

# O DESCOMPASSO ENTRE OS AVANÇOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PRÁTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO<sup>1</sup>

Erika Macedo Moreira  
(Professora da UFG/ Universidade Federal de Goiás – Regional Goiás. Coordenadora da 2ª turma de direito para beneficiários da reforma agrária e agricultores familiares. Contato: erika.moreira@pq.cnpq.br).

## Resumo:

O trabalho que apresento é um fragmento da pesquisa desenvolvida na tese. Intitulada, *ONHEMOIRÃO: O JUDICIÁRIO FRENTE AOS DIREITOS INDÍGENAS*, procurou traduzir, a partir de uma dimensão empírica e interdisciplinar, a postura que o judiciário tem assumido diante dos direitos dos Povos Indígenas, considerando que os quase 28 anos de mudança de paradigma na relação entre Estado e Povos Indígenas, inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) representou, ao menos do ponto de vista normativo, uma ruptura com a política indigenista integracionista. Apesar das demandas envolvendo indígenas estarem, majoritariamente, relacionadas aos conflitos de direitos coletivos territoriais, a pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Tribunal Regional Federal da 1ª região (TRF1) e na Justiça Estadual de Mato Grosso do Sul (comarcas de Dourados, Amambaí e Ponta Porã), a pesquisa demonstrou que há um significativo uso de instrumentos processuais demandando um posicionamento sobre a extensão e limites dos direitos indígenas, sejam eles sociais, econômicos, culturais e/ou territoriais, fazendo do judiciário campo privilegiado para as pesquisas empíricas sobre os sentidos da justiça e a efetivação dos direitos dos povos indígenas, a partir dos paradigmas de garantia da diversidade cultural e do pluralismo jurídico. A Constituição de 1988, ao inserir os direitos territoriais, culturais e coletivos, impôs o desafio de repensar as políticas públicas (também de acesso à justiça) e a estrutura do Estado para garantir a efetivação da democracia intercultural e superar definitivamente a concepção monolítica e centralizadora do poder do Estado, diante das distintas ordens constitucionais historicamente constituídas. No entanto, as práticas interpretativas do judiciário mantêm-se atreladas aos paradigmas do tempo passado. Cuida-se dos direitos

---

1 Trabalho apresentado na Sessão Especial da 30ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre 03 e 06 de agosto de 2016, João Pessoa/ PB.

indígenas, portanto, somente quando relacionados à realidade sócio-cultural e não às questões de natureza político-territorial.

Palavras chave: direitos indígenas, judiciário brasileiro, interculturalidade.

**1) O pluralismo jurídico e a autodeterminação como elementos fundantes do paradigma da interculturalidade, presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)**

Ainda que a CF/88 do Brasil esteja situada por Raquel Yrigoyen Fajardo (2010) no primeiro ciclo das reformas constitucionais pluralistas, entendemos que por ser instrumento formal de materialização de direitos, seu marco normativo dialoga com os conteúdos expressos nos debates internacionais atuais, e por isto possuem plena efetividade no sistema jurídico nacional, devendo ser interpretados enquanto conceitos dinâmicos que reconhecem o valor da diversidade cultural e da busca pela emancipação social. Especialmente porque influenciado pelos debates do GT da ONU sobre povos indígenas, em funcionamento desde 1982, que culminaram também na revisão da Convenção nº107 da OIT.

Vale destacar que ao longo do processo histórico, outros dispositivos, fruto do processo da luta dos povos indígenas, também reconheceram os direitos indígenas. No entanto, protegia-se para integrar, em supostas condições de igualdade. Ao contrário, a CF/88 reconhece aos índios o direito de ser índio, e manter-se como índio, rompendo com toda a legislação indigenista anterior de caráter eminentemente integracionista, e atribuindo à União o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas. Rosane Lacerda (2007) analisa o desenvolvimento histórico das relações inter-étnicas no Brasil Colonial, República e Constituinte, a partir da letra da lei, para demonstrar a transição do modelo de eliminação do ‘bárbaro’ ou salvação do ‘bom selvagem’ para o protagonismo do Estado Pluriétnico, com a Constituição de 1988.

Mas esta não é uma peculiaridade brasileira! O panorama da realidade latino-americana, no âmbito do reconhecimento e das garantias constitucionais às minorias étnicas (em especial no que se refere aos povos indígenas), é pautado pelas mesmas estratégias: negar o reconhecimento, buscando o desaparecimento, inserção da diversidade numa totalidade, buscando a homogeneização, a incorporação por meio da subjugação (idéia de inferioridade), e, por fim, o contexto mais atual de valorização da diferença enquanto mecanismo de fortalecimento do Estado (BARIÉ, 2003).

Portanto, o conjunto dos dispositivos constitucionais que a CF/88 inaugura está relacionado a uma nova dimensão do Estado e do direito, onde a garantia constitucional de reconhecimento da existência de povos indígenas com organização social própria faz com que a legitimidade das ações estatais passe pela aceitação e criação de mecanismos de reconhecimento

e fortalecimento da diversidade cultural, expressos nos modos de vida, cultura, costumes e sistemas normativos plurais.

Mais do que evitar a reprodução das dicotomias que sustentaram a manutenção do Estado moderno, o desafio está em reconhecer a processualidade do tempo histórico presente, onde a transição do modelo de Estado se materializa a partir da ação dos movimentos sociais e das disputas estabelecidas e expressas na própria estrutura do Estado, seja no Judiciário, Executivo ou Legislativo. Países da América Latina, como Bolívia e Equador, vem demonstrando, na prática que, criar algo novo, além de implicar na superação da herança colonialista, pressupõe reconhecer no desenho atual, a capacidade das instituições de se reconstituir, a partir do paradigma da democracia intercultural. E que esta transformação da estrutura do Estado vem acompanhada de intensa luta política e social que permitem a constituição de uma nova base material e simbólica capaz de construir uma nova hegemonia (SOUSA SANTOS, 2010).

Estes desafios podem ser classificados em três dimensões da mudança de paradigma: da tutela-proteção, da diversidade de modos de vida, da identidade e autodeterminação.

O primeiro desafio imposto pela CF/88 foi no sentido de superar, ao menos do ponto de vista normativo, séculos de política integracionista; e, instituir, em oposição, o paradigma da diferença e interação. Até 1988, a incorporação dos 'silvícolas' havia sido o objetivo mais importante da política indígena, sendo tema das Constituições, desde 1934 e do Estatuto do Índio (de 1928 e 1973). Atrelado ao paradigma da incapacidade, a política integracionista considerava que as comunidades indígenas encontravam-se em nível inicial do processo de evolução, e por isso era necessário a incorporação daquela cultura, na sociedade nacional, mais evoluída, progressista e moderna. Com a CF/88, o sentido da tutela transfigura-se da tutela-incapacidade para a tutela-proteção, uma vez que a diversidade das manifestações sociais e culturais passa a ser visto como fonte de riqueza cultural. O que pressupõe superar a redução do direito à lei, e mais ainda, à lei de matriz ocidental, rompendo assim com o pensamento jurídico tradicional que optou por consolidar um conceito de pluralismo jurídico associado ao paradigma da inferioridade, reduzindo o direito *consuetudinário* (ou *direito primitivo*) dos povos autóctones, ao direito imperial/colonial. Aqueles, sempre colocados num plano de submissão e inferioridade, em relação ao último.

O segundo desafio está relacionado à importância e reconhecimento dos usos, costumes e tradições, enquanto instrumentos de tradução de 'outras' lógicas sociais, espaciais e territoriais dos povos, a partir de 'outro' conjunto de significados e regras sócio-jurídica, traduzidos pelo sistema jurídico tradicional enquanto *direitos consuetudinários*. Assim, pressupõe a superação tradicional do conceito de pluralismo jurídico no âmbito da sistemática constitucional.

Apesar da vigência do pluralismo jurídico e do reconhecimento dos sistemas jurídicos produzidos pelos povos indígenas enquanto estratégia de gestão jurídico-política, a utilização dos princípios e diretrizes do direito *alienígena*, permitiu a constituição de um ordenamento jurídico formalista e dogmático, pautado pelo idealismo jusnaturalista e, posteriormente na exegese positivista, privilegiando a vigência do monismo jurídico e a negação das formas próprias de resolução de conflitos de segmentos da população, como índios e negros. Modelo que irá se consolidar com o advento da República e o positivismo jurídico, depois de quatro séculos de uma formação social.

Nesse sentido, é possível perceber uma continuidade da tradição colonial, eletista e segregadora, mesmo depois da independência, passando pela experiência monárquica e hereditária do Império, chegando a República. O que evidencia a ausência, no processo histórico brasileiro, de grandes transformações, seja na estrutura econômica, mercantilista e escravocrata, seja na política administrativa, semi-feudal, patrimonialista e eletista (WOLKMER, 1994).

A partir da era Moderna, e uma pretensa “dessacralização do direito”, o direito válido é reconhecido como fruto de uma ordenação racional, que encontra na dogmática e no positivismo sua fundamentação e legitimidade. Assim, as práticas costumeiras que estariam na base da formação do direito, das regras escritas, juntamente com toda a transformação da ciência nos marcos da modernidade, passam a ser vista como regra primitiva. Desta forma, deu-se a separação entre o direito material, vivo, presente e compartilhado no dia a dia dos grupos populares e o direito formal, atrelado ao Estado e a burocracia. As transformações sociais e econômicas iniciadas no século XIX impulsionaram o processo de racionalização da ciência, em que o positivismo, o formalismo e o normativismo impuseram um padrão na construção do direito, reduzido à lei, a fim de garantir “segurança jurídica” e o poder soberano do Estado em produzi-la. Nesse O formalismo enquanto procedimento que valoriza as regras pré-determinadas, tornou-se o principal meio para a interpretação do direito, mesmo que implicasse, a negação do elemento material, quer como conteúdo ou finalidade, enquanto o costume transformou-se em fonte secundária do direito.

Para FERRAZ JR (2003:242), o costume, do ponto de vista sociológico, representa uma *norma-origem*, pois sua validade está relacionada ao processo difuso de institucionalização que pressupõe uma aceitação tácita e rotineira:

o costume possui em sua estrutura, um elemento substancial – o uso reiterado ao longo do tempo – e um elemento relacional – o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimentos, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores.

Assim, no âmbito da sistemática jurídica, parte da doutrina brasileira reconhece o costume enquanto fonte de direito. Mesmo que sua incorporação se dê através da negação, como um sistema jurídico diferente, estranho e inferior ao sistema jurídico nacional, em que o direito acaba reduzido a uma concepção legalista.

De acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de introdução ao código civil): “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Nesse sentido, a “doutrina” distingue três modalidades do costume, enquanto fonte do direito: *Secundum Legem*, *Praeter Legem*, *Contra Legem* (NADER, 2004, p. 154). A primeira relaciona-se a uma prática social que se adequa e reproduz a vontade da lei, e justamente por não ser o inverso, ou seja, a prática social ganhando efetividade jurídica, nos filiamos ao entendimento de autores que não admitem esta espécie enquanto fonte do direito. O costume *praeter legem*, é o que se aplica supletivamente, quando não se opõe a lei, mas disciplina matérias que a lei não conhece ou regula. O costume *Contra Legem* é o chamado *consuetudo abrogatoria* que se caracteriza pelo fato de a prática social contrariar as normas de direito escrito. Ao contrário de parte da doutrina que nega validade a este tipo de costume, interessa-nos refletir, justamente sobre estas práticas costumeiras, tensionando o limite da efetividade do direito posto pelo sistema jurídico nacional e pelo direito pressuposto vividos e reproduzidos pelos povos indígenas.

Para Xavier Albó (2000:04), a partir de estudos realizados com povos indígenas andinos, os *direitos consuetudinários* possuem algumas características comuns: 1) acumulam uma larga tradição de práticas vivenciadas num determinado contexto cultural; 2) se baseiam numa visão global, não secundarizada; 3) são administrados por autoridades reconhecidas e controlados pela comunidade e sua assembléia; 4) funcionam em níveis mais locais e diretos; 5) são fundamentalmente orais e muito flexíveis no tempo e no espaço; 6) não são automaticamente eqüitativos; 7) estão permanentemente abertos a influências alheias; 8) seu acesso e reconhecimento são rápidos e de baixo custo; 9) quando há conflito interno, as regras acordadas dão prioridade a manutenção da paz comunitária, mais do que o castigo enquanto tal; 10) não havendo reconciliação, ou sendo delinqüentes externos, se prioriza a intimidação.

Assim, o pressuposto do trabalho é que as práticas costumeiras desenvolvidas pelos povos indígenas, interpretadas a partir dos novos marcos constitucionais, trazem ao universo jurídico uma outra concepção sobre a vigência, validade e efetividade do pluralismo jurídico.

O conceito de pluralismo jurídico que defendemos refere-se a um conjunto de políticas de reconhecimento da diversidade, e difere da pluralidade, na medida em que esta refere-se a uma realidade de coexistência de diversos sistemas normativos dentro de um mesmo espaço geopolítico. O reconhecimento do pluralismo jurídico deve fundamentar e legitimar o

desenvolvimento de políticas públicas de manutenção e fortalecimento de sua fonte geradora: a diversidade cultural. E não pode significar supressão de garantias e direitos.

Inicialmente, Sousa Santos (1998), identificou três manifestações de pluralismo jurídico no processo histórico brasileiro: 1) no ângulo colonial, quando aplicado o direito oficial português na colônia; 2) o direito dos povos indígenas; 3) em decorrência da exclusão social. No entanto, para o autor, com o avanço da globalização, a consolidação das instâncias e mecanismos de negociação supranacionais, há uma pluralidade de diversos sistemas normativos, no mesmo espaço e tempo, que dá origem a um conjunto de influências mútuas que se estabelecem como estratégia de sobrevivência de cada uma das esferas das constelações jurídicas, dando origem ao conceito de *hibridações jurídicas* (SOUSA SANTOS, 2003, p. 49).

A idéia das hibridizações culturais coloca a cultura enquanto elemento constitutivo e dinâmico, composto por agregações e desagregações, percebendo as influências mútuas, garantindo integração e contaminação entre as culturas. O conceito de *hibridização* representa um entre lugar, uma cultura em trânsito. A idéia de uma treliça, onde há linhas que se cruzam, formam novas linhas, que se cruzam com outras, mas que mantêm algo de específico, diferenciado (CANCLINI, 1997). Ou seja, os sistemas jurídicos estabelecem uma relação dialética, de influência e garantia mútua.

O pluralismo jurídico que defendemos é decorrente dos debates interculturais e pós-coloniais, e nos ajuda a pensar nas instâncias de administração da justiça, numa perspectiva de uso contra-hegemônico. Embora reconheçamos que a transnacionalização do mercado e da economia se constituam também como novas fontes de pluralismo jurídico, desregulamentando direitos e criando outras instâncias de resolução de conflitos (FARIA, 2002).

Para Walsh (2006), o paradigma da interculturalidade deve ser entendido a partir da práxis política dos grupos sociais que buscam superar a estrutura de dominação imposta aos povos indígenas desde a colonização. Está relacionado, portanto, a capacidade de construção dos novos sentidos, olhares e práticas diante do 'outro', do diferente. Nesse sentido, os conteúdos da diversidade cultural remetem ao reconhecimento, estímulo e valorização das formas próprias de organização social, cultural, econômica e política que os Povos Indígenas e as Populações Tradicionais produzem nos seus modos de vida, e como o Estado, organiza os espaços, mecanismos e formas de interação social que, no espaço público, legitima as novas formas de tratamento diferenciado do 'outro'.

O paradigma da interculturalidade surge do acúmulo teórico-prático dos estudos culturais, surgido nos fins do século XX, princípios do século XXI, com a preocupação inicial de descrever, analisar e criticar a cultura popular, através de duas categorias-chave: classe e nação. No entanto, assumindo o compromisso político com a afirmação da diferença, no contexto das lutas pós-

coloniais, especialmente a partir dos debates trazidos por Stuart Hall, Paul Giroy, entre outros, expande seu objeto de análise para as questões da identidade, da diferença racial, do nacionalismo e da sexualidade. Desvinculando-se diretamente da perspectiva de classe social, porém buscando a compreensão da manifestação das estruturas de poder, no processo de construção da hegemonia, através da manifestação da cultura: sedução e cumplicidade, ao contrário da repressão; poder libidinoso, ao contrário do poder disciplinar (CASTRO-GOMEZ, 2005).

A perspectiva crítica que deu sustentação aos estudos culturais, se definiu em oposição “totalizadora” às diferentes disciplinas da teoria tradicional (trazidas pelo projeto de modernização), passando a valorizar categorias como tempo, espaço, interdisciplinaridade e complexidade, especialmente considerando a especificidade dos países da Ásia e América Latina. O debate intercultural permitiu um exercício de diluição de fronteiras, demonstrando como a integração ou assimilação em uma cultura, pode – ou não - promover uma ruptura com sua cultura ‘original’. A questão da desterritorialização, como a perda da relação “natural” da cultura com os locais geográficos, seguida pela reterritorialização, gera parciais, velhas e novas produções simbólicas. Portanto, o movimento da des-re-territorialização coloca o conflito numa visão mais multifocal e tolerante voltada para a autonomia cultural (HAESBAERT, 2001). Entretanto, diante da intensidade e da instabilidade valorativa, podem gerar outros conflitos (CANCLINI, 1997, p. 309-326).

Das hibridizações jurídicas surge o conceito de interlegalidade, isto é, o cruzamento de diferentes direitos na resolução dos problemas:

Consoante as situações e os contextos, os cidadãos e os grupos sociais organizam as suas experiências segundo o direito oficial estatal, o direito consuetudinário, o direito comunitário, local, ou o direito global, e, na maioria dos casos, segundo complexas combinações entre estas ordens jurídicas. (SOUSA SANTOS, 2003, p. 49 e 50).

Refere-se à desconstrução do sistema jurídico centrado no indivíduo de matriz colonial e busca acabar com a hierarquia dos sistemas normativos, reconhecendo que cada um possui um sentido e uma prática própria, embora haja articulação e complementariedade entre eles. Portanto, instituí uma nova dinâmica, diluindo fronteiras entre o que seja direito individual e coletivo, pois considera a normatividade histórica, a autonomia e diversidade das formas de vida e pluraliza o sistema nacional. No contexto do pós-colonialismo, a vigência do pluralismo jurídico é uma condição em que se encontram as sociedades contemporâneas<sup>2</sup>. Importa compreendê-lo de forma dinâmica, de acordo com a pluralidade da organização social (que dá origem a pluralidade normativa), aplicando o conceito a partir da abordagem dialética na análise das relações entre os

---

2 Os estudos de Sara Araujo (2008) apontam para o reconhecimento e valorização das instâncias comunitárias na resolução de conflitos em Moçambique, bem como vale destacar o trabalho de Daniel Schroeter Simião, sobre as práticas extrajudiciais de mediação no Timor Leste (2005 e 2011).

campos sociais e suas forças normativas. Cada povo indígena possui um sistema normativo próprio, que rege a organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, ocupação territorial, relações de família/ sucessão e relações inter-étnicas, e a aceitação desta diversidade é fonte de fortalecimento do próprio Estado. Para Villares (2009), o sistema jurídico de um Povo Indígena constitui elemento básico da identidade étnica de um povo.

O direito brasileiro admite a existência e executividade dos sistemas jurídicos indígenas, num reconhecimento de seu alcance limitado, da sua não-completude e da complexidade das relações sociais num País pluriétnico. As normas gerais que regulam a sociedade brasileira são inadaptadas para muitas das situações vividas pelas comunidades indígenas e deixam de ser aplicadas em favor das normas feitas pelos próprios índios. A aceitabilidade de outras normas é medida necessária para a manutenção do próprio direito (VILLARES, 2009, p. 23).

O terceiro desafio da CF/88 está relacionado à garantia do direito coletivo à auto-determinação, expresso nos modos de vida e opções de modelo de desenvolvimento dos PI. Os direitos coletivos abarcam dupla dimensão: tanta na perspectiva do direito difuso de todos à existência e manutenção da cultura dos diversos povos, com respeito e integridade, como também das pessoas de cada povo se reconhecer enquanto pertencentes daquele povo e não de outro. Relacionam-se, portanto, a auto-determinação e o pertencimento, vinculados aos modos de vida, cultura, língua e garantia de manejo dos seus territórios, a partir de seus usos, costumes e tradições. Desta forma, os conteúdos da diversidade cultural estão relacionados ao tratamento político-jurídico dos “novos direitos”, materializados num conjunto normativo, que nos remetem a identidade étnica e a autodeterminação.

Sentir-se parte do grupo, se identificar com a comunidade na qual se vive é uma expressão do que conhecemos por identidade. O processo de construção desse sentimento de pertencimento leva em consideração um rol de fatores como os costumes e tradições desses grupos. A preservação desse sentimento de pertença que um indivíduo tem com um grupo é uma das garantias do direito à identidade étnica, que permite que o indivíduo que se sente pertencente a um grupo social possa se afirmar como tal, preservando a sua cultura, seus valores, sua visão de mundo e coesão social. É considerado um direito fundamental, já que é uma garantia que, mesmo não estando expressamente na Constituição Federal, depreende dos princípios por ela adotados, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mesmo não estando expresso no texto constitucional – direito à autodeterminação – podemos perceber referências à proteção desse direito em diversos dispositivos. Já no preâmbulo, o constituinte estabelece que uma das finalidades da República Federativa do Brasil é a criação de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Embora haja outras referências à



garantia do direito à identidade (como nos arts. 215 e 216 do diploma constitucional, que versa da ordem social, mais especificamente sobre a Cultura), a liberdade de crença e religião, etc.

A auto-determinação representa um regime jurídico de independência política, que passa pelo exercício da autonomia. Esse direito se refere ao processo de a própria comunidade/grupo ter consciência de que é pertencente a uma minoria étnica, quer seja indígena, remanescentes de quilombo, camponesa, etc, a partir da própria dinâmica, levando em consideração suas formas de organização, ancestralidade, língua, religião, usos do território, terra, etc. Nesse sentido, o direito à auto-definição consagra o olhar dos sujeitos como essencial, garantindo a coesão social do grupo e a reprodução dos modos de vida, o que implica reconhecer e garantir o direito dos povos de escolher, soberanamente, suas formas de organização social e modelo de desenvolvimento.

Os direitos territoriais estão relacionados ao processo demarcatório das terras, já que a CF/88 reconheceu os direitos originários dos índios sobre seus territórios, a partir de quatro elementos fundamentais: terras habitadas, utilizadas, imprescindíveis à preservação da natureza e necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo. O reconhecimento dos direitos originários impôs limites ao poder discricionário do Estado, que passa a ter de respeitar usos, costumes e tradições e fica impedido de “‘liberar’ terras para exploração ou uso público, como estradas ou projetos desenvolvimentistas (SOUZA FILHO, 2002, p. 54)”.

Desta forma, o problema estará centrado na tentativa de refletir como o judiciário materializa os conteúdos da diversidade cultural e do pluralismo jurídico, constituídos pelos conceitos de direito próprio, identidade, território, autonomia, auto-determinação, usos e papéis da perícia antropológica e dos peritos tradutores.

Pensar uma nova forma de interpretação constitucional dos direitos indígenas é levar em conta a estrutura assimétrica de poder, entre as distintas culturas e o impacto dos fatores econômicos, sociais, políticos, militares, produzidos na relação desigual entre os povos indígenas, o Estado e proprietários privados. É necessária uma estrutura de justiça que permita a superação desta assimetria como condição para a realização do exercício hermenêutico que se desenvolve a partir da linguagem na busca pelo entendimento e efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Cidadã.

## **2) Demandas envolvendo indígenas no judiciário brasileiro: a invisibilidade do pluralismo jurídico e da diversidade cultural na jurisprudência**

O levantamento das decisões foi realizado pelo portal eletrônico dos respectivos tribunais: STF, STJ, TRF1 e TJ/MS. O lapso temporal estabelecido para o levantamento das decisões compreendeu o período de 1º de Novembro de 1988 à 1º de Janeiro de 2013. Não constitui pretensão deste trabalho o levantamento e análise de todas as decisões, nem estabelecer com precisão numérica as demandas relacionadas aos direitos indígenas que foram julgadas. Mesmo

que fosse nossa pretensão, a ferramenta de busca apresenta uma limitação funcional, não permitindo o alcance da totalidade das decisões: primeiro, porque está restrita ao universo de acórdãos publicados na internet, segundo, porque a seleção é realizada conforme sua ementa e indexação. De todo modo permite ter uma dimensão quantitativa da forma como as informações processuais envolvendo indígenas estão organizadas nos órgãos judiciais. Diante do alto quantitativo nas categorias mais genéricas, “*índio*” e “*indígena*”, partimos para uma pesquisa direcionada as categorias teóricas que norteiam o trabalho: *pluralismo jurídico e diversidade cultural*. Num segundo momento, ampliamos para: *cultura indígena, direitos indígenas, e usos, costumes e tradições*. A busca das categorias de análise foi realizada de forma fechada e de forma aberta. Pesquisadas de forma aberta, as expressões foram localizadas nas ementas das decisões de forma dispersa, no todo ou em partes. Ou seja, o conteúdo que expressavam não necessariamente refletia o significado da expressão e levou a um primeiro levantamento mais genérico e a uma sobreposição maior de ocorrências em torno da palavra *indígena*. Por seu turno, a pesquisa a partir das expressões fechadas, ou seja, entre aspas, permitiu afunilar o universo da amostra.

Deste modo, a partir da busca pelas expressões, de forma fechada, ou seja, entre aspas, alcançamos o seguinte quadro inicial:

	STF	STJ	TRF1	TJ/MS
Índio	539	166	+ de 1207	228
Indígena	629	395	+ de 1405	333
Subtotal	1168	561	2252	561
				4542
Pluralismo jurídico	---	---	---	---
Diversidade cultural	---	---	07	01
Cultura indígena	30	05	09	10
Direitos Indígenas	116	35	139	15
Usos, Costumes e Tradições	14	---	80	04
Subtotal	160	40	235	30
				465

Tabela: Quantitativo Comparado\_Expressões Fechadas.

Sistematização: Erika Macedo Moreira.

Fonte: Sistema de pesquisa virtual de jurisprudência de cada um dos órgãos, 2013.

Diante do estranhamento com a ausência de ocorrências com a expressão *Pluralismo Jurídico*, e poucas para *Diversidade Cultural*, realizamos a busca pelas expressões na forma aberta. O que fez aumentar significativamente o universo:

	STF	STJ	TRF1	TJ/MS

Pluralismo jurídico	50	02	03	33
Diversidade cultural	10	09	52	1846
Cultura indígena	36	11	58	40
Direitos Indígenas	139	51	+ 202	102
Usos, Costumes e Tradições	14	01	92	08
Total	249	74	+ 407	2029

Tabela: Quantitativo Comparado\_Expressões Abertas.

Sistematização: Erika Macedo Moreira.

Fonte: Sistema de pesquisa virtual de jurisprudência de cada um dos órgãos, 2013.

Na categoria *pluralismo jurídico*, o quantitativo, de zero, saltou para 50, no STF. Embora sem qualquer relação com a temática das comunidades tradicionais ou indígenas<sup>3</sup>. No STJ, o sistema acusou duas indicações. Ambas relacionadas ao direito de locação e revisão de alugueres. Portanto também sem relação ao tema do trabalho. Da mesma forma ocorreu no TRF1: encontramos 3 decisões relacionadas a temáticas outras: individualização de créditos de associados; direito de transferência de estudante devido à aprovação no concurso público; licença ambiental para construção de loteamento. No TJ/MS, o sistema identificou 33 ocorrências. Nenhuma delas relacionada à questão indígena. No entanto, neste caso, chamou atenção a possibilidade de uma vinculação indireta nas ações de indenização relacionadas à ausência de condições mínimas de salubridade e higiene do sistema carcerário, considerando que no próximo item apresentaremos os dados sobre a situação do encarceramento dos indígenas, em especial do Mato Grosso do Sul<sup>4</sup>.

Já para a *diversidade cultural*, a expressão aparece, na forma fechada, no TRF1 e no TJ/MS. No TRF1, todas as 7 decisões monocráticas estavam relacionadas a conflitos territoriais de Comunidades Tradicionais, sendo que apenas 1<sup>5</sup> não estava relacionada à suspensão das liminares em ações possessórias dos povos indígenas da Bahia – Pataxó Hã Hã Hãe e Tupinambás<sup>6</sup>. Na forma aberta, o quantitativo saltou para 51 ocorrências. No TJ/MS, apenas uma decisão encontrada está relacionada à temática indígena. Trata-se de recurso de apelação contra decisão

3 Estavam relacionadas à liberdade de imprensa, relações homoafetivas, ficha limpa, fidelidade partidária, e, em especial, 1 nos chamou atenção por estar relacionada à participação da sociedade civil na composição do Conselho Nacional do Ministério Público (MS 26715 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 18/06/2007). Tema relacionado à democratização do Judiciário, trazido pela EC/45, conforme visto em tópico anterior.

4 Uma ação, nº 0003149-34.2004.8.12.0008 de Embargos Infringentes, e 08 apelações: 0005345-95.2004.8.12.0001; 0001182-12.2004.8.12.0021; 0014778-26.2004.8.12.0001; 0015107-38.2004.8.12.0001; 0015130-81.2004.8.12.0001; 0004171-64.2003.8.12.0008; 0005173-69.2003.8.12.0008; 0014789-55.2004.8.12.0001.

5 Relacionada a conflitos territoriais das Comunidades Remanescentes de Quilombo. SLAT 2009.01.00.031060-5

6 SS 2007.01.00.059365-7/ BA, SS 2007.01.00.003588-6/BA, SS 2007.01.00.059457-3/ BA, SUEXSE 2007.01.00.003588-6/ BA, SUEXSE 2007.01.00.058763-6, SS 2007.01.00.058762-2/ BA

que extinguiu sem julgamento de mérito a Ação de Indenização por Danos Morais com pedido de Pensão Alimentícia. A decisão é favorável à autora e a fundamentação está repleta de juízos sobre o regime de tutela e a incapacidade civil<sup>7</sup>.

Este exercício reforçou a pretensão de trabalhar apenas com as ocorrências identificadas, na forma fechada: *diversidade cultural, cultura indígena, direitos indígenas e usos, costumes e tradições*.

Após leitura “flutuante” das ementas das decisões (de diferentes modalidades/ acórdãos, questões de ordem, decisões da presidência e decisões monocráticas e oriundas de diferentes instrumentos processuais, *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, Ações Ordinárias, Demarcatórias, Possessórias, etc), partimos para a sistematização dos dados. O inteiro teor das decisões foi trabalhado a partir da seleção de alguns casos, conforme veremos mais adiante<sup>8</sup>.

A pesquisa flutuante consistiu em realizar leitura virtual e instantânea à identificação da ação, do tipo de instrumento processual, do conteúdo a que está relacionado, e a tomada de decisão, permitindo um rápido diagnóstico inicial do universo a ser trabalho.

As ementas identificadas pela pesquisa das expressões foram sistematizadas em tabelas, que identificavam a numeração do processo, a unidade da federação de origem, o povo e a terra indígena envolvidos, a data do julgamento, o relator, as partes e a ementa. Isto nos permitiu chegar a um total de 465 decisões analisadas (95/ STF, 35/ STJ, 230/ TRF1, 30 TJ/MS).

Embora seja latente e expresso que a questão territorial constitui o carro chefe do conjunto das decisões, a análise das ementas permitiu identificar casos em que elementos da cultura indígena, da dinâmica e organização social, em sentido mais estrito, seus usos, costumes e tradições, estão sendo considerados pelo sistema jurídico nacional.

Numa tentativa de classificar e aglutinar as ações para constituir uma análise comparada buscando o sentido da equidade na relação entre os direitos indígenas e o sistema jurídico nacional, pelo conjunto das decisões, consolidamos 04 categorias: *penal, desenvolvimento, terra e território e usos, costumes e tradições*.

---

7 “(...) vale dizer, que a recorrente estuda na rede municipal de ensino, sua genitora trabalha como empregada doméstica e possui registro no Cadastro das Pessoas Físicas, e ambas residem na área urbana da cidade, não havendo qualquer indicação de que se tratam de indígenas em situação de alienamento social (AC 2010.026428-9/0000-00- Campo Grande/ MS)”.

8 Trabalhando com o método de análise de conteúdo proposto por Laurence Bardin (2011), durante a pré-análise, primeiro momento de organização da análise, seguido pela exploração do material e do tratamento dos dados e da interpretação; a leitura flutuante “consiste em estabelecer o contato com os documentos a analisar e em conhecer o texto deixando-se invadir por impressões e orientações. Esta fase é chamada de leitura “flutuante” em analogia com a atitude do psicanalista. Pouco a pouco, a leitura vai se tornando mais precisa, em função de hipóteses emergentes, da projeção de teorias adaptadas ao material e da possível aplicação de técnicas utilizadas sobre materiais análogos (BARDIN, 2011, p. 126).”

Sob a rubrica de *Penal*, estão as ações envolvendo crimes de homicídio, estupro, lesão corporal, tráfico, etc, com participação de indígenas, seja como autor, vítima, paciente, ou mesmo entre indígenas, em crimes ocorridos dentro ou fora da TI; em que a grande maioria remete à discussão sobre os conflitos de competência entre a jurisdição federal e estadual.

Para *Terra e Território*, agregamos todos os tipos de ação, desde as ações possessórias, de reintegração ou manutenção, até as relacionadas aos procedimentos de demarcação, como ações ordinárias de suspensão ou cancelamento de portarias, indenização por desapropriação indireta, as ações de nulidade de títulos, de sobreposição de terras indígenas com áreas de preservação, assentamentos de reforma agrária.

Para o subitem *Desenvolvimento*, estão as ações que apontam para uma dimensão mais coletiva do dano e ameaçam a manutenção dos modos de vida do povo, como os decorrentes da construção de grandes empreendimentos e a extração ilegal de madeira e minérios. Está relacionado, portanto, ao processo de exploração e expropriação dos direitos dos povos indígena: tanto da exploração das fontes naturais, como das gentes, como nos casos de exploração da vulnerabilidade dos idosos, através de empréstimos e retenção de cartão de aposentadoria, inserção de bebidas alcoólicas nas comunidades, exploração sexual, trabalho degradante/ escravo.

No subitem *Usos, costumes e tradições* agregamos aquelas relacionadas a afirmação da identidade étnica e cultural, de manutenção de suas práticas sociais e culturais de organização social da comunidade, como o direito à caça, os direitos das mulheres-crianças indígenas ao benefício de auxílio-maternidade, o direito de sepultamento nos territórios originários/reivindicados e o direito a adoção extensiva pela família das crianças indígenas.

No STF, das 160 decisões iniciais, após o levantamento e sistematização, restaram 96, conforme gráfico abaixo:

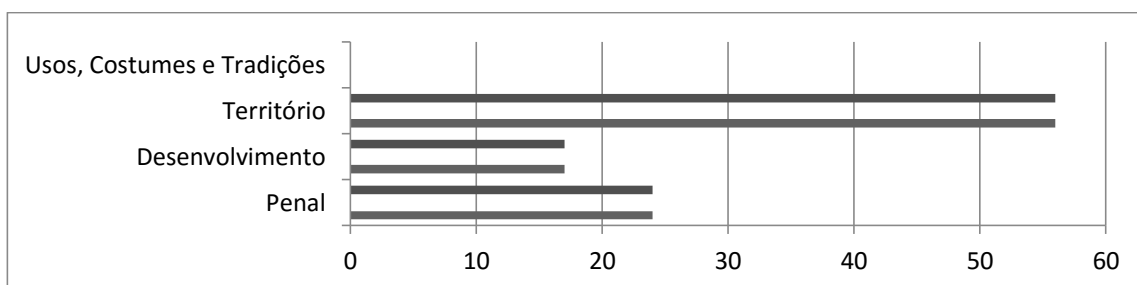


Gráfico: Subdivisão temáticas\_STF

Sistematização: Erika Macedo Moreira.

Fonte: Síntese Quantitativa Categorias STF, 2013.

Com esta disposição percebemos que além do sistema de busca de jurisprudência não identificar ocorrências nas categorias teóricas do *Pluralismo Jurídico* e da *Diversidade Cultural*, vinculadas aos marcos do constitucionalismo plural, nós também não identificamos nas

ocorrências, ações diretamente relacionadas aos usos, costumes e tradições, em sentido mais estrito. O que não significa que não possa haver, já que conforme salientado anteriormente, não constitui pretensão deste trabalho, o quantitativo preciso das demandas.

No STJ, restaram 35 das 40 decisões identificadas na forma fechada. Dessas, 33 estão diretamente relacionadas à matéria penal, seja em conflito de competência, em grau de recurso, ou em sede de *Habeas Corpus*. No entanto, para além da grande maioria relacionada aos diversos tipos de crimes, homicídio, estupro, lesão corporal, tráfico de entorpecentes, genocídio, envolvendo discussões sobre a competência jurisdicional, foi possível identificar, na materialidade do caso, relação com as categorias eleitas para organizar as decisões.

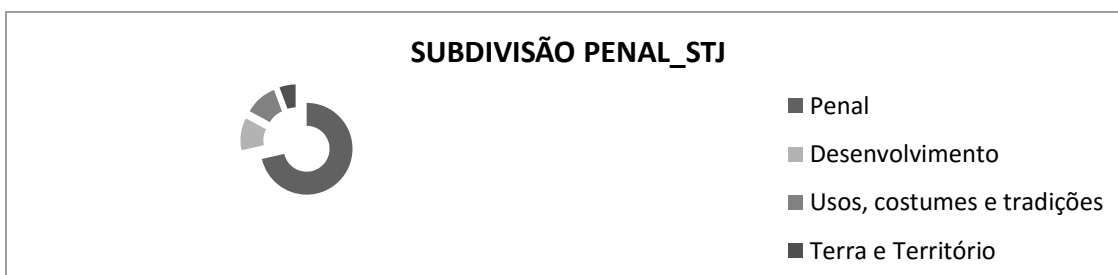


Gráfico: Subdivisão temáticas\_STJ

Sistematização: Erika Macedo Moreira.

Fonte: Síntese Quantitativa Categorias STJ, 2013.

Conforme veremos adiante, apenas 6 das 35 decisões reconheceram a competência da justiça federal, considerando a relação entre o objeto da ação penal e as disputas sobre direitos indígenas. A ampla maioria das decisões remeteu a vigência da Súmula nº 140 do STJ e estabeleceu a competência da justiça estadual, por entender que eram inexistentes a relação com a disputa sobre terras indígenas. Vê-se assim, que os direitos indígenas acabaram reduzidos aos direitos territoriais.

No TRF1, das 235 decisões restaram 228, classificadas conforme disposto no gráfico abaixo:

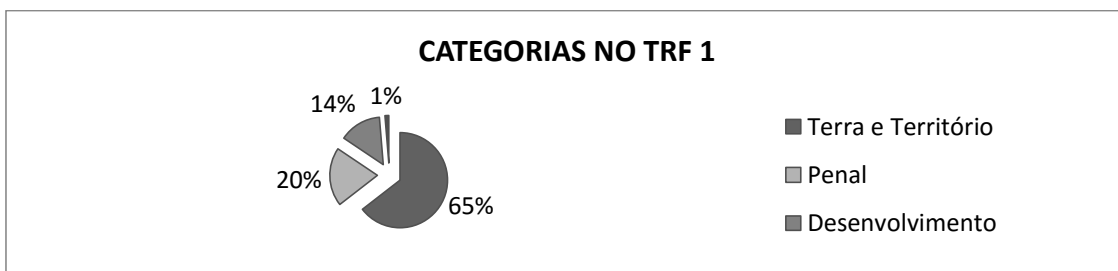


Gráfico: Subdivisão Temática\_TRF1.

Sistematização: Erika Macedo Moreira.

Fonte: Síntese Quantitativa Categorias TRF1, 2013.

No TJ/ MS, o sistema de consulta a jurisprudência está dividido em duas sessões: físico e virtual. Dentro das categorias *cultura indígena*, *direitos indígenas*, *usos, costumes e tradições*,

na consulta da jurisprudência das Turmas Recursais – físico, estão disponíveis para consulta acórdãos a partir de 01/2001 e decisões das Turmas Recursais (1ª, 2ª e 3ª, respectivamente, a partir de 06/2010, 10/2009 e 04/2010), o sistema localizou 24 decisões. Na consulta completa da jurisprudência do Tribunal de Justiça e das Turmas Recursais – virtual, o sistema localizou 30 decisões, entre Junho de 2001 e Agosto de 2013. Como o sistema não suportava a busca por lapso temporal maior do que um ano, optamos por não estabelecer limite e fizemos a busca livre, sem indicação de datas. Assim, trabalhando com os dados da busca virtual, chegamos a um total de 30 decisões para serem analisadas. Como se verá, a matéria penal constituiu a ampla maioria (20), seguida das matérias relacionadas a categoria Desenvolvimento (3), e as demandas territoriais (2).

Vale lembrar que a eleição do TJ/MS está relacionada à necessidade de escolher uma justiça local, para contrapor os dados nacionais, na perspectiva de mapear outros tipos de demandas e verificar como o judiciário local responde às demandas colocadas pelos indígenas no seu o dia-a-dia. Por isto a baixa incidência na questão da Terra e do Território, porque reconhecidas de competência da Justiça Federal. No âmbito da justiça federal, o estado do MS está vinculado à jurisdição do TRF da 3ª região. O mapeamento das ações no Tribunal de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul permitiu identificar as comarcas com maior incidência (Dourados – 6, Campo Grande – 4, Amambaí – 3, Ponta Porã, Bonito, Caarapó, Miranda – 2 em cada, Jardim e Porto Murtinho – 1 em cada), como também os advogados que militam na questão indígena. A partir deste quantitativo e considerando as comarcas que possuíam justiça federal e justiça estadual, escolhemos as comarcas de Ponta Porã, Amambaí e Dourados – além de Campo Grande, por ser a capital e abrigar os Tribunais.

### 3) À guisa de conclusão: a manutenção de um modelo conservador de interpretação

O significativo número de decisões analisadas demonstra que o caráter incompleto e aberto no reconhecimento de novos direitos da Constituição, durante o exercício interpretativo, fica majoritariamente preenchido por uma leitura de mundo que reproduz o estranhamento e a inferioridade, sem alcançar os valores do “outro”, das situações reais e concretas que mantêm os PI em uma situação desprivilegiada na estrutura econômica, material e simbólica. Limita-se, portanto, à negação e não produz a interação. Retira do judiciário a responsabilidade de contribuir com o Estado no cumprimento de seu dever em garantir aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Apesar do conservadorismo hegemônico, é importante considerar que muitas decisões estão se pautando pelo reconhecimento dos contextos sócio-culturais dos Povos Indígenas I e que entendem os direitos indígenas a partir de uma concepção mais ampla abarcando tudo que é inerente a vida e cultura indígena. Colocando o judiciário e todos os seus atores

jurídicos no campo da disputa pela Constituição e legitimidade de uma concepção de justiça e bem viver, que se orienta pelo interesse público de garantir a diversidade cultural.

Só tem sentido pensar o crescente processo de judicialização, através do aumento expressivo das ações judiciais, quando este fortalece a democratização do judiciário, garantido com ampla participação dos atores jurídicos e sociais (magistrados, defensores, promotores e partes envolvidas) e imposição de limites às reformas de mercado do judiciário (que busca concentrar o poder nas mãos do juiz espectador, não participativo da ação, pautado na produtividade, na padronização de decisões e imposição de acordos, como se fosse mediação de conflito). “Nada” significa o aumento de ações judiciais quando estas em sua maioria são julgadas improcedentes em função de algum requisito formal, ou mesmo permanecem sem discussão e julgamento.

Quando observamos a estrutura de funcionamento, especialmente das varas da justiça estadual, percebemos o distanciamento entre a vigência e a efetividade do conjunto de normas e princípios da CF/88 e do direito internacional, como a Convenção 169/ OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Povos Indígenas. Os problemas dos Povos Indígenas acabam diluídos na estrutura do judiciário local do cone sul do Mato Grosso do Sul, que lida com todo tipo de ação, e não desenvolve um tratamento diferenciado aos indígenas e suas demandas por justiça.

Na questão da terra/ território, especialmente nas ações e recursos de liminares de manutenção de posse ou reintegração de propriedade, ou nas ações de interdito proibitório, há um alinhamento da magistratura no sentido de reconhecer a propriedade privada, em desconsideração do conceito jurídico de terra indígena, que transita entre as ideias-elementos de habitat do povo, posse permanente e tradicionalidade. Até que todo o processo demarcatório seja concluído, majoritariamente as decisões caminham no sentido de garantir a manutenção do *status quo*. Ou seja, “tudo aconselha que seja mantido o estado das coisas anteriores ao dessapossamento”, “o dessapossamento da propriedade onde exerce atividades agropastoris provocaria um desequilíbrio que seria desproporcional ao próprio reingresso dos índios”, “geraria prejuízos maiores à propriedade privada”. Remete o problema do reconhecimento dos sujeitos titulares da ação para as instâncias superiores, onde se busca a definição de quem possui os justos títulos sobre as terras indígenas reivindicadas: a União, a partir do reconhecimento do indigenato e dos direitos originários determinados desde o Alvará de 1680 e a Carta Régia de 1808, ou o Estado e os proprietários de terra que receberam títulos de doação das terras consideradas devolutas, em função das “guerras justas” ou das “terras abandonadas” pelos índios? No âmbito da Justiça Federal, no STF, as decisões da Petição nº 3388/ RR, na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e da ACO nº 312/ BA, de nulidade dos títulos imobiliários incidentes na Terra



Indígena Pataxó Hã Hã Hãe, são leituras obrigatórias para compreender os temas polêmicos da conjuntura jurídico-política atual. A primeira chegou ao STF em 20 de Abril de 2005, e demorou cerca de 8 anos para ser julgada, enquanto a segunda, chegou em 30 de Setembro de 1982, e apenas em 2 de maio de 2012 (quase 30 anos depois), a decisão determinou a nulidade dos títulos inseridos na área demarcada em 1938. No TRF1, com efeito, a luta de retomada dos territórios do povo Tupinambá, na Bahia marcou o conjunto das ações analisadas.

Embora todas as ações relacionadas aos conflitos de terra envolvam uma complexidade específica, a preponderância temática no quantitativo total das decisões, revela a necessidade de se constituir uma estratégia jurídica de enfrentamento do problema, que não passe pela pretensão de redução de sua complexidade, como temos com a proposta de pagamento do valor da terra na indenização, negando todo o indigenato e os direitos originários dos PI. É a defesa do indigenato como direito congênito e primário, que garante o imediato domínio da terra (e não uma posse a ser legitimada) e determina a ação enérgica do Estado no reconhecimento e demarcação das TI. O executivo e o judiciário precisam assumir com prioridade o enfrentamento da questão, como temos com as forças-tarefas interinstitucionais para enfrentamento de questões que colocam a soberania, os direitos fundamentais e a democracia em risco. As ações judiciais relacionadas à titulação das terras indígenas devem ter prioridade de julgamento. Embora não constitua tema central da tese, há que se destacar que a existência de trabalho escravo e de grupos armados nas fazendas representa flagrante atentado à ordem constitucional e ao Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 5º, XLIV). No caso do estado do MS, a atuação do poder local, diga-se, fazendeiros com bandos armados, e com anuência do governo (que há muito declarou política anti-indígena), não respeita os limites mínimos de respeito à dignidade da pessoa humana e a própria cidadania, como tivemos recentemente no caso dos leilões para recolher fundos para subsidiar o enfrentamento/ contratação de “vigilância privada” contra as ocupações de terras. Ou mesmo as ações civis públicas, que pedem acesso aos poços d’água no interior das fazendas, bem como os incidentes recentes (massacre no acampamento indígena Guaiviry, os assassinatos das lideranças, a tentativa de genocídio no acampamento Apikay, o incêndio no ônibus com crianças indígenas a caminho da escola, etc.), são exemplos bastante concretos do que dizemos, e, com efeito, requerem uma ação enérgica do Estado Nacional, no combate destas práticas.

Enquanto a questão não se define, os conflitos de terra e assassinato de indígenas continuam. Ademais, tendo em vista que os conflitos fundiários são resultados de uma prática

estatal pautada pela lógica desenvolvimentista agro-exportadora, perpetuada desde o período colonial, intensificada pela revolução verde e reproduzida, com atualizações tecnológicas, até os dias de hoje, não é difícil pensar na produção de um novo conceito que dê conta das relações do poder político local. Dialogando com Raimundo Faoro, em *os Donos do Poder*, temos práticas da *oligarquia judicial*.

Nas ações penais, a síntese do aculturado, portador de título eleitoral e carteira de trabalho, invisibiliza os sentidos de ser índio e os impactos sociais, culturais e econômicos que o encarceramento produz nele e na sua comunidade de origem. Assim, termos e categorias de outras áreas do conhecimento acabam apropriados no discurso jurídico com destinação conceitual e prática diversa dos seus sentidos originários. Como podemos verificar no (não) uso da perícia antropológica nas ações penais, que poderia contribuir na tradução das bases operantes dos direitos indígenas, constituído pelos PI, especialmente para a resolução de conflitos e estabelecimento/ cumprimento das sanções, ou mesmo na consideração dos direitos consuetudinários, ou do pluralismo jurídico, ou do território. Ou seja, o laudo deve ser utilizado para verificar os costumes indígenas e os reflexos da conduta do índio acusado criminalmente, na comunidade indígena e a aplicação ou não do sistema jurídico específico. Para tanto, é necessário superar o preconceito instituído pelos juristas, na relação com a perícia antropológica. No âmbito da sistemática constitucional plural, entende-se que a vigência da Súmula nº 140 do STJ, representa uma afronta à Constituição, aos direitos indígenas e ao direito de ter o processamento da ação com todas as garantias e instrumentos da interculturalidade. Como já visto, qualquer crime atinge os direitos indígenas, seja a liberdade pessoal do índio, seja a comunidade indígena impactada pelo conflito inter-étnico.

Nas questões relacionadas ao modelo de desenvolvimento próprio, fica ainda mais evidenciado como a corte brasileira tem sido autoritária na manutenção do “progresso nacional” definido pelo Estado. A pauta principal está relacionada à imposição dos grandes empreendimentos nas áreas indígenas, fruto das obras do Programa de Aceleração do Crescimento, como construção de UHE e estradas (vale destacar que a decisão no âmbito dos Embargos de Declaração da Ação Civil Pública da UHE de Belo Monte, do TRF1, é paradigmática e constitui excepcionalidade em relação aos entendimentos majoritários). O reconhecimento legal dos direitos indígenas e da autonomia dos PI acaba reduzido ao de tipo inferiorizado, já que não validado pelo processo de racionalização jurídica (formulação, generalidade e validade objetiva), nem pelo sentido de justiça que permeia o imaginário do magistrado, no momento da ponderação dos valores conflitantes. São aceitos quando a lei é omissa, ou desde que não contrariem as normas estatais. Quando não conflitante com os interesses do desenvolvimento nacional, “os usos, costumes e tradições” são respeitados e garantidos pela

decisão judicial. Cuida-se dos direitos indígenas, portanto, somente quando relacionados à realidade sócio-cultural e não às questões de natureza político-territorial.

Fica claro, pela análise do conjunto das decisões, a reprodução das mesmas teses, mesmos paradigmas, princípios e normas de direito, como se fosse uma “norma-fundamental” estabelecida pela interpretação de uma decisão anterior que passa a nortear as demais na concepção de “bem comum”. Assim, o judiciário brasileiro mantém-se atrelado aos paradigmas do tempo passado, mesmo com a mudança paradigmática inaugurada pela CF/88, mediante o modelo de interpretação ultrapassado e desconectado dos paradigmas atuais que norteiam a relação e a construção de políticas públicas entre os PI e o Estado, especialmente pensando as formas de acesso à justiça e o papel do judiciário. Com a manutenção do *status quo*, e diante do papel/ efeito das “tendências estruturais à reificação (TeaR)” na desmaterialização de direitos sociais, econômicos, culturais, ambientais e políticos dos PI, fica colocado o desafio de pensar estratégias de superação da prática de racismo institucional e a construção de modelos de justiça que realmente se proponham a superar todas as barreiras colocadas pela forma tradicional de se conceber o direito, em especial dos PI (como o monismo, o dogmatismo, o formalismo e a descontextualização) e caminhar para o estabelecimento de diálogos interdisciplinares que permitam a diluição das fronteiras acadêmicas e o exercício da interpretação intercultural dos direitos dos PI. É preciso resgatar a dimensão comunitarista, vitoriosa nos debates da ANC e estabelecer outros parâmetros para a construção da decisão, especialmente quando os conflitos jurídicos estão relacionados à garantia dos direitos coletivos, transindividuais e plurais. A CF/88, como ordem concreta de valores, liberdades positivas de uma comunidade histórica, pautada na soberania popular e na supremacia dos direitos fundamentais, requer um Estado forte e atuante, que estimula a participação ativa da comunidade de intérpretes (e não somente o juiz) na constituição de uma dimensão discursiva de mobilização e expressão das diferenças dos sujeitos e interesses.

Para falar de universalidade dos direitos humanos, primeiro é necessário interculturalizá-los. É preciso modificá-los, ampliá-los e constituí-los, reconhecendo o caráter incompleto dos direitos, cujo sentido, significado se constitui a partir do conflito. Ou seja, é reconhecer pela fenomenologia, como o indivíduo separado é uma abstração e que a intersubjetividade é que constitui a subjetividade, sendo a individualidade manifestação das identidades produzidas em processos de socialização primária e secundária. Pressupõe superar o consenso imaginário de Rawls sobre as concepções mínimas de justiça, para aproximar-se do diálogo intercultural.

Pensar nessa outra política de Estado pressupõe reconhecer a violência historicamente institucionalizada e construir caminhos para “reduzir danos”. Nesse sentido, entendemos que o artigo 109, XI, da CF/88, que determina a competência dos juízes federais para processar e julgar

disputa sobre direitos indígenas é suficiente, diante da conjuntura política atual, para estabelecer uma virada na concepção de estrutura e sentido de justiça aos PI e acabar com o processamento de qualquer tipo de ação nas instâncias tradicionais da justiça estadual. É urgente a necessidade de ampliação das estruturas da Justiça Federal, com criação de varas especializadas para cuidar das questões criminais e político-territoriais; práticas contínuas, nas áreas indígenas, pelos Juizados Especiais Federais Itinerantes para demandas do dia-a-dia (efetivamente compromissados com os princípios e modos de fazer da mediação de conflitos); expansão e qualificação do corpo técnico/jurídico nas instâncias e órgãos do judiciário federal, como o MPF e a DPU, especialmente de caráter interdisciplinar. Na perspectiva da democratização do judiciário, é fundamental a criação de mecanismos para garantir da representação indígena, tanto na estrutura do controle externo, como nos cargos públicos do sistema de justiça.

Com efeito, acredita-se que a possibilidade de mudança de paradigma do judiciário deve vir acompanhada do reconhecimento, na educação jurídica, de que trabalhar com esses novos pressupostos epistemológicos trazidos pela interculturalidade implica também uma tomada de postura, uma virada de valorização dos princípios da diversidade cultural e da identidade étnica, que permitem a reprodução dos modos de vida e da organização espacial diferenciada, como medidas opostas às práticas genocidas do Estado.

Bibliografia básica:

ALBÓ, Xavier. **Derecho consuetudinário: posibilidades y limites**. 2000 (*mimeo*).

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 5.051 de 19 de Abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

CANCLINI, Nestor Garci. **Culturas híbridas** – Estratégias para entrar e sair da modernidade. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. Comparação e Interpretação na Antropologia Jurídica. **Anuário Antropológico/89**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, pp. 23-45.

CASTRO-GOMES, Santiago. Ciências Sociais, violência epistêmica e o problema da invenção do outro, *In*: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber*. Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

FAORO, Raimundo. 1957. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Globo, 2008.

FARIA, José Eduardo de. Estado, Sociedade e Direito, *in* FARIA, José Eduardo de (Org.). **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo, Max Limmonad, 2002.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

LACERDA, Rosane. Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. **Dissertação de Mestrado**. UnB, 2007.

MOREIRA, Erika Macedo Moreira. *ONHEMOIRÃO: O JUDICIÁRIO FRENTE AOS DIREITOS INDÍGENAS*. Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília/ UnB, 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

POLANCO, Héctor Díaz. **Autonomía Regional**. La autodeterminación de los pueblos indígenas. México, Século XXI, 2006.

SOUSA SANTOS, Boaventura de Souza. “Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e outro”, Conferência de Abertura do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Coimbra, setembro de 2004. Disponível em: [http://www.ces.uc.pt/misc/Do\\_pos-moderno\\_ao\\_pos-colonial.pdf](http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf). Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder**. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

SOUSA SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico, *in* \_\_\_\_\_; e outros. **Conflito e Transformação Social**. Uma Paisagem das Justiças em Moçambique; Porto: Afrontamento, 2003. Vol. I., Cap. I, pp. 47-128.

SOUZA FILHO, C. F. Marés. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2012

TUBINO, Fidel. Aportes de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos, *in* TUBINO, Fidel ; MONTEAGUDO, Cecilia (Org.). **Hermenéutica en diálogo**. Ensayos sobre alteridad, lenguaje e interculturalidad. Lima/ Peru : Fondo Editorial, 2009.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico. **Seminário Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo**, Brasília, 13-14 de abril de 2010. Disponível em: [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docs\\_eventos/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docs_eventos/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico)

WOLKMER, A. C. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica, *in* WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e Justiça na América Latina**. Da conquista a colonização. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 1994.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: balanço e desafio da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In:

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización, *in* Curso de Aperfeiçoamento Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo. Escola Superior do Ministério Público/ ESMP, 2010.