional dos direitos humanos aos quais o Brasil se submete. A posição firmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima merece aplauso pela leitura intercultural feita da ordem jurídica brasileira, sem que o olhar colonizador do direito estatal se some à falsa supremacia de sua imposição sobre outra ordem tão legítima quanto.

É correta a necessidade apontada pelo relator do acórdão de explorar o direito comparado, tendo em vista o déficit de produção jurisprudencial no Brasil, perfazendo, com efeito, uma leitura dialogante como meio de legitimação da decisão judicial. Sem embargo, aos argumentos advindos da análise do direito norte-americano e australiano poderiam agregar-se outros, advindos de Estados latino-americanos, que têm protagonizado a jurisdição indígena e cuja realidade tem maior proximidade à brasileira.

Seria interessante, assim, explorar, em estudos futuros, as experiências equatoriana, boliviana e peruana, donde a existência de leis torna tal relacionamento entre ordens jurídicas mais coordenado. Ainda, a experiência colombiana e a jurisprudência construída por sua Corte Constitucional poderiam ser úteis para uma análise estrutural do pluralismo jurídico em perspectiva comparada.

O problema estudado no presente ensaio exige não somente uma reconceitualização profunda e transversal dos direitos humanos em termos pós-coloniais, mas um novo imaginário democrático, para se consolidar um “constitucionalismo transformador”. Essa conclusão é tão plausível quanto ao próprio “momento constituinte”, ao falar-se em uma teoria constitucional que desvia das vias já pavimentadas pelo hemisfério norte e que se insurge em relação àquelas. Em síntese, o pluralismo jurídico é um conceito-chave e parte integrante do acervo comum do constitucionalismo latino-americano.

México, 2010, p. 57.

⁵⁴ Nesse aspecto, fazemos um paralelo com o “Direito de Pasárgada”, em contexto ditatorial. Ver, neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 346.

Referências

- ACOSTA, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.
- AFONSO DA SILVA, José. Ordenação constitucional da cultura. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.
- Ação Penal n. 0090.10.000302-0. Julgado em 03 de setembro de 2013.
- Apelação Criminal n. 0090.10.000302-0. Julgado em 18 de dezembro de 2015.
- BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: Extralegal contractual relations in the diamond industry. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, V. 21, n. 1, pp. 115-157, 1992.
- BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* em América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 34, pp. 3-50, jan.-jun., 2015.
- BURMAN, Sandra; HARRELL-BOND, Barbara. The Imposition of Law. Nova Iorque: Academic Press, 1979.
- GRIFFITHS, John. What is legal Pluralism? **Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, Oxfordshire, V. 18, n. 24, p. 1-55, 1986.
- HÄBERLE, Peter. La Constitución como Cultura. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, pp. 177-198, 2002.
- HELDER GIRÃO BARRETO, Direitos indígenas: vetores constitucionais. 1ª ed., 6a Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.
- HOWARD, Catherine. Wrought identities: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia. 2001. 594 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia. Faculdade de Ciências Sociais, Universidade de Chicago, Chicago, 2001.
- LANG, Miriam. Presentación. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, pp. 9-11.
- LLEDÓ PÉREZ, Juan A. Teorías Críticas del Derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (Org.) El derecho y la justicia. Buenos Aires: Editorial Trota, 2000. pp. 82-102.
- MACAULAY, Stewart. Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study. **American Sociological Review**, Chicago, V. 28, n. 1, pp. 55-67, fev., 1963.
- MERRY, Sally Engle. Legal Pluralism. **Law & Society Review**, Massachusetts, Vol. 22, No. 5, pp. 869-896, 1988.
- MONDRAGÓN, Aracely. Interculturalidad, historias, experiencias y utopías. México: Universidad Intercultural del Estado de México, 2010.
- MOORE, Sally Falk. Politics, Procedures, and Norms in Changing Chagga Law. **Africa: Journal of the International African Institute**. Cambridge, Reino Unido, Vol. 40, no. 4, pp. 321-344, Out., 1970.
- OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Diversidad cultural y sistema penal. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 13, pp. 25-40, jul/dez 2009.
- OSORIO, Martín Bazurco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al (Orgs.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, pp. 49-145.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U'wa en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al. (ed.), *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona: Anthropos, 2007. pp. 217-239.

ROULAND, Norbert. *Legal Anthropology*. Londres: The Athlone Press, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa.

Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, Cardiff, v. 14, n.º. 3, pp. 279-302, 1987.

Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2001a.

El Estado y el derecho en la transición pós-moderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho. In: COURTIS, Christian. *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitario de Buenos Aires, 2001b. pp. 273-303.

Reconhecer para libertar os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. 1ª reimpr. La Paz: Plural Editores, 2010.

(Org.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012.

Quando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012.

O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014.

SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A., Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review*, Vol. 94, pp. 706-99, 2010.

SCHULER ZEA, Evelyn. (Trans)Formações Waiwai. In: Reinaldo Imbrozio Barbosa; Valdinar Ferreira Melo. (Org.). *Roraima: Homem, Ambiente e Ecologia*. Boa Vista: FEMACT, 2010, pp. 171-194.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; et al (org.) *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, pp. 119-144.

SZTUTMAN, Renato. Sobre a ação xamânica. In: GALLOIS, Dominique Tilkin. (org.) *Redes de Relações nas Guianas. Série Redes Ameríndias – NGII-USP*. São Paulo: Editora Humanitas, 2005, pp. 151-226.

VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Leticia Garcia Ribeiro. Estado Plurinacional na América Latina: diálogo conceitual entre multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In: DE MORAIS, Jose Luis Balzan; et al. (Orgs.). *Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pp. 18-36.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Daniel Grassi. 2ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2001.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.