

# **X CONGRESSO DA FEPODI**

## **DIREITO E GRUPOS VULNERÁVEIS**

---

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34

---



# X CONGRESSO DA FEPODI

## DIREITO E GRUPOS VULNERÁVEIS

---

### **Apresentação**

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

**PLURALISMO JURÍDICO, DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O RESPEITO AOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**LEGAL PLURALISM, INDIGENOUS COMMON LAW IN THE CONSTITUTION  
OF THE REPUBLIC AND THE RESPECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**André Luis Nacer de Souza  
Maurínice Evaristo Wenceslau <sup>1</sup>**

**Resumo**

A diversidade cultural existente no território brasileiro foi historicamente negligenciada pelo Estado, sendo certo que a sociedade brasileira não é culturalmente homogênea, sendo constituída por diversos povos que se relacionam entre si. Aos indígenas foram impostas aculturação forçada, tendo sua religião, língua, costumes e território espoliados. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar se o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a aplicação do direito consuetudinário de sociedades indígenas e, em caso positivo, se isso pode ocorrer em detrimento do direito positivado pátrio, inclusive em situações que, em tese, violem os direitos fundamentais. A metodologia usada para a realização deste estudo consiste em uma pesquisa bibliográfica, elaborada a partir de obras já publicadas, mormente livros e publicações diversas. O método aplicado será o hipotético-dedutivo, partindo-se do desenvolvimento dos conceitos de direito consuetudinário e pluralismo jurídico, a fim de que, ao final, seja analisado o problema proposto neste trabalho.

**Palavras-chave:** Pluralismo jurídico, Direito consuetudinário, Indígena

**Abstract/Resumen/Résumé**

The cultural diversity existing in the Brazilian territory has been historically neglected by the State, and it is certain that Brazilian society is not culturally homogeneous, as it comprises various peoples who relate to each other. The indigenous population has suffered from forced acculturation, resulting in the appropriation of their religion, language, customs and lands. In light of this context, this research paper aims to analyse whether the Brazilian legal system permits the application of the customary law of indigenous societies and, if so, whether such application can infringe upon Brazilian law, even in situations that seemingly contravene fundamental rights. The methodology employed in this study consists of bibliographical research, drawing upon existing works such as various publications. The hypothetical-deductive method will be applied, starting from the development of the concepts of common law and legal pluralism. By the conclusion, the problem presented in this work will be thoroughly analysed.

---

<sup>1</sup> Orientadora

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal pluralismo, Common law, Indigenous

## **INTRODUÇÃO**

Desde a chegada em Pindorama (denominação do litoral brasileiro atribuída pelo povo tupi-guarani), a sociedade não indígena censurou, de forma violenta, a cultura indígena, seus costumes, sua religião e o direito consuetudinário de sua comunidade. O território habitado por esses povos foi espoliado; inúmeros indígenas foram mortos ou escravizados durante séculos. Apesar desse contexto, ainda assim remanescem inúmeras comunidades indígenas no país, sendo inegável o fato de que a sociedade brasileira não é culturalmente homogênea, sendo constituída por diversos povos que se relacionam entre si.

A Constituição da República (BRASIL, 1988) foi um marco que dividiu o tratamento jurídico destinado aos indígenas. Apesar da expressa previsão, no artigo 231, de reconhecimento da “organização social” e dos “costumes” indígenas, ainda há dúvidas se o constituinte pretendeu, ao assim agir, reconhecer o direito consuetudinário nas comunidades indígenas, como se, nessas situações, coexistissem o direito estatal e o direito consuetudinário, caracterizando, assim, o pluralismo jurídico no país.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objeto analisar se o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a aplicação do direito consuetudinário de sociedades indígenas e, em caso positivo, se isso pode ocorrer em detrimento do direito positivado pátrio, inclusive em situações que, em tese, violem os direitos fundamentais.

Para tanto, neste artigo, será esposado o conceito de direito consuetudinário; em seguida, será abordado o pluralismo jurídico; e, por fim, será analisado se o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a aplicação do direito consuetudinário de sociedades indígenas e, em caso positivo, se isso pode ocorrer em detrimento do direito positivado pátrio, inclusive em situações que, em tese, violem os direitos fundamentais.

A metodologia usada para a realização deste estudo consiste em uma pesquisa bibliográfica, elaborada a partir de obras já publicadas, mormente livros, artigos e publicações diversas. O método aplicado será o hipotético-dedutivo, partindo-se do desenvolvimento dos conceitos de direito consuetudinário e pluralismo jurídico, a fim de que, ao final, seja analisado o problema proposto neste trabalho.

## **DESENVOLVIMENTO**

De início, é importante esclarecer que os usos são os hábitos adotados pelos indivíduos em uma sociedade, de modo que o costume é a regra extraída destes hábitos. Nesse contexto, o direito consuetudinário é o conjunto de normas costumeiras de uma determinada comunidade. Note-se que essas normas não se confundem com o direito positivo: este último é escrito e é oriundo da autoridade estatal; já as normas consuetudinárias não são escritas e independem da presença do Estado, não obstante sejam aceitas como normas por toda a comunidade.

Colaço (2015, p. 80) explica que, para verificar a existência de norma consuetudinária, é necessário atestar que (a) a conduta é reiterada; (b) existe pressão social para que determinada conduta seja adotada; (c) existe sanção ao indivíduo que adotar conduta distinta; (d) predomina o senso comum de que a conduta deve ser seguida por todos.

É certo que, antes da chegada dos europeus, as diversas nações indígenas que habitavam o território brasileiro possuíam cultura, língua, religião e costumes, inclusive direito consuetudinário, próprios e distintos. Entretanto, o colonizador não só não se interessou em reconhecer o direito consuetudinário indígena, como o censurou em razão da ideia de que todas as normas jurídicas deveriam advir de apenas uma fonte, que era a autoridade estatal (COLAÇO, 2015, p. 82).

Nessa quadra, ressalte-se que, a despeito da forçada e violenta submissão cultural que os indígenas brasileiros foram submetidos, inclusive quanto ao seu direito consuetudinário, ainda assim permanecem vivos elementos culturais e costumeiros dessas comunidades, não obstante, em alguns casos, com algumas transformações decorrentes do processo de aculturação.

Diante disso, e antes de analisar se o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a aplicação do direito consuetudinário de sociedades indígenas, faz-se necessário espousar o conceito de pluralismo jurídico.

Influenciados pela teoria evolucionista, até então dominante na Antropologia, inúmeros autores consideravam que, nas sociedades indígenas, não se poderia considerar existente o Direito, já que não havia instituições destinadas a aplicá-lo e tampouco havia regras escritas e sanções. Nesse sentido, explica Villares (2013, p. 21) que “A falta de leis escritas ou instituições judiciais, entre outras características, eram tidas como falta de civilização, condenando os povos não-ocidentais a serem primitivos e inferiores e, assim, colonizados pelos europeus”.

Após um longo período de predominância, a teoria evolucionista foi colocada em xeque, tendo sido Franz Uri Boas, na ocasião, seu crítico mais eloquente. Posteriormente, Bronislaw Malinowski, o mais importante etnógrafo até então, realizou pesquisa com nativos da Ilhas Trobriands, resultante na obra Crime e costume na sociedade selvagem (1926), na qual concluiu que “a crença de que os povos indígenas eram regulados por humores, paixões e acidentes era muito distante da realidade” (VILLARES, 2013, p. 24).

A partir daí, são iniciadas as discussões antropológicas no sentido de que outras formas de Direito existem em determinadas comunidades a despeito da presença estatal. Posteriormente, “Quando a Antropologia do Direito ganha corpo no final da década de 1950, já se começa a reconhecer que as diversas ordenações jurídicas convivem, em maior ou menor intensidade numa mesma sociedade” (VILLARES, 2013, p. 29). Isso porque havia constatações no sentido de que, dentro de uma mesma sociedade, havia grupos distintos regulados por normas jurídicas próprias.

Os estudos envolvendo a multiplicidade de sistemas jurídicos existentes em uma mesma sociedade chegaram ao conceito de pluralismo jurídico. Inicialmente dedicado ao estudo das relações entre colonizadores e colonizados, o conceito passou a abranger, posteriormente, as relações entre grupos dominantes e grupos dominados (VILLARES, 2013, p. 33).

Nesse contexto, Villares (2013, p. 39) explica que “Pluralismo jurídico é usualmente tido como o fenômeno de duas ou mais ordens normativas coexistirem no mesmo campo social”. Essas ordens normativas podem ser oficiais, ou seja, oriundas de uma autoridade constituída (o Estado), ou não, como, por exemplo, os costumes, os sistemas normativos religiosos, etc. (VILLARES, 2013, p. 40). Ademais, há uma série de regulamentações constituídas no âmbito de relações distintas, como nas famílias, nas empresas, nos sindicatos, nos movimentos sociais e nas relações internacionais entre empresas e organizações não governamentais, o que também pode ser objeto de estudo do pluralismo.

Nessa quadra, a acepção jurídica de pluralismo reside na ideia de “negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito” (WOLKMER, 2001, p. 15). É por essa razão que o termo é entendido como a oposição ao monismo jurídico.

Isso tudo demonstra que, embora formalmente seja a única fonte produtora de

normas jurídicas, o Estado não é ubíquo, não se fazendo chegar, por exemplo, em determinadas sociedades indígenas ou mesmo em comunidades urbanas nas quais, por distintos motivos, não tem condições de atuar. Segundo Villares (2013, p. 43), “O sistema estatal se sente obrigado pela recalcitrante realidade social a aceitar a validade das ordenações não-estatais, então consideradas uma forma inferior de Direito”.

É certo, ainda, que as sociedades em geral são constituídas por grupos distintos e culturalmente diversificados. As comunidades indígenas são evidências do multiculturalismo da sociedade brasileira, na medida em que, a despeito da forçada inserção em nossa cultura, ainda assim um grande número de comunidades mantem seus costumes, tradições e língua próprios, diferenciados do contexto dominante.

Ou seja, a sociedade brasileira, assim como diversas sociedades latino-americanas, é multicultural, demandando, portanto, um Estado que respeite a multiculturalidade de seu povo. Conforme afirmam Veras Neto e Cabral Junior, “O Brasil, portanto, é plural, e a visão centralizadora não se coaduna com as suas diversidades que se entrelaçam, inclusive no interior da própria cultura indígena” (2018, p. 126).

Nesse contexto, a ideia de multiculturalismo não se adequa ao monismo jurídico, pois se a sociedade é constituída por grupos distintos culturalmente, há necessidade de reconhecimento de que outras fontes de direito são necessárias. Uma sociedade plural demanda um sistema jurídico pluralista.

É por essas e outras razões que, em variados casos, o próprio Estado reconhece como válidas normas que não são estatais. É o caso da Constituição da Bolívia, que em seu artigo 179, I (BOLIVIA, 2009), reconhece expressamente a jurisdição indígena, denominada “jurisdicción indígena originaria campesina”, que goza da mesma hierarquia em relação à jurisdição ordinária, conforme artigo 179, II (BOLIVIA, 2009). Nessa situação, há o reconhecimento, por parte do próprio Estado, não só da eficácia do pluralismo jurídico, como de um sistema de jurisdição paralelo. Conforme afirmam Veras Neto e Cabral Junior (2018, p. 126-127)

A marca inovadora da América Latina, nessa conjuntura, é a ebulição de novas Constituições (como a do Equador e a da Bolívia) que primam pela plurinacionalidade e pela plurietnia, fundando-se no poder popular e dos povos originários, considerando as contradições derivadas da histórica subalternidade à estrutura eurocentrada das oligarquias detentoras do poder político-econômico. Enfrentou-se dita dominação diante da exaustão ao neoliberalismo e à esquerda tradicional, propiciando novos espaços à

manifestação das forças populares.

Mesmo as organizações internacionais já reconhecem, em seus normativos, a importância do pluralismo jurídico com o intuito de garantir o multiculturalismo dentro de Estados soberanos. Nesse contexto é o teor da Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989), promulgada pelo Decreto 5.051 de 19/04/2004 (BRASIL, 2004), que no artigo 8.1 estabelece que “Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”.

No caso brasileiro, a Constituição da República (BRASIL, 1988) reconheceu aos indígenas sua organização social, o que, em outras palavras, significa reconhecer a ele o direito de organizar-se internamente segundo suas normas. Conforme afirma Curi (2010, p. 8), “Não há como reconhecer aos índios suas organizações sociais, sem reconhecer seus sistemas jurídicos próprios”.

Nesse mesmo sentido, Villares afirma que “organização social”, tal como consta no artigo 231 da Constituição da República, nada mais é do que o “conjunto de regras e autoridades para elaborá-las, que é a ideia mais aproximada que o Direito faz de sistema jurídico” (2014, p. 16).

O referido artigo ainda reconhece os costumes e as tradições indígenas, que são entendidos como normas de convívio de cada povo, aí inseridas aquelas relativas, por exemplo, ao matrimônio e à solução de conflitos.

Souza Filho (2012, p. 123) igualmente afirma que “usos, costumes e tradições, querem dizer, na prática, direito”, ou seja, “normas do direito consuetudinário indígena”. Esse posicionamento, que confirma o reconhecimento de um sistema jurídico pluralista na própria Constituição da República (BRASIL, 1988), é consoante com a ideia de que, por constituirmos uma sociedade culturalmente diversificada, há necessidade de reconhecer que outras fontes de direito a fim de respeitar e de promover essa diversidade.

Portanto, é perfeitamente possível concluir-se que a Constituição da República (BRASIL, 1988) reconhece o direito consuetudinário indígena. E, em consonância com o texto constitucional, reitera-se, é o teor da Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989), promulgada pelo Decreto 5.051 de 19/04/2004 (BRASIL, 2004), que no artigo 8.1 estabelece que “Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus

costumes ou seu direito consuetudinário”.

Surge, entretanto, outro questionamento, no sentido de qual seria a solução caso o direito consuetudinário indígena, reconhecido constitucionalmente, venha a colidir com normas cogentes positivadas, mormente quando estas se referirem a direitos fundamentais. Note-se que, ao mesmo tempo em que essas regras são de observância obrigatória, a Constituição da República também reconhece, no artigo 231 (BRASIL, 1988), a organização social e os costumes indígenas. Curi (2012, p. 243) afirma que “O ordenamento jurídico brasileiro não estabelece claramente os critérios e limites de intervenção do direito estatal nos outros sistemas jurídicos que coexistem no país”.

A primeira hipótese para solucionar o conflito seria a adoção da Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989), promulgada pelo Decreto 5.051/2004 (BRASIL, 2004), que em seu artigo 8º, 2, estabelece que os indígenas devem “ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”. Note-se que o dispositivo cria uma cláusula de exceção ao artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988), estabelecendo que são reconhecidos os costumes e tradições indígenas, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais, e que a referida norma tem caráter supralegal, conforme decidido pelo STF no Recurso extraordinário 466.343 (BRASIL, 2008).

Entretanto, o teor da Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989) não é imune a críticas, o que faz surgir uma segunda hipótese para solucionar a questão proposta.

A Antropologia ensina que “A cultura é um processo acumulativo, resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores. Este processo limita ou estimula a ação criativa do indivíduo” (LARAIA, 2001, p. 50). O mesmo autor (LARAIA, 2001, p. 67) acrescenta que

A nossa herança cultural, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade. Por isto, discriminamos o comportamento desviante.

Essa tendência de o homem enxergar o mundo através de sua própria cultura é denominada etnocentrismo e tem como consequência a “a propensão em considerar o

seu modo de vida como o mais correto e o mais natural” (LARAIA, 2001, p. 72). Segundo LARAIA, é “comum a crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade, ou mesmo a sua única expressão” (2001, p. 73) e “Comportamentos etnocêntricos resultam também em apreciações negativas dos padrões culturais de povos diferentes” (2001, p. 74).

Nesse contexto, a crítica que se faz à Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989) é que a norma retrata a histórica visão etnocêntrica sobre os costumes indígenas, na medida em que a noção de direitos humanos é estritamente ocidental e não indígena. Novamente, não se permite que as comunidades tradicionais construam, *de per si*, sua própria concepção do que seriam direitos fundamentais, de acordo com sua forma de sociedade. A título de exemplo, a Constituição da República (BRASIL, 1988) garante o direito de propriedade (artigo 5º, *caput*) no rol dos direitos fundamentais, sendo sabido que, em várias comunidades indígenas, a propriedade privada não é um bem fundamental, havendo outros valores sagrados e mais relevantes para a referida coletividade. Nesse sentido, explicam Veras Neto e Cabral Junior (2018, p. 127)

[...] direitos humanos não são universais e derivam de uma expressividade da elite ocidental, eles devem permitir que as diversas culturas mundiais desenvolvam e formulem as suas próprias visões acerca dos direitos humanos – seja encontrando espaço intermediário de crítica recíproca e enriquecimento mútuo entre concepções culturais diversas, seja de oposição à orientação ocidental dirigente, exaltando uma filosofia intercultural em prol do pluralismo humano.

Com fundamento na literalidade do artigo 8º, 2, da Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989), seria até mesmo possível defender, do ponto de vista jurídico, eventual intervenção estatal em comunidade indígena isolada, com a justificativa de que seria necessário cessar costumes que, sob a ótica não indígena, mostram-se violadores dos Direitos Humanos, o que soa incongruente com o propósito de respeitar os valores e costumes tradicionais indígenas, estabelecido no artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988) e na própria na Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989).

Não se trata, aqui, de relativizar a importância dos valores propugnados no rol de direitos fundamentais da Constituição da República (BRASIL, 1988), mas sim de

defender o respeito ao multiculturalismo e à autodeterminação dos povos indígenas, a quem cabe reformular (ou não) seus costumes e seus valores em razão de eventual processo de aculturação.

## CONCLUSÃO

Conforme acima esposado, a acepção jurídica de pluralismo reside na ideia de “negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito” (WOLKMER, 2001, p. 15), em oposição monismo jurídico. O estudo do pluralismo se torna relevante, dentre outras razões, na medida em que, embora formalmente seja a única fonte produtora de normas jurídicas, o Estado não é ubíquo, não se fazendo chegar, por exemplo, em determinadas sociedades indígenas ou mesmo em comunidades urbanas nas quais o Estado, por variadas razões, não tem condições de atuar.

É certo, ainda, que as sociedades em geral são constituídas por grupos distintos e culturalmente diversificados. As comunidades indígenas são evidências do multiculturalismo da sociedade brasileira, na medida em que, a despeito da forçada inserção em nossa cultura, ainda assim cada comunidade mantém seus costumes, tradições e língua próprios, diferenciados do contexto dominante.

Na medida em que a sociedade brasileira é multicultural, isso demanda um Estado que respeite essa característica. Nesse contexto, a ideia de multiculturalismo não se adequa ao monismo jurídico, pois se a sociedade é constituída por grupos distintos culturalmente, há necessidade de reconhecimento de que outras fontes de direito são necessárias. Uma sociedade plural exige um sistema jurídico pluralista, mormente no tocante a grupos historicamente discriminados por não se adequarem ao padrão cultural dominante, como é o caso dos indígenas.

Atenta a essa questão, a Constituição da República (BRASIL, 1988), no seu artigo 231, reconheceu a organização social e o costume indígena, o que, em outras palavras, significa reconhecer ao indígena o direito de organizar-se internamente segundo suas normas. É perfeitamente possível concluir-se que a Constituição da República (BRASIL, 1988) reconhece o direito consuetudinário indígena.

Questiona-se, entretanto, qual seria a solução caso o direito consuetudinário indígena, reconhecido constitucionalmente, venha a colidir com normas cogentes

positivadas, mormente quando estas se referirem a direitos fundamentais. A primeira hipótese para solucionar o conflito seria a adoção da Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989), promulgada pelo Decreto 5.051/2004 (BRASIL, 2004), que em seu artigo 8º reconhece aos povos indígenas o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Entretanto, a crítica que se faz à Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989) é que a norma retrata a histórica visão etnocêntrica sobre os costumes indígenas, na medida em que a noção de direitos humanos é estritamente ocidental e não indígena, surgindo, portanto, uma segunda hipótese, qual seja, a de respeitar o multiculturalismo e a autodeterminação dos povos indígenas, cabendo a estes últimos reformular (ou não) seus costumes e seus valores em razão de eventual processo de aculturação.

## REFERÊNCIAS

BOLIVIA. Constitución Política del Estado 2009. Disponível em: [https://www.minedu.gob.bo/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1525:constitucion-politica-del-estado&catid=233&Itemid=933](https://www.minedu.gob.bo/index.php?option=com_content&view=article&id=1525:constitucion-politica-del-estado&catid=233&Itemid=933). Acesso em 13 abr 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jun 2023.

BRASIL. Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em 15 jun 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 466.343, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 15 jun 2023.

COLAÇO, Thais Luzia. Pluralismo jurídico e o direito indígena na América Latina: uma proposta de emenda constitucional no Brasil. *In*: WOLKMER, A. C.; LIXA, I. F. M. (Orgs.). Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina (Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina).

Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012.

CURI, Melissa Volpato. Os direitos indígenas e a Constituição Federal. Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília n.4, v.1 maio/ago. de 2010.

LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico, 14ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho: Genebra (Suíça), 1989.

SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de. O direito envergonhado (o direito e os índios no Brasil). Revista IIDH, vol. 15, 1992.

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

VILLARES, Luiz Fernando. Estado pluralista?: o reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-163451/pt-br.php>. Acesso em: 22 jun. 2022.

VERAS NETO, Francisco Quintanilha; CABRAL JUNIOR, Luciano Roberto Gular. Cidadania indígena e pluralismo jurídico: crítica ao estatuto do índio. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 2, p. 123-148, maio/ago. 2018.

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