



**CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO
CONSUECUDINÁRIO INDÍGENA**
*CRIME AND PUNISHMENT: THE POSITIVIST CRIMINAL JUSTICE SYSTEM AND THE
INDIGENOUS CUSTOMARY LAW*

Andrea Flores

Mestre e Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professora de Direito Penal na Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Professora Colaboradora no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, Mato Grosso do Sul, Brasil.
E-mail: andreaflores.adv@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1075600690855372>.

Lamartine Santos Ribeiro

Mestre e Doutorando em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Professor da Graduação e Pós-Graduação na Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, Mato Grosso do Sul, Brasil.
E-mail: andreaflores.adv@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9037029499563459>.

Editora científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago
DOI: 10.5585/rtj.v5i2.462
Submissão: 09.05.2016
Aprovação: 21.08.2016

RESUMO

A cultura é o elemento que dá identidade a um agrupamento humano que então se reveste do caráter de comunidade a qual, organizando-se sistemicamente, assume natureza de sociedade. A cultura baseia-se em valores que padronizam o comportamento humano. O crime é um dos desvios deste comportamento, ao que a sociedade impõe um castigo, chamado de pena. Assim, crime e castigo são consequências de valores culturais, instituídos para garantir a paz social. Há, pois, valores tão variados e peculiares quanto várias são as comunidades, especialmente no vasto território brasileiro, abrigo de grande número de tribos indígenas de

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

cultura anterior ao próprio Estado. A aplicação do sistema jurídico estatal positivado tem entrado em conflito com o sistema consuetudinário típico das comunidades indígenas. Assim esta pesquisa visa estabelecer os encontros e desencontros existentes entre o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena. Para tal estudo a tendência é crítico-dialética, portanto, de método dialético a partir de revisões bibliográficas com abordagem diagnóstica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Positivo; Direito Consuetudinário; Comunidades Indígenas.

ABSTRACT

Culture is the element that give identity to a human group which then get the character of community which, organizing systemically, assume nature of society. A culture based on values that standardize human behavior. Crime is one of the deviations from this behavior, that society imposes a punishment, called the punishment. Thus, crime and punishment are cultural values of consequences, instituted to ensure social peace. There is therefore as varied and peculiar values as there are several communities, especially in the vast Brazilian territory, under many indigenous tribes of previous crop to the State itself. The application of positivist state legal system has clashed with the typical customary system of indigenous communities. So this research is to establish the existing and disagreements between the positivist criminal justice system and the indigenous customary law. For this study the trend is critical dialectical therefore dialectical method from literature reviews with diagnostic approach.

KEYWORDS: Positive Law; Customary Law; Indigenous Communities.

INTRODUÇÃO

As comunidades humanas se organizam a partir de identidades culturais que determinam (entre outros elementos de amálgama social) quais são os valores que merecem proteção jurídica e qual a natureza desta proteção. Algumas condutas ofendem com tamanha gravidade a paz social, que a sociedade impõe como reação, punições de caráter pessoal. Essas condutas são os atos ilícitos denominados crimes. Para cada atitude desviante revestida pelo caráter de crime existe um castigo.

Assim, quanto maior o valor cultural, maior também é a tutela jurídica. Eis a questão: a cultura não é algo objetivo. A cultura é tão diversa quanto diversas são as comunidades existentes num território, principalmente num território tão extenso quanto o brasileiro, e que, além de todas as peculiaridades regionais, abriga comunidades aborígenes, algumas inclusive isoladas do contato com não-indígenas e, portanto, ignorando a organização estatal brasileira.

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

Isoladas ou contatadas, urbanas ou rurais, as comunidades indígenas têm suas culturas forjadas ao longo de milhares de anos, ou seja, antes mesmo da chegada da cultura dos colonizadores europeus. Todas, portanto, têm seus próprios valores culturais, especificamente sobre condutas ofensivas a seus pares e à própria comunidade, que podem ser entendidas como crimes e, como consequência, culturalmente peculiares também, são os castigos.

A proposta que se apresenta é de asseverar a existência de um sistema jurídico paralelo ao hegemônico sistema positivista, qual seja, o Direito Consuetudinário indígena, e vislumbra na aplicação desses sistemas, a ocorrência de conflitos, os quais, antes de serem jurídicos, são verdadeiramente culturais. Se os sistemas jurídicos têm por finalidade proteger bens jurídicos para garantir a plena realização da justiça como elemento de pacificação social, o respeito à alteridade cultural se torna imprescindível na consecução dessa mesma justiça, segundo os valores próprios das comunidades indígenas, valores estes que há milênios sustentam a paz social.

No desenvolvimento da proposta de tratar de encontros e desencontros existentes entre o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena, a opção foi pela tendência crítico-dialética, portanto, de método dialético a partir de revisões bibliográficas com abordagem diagnóstica, visto que o objetivo é desvelar pontos conflitantes entre institutos jurídicos (consolidados pela ciência jurídica) na seara de ambientes sociais distintos dentro de um mesmo território.

1. A ORIGEM DO CONFLITO

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

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

Sendo assim, é notável a dificuldade em estabelecer pontos de conflito quando os registros históricos não contemplam as relações sociais indígenas na condição de relações

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

jurídicas. Neste diapasão, Fernando Antonio de Carvalho Dantas (2004), pesquisador de direito nas relações sociais, usa o termo “invizibilizada” para se referir à diversidade sociocultural e étnica subjugada à homogeneização social e cultural de grupos dominantes, mesmo minoritários, mas, muitas vezes, literalmente bem armados, fazendo da violência um elemento do processo opressor. Foi o ocorrido, por exemplo, dentro das missões jesuíticas como narra Colaço (2008. p.345):

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

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

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

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

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

2. ARCABOUÇO NORMATIVO POSITIVADO

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

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

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

Seguem-se ao artigo 231, sete parágrafos e o artigo 232 a fechar o capítulo “Dos Índios”. Todos os sete parágrafos do artigo 231 tratam da questão da terra indígena e o artigo 232 oferece representação e proteção judicial aos indígenas. Portanto, a Constituição Brasileira não adota explicitamente o Direito Consuetudinário indígena, de forma que, qualquer decisão de natureza jurídica, de solução de conflitos de direitos, originada em comunidades indígenas, não goza de segurança jurídica e mesmo quando o Direito Consuetudinário é reconhecido, isso somente é possível dentro de um processo judicial, cercado pelos formalismos das regras positivistas.

A mesma Constituição Federal de 1988 cria os demais formatos de regras jurídicas a coexistirem no sistema jurídico brasileiro, como a lei, o regulamento, o decreto etc. Este último, o decreto, é o formato usado para a adequação normativa ao sistema nacional, dos tratados e pactos internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Assim, em Junho de 2002, o

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

Congresso Nacional ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Convenção Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, aprovada com a edição do Decreto Legislativo 143 de 2002, sobrevivendo o Decreto 5.051, de 2004, dando validade interna à convenção, com natureza jurídica de tratado, como norma protetora de direitos humanos de alcance específico e aplicação imediata, conforme leciona o constitucionalista Alexandre de Moraes (2004).

A OIT 169 determina explicitamente que a aplicação de leis nacionais, deverá considerar o Direito Consuetudinário indígena, inclusive quanto aos castigos determinados pela comunidade por atitudes ofensivas às regras internas, preferindo o poder judiciário local, na aplicação de penas, aquelas restritivas de direitos (como o trabalho em hospitais e creches) no lugar das privativas de liberdade (prisão), caso seja necessária a intervenção não-indígena para garantir a paz dentro da comunidade. Eis a redação da OIT169 no que diz respeito ao Direito Consuetudinário:

Artigo 8º

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

[...]

Artigo 9º

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

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

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Ocorre que, os decretos (como os que dão validade interna para a OIT 169), estão postos na hierarquia positivistas, abaixo das leis. Em outras palavras: as leis prevalecem sobre os decretos. A partir deste raciocínio, o fato do Brasil ser signatário de tratados e convenções internacionais, não se reveste do real valor pretendido pela comunidade internacional, pois o formato interno dos tratados, pactos e convenções, é incipiente.

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

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

Artigo 5º - [...]

[...]

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

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

Afinal, o Direito Consuetudinário, como fonte de solução de conflitos internos em comunidades indígenas, está ou não contemplado na Constituição Federal? Mesmo considerando o Direito Consuetudinário indígena, materialmente, uma regra constitucional e apesar de haver controvérsia formalista, de fato não se vislumbra vontade político/jurídica para ser o consuetudinário, como expressão cultural de comunidades indígenas, efetivado no território nacional, pois tal efetivação atenderia grupos populacionais desprovidos de representatividade política significativa.

A discussão sobre a constitucionalidade aflige também um único e isolado artigo de lei, pouco utilizado pelos julgadores pátrios. Trata-se do Artigo 57 da Lei n. 6.001 de 19 de Dezembro de 1973, conhecida como “Estatuto do Índio”, onde está prevista a tolerância dos operadores do direito à “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”.

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

Seria um bálsamo tal dispositivo, porém, tratando-se de uma lei e não de uma norma constitucional, gera interpretações diversas como a ainda vigente visão de que o Estatuto do Índio somente se aplica aos indígenas “não-aculturados” ou “não-integrados”.

A confusão é provocada pelo próprio Estatuto do Índio, onde, no artigo exatamente anterior (Lei n. 6.001/73, artigo 56), está estabelecido que “no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”. Porém, em sentido diverso o Ministro Sebastião Reis Júnior do STJ em decisão no Habeas Corpus 263987, de 25 de Novembro de 2014, afirma ser limitada a aplicação do parágrafo único do Art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio) “aos indígenas em fase de aculturação”. De sua vez o Ministro José Arnaldo da Fonseca julgando o *Habeas Corpus* 2000/0002143-1, em 22 de Agosto de 2000, já afirmava: “O art. 56, da Lei nº 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos”. Estas não são decisões isoladas, ao contrário, refletem o entendimento pacificado nos tribunais, que mostra dificuldade de aceitação da ideia de convivência pluriétnica que seria possível com uma simples interpretação mais adequada do Estatuto do Índio.

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

Há ainda a limitação imposta no artigo 57 quanto a punições cruéis, infamantes, além da pena de morte. Eis a imposição de uma cultura sobre a outra: os conceitos de crueldade e infâmia para os não-indígenas são idênticos para os indígenas? A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII, proíbe as penas de trabalhos forçados e banimento no Brasil, porém, justamente estas são duas penas comuns entre os indígenas. Assim, o Art. 57 do

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUECUDINÁRIO INDÍGENA

Estatuto do Índio, que poderia parecer um ponto de equidade ao Positivismo Jurídico, acaba por se tornar letra morta. Simula um respeito inexistente.

E ainda: os artigos 56 e 57 da Lei n. 6.001/73 referem-se exclusivamente à questão penal, ainda assim, pelo viés da punição, sem contemplar a possibilidade de não punir, caso a conduta narrada como crime pela legislação penal brasileira, não seja ofensiva a determinada comunidade indígena. Este é o ponto de mais visível conflito, mas não é o único entre o Direito Positivo e o Consuetudinário indígena, como é o caso do casamento, da herança, da propriedade, da organização social, dos sistemas de trabalho etc.

Registre-se ainda que o Estatuto do Índio remonta aos tempos da Ditadura Militar, um regime de exceção opressor da participação de qualquer espécie de organização social nas políticas públicas de Estado, quanto mais na qualidade de fonte determinadora de desígnios próprios, e ainda, dos grupos indígenas que se arvoram a nações com identidades próprias.

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

3. VALORES CONSUECUDINÁRIOS INDÍGENAS

É hercúlea a tarefa de encontrar regramentos de natureza jurídica, mesmo que travestidos de rituais sagrados e manifestações artísticas, comuns entre os indígenas brasileiros, dada à riquíssima diversidade de suas culturas. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) levantou no Censo 2010 a existência de 305 etnias que falam 274 línguas diferentes. Ainda assim, semelhanças existem, mas não pedem uma análise comparativa, posto consuetudinárias e, portanto, emanações de identidades culturais que justamente distinguem os povos.

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

O jurista André Ramos Tavares (2003), citando lição de Norberto Bobbio, ressalta que um ordenamento jurídico se torna um sistema jurídico quando suas normas se relacionam com coerência entre si, contudo, isso não ocorre entre as diversas comunidades indígenas, que inclusive se expressam em várias línguas diferentes. Isso torna inconsistente e até inexato se referir a um “Direito Indígena” assemelhado a algo positivado. Inobstante, coincidências filosóficas e culturais são perceptíveis nas relações jurídicas internas de cada grupo indígena, como é o caso de traços jurídico/culturais comuns entre os Guaranis, sejam eles Mbyas, Kaiowás ou Nhandevas, cuja base é a supremacia dos interesses coletivos, disso decorrendo a responsabilidade coletiva, a solidariedade e a reciprocidade (COLAÇO 2005).

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

Ao Direito Positivista brasileiro admitir a coexistência do Direito Consuetudinário indígena, para além de ser uma fragilização do sistema, ou de gerar insegurança jurídica, significaria reposicionar o direito, libertando-o da batuta de uma política social conservadora e sectária, para então direcioná-lo à vocação de fonte de emancipação social, tornando-o meio de liberdade para estruturas sociais peculiares, como é o caso dos indígenas. Mesmo sem se referir expressamente à questão indígena, esse entendimento é o cerne da obra do Professor Boaventura (SANTOS, 2003, p.9), para quem:

[...] para além do direito estatal – que tem algumas afinidades formais com o conceito liberal de direito do Ocidente – existe um vasto leque de estruturas normativas ancoradas em entidades e agenciamentos não estatais. Estas estruturas acham-se incrustadas em conjuntos de práticas sociais que, em

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

rigor, não podem ser descritas como constituindo campos jurídicos, políticos, económicos ou religiosos, uma vez que parecem ser tudo isso ao mesmo tempo.

É unísono nas relações jurídicas indígenas, que o bem jurídico merecedor de maior proteção em regras de condutas com força para serem exigidas (coerção), é a coesão social, em detrimento de direitos individuais, de menor valor cultural do que a organicidade da sociedade. As sanções pela ofensa aos bens culturais dependem do valor jurídicos destes bens, podendo ser sanções de natureza retributiva ou de caráter punitiva.

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

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

Para o jurista alemão Winfried Hassemer (1982) as penas como o exílio de condenados e os castigos corporais, as quais nomeia como “penas vitais”, compõem, entre outras, uma espécie de sanção (de força) livre de determinação de tempo para sua execução.

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

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

Curiosa semelhança com o sistema legal brasileiro onde também os homicídios são julgados por um conselho de sentença, com a diferença no fato do conselho positivista brasileiro (Tribunal do Júri), julgar vários casos, envolvendo vítimas e réus desconhecidos dos

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

jurados, a não ser por referências públicas. Havendo punição, enquanto o banimento é a maior reprimenda adotada como decorrência de seu valor cultural, o Tribunal do Júri tem como possibilidade a condenação do réu, com a conseqüente imposição de pena privação de liberdade, por até 30 anos.

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

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

Na Comarca de Bonfim, Estado de Roraima, o Juiz Aluizio Ferreira Vieira, em 03 de Setembro de 2013, julgando a Ação Penal 0090.10.000302-0 (SEMER, 2014), movida contra o indígena Denilson Trindade Douglas, não aplicou a pena do Código Penal Brasileiro, mesmo se tratando de uma morte em condições mais graves, denominada homicídio qualificado (artigo 121, § 2º II do Código Penal), que poderia chegar a 30 anos de reclusão em um presídio de segurança máxima, por entender já ter sido Denilson condenado pela sua comunidade, trazendo ao caso a aplicação do artigo 57 da Lei n. 6.001/73, antes comentada, pois, em assembleia, sua própria aldeia impôs as seguintes sanções (conforme os autos da Ação Penal):

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

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai.
9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão.”

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

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

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

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

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

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

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

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

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

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

4. DIREITO COMPARADO

O modelo jurídico fundado no etnocentrismo da cultura dominante tem sido repudiado no ordenamento jurídico de alguns países de assumida predominância indígena em sua base

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

cultural, como é o caso do Paraguai, onde a atual Constituição, concebida em 1992, abre o capítulo sobre os povos indígenas com o artigo 62 reconhecendo a existência dessas nações naquele território, antes mesmo da organização formal de um Estado Nacional paraguaio. Em seguida o artigo 63, sem meias palavras, admite, explicitamente, a coexistência dos sistemas jurídicos positivo e consuetudinário, assim dispendo:

Artículo 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA

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

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

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

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

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

Sección segunda

Justicia indígena

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

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

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

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

A Constituição boliviana é a mais incisiva no respeito ao Direito Consuetudinário indígena, ainda assim, como nos demais países citados, não foge da subsunção ao Direito Positivo, pois é unânime que a aplicação dos valores culturais jurídicos, ao fim, não pode conflitar com a Constituição, com os direitos humanos fundamentais internacionalmente reconhecidos.

Para os não-indígenas, a vida é o principal dos direitos humanos fundamentais e por isso tem proteção positivada. De outro lado, a antropóloga Myriam Martins Álvares (1999) em sua pesquisa sobre a Educação Indígena entre os Maxakali de Minas Gerais, relatou a punição com morte à menina acima de seis anos que entra no local sagrado, reservado ritualmente aos homens. Eis o conflito: os valores humanos e/ou as regras constitucionais são preestabelecidas levando-se em conta valores estranhos aos indígenas (seja em Minas Gerais ou na Bolívia). Os xamãs Maxakali, ao seguirem uma regra consuetudinária tirando a vida de uma menina, pelo positivismo deveriam ser condenados por homicídio qualificado, com pena de 12 a 30 anos de reclusão.

A concretização do consuetudinário puro soa como utopia. Na maioria dos países americanos a organização estatal e seu direito positivado negam a alteridade de sistemas jurídicos, postando-se, no dizer de Souza Filho (1998), como único e onipresente. O próprio Souza Filho aponta o Brasil como um paradoxo por abrigar uma grande variedade de nações indígenas, onde o direito é resultado de práticas culturais “aceitas e professoradas por todos” sendo, por isso, expressão cultural de rígida obediência coletiva.

5. CONFLITOS ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO E DIREITO CONSUECUDINÁRIO INDÍGENA

Atualmente esse modo de ver, ou de não ver, o Direito ainda ecoa com muita força nos tribunais brasileiros que por vezes recusa a aplicação dos chamados “privilégios da condição indígena”, considerando o réu indígena como “aculturado”, para efeito de lhe ser aplicado ordenamento jurídico brasileiro positivado. Aplicação esta, incontestável quando fora das relações internas, sob pena de, verdadeiramente, estabelecer parâmetros discriminatórios quanto aos brasileiros não-indígenas.

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

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

O “Caso Basílio”, como ficou conhecido, foi narrado por Helder Girão Barreto no livro “Direitos Indígenas – Vetores Constitucionais” de 2003. Necessário esse recorte, pois

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

Helder Girão Barreto é Juiz Federal em Roraima e, em 2014, conforme matéria da Revista Consultor Jurídico, de 22 de Junho daquele mesmo ano, absolveu dois indígenas por furto contra uma médica da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) na cidade de Pacaraima. O Juiz/Doutrinador acatou o pedido do Ministério Público (responsável pela acusação no processo penal), no sentido de que a lei positivada brasileira deixasse de ser aplicada ao caso, em consideração à punição já imposta e efetivada pelo Tuxaua (chefe) da comunidade, para seus pares desviantes capinarem em todo o entorno do posto de saúde onde os fatos ocorreram. Somou-se à pena consuetudinária, o fato do objeto furtado ter sido devolvido e ser de pequeno valor (bagatela no linguajar jurídico), aplicando-se o princípio da insignificância. Pela lei nacional, a essa conduta, quando é punida, aplicam-se penas alternativas à prisão. Então, para o Juiz Helder Girão Barreto aplicar a lei penal positivada implicaria em dupla punição aos indivíduos, contrariando o senso de justiça que é o escopo do direito.

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

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

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

Para os não-indígenas o nascimento é o marco inicial de humanidade. De sua vez, para os indígenas, o nascimento é um momento tão importante quanto é o início da fala possível de ser compreendida, o início do caminhar e do alimentar autônomo. Estes momentos são demonstrações inequívocas de que o ser nascido de um membro da aldeia está recebendo o espírito para então se tornar membro de uma coletividade. Quando estes momentos se mostram maduros é a hora do ser receber um nome, pois mostrou-se vivo para o coletivo. A individualidade do nascimento é de menos importância frente à integração social do ser (HOLANDA, 2008).

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

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

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

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

Retomando os julgamentos de Roraima, naqueles casos específicos, o judiciário entendeu ser a melhor solução, não atender a letra fria da lei, resultando serem as decisões

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

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

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

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

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

Esse estudo somado às reiteradas decisões (recentes) ainda contaminadas pelos superados conceitos de integracionismo, aculturação e civilização, mostram a necessidade do

CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA

judiciário aprofundar a discussão sobre relações jurídicas típicas de comunidades indígenas, para efetivar com maior eficácia sua função – de fazer justiça - quando se refere ao consuetudinário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de se reconhecer que a insistência em conceitos já superados, longe de ser uma recidiva exclusiva do judiciário, é um reflexo do processo histórico de evolução do direito brasileiro o qual, até a Constituição Federal de 1988, vinha se pautando pela premissa existente em várias outras sociedades com organização jurídico-formal a partir da Idade Moderna, segundo a qual a existência de multiétnica em um dado território poderia ser elemento desagregador e/ou dificultador da organização de um Estado Nacional. Daí advém, de um lado, a resistência em reconhecer direitos às minorias como um todo e, de outro lado, como no caso indígena, de se adotar a equivocada política integracionista ou assimilacionista.

A dificuldade de ter uma constituição contempladora de todas as variantes de comunidades existentes em um território tem origens históricas, no caso brasileiro, haja vista que a jurisdicionalização da sociedade é anterior ao nascimento de uma identidade com potencial de ser um amálgama suficiente para qualificar os agrupamentos humanos como uma nação. Aportou em Pindorama (como seria conhecido o território brasileiro pelos Indígenas na época da chegada dos portugueses) nas malas de Pedro Álvares Cabral, a instituição estatal portuguesa com seu sistema jurídico europeu. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro atual não tem suas raízes em uma nação, senão em um Estado preexistente ao próprio Brasil e de nítida inspiração burguesa.

Havendo repetição constante de usos e costumes por longo e com ampla aceitação pelos membros de uma comunidade, o Direito Consuetudinário estará presente como indutor da justiça. Mas é inegável o valor do Direito Positivo, especialmente em sua dimensão de democracia e segurança jurídica. Assim, considerando que qualquer sistema jurídico, seja ele positivista ou consuetudinário, tem como finalidade a realização da justiça e como consequência a pacificação social, é imprescindível que os conceitos de crime e castigo respeitem a alteridade inerente à quantidade extraordinária de comunidades em um território tão extenso quanto o brasileiro.

**CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO
INDÍGENA**

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

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

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

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

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

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

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

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

**CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO
INDÍGENA**

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

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

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

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do *infanticídio* indígena. Brasília, Repositório UNB, 2008. Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5515/1/2008_MariannaAssuncaoFigueiredoHolanda.pdf - Acessado em 29 de Novembro de 2014.

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

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

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

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

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

OIT - Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 – Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=3764> – Acessado em 05 de Novembro de 2014.

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

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

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

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

**CRIME E CASTIGO: O SISTEMA PENAL POSITIVISTA E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO
INDÍGENA**

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório?. Revista Crítica de Ciências Sociais, n.65. Coimbra, Portugal.: CES, 2003. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RC_CS65.PDF . Acessado em 25 de Fevereiro de 2015.

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

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

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

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

WAGNER, Daize Fernanda. A pena privativa de liberdade entre os povos indígenas do oiapoque: modelo próprio de execução penal? Criminologias e Política Criminal. Florianópolis: ed. CONPEDI, 2014. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cf5d42e34cfeb8a> – Acessado em 17 de Novembro de 2014.