XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIA CONSTITUCIONAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

DIOGO GUAGLIARDO NEVES

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria Constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vladia Maria de Moura Soares, Diogo Guagliardo Neves, José Luiz Quadros de Magalhães – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-576-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Em novembro de 2017 abrem-se os trabalhos do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI Em São Luis do Maranhão com o tema Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça.

Refletindo sobre o eixo dos trabalhos que compõem o grupo de Teoria Constitucional é possível apontar os questionamentos sobre o sistema de governo presidencialista e a realidade brasileira conformações e dissenções, a atuação do judiciário e a hermenêutica constitucional, dentre os problemas suscitados a atribuição do efeito erga omnes em controle difuso de constitucionalidade nas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como diagnóstico, todavia, os trabalhos procuraram mostrar uma série de deficiências existentes na participação democrática brasileira e na atuação legítima do Judiciário. Há problemas dos mais diversos. Viu-se o problema de inserção política das minorias, para não dizer, a incapacidade de uma efetiva democracia deliberativa em que todos tenham voz. Por outro lado, notou-se o ativismo judicial como um problema de interferência indevida do Judiciário nos assuntos dos outros Poderes.

Em vista de todo o exposto, convida-se a comunidade científica para que aprecie esta publicação, não sendo exagero dizer que os trabalhos do grupo de Teoria Constitucional têm o mérito de contribuir para a superação dos problemas apontados, procurando caminhos para a consolidação de teorias, de modo a que estas sirvam para iluminar outras possibilidades jurídicas na realidade brasileira dos nossos dias.

Dessa forma, a publicação apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que visam ao debate e o aperfeiçoamento das constituições. Assim, os trabalhos aqui publicados, contribuíram de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Que todos possam ter uma excelente leitura.

Prof. Dr. Diogo Guagliardo Neves - UNICEUMA

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães - PUC/MG

Profa. Dra. Vladia Maria de Moura Soares - UFMT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PLURALISMO JURÍDICO NA SOCIEDADE INDÍGENA NO BRASIL

LEGAL PLURALISM IN INDIGENOUS SOCIETY IN BRAZIL

Armando Rodrigues Gadelha Moreira

Resumo

O pluralismo jurídico é a existência de dois ordenamentos jurídicos aplicados no mesmo território e tempo, ambos sistemas possuindo eficácia. Esse fenômeno se mostra presente nos países que possuem sociedades indígenas, as quais já possuíam um sistema jurídico aplicado quando da sua colonização, momento em que foi imposto um novo ordenamento. Nesse aparente conflito de ordenamentos, há o entendimento de autonomia dos sistemas indígenas, devendo ser aplicado no intento de proteção à cultura tribal. Havendo a existência de diversas de normatizações, que concede proteção aos sistemas jurídicos indígenas, permitindo que eles se autodeterminem. Havendo por vezes interação entre os sistemas.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico, Conflito de normas, Norma indígena, Conflito constitucional, Autonomia indígena normativa

Abstract/Resumen/Résumé

Legal pluralism is the existence of two legal systems applied in the same territory and time, both systems having effectiveness. This phenomenon is present in countries that have indigenous societies, which already had a legal system applied at the time of their colonization, when a new order was imposed. In this apparent conflict of order, there is an understanding of the autonomy of indigenous systems, and it must be applied in the attempt to protect tribal culture. The existence of several standards, which provides protection to indigenous legal systems, allowing them to self-determine. There is sometimes interaction between systems.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal pluralism, Conflict of standards, Indian standard, Constitutional conflict, Indigenous normative autonomy

INTRODUÇÃO

No Brasil, em quase toda a extensão de seu território, se encontra comunidades indígenas, as quais se comportam de forma autônoma da entidade federativa à qual pertence, gerando em muitas vezes conflitos dos índios com a população local e com os órgãos da administração pública, pois a sociedade indígena seria dotada de relativa autonomia organizacional.

A sociologia jurídica classifica esse fenômeno por pluralismo jurídico, que pode ser apresentado de forma simples como a existência de normas de fontes normativas paralelas. Ou seja, a coexistência de dois ordenamentos jurídicos aplicados ao mesmo tempo e localidade e os dois tendo eficácia.

Sendo o exemplo aqui apresentado à dupla aplicação normativa, das normas dos índios e da nação Brasil.

Com base nessa apresentação básica se levanta algumas problemáticas, do pluralismo jurídico existente no Brasil com os seus indígenas, dentre elas, os seguintes questionamentos. Os ordenamentos jurídicos podem coexistir? Quais os limites da independência do ordenamento indígena? Em caso de conflito de normas, qual ordenamento sobressai ou como ele se solucionará?

Influenciado por essas perguntas é que há o desenvolvimento do presente trabalho e na busca do esclarecimento dessas questões inquietantes passar-se-á inicialmente a apresentar o que é pluralismo jurídico, existente no Brasil, quanto aos indígenas.

1 O que é pluralismo jurídico?

O primeiro passo de toda pesquisa é identificar o objeto de estudo, que é o fenômeno do pluralismo jurídico, o qual é conceituado pela doutrina das seguintes formas.

Ana Lucia Sabadell (2005, p.121) conceitua “o pluralismo jurídico como a teoria que sustenta a coexistência de vários sistemas jurídicos no seio da mesma sociedade”.

No mesmo sentido Sally Engle (2007, p.91) apresenta que o pluralismo jurídico "Se define generalmente como una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social"

Acompanhando o entendimento já indicado, Luis Renato Vedovato (2009, p.154) afirma que para configuração do pluralismo jurídico "é necessária a existência de duas ou mais normas aplicáveis à mesma situação, provenientes de centros produtores diversos, cada uma delas tida como válida dentro do seu sistema".

E Sally Engle (2007, p.93) apresenta que o pluralismo jurídico se apresenta como:

> Un sistema jurídico es pluralista en sentido jurídico cuando el soberano controla distintos sistemas de derecho que regulan el comportamiento de diferentes grupos de la población que proceden de etnias, religiones, nacionalidades o geografias distintas, y cuando todos esos regímenes jurídicos paralelos dependen del sistema jurídico estatal.

Por último, Norberto Bobbio (1997, p.928) apresenta a seguinte conceituação de pluralismo jurídico:

> [...] como a concepção que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado como o Estado.

Portanto, em observação às conceituações apresentadas, promovidas por estudiosos dos campos sociológico e jurídico, se mostra claro, que os mínimos de elementos que o conceito de pluralismo jurídico deve possuir são a existência de dois ou mais ordenamentos jurídicos, aplicados concomitantemente a um fato, com efetividade no mesmo local e tempo, originários de fontes diferentes.

Esse estudo do fenômeno sociológico-jurídico historicamente se iniciou, como afirma Sally Engle (2007, p.98), com a análise das sociedades americanas durante o período de colonização das grandes navegações, pela comunidade europeia nos séculos XV à XVIII, pois se acreditava que essas sociedades seriam ancestrais e um momento evolutivo anterior ao europeu.

Momento em que se estabeleceu o ordenamento jurídico dos colonizadores nas sociedades, que já possuíam seu ordenamento e tiveram que coexistir com os dois ordenamentos ao mesmo tempo. E quando da realização do estudo, se constatou, que essa dupla aplicação de ordenamentos jurídicos, não era novidade, pois na história o ordenamento jurídico mulçumano possuía como sistemas normativos, diversas fontes o corão, a sunna, o idjmã e o qiyâs. E na Europa os povos de diferentes etnias tinham vários sistemas jurídicos, como John Gilissen (1995, p.162) apresenta:

> O Direito das etnias germânicas era essencialmente consuetudinário. De facto, não havia "um" direito germânico, mas uma variedade de costumes, mais ou menos diferentes, vivendo cada povo segundo o seu próprio direito tradicional; a situação era semelhante à de qualquer outro povo arcaico.

Ficando claro que o pluralismo é um fenômeno social, presente na história da humanidade em vários momentos. E teve seu estudo iniciado com a observação de sua existência nas comunidades indígenas colonizadas, dualismo jurídico existente até os dias atuais.

Portanto, o estudo em tela, tem por objeto principal, a análise da coexistência da normatização indígena original e do estado brasileiro e como ocorre e se resolve os conflitos entre as duas normatizações.

2 A normatização indígena

Um grande problema enfrentado no estudo do direito Indígena foi o reconhecimento da sua existência, pois havia a argumentação da inexistência de direito e estruturas jurídicas nas sociedades não europeias.

A normatização dos povos não europeus durante os séculos XVI à XVIII foi objeto de estudo, classificando-os como um direito primitivo e não desenvolvido. Tese que seguia a teoria evolucionista de Darwin. Tendo inclusive os estudiosos da sociologia e antropologia, ressaltando os nomes de "Spencer, Durkheim, Marx e Weber também não se furtaram a comparar a organização dos povos indígenas com o direito de suas épocas para justificar suas teorias sobre o direito e sociedade" (SILVA, 2013).

No início das colonizações, para fundamentar os atos de dominação dos impérios europeus, foi aplicada a idéia de evolucionismo social, tendo como ápice as comunidades europeias.

Entendimento que classificava a normatização, dos índios como um momento antes da existência do direito, sendo indicado que em tais sociedades, somente haveria costumes norteadores dos indivíduos. Hartland (1924, p. 138) afirma que as sociedades não europeias estaria cercada "por todos os lados pelo costume de seu povo... amarrado pela correntes da tradição imemorial [...] cujos grilhões são aceitos por ele como uma coisa natural e nunca visa a rompê-los"

Sendo comum na época, a afirmação de inexistência do Direito nas sociedades indígenas, assim como afirma Villares Luiz (2013, p. 21):

> A conclusão sobre a inexistência do Direito nas sociedades indígenas foi muitas vezes contraditória com o título de muitas obras da Antropologia do Direito, por exemplo Nuer Law (HOWELL 1954:225) e Leadership and Law among the Eskimos of the Keewatin District North-west Territories (van der STEENHOVEN 1962:112). Em resumo, para esse autores apenas as sociedades que possuíam instituições judiciais hierarquizadas de governo, como polícia e tribunais, teriam Direito.

Portanto, toda a argumentação de inexistência de direito nas sociedades indígenas, a aplicação da teoria evolucionista aplicada às sociedades. ”A ideia de superioridade racial foi uma das mais eficazes ferramentas de legitimação da expansão imperialista das potências europeias, conhecida como colonialismo”(BÔAS FILHO, 2007, p. 335). Eram todas ferramentas que fundamentavam a colonização, dominação e todos os atos de barbárie dos europeus, praticados em todo o mundo.

Na contramão dessa lógica, alguns estudiosos, se depreenderam em estudos mais profundados e despidos de preconceitos, dotados de uma cientificidade maior, como Jean Pierre Clastres (2003), os quais realizaram o levantamento das normatizações indígenas e demonstrando a estrutura social, que apesar de ser diferente da europeia, pois não possui hierarquia e instituições governamentais, possui normas jurídicas que regra a sociedade, sendo esse direito Indígena, consuetudinário, podendo ser classificado como *comom law*.

Sendo o direito indígena posteriormente reconhecido pelas entidades internacionais nos séculos XIX e XX. Podendo ser citada a convenção 169 da Organização Internacional

do Trabalho (OIT) e a declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os direitos dos povos indígenas. As duas que sevem de norte principal para as normatizações nacionais.

2.1 A autonomia do índio

Inicia-se a apresentação do indígena, conceituando o que viria a ser uma sociedade indígena nos dias atuais. E para isso escolheu-se a convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) a qual traz em seu art. 1º a estipulação do que é sociedade indígena:

> Art. 1º [...]
>
> a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial

Essa conceituação apresenta de forma simples, que a sociedade indígena possui autonomia cultural, social e até normativa da sociedade em que ela está inserida. Portanto, o que se ressalta é a origem diversa e normalmente anterior ao do estado formado, que historicamente teve sua criação oriunda de ato de colonização violenta, com tendências etnocida e genocida.

E nos países que essas culturas ainda sobrevivem há a tentativa de proteção, concedendo proteção material e cultural, e o meio para sua realização é a concessão de autonomia e relativa independência dessas sociedades. Pois, na última metade do século XX, houve o desenvolvimento de uma teoria e política de tolerância, assim como apresenta Wolkmer (2001, p.177):

> A filosofia da tolerância não só está associada à filosofia da liberdade humana mas, igualmente, ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria e ser diferente funcionalmente dos outros. A “tolerância” que implica o bom-senso e a pré-disposição de aceitar uma vida social materializada pela diversidade de crenças

> e pelo dissenso de manifestações coletivas vem a se constituir, [...], a suprema virtude do moderno pluralismo democrático.

Entendimento que é estabelecido em diversos acordos internacionais, como se observa na declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas, que garante em seus artigos 3° e 4°:

> Artigo 3º
>
> Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
>
> Artigo 4º
>
> Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

Assim, como estabelece a convenção 169 da OIT, em seus artigos 34 e 35, no mesmo sentido do acordo firmado pelas Nações Unidas:

> Artigo 34
>
> Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.
>
> Reforçando que é uma prerrogativa das comunidades indígenas restringir os direitos dos indivíduos pertencentes a elas, de uma forma livre, autônoma.
>
> Artigo 35
>
> Os povos indígenas têm o direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades.

Ficando estabelecido então, que o sistema internacional concede aos povos classificados como indígenas a proteção de sua autonomia organizacional, aplicada nos fatores políticos, social e jurisdicional. Diretriz internacional, que influencia na forma de tratamento dos países para com seus indígenas.

2.1 A autonomia indígena no Brasil

Como se observou no tópico anterior, os organismos internacionais, optaram por reconhecer e dentro de alguns limites, proteger a organização dos povos indígenas.

E nesse mesmo sentido o Brasil acompanha a determinação internacional na realização de atos que permitam a autogestão das sociedades indígenas, trazendo já na constituição elementos de defesa ofertada aos índios, com a concessão de jurisdição de proteção de competência da União, a delimitação de terras e auxílio para preservação de sua cultura.

> Pode-se falar que, ao reconhecer as formas de organização social, costumes, crenças e tradições, a Constituição Federal acolheu no Direito brasileiro a coexistência dos sistemas jurídicos indígenas, suas autoridades e procedimentos. (VILLARES, 2014. p. 18-19)

Podendo se ressaltar o caput do artigo 231, da Constituição:

> 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.

Acerca dessa estipulação constitucional Souza Filho (2012, p. 162) estipula a seguinte conclusão:

> Ao ser assim, a Constituição abre as portas para o reconhecimento da jurisdição indígena, quer dizer ao reconhecimento das normas internas que regem as sociedades indígenas e os processos pelos quais se decidem os conflitos por ventura ocorrentes.

Além da determinação constitucional, há o estatuto do índio, lei n° 6.001 de 1973, a qual em seus artigos 1º e 6º estabelecem a autonomia dos grupos indígenas:

> Art. 1º [...]
>
> Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.
>
> [...]
>
> Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.
>
> Parágrafo único. Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei.

Portanto, em análise à legislação pátria, vislumbra-se o reconhecimento de independência organizacional das comunidades indígenas, respeitando seus costumes, relações contratuais, familiares e toda organização social.

Mas em diversas ocasiões a norma estabelecida pela sociedade brasileira e o ordenamento indígena entram em contradição e estabelecem coisas diferentes e por vezes antagônicas.

3 O conflito de normas

A existência de dois ordenamentos jurídicos no Brasil, o indígena e o estatal, é uma realidade indiscutível e reconhecida, classificando essa situação como pluralismo jurídico, o que se faz levantar se há conflitos e como eles ocorrem.

Sendo, que a existência dessa divergência, pode ocorrer quando a norma tribal e a estatal estabelecem diretrizes normativas diversas. E um exemplo bastante conhecido dessa divergência é um caso narrado pelo antropólogo Darcy Ribeiro (2004, p.228-229) apresentado a seguir, na esfera penal:

> Há alguns anos foi preso um índio Tikuna acusado de assassinar sua mulher numa casa de civilizados. Foi espancado e mantido alguns dias na cadeia, enquanto se preparava o processo para levá-lo a julgamento, que resultaria numa

> condenação unânime, tal era o consenso dos civilizados sobre a 'barbaridade do crime passional'. A certa altura, os responsáveis pelo processo souberam que os índios eram regidos por uma legislação especial, que não permitia sua prisão, senão pelo próprio SPI, e decidiram liberá-lo. Tempos depois um etnólogo, estudando aqueles índios, conseguiu esclarecer a história, à custa de grandes esforços, porque os índios, aterrorizados com os rigores da justiça civilizada, nada queriam dizer. Descobriu, primeiro, que o assassino e a vítima eram membros da mesma 'metade' e, por isto, não se podiam casar, o que excluía a hipótese de crime passional como fora narrado, pois não se tratava de marido e mulher. Verificou depois que eram 'irmãos', segundo as regras de parentesco do grupo, o que, em vista da solidariedade interna da família, tornava muito improvável um assassinato. Por fim, descobriu que o 'crime' se dera, mas toda a comunidade considerava o matador um herói. Aos olhos da tribo ele cumpria seu dever de honra, justiçando a 'irmã' na defesa dos mais sagrados princípios do grupo: ela cometera incesto clânico, o que a transformara em ameaça à paz e à segurança do próprio grupo.
>
> Como entregar este índio à justiça comum, para aplicar-lhe dispositivos de um código de castigos feito para outra sociedade incapaz de penetrar os valores que motivaram seu comportamento?

De acordo com o fato narrado, a tribo interveio e impediu o julgamento criminal pelo estado, escondendo todos os fatos, provas e testemunhas, impedindo assim, o desenvolvimento da investigação policial e do próprio processo.

Há de se salientar que ele não deixou de ser julga. Foi julgado sim, mas a lei aplicada ao indígena que cometeu o assassinato, não foi a lei nacional, mas sim a norma tribal, a qual considerou o integrante tikuna legitimado em seu ato, agindo dentro do seu ordenamento.

Mas esse entendimento inicial da matéria criminal poder ser apreciada apenas pela tribo não é simples de aplicar ou mesmo está pacifica.

Pois, apesar da Constituição Federal estabelecer que os índios serão tutelados pela União, a súmula 140, do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece a competência para a justiça estatal a competência para processar e julgar os crimes envolvendo indígenas e juntamente com o estipulado no artigo 5º, da Constituição, que estabelece a inafastabilidade da atividade jurisdicional, trazendo contradições por estar afastando a apreciação criminal do estado.

Sendo afastada inclusive as ações de proposição incondicionada, significando que até as ações que seriam desnecessárias a aquiescência da vítima para iniciar a investigação, pôr o ato criminoso praticado ser de relevância social e não ser disponível a sua realização.

Com base nessa questão se levanta a dúvida se as matérias permissivas de apreciação única pela tribo, seria estendia a todos os atos que envolvem índios e se realizasse para todas as matérias, ou se aplica os mesmos ditames determinados quando da realização de arbitragem, sendo apto à sua apreciação apenas os atos disponíveis.

A partir desse fato narrado, há a apresentação da existência de conflitos entres os dois sistemas, problemática que tem gerado divergências sociais, doutrinárias e jurisprudencial de qual ordenamento se deve aplicar em cada caso e se não há limites na autonomia das leis tribais e quais são as esferas de disponibilidade.

3.1 A solução dos conflitos

Na busca da responsa do questionamento acerca dos conflitos de coexistência entre o ordenamento tribal e estatal, se encontra os seguintes elementos de âmbito político e legal.

Como já foi dito anteriormente, existe uma preocupação mundial de preservação das civilizações que sofreram com o processo de colonização, pois várias foram gravemente atingidas e tiveram suas populações drasticamente reduzidas, chegando quase a extinção. Tendo esse argumento inicial, sido o fundamental para que todos realizem a defesa ao máximo das sociedades indígenas, tal despertando a culpa dos governantes. Mas independente da motivação utilizada, a realidade é que há uma predeterminação e tendência a estabelecer a autonomia da comunidade tribal.

Ultrapassado que seja o elemento político que indica qual a tendência para a resolução dos conflitos entre os dois ordenamentos, passar-se-á a apresentar os fundamentos jurídicos utilizados quando da existência de conflitos entre as normas tribais e estatais.

Iniciando com a apresentação dos acordos internacionais que tratam do tema, se pode apresentar o artigo 8º e 9º da convenção 169 da OIT:

Art. 8º

> 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
>
> Art. 9º
>
> 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.

Posto toda a legislação internacional já apresentada e a legislação nacional acrescentando por último o artigo 57 da lei 6.001/73, que estipula o seguinte:

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

Poderá se extrair as seguintes soluções normativas para o conflito inicial entre os ordenamentos.

Os contratos realizados entre os índios serão aplicados o estipulado, e também quando com terceiros desde que não seja danoso ao índio.

Quanto na relação trabalhista será aplicado a legislação nacional, pois há o entendimento de que a normatização nacional concede maior proteção.

Já no aspecto criminal, o qual gera muita discursão, existe o entendimento inicial de que os crimes praticados entre os índios a norma aplicada é a tribal desde que não haja pena de morte. Já quando envolve outros não-índios, se aplica a lei estatal.

Como demonstra o caso de um julgamento de um crime praticado entre índios, a seguir apresentado, a tribo realizou a punição do seu integrante homicida:

> Para concluir, convém citar exemplo de pena aplicada ao índio Denilson Trindade Douglas, por lideranças indígenas, tuxauas de várias comunidades (Anauá, Manoá, Wai Wai), pena que foi convalidada na ação penal n° 0090.10.000302-0/RR, relativa a homicídio qualificado (CP, art. 121, §2°, II, cometido em 26/06/2009), em que foi vítima o também índio (e irmão) Alanderson Trindade Douglas, fato ocorrido na comunidade indígena do Manoá, terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, Município de Bonfim/RR. Inicialmente, o autor do homicídio foi condenado a construir uma casa para a esposa da vítima e ficou proibido de ausentar-se da comunidade do

> Manoá sem permissão dos tuxauas. Posteriormente, as lideranças indígenas aplicaram-lhe as seguintes sanções:
>
> "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;
>
> 1-Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
>
> 2-Participar de trabalho comunitário;
>
> 3-Participar de reuniões e demais eventos desenvolvido pela comunidade;
>
> 4-Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;
>
> 5-Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
>
> 6-Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
>
> 7-Aprender a cultura e a língua Wai Wai;
>
> Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão." (QUEIROZ, 2017)

Pois a figura punitiva do estado de encarceramento, se mostra ineficaz e destribaliza o índio, pois terá que abandonar seus valores e a comunidade e se integrar ao sistema carcerário.

Mas esse entendimento não está pacificado, pois estaria afastando do estado uma de suas funções essências de julgar até o ato mais violento praticado, que é o assassinato e impedindo o acesso a justiça de quem buscasse pelo judiciário, contudo a resolução dessa questão incompleta, pois o julgamento desse indígena pelo judiciário ainda não atingiu o transito e julgado, constando ainda a informação que a ação Nº 0090.10.000302-0 - BONFIM/RR, que possui julgamento no tribunal estadual, mas há a pretensão de que seja apreciada até pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como a finalidade de resolver essas dúvidas, pois na ação há o levantamento das principais teses, como se mostra pelo acordão a seguir:

> APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES.
>
> CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA

> LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.
>
> - Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.
>
> - A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem.
>
> - O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte.
>
> - Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF.
> - Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.
>
> - Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.
>
> - Apelo desprovido.

Como se apresenta ementa do acordão, o processo refere-se a uma denúncia ofertada pelo ministério público estadual, que imputou a prática de homicídio do art.121, § 2º, II do Código Penal brasileiro, o índio, enquanto estava alcoolizado, teria matado seu irmão.

A tese do membro da acusação é o duplo *jus puniendi*, mas essa tese saiu derrotada, configurando a aplicação subsidiária da pretensão punitiva do estado.

Mas o questionamento ainda persiste. Se a esposa do índio não se contentasse com a punição da tribo, poderia ela requerer ao judiciário a punição?

Em face, do todo apresentado pode concluir que a legislação estatal é aplicada de forma subsidiaria, quando não há aplicação do ordenamento tribal, sendo por falta de regulamentação ou por inoperância dos institutos indígenas.

CONCLUSÃO

O fenômeno sociológico-jurídico de grande importância é o pluralismo jurídico que se conceitua como a existência de dois ou mais ordenamentos jurídicos, aplicados concomitantemente a um fato, com efetividade na mesma territorialidade e lapso temporal, originários de fontes diferentes.

Tendo esse fenômeno sido apresentado inicialmente com a análise das sociedades indígenas durante o período de colonização. Essa dominação dos europeus se deu com o fundamento de que eram superiores e tinham a função de civilizar os povos primitivos, que não possuíam sociedade organizada e muito menos Direito. Contudo, após estudo aprofundado e com a convivência dentro da tribo, se visualiza a existência de uma estrutura social, que apesar de diversa da europeia, possuía diversas características e inclusive existindo ordenamento jurídico.

Chegando à compreensão de que a sociedade indígena se configura como uma sociedade como as outras e por isso é merecedora de reconhecimento.

E para que isso ocorra, há acordos internacionais da OIT e da ONU e o Brasil, que traz na Constituição e no estatuto do índio, os quais concedem autonomia para as sociedades indígenas, com a capacidade de autogestão política, jurídica e social, devendo existir respeito aos costumes, a cultura e as regras da sociedade tribal. E sempre ofertando a coexistência para com o estado e os demais cidadãos.

Tornando assim possível a coexistência dos ordenamentos, praticamente integrando o ordenamento tribal ao estatal.

Mas como sempre ocorre dentro de todos os ordenamentos, há conflitos de normas, que se resolverá em sua maioria com as estipulações apresentadas pela legislação pertinente.

Sendo em regra a aplicada das normas indígenas nas questões de normas com conteúdo civil, familiar e contratual e quando há não-indígenas envolvidos essas permaneceram desde que não sejam mais prejudiciais do que as estipulações estatais.

Quanto à esfera penal, a tribo tem a preferência de realizar o julgamento do índio, desde que não seja aplicada a pena de morte, restando ao estado à pretensão punitiva subsidiária, quando não há aplicação do ordenamento tribal, sendo por falta de regulamentação ou por inoperância dos institutos indígenas.

Pois a figura punitiva do estado de encarceramento, se mostra ineficaz e destribaliza o índio, pois terá que abandonar seus valores e a comunidade e se integrar ao sistema carcerário.

Configurando, face todo o exposto, a existência no Brasil do pluralismo jurídico, com a utilização simultânea do ordenamento estatal e o tribal, os quais coexistem de forma harmônica.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política t**rad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0 - BONFIM/RR**. Relator. Des. MAURO CAMPELLO; julgamento: 23.01.2016; Órgão Julgador: Câmara Única Criminal. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/destaques/docs_destaques/acr-0090-10-000302-0/acr-0090-10-000302-0>. Acesso em: 12.04.2017.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

GILISSEN, Jonh. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Tradução: Ana Maria Hespanha; Luis Malheiros Macaísta. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HARTLAND, E.S. **Primite Law**. London: Methuen & Co, 1924.

MARRY, Sally Engle, GRIFFITHS, John e TAMANAHA Brian Z.. Pluralismo Jurídico (Estudio Preliminar de Libardo Ariza y Daniel Bonilla Bogotá: 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Indígena**. Disponível em: < http://www.pauloqueiroz.net/direito-penal-indigena/>. Acesso em: 04.07.2016.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização.** A integração das populações indígenas no Brasil moderno. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do Direito. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Luiz Fernando Villares e. **Estado pluralista? o reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-163451/>. Acesso em: 04.07.2017.

SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

VEDOVATO, Luís Renato. Pluralismo Jurídico. In: **Sociologia geral e do Direito.** LEMOS FILHO, Arnaldo. et. al. (Orgs.). 4. ed. Campinas: Editora Alínea, 2009.

VILLARES, Luiz Fernando. (Coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica. In: **Prisma Jurídico**, v. 6, p. 333-349, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Síntese de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.