

The cover image shows a large, white, modern building with a prominent, abstract sculpture in the foreground. The sculpture is a seated female figure, possibly representing a deity or a personification of justice, holding a long, thin object. The building has a curved facade and large windows. In the background, a tall, modern skyscraper is visible against a blue sky with scattered clouds. The foreground is filled with a dense field of pink and white flowers.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Pluralismo jurídico e povos**

**indígenas:** o uso de mecanismos híbridos a partir da análise do “Caso Denilson”

**Legal pluralism and indigenous peoples:** the use of hybrid mechanisms from the analysis of the “Denilson Case”

Michelle Alves Monteiro

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

# Sumário

<b>SEÇÃO 1: JUSTIÇA, ADMINISTRAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>12</b>
<b>O IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A FIXAÇÃO DE STANDARDS PROTETIVOS DO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>14</b>
Anderson Carlos Bosa e Mônia Clarissa Hennig Leal	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À JUSTIÇA EM NÚMEROS: UMA ANÁLISE DECENAL DOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS HETEROCOMPOSITIVO, AUTOCOMPOSITIVO E EXTRAJUDICIAL NO BRASIL .....</b>	<b>35</b>
Victor Saldanha Priebe e Fabiana Marion Spengler	
<b>PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>55</b>
Marcelo Dias Varella, Matheus Casimiro, Patrícia Perrone Campos Mello e Trícia Navarro	
<b>VÍTIMAS DE CRIMES E O ACESSO À JUSTIÇA: AS CONTRIBUIÇÕES DA AGENDA 2030 E O COMPROMISSO DE UMA JUSTIÇA EFICAZ E INCLUSIVA PARA O SISTEMA JURÍDICO.....</b>	<b>80</b>
Cláudia Vieira Maciel de Sousa, Eiko Danieli Vieira Araki e Patrícia Mara Cabral de Vasconcelos	
<b>UMA ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A APARENTE DICOTOMIA DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>100</b>
João Hagenbeck Parizzi	
<b>AS POSSIBILIDADES DE DESCRIMINALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE SISTEMAS SANCIONADORES.....</b>	<b>125</b>
Glexandre de Souza Calixto e Chiavelli Fazenda Falavigno	
<b>UM PANORAMA DA POLÍTICA DE COTAS E DA PRESENÇA DE PESSOAS NEGRAS NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO NO BRASIL.....</b>	<b>143</b>
Dyego de Oliveira Arruda, Gabriela dos Santos Coutinho e Caroline Oliveira Santos	
<b>PLURALISMO JURÍDICO E POVOS INDÍGENAS: O USO DE MECANISMOS HÍBRIDOS A PARTIR DA ANÁLISE DO “CASO DENILSON” .....</b>	<b>161</b>
Michelle Alves Monteiro e Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff	
<b>O MINISTÉRIO PÚBLICO NO “GAME OF THRONES” BRASILEIRO COMO 12º MINISTRO: ANÁLISES DO DISCURSO EM PERSPECTIVA IDEOLÓGICA .....</b>	<b>185</b>
Thiago Aguiar de Pádua, Jefferson Carús Guedes e Airto Chaves Jr	

**SEÇÃO 2: GOVERNANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS ..... 212**

**MANAGING THE PROCUREMENT ACTIVITIES OF THE CONTRACT DEPARTMENT IN THE EDUCATION SYSTEM: OPTIMIZATION OF STAFF TIME..... 214**

Pavel Pashkov, Gennady Degtev, Irina Gladilina e Svetlana Sergeeva

**GOVERNANÇA PÚBLICA E GESTÃO MUNICIPAL: UMA ANÁLISE DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA PARAÍBA A PARTIR DE UMA PROPOSTA DE ÍNDICE .....232**

Ana Maria Vicente da Silva e Gesinaldo Ataíde Cândido

**UN MARCO NORMATIVO MODULAR PARA LA DEFINICIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES: EL CASO MEXICANO .....257**

Enrique Octavio Díaz Cerón e Benito Sánchez Lara

**O SANEAMENTO RURAL APÓS O NOVO MARCO LEGAL (LEI FEDERAL Nº. 14.026/2020): UMA REVISÃO NARRATIVA.....284**

Leandro Barros Oliveira e Elmo Rodrigues da Silva

**ASSESSING THE IMPACT OF HALAL CERTIFICATION POLICY ON SMALL AND MEDIUM ENTERPRISES IN EAST JAVA .....304**

Ertien Rining Nawangsari, Arimurti Kriswibowo e Leily Suci Rahmatin

**LEGAL FOUNDATIONS AND FEATURES OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE BUDGETARY SPHERE IN UKRAINE AND ABROAD..... 319**

Valerii Ye. Vorotin, Nataliia V. Vorotina, Oleg M. Koval, Vasyl M. Prodanyk e Andrii N. Shynkarov

**ADAPTAÇÃO DE METODOLOGIA PARA AVALIAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS (PNSB) NO BRASIL E EM PERNAMBUCO.....330**

Amanda Rafaely Monte do Prado

Ranielle Lopes dos Santos e Simone Rosa da Silva

**A REGULAÇÃO DO PETRÓLEO E GÁS NO BRASIL: UMA CRÍTICA INSTITUCIONAL AO DESEMPENHO DAS ORGANIZAÇÕES.....353**

Roberto Ramos Bacellar e vAngela Cassia Costaldello

# Pluralismo jurídico e povos indígenas: o uso de mecanismos híbridos a partir da análise do “Caso Denílson”\*

## Legal pluralism and indigenous peoples: the use of hybrid mechanisms from the analysis of the “Denílson Case”

Michelle Alves Monteiro\*\*

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff \*\*\*

### Resumo

Analisou-se, neste artigo, como o Estado Pluriétnico Brasileiro pode, após a quebra do paradigma integracionista e assimilatório advindo da Constituição de 1988, efetivar o pluralismo jurídico, valendo-se de mecanismos híbridos e, conseqüentemente, assegurar a prevalência dos direitos dos povos indígenas. Para tanto, considerou-se a hipótese de que o Estado Brasileiro, tem, sim, ferramentas para romper com tal passado. E, para testá-la, utilizou-se o “Caso Denílson” como ponto de partida, pois, nesse julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima declarou não apenas a ausência do poder punitivo do Estado e adotou o instituto do *ne bis in idem* como forma não somente de aplicação, como também de reconhecimento da jurisdição indígena, porquanto o indígena já havia sido condenado pela comunidade da qual fazia parte. Assim, por meio de uma revisão documental, bibliográfica e jurisprudencial, e utilizando-se do método analítico-explicativo de análise, concluiu-se, positivamente, pela possibilidade de o Estado brasileiro, por meio do impulso jurisdicional, assegurar os direitos indígenas consagrados, constitucional e internacionalmente, ao utilizar-se do referido instituto penal, considerado como um verdadeiro mecanismo pluralista, especialmente à luz do pensamento de Brian Tamanha e Paul Berman acerca do gerenciamento do hibridismo que, aliás, é a base doutrinária na qual se constrói este texto.

**Palavras-chave:** pluralismo jurídico; povos indígenas; mecanismos híbridos; ‘Caso Denílson’; Tamanha; Berman.

### Abstract

This text aims to analyze how the Brazilian Pluriethnic State could implement legal pluralism after disregarding the integrationist and assimilation paradigm introduced by the 1988 Federal Constitution, and thus ensure the prevalence of the rights of indigenous peoples through the use of hybrid mechanisms. Therefore, our hypothesis is that the Brazilian State does have tools to break with such a past. And to test this hypothesis, the ‘Denílson

\* Recebido em: 07/09/2021  
Aprovado em: 20/09/2023

\*\* Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista Capes/PROEX. Integrante do Projeto de Extensão SEMEAR, vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), na prestação de assessoria jurídica às comunidades indígenas e remanescentes de quilombolas.

\*\*\* Professora de Direito Internacional, Ambiental e Consumidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e professora do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com período sanduíche na University of Ottawa. Mestre em Direito Público pela Unisinos, com período de estudos junto à University of Toronto, com fomento CAPES e DFATT. Membro da ASADIP e ILA-Brasil. Expert brasileira para a HCCH – projeto ODR/Turista (2019-2021). Perita indicada pela DPU para atuar junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (2023). Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Crítico - DiCri/CNPq.

Case’ is used as a starting point. After all, the Court of Justice of the State of Roraima declared not only the absence of the punitive power of the State and adopted the institute of *ne bis in idem* as a way of not only applying, but also recognizing the indigenous jurisdiction, as the indigenous person had already been convicted by the community to which he belonged and was serving the sentence delivered by it. Thus, through a documental, bibliographical and jurisprudential review, and using the analytical-explanatory method of analysis, it was positively concluded that the State, through the jurisdictional impulse, could ensure the constitutionally and internationally recognized indigenous rights when applying the aforementioned criminal institute, considered a true pluralist mechanism, especially in light of Brian Tamanha and Paul Berman’s thinking on hybridism, as a true pluralist mechanism, which, by the way, is the main doctrinal basis on which this text is built upon.

**Keywords:** legal pluralism; indigenous people; indigenous jurisdiction; hybrid mechanisms; “The Denilson Case”; Tamanha; Berman.

## 1 Introdução

Em decorrência de todo o processo de colonização no qual sofreu, o Estado brasileiro constituiu-se com base em uma lógica que excluiu determinados grupos sociais das esferas de poder e, conseqüentemente, de tomada de decisão. Esse cenário contribuiu para o desenvolvimento, dentro de um mesmo espaço geográfico, de diversos sistemas sociais próprios das comunidades marginalizadas, entre eles o jurídico, de maneira que a pluralidade de normatividade em um contexto territorial, se tornou uma realidade cada vez mais latente.

Em razão disso, o Estado Democrático de Direito, em que, na conjuntura brasileira, se formou a partir da ruptura com o passado ditatorial e com o reconhecimento da pluriétnicidade no âmbito dos povos indígenas, quando provocado para lidar com esse hibridismo, deve pautar sua atuação por meio de mecanismos pluralistas, a fim de que se respeite a diversidade cultural e se fomente o próprio pluralismo jurídico, ao invés de se impor uma hierarquização de normas e estruturas jurisdicionais, que não condizem com a nova ordem constitucional instaurada em 1988, em relação à adoção da nova Carta constitucional.

Dessa forma, investiga-se, por meio deste artigo, se o Estado brasileiro, após o rompimento com o paradigma assimilatório e integracionista, inaugurado com a Constituição Federal de 1988, dispõe de mecanismos híbridos para gerenciar as múltiplas normatividades e jurisdições, podendo, dessa maneira, efetivar os direitos dos povos indígenas. Afinal, há quem sustente que o Brasil não apresenta essa possibilidade mesmo após 1988.<sup>1</sup> E, para esse fim, utiliza-se o ‘Caso Denilson’ como ponto de partida, pois nesse julgado o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima declarou não apenas a ausência do poder punitivo do Estado e adotou o instituto do *ne bis in idem* como forma não somente de aplicação, como também de reconhecimento da jurisdição indígena, porquanto o indígena já havia sido condenado pela comunidade da qual fazia parte.

Sendo assim, realiza-se uma pesquisa por meio do método dedutivo e do modelo analítico-explicativo de análise dos objetivos, a partir de um estudo de caso — o ‘caso Denilson’ —, o qual será desenvolvido por meio dos procedimentos de revisão documental, bibliográfica e jurisprudencial, em que pese não se ter o condão de exaurir a literatura especializada sobre o tema. Ademais, salienta-se a opção pela análise do pluralismo jurídico a partir da obra de dois juristas específicos: Brian Tamanha e, mormente, Paul Berman,

<sup>1</sup> Ana Paula Barcellos, por exemplo, conclui em texto sobre a aplicação do pluralismo jurídico no Brasil que “o judiciário brasileiro parece combinar supremacia constitucional com o monismo jurídico de tal modo que uma concepção estadocêntrica [logo, europeizada, colonial e monocultural] continua sendo a lógica principal de organização e funcionamento da ordem jurídica brasileira”. BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

na medida em que estes se debruçam na possibilidade de utilização de mecanismos híbridos, introduzindo, desta forma, um aporte prático para o fomento do pluralismo em um espaço democrático.

Por outro lado, imperioso fazer uma ressalva quanto a esta opção. Sabe-se que ambos autores são estadunidenses e que a sua utilização poderia soar contraditória em um texto em que se busca demonstrar a própria pluriétnicidade e a superação dos paradigmas assimilatório e integracionista. Isso porque não se utilizariam bases teóricas do próprio do Sul Global, como o movimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano<sup>2</sup>, que certamente poderia amparar o presente estudo. Todavia, optou-se pelos citados autores em virtude de estes tratarem, pontualmente, de "mecanismos híbridos" como pontes para atestar a pluralidade — elemento central da hipótese desse escrito, porquanto busca-se verificar se o caso Denílson seria exemplo do uso desse modelo, permitindo, assim, notar a existência de ferramentas jurídicas para o rompimento com um passado monocultural. Ademais, esse é o grande diferencial deste texto em comparação a outros estudos que aventam sobre o mesmo caso.<sup>3</sup>

Estruturalmente, organizou-se a pesquisa apresentada neste artigo em três partes. A primeira parte diz respeito à contextualização do pluralismo jurídico de Brian Tamanaha e, especialmente, de Paul Berman, explanando as suas visões sobre os mecanismos híbridos. Ato contínuo, na sequência, apresenta-se uma breve introdução à construção e à formação jurídica do Estado brasileiro desde as premissas descoloniais, a fim de que se possam compreender os aspectos que ensejaram à instituição de um Estado Pluriétnico no país com a Constituição Federal de 1988, com enfoque especial na questão dos direitos indígenas.

Já na última parte, analisa-se o Caso Denílson, em que o magistrado decidiu, por meio da aplicação do instituto *ne bis in idem*, pela incompetência do Estado nacional em punir o indígena, considerando que este já havia sofrido penalidades pela sua própria comunidade, de maneira que, ao utilizar-se da referida regra penal, se pode inferir que o Estado empregou um mecanismo híbrido tanto pela redundância jurisdicional, principalmente no tocante à complementaridade, quanto pelo regime de reconhecimento mútuo da decisão indígena no caso concreto, partindo do paradigma constitucional introduzido em 1988.

Com isso, espera-se demonstrar que o próprio Estado brasileiro, a partir da nova ordem constitucional, inaugurada ao final do período ditatorial, quando houve o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos de direitos, bem como com a validação e a aceitação de suas organizações sociais, por meio da formação do Estado Pluriétnico, oferece mecanismos pluralistas, como o hibridismo, que permitem uma superação plena do paradigma anteriormente vigente, caso seja efetivamente utilizado, tal como ocorrera no caso Denílson.

<sup>2</sup> O Novo Constitucionalismo Latino-Americano, segundo Lucas Souza, Valéria Nascimento e Isadora Balem, "viabilizou uma virada decolonial, ao abarcar um amplo prisma de valores e normas" nos textos constitucionais que emergiam na América Latina a partir dos anos 2000, os quais, "exigiam um maior pluralismo jurídico com o fito construir o direito sob uma perspectiva dialética". SOUZA, Lucas Silva de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; BALEM, Isadora Forgiarini. O novo constitucionalismo latino-americano e os povos indígenas: a visão do direito a partir dos caleidoscópios e dos monóculos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 576-599, 2019. Outro texto que igualmente aduz sobre o Novo Constitucionalismo, especialmente no sentido de dar voz àqueles até então invisibilizados, em um real sentido democrático, confira: VALENÇA, Daniel Araújo; MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. O novo constitucionalismo latino-americano: análise marxista da invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas críticas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 364-380, 2019.

<sup>3</sup> Por exemplo, veja-se, para outro aporte, o estudo publicado neste periódico em 2019: CARDOSO, João Vitor; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 557-575, 2019.

## 2 Pluralismo jurídico, um diálogo

A coexistência de diferentes ordenamentos normativos é uma realidade que se expressa desde o “nível local mais baixo ao nível global mais expansivo” e foi intensificada em função da globalização.<sup>4</sup> Por globalização, Tamanaha<sup>5</sup> refere que se trata de um fenômeno composto por um conjunto de características que representam um mundo cada vez mais interconectado, devido à migração de pessoas pelas fronteiras nacionais; pela criação de redes globais de comunicação (e seu acesso) — como *Internet* e mídia de massa; a elaboração de organizações globais ou transnacionais de cunho político; o terrorismo à nível global, enfim, a globalização proporcionou a construção de um mundo desterritorializado, em que múltiplas comunidades sobrepostas procuram aplicar suas normas a um único ato ou ator.<sup>6</sup>

Nesse sentido, os estudos acerca da concomitância de diversas ordens normativa tiveram impulso na década de 1970 pela antropologia jurídica, por meio do pensamento pós e descolonial, de maneira que, para eles, o pluralismo jurídico diz respeito tanto à incorporação quanto ao reconhecimento de normas ou, ainda, instituições de direito consuetudinário aplicados nas relações sociais proveniente do Estado, como também à coexistência autônoma de normatividade indígena, a qual termina por ocupar o mesmo espaço e tempo da lei estatal positiva, sendo ela por ele reconhecida ou não.<sup>7</sup> Isto é, o conceito de pluralismo jurídico estaria atrelado ao fato de a lei não se limitar às instituições legais e/ou positivas do Estado, mas sim às ordenações de diversos grupos sociais existentes no seu interior.

Ainda que se tenha noção, como sustenta Berman<sup>8</sup>, de que a lei é constantemente articulada por meio do concurso de várias comunidades que não necessariamente possuem comandos coercitivos de poder soberano, o problema do pluralismo jurídico reside no fato de que o conceito de lei é, para além de complexo, a mais contestada definição na teoria jurídica<sup>9</sup>. Em vista disso, Tamanaha<sup>10</sup> advoga que, por causa da não resolução de tal questão, o pluralismo jurídico é colocado em um nível de pouca consistência, porquanto se impossibilita a distinção de lei de outras formas de ordem normativa.

E isso ocorre porque

[...] a parte “jurídica” do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios, e valores limitados, que geram tudo que tenha a ver com o direito, desde decisões do júri, até eventos destilados, e sim parte de uma maneira específica de imaginar a realidade. Trata-se, basicamente, não do que aconteceu, e sim do que acontece aos olhos do direito; e se o direito difere, de um lugar ao outro, de uma época a outra, então o que seus olhos vêem (*sic*) também se modifica.<sup>11</sup>

Por tais motivos, em virtude de o sistema jurídico ser um produto sociocultural, variável no espaço e no tempo, a compreensão do que é lei dependerá de uma complexa teia de significados culturais para que faça sentido, razão pela qual se criam várias definições sobre o significado de lei, ocasionando uma vasta gama de pluralismos normativos.<sup>12</sup>

<sup>4</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008. p. 375.

<sup>5</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008.

<sup>6</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1237.

<sup>7</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008. p. 390.

<sup>8</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007.

<sup>9</sup> TWINING, William. Normative and legal pluralism: a global perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 20, p. 473-517, 2010. p. 503.

<sup>10</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008.

<sup>11</sup> GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 250.

<sup>12</sup> TAMANAHA, Brian Z. A non-essentialist version of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, v. 27, n. 2, p. 296-321, 2000. p. 297.

Nesse sentido, Twining<sup>13</sup> entende que a existência conjunta em um mesmo contexto de tempo e espaço físico de diversos sistemas de normas ou regras ou, ainda, de ordens normativas institucionalizadas, não seria um caso de pluralismo jurídico, mas sim de pluralismo normativo. Sendo assim, reconhecendo-se que “o pluralismo existe sempre que os atores sociais identificam mais de uma fonte de ‘lei’ dentro de uma arena social”<sup>14</sup>, o foco central desse aporte deveria ser as formas plurais de normatividade, razão pela qual Tamanaha<sup>15</sup> sugere a sistemática de seis categorias de ordenação normativa: (1) sistemas legais oficiais ou positivados; (2) sistemas normativos consuetudinários; (3) sistemas normativos religiosos ou culturais; (4) sistemas normativos econômicos/capitalistas; (5) sistemas normativos funcionais e (6) sistemas normativos comunitários/culturais.

Em relação à primeira, consideram-se como sistemas oficiais (ou positivados) os aparatos legalmente institucionalizados, manifestados a partir de tudo aquilo que é tipicamente determinado como jurídico — desde as leis de trânsito aos direitos humanos. As outras cinco categorias dizem respeito a sistemas de ordenação normativa que se distinguem dos sistemas oficiais do Estado.

Por sistemas normativos costumeiros, entendem-se as regras e costumes sociais compartilhados por um grupo, em consonância com suas instituições e mecanismos sociais.<sup>16</sup> Já no que tange ao sistema normativo religioso, consideram-se os aspectos culturais, no sentido de que,

[e]mbora as fontes costumeiras e religiosas de ordenamento normativo sejam geralmente vistas em termos distintos e mais amplos do que os sistemas legais oficiais, elas também podem conter um subconjunto de normas que têm especificamente status “legal”, em dois sentidos diferentes: 1) através do reconhecimento pelo sistema legal oficial, ou 2) em seus próprios termos. No primeiro sentido, muitos sistemas legais oficiais explicitamente reconhecem e incorporam normas e instituições costumeiras, e normas e instituições religiosas. Muitos sistemas legais estaduais pós-coloniais, por exemplo, reconhecem e aplicam regras e práticas consuetudinárias relacionadas a casamento, divórcio, herança e outras questões relacionadas à família. [...] No segundo sentido, visto como “legal” em seus próprios termos, certos sistemas consuetudinários têm órgãos que os membros consideram “lei consuetudinária”, independentemente de as normas e instituições assim identificadas serem reconhecidas como tais pelo ordenamento jurídico oficial. Da mesma forma, certas normas e instituições religiosas são reconhecidas pelos crentes como tendo status “legal” independente.<sup>17</sup>

O sistema normativo econômico/capitalista consiste em diversas normas e instituições que formulam e se relacionam com o meio de produção capitalista e as transações de mercado nos espaços sociais, de modo que, devido ao processo de globalização, é conhecida como a nova *lex mercatoria*, tendo em vista se tratar de corpo de leis e regulamentos relacionados às transações comerciais transnacionais.<sup>18</sup>

Os sistemas normativos funcionais caracterizam-se pela conexão com alguma função ou propósito que estão além de atividades meramente econômicas, como as universidades e hospitais, pois são orientados funcionalmente, com graus de autonomia e autogoverno, voltados para o alcance de alguma finalidade da qual se constituíram.<sup>19</sup> Possuem mecanismos internos de ordenação e interação com sistemas jurídicos oficiais

<sup>13</sup> TWINING, William. Normative and legal pluralism: a global perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 20, p. 473-517, 2010. p. 476.

<sup>14</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008. p. 396.

<sup>15</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008. p. 397.

<sup>16</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008.

<sup>17</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008. p. 398 - tradução livre.

<sup>18</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008. p. 398.

<sup>19</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008. p. 399.

eventualmente. Por sua vez, o sistema normativo comunitário/cultural é, na acepção de Tamanaha<sup>20</sup>, a categoria mais vaga, porquanto se refere à identificação de um modo de vida comum, imaginada por um grupo.

Todos esses sistemas reivindicam para si a autoridade normativa, de modo que essas fontes coexistentes de ordenamento jurídico se colidem. Isso também faz parte do pluralismo jurídico, o qual pode ser definido, nos termos utilizados por Tamanaha<sup>21</sup>, como a integração entre sistemas legais oficiais concorrentes e conflitantes ou entre um sistema legal oficial e um ou mais dos sistemas normativos não oficiais, de modo que a interação, por complexa, é multifacetada.

Desse modo, o conflito normativo entre os múltiplos sistemas jurídicos em colisão é inevitável, de sorte que, ao invés de se tentar sufocar o debate ocasionado pelo enfrentamento de ordenações, as comunidades em confronto podem buscar uma ampla variedade do que Berman<sup>22</sup> determinará como mecanismos processuais, instituições e práticas de gestão a fim de que não se elimine o hibridismo/pluralismo. Tais procedimentos podem servir de estratégia para mediar os conflitos ao admitir a legitimidade de múltiplas comunidades exigindo o reconhecimento de suas normas sobre um determinado ato ou ator.

Berman<sup>23</sup> sustenta que uma abordagem pluralista proporciona oportunidade para a manifestação de vozes plurais, ou seja, o pluralismo jurídico, enquanto reação ao dogma do centralismo jurídico estatal, pode favorecer práticas sociais insurgentes e participativas de outros grupos. Porém, ressalva o autor, isso somente é possível se os tomadores de decisão e os que ele chama de “*designers* institucionais” considerarem o pluralismo como um valor basilar de um Estado democrático e uma ferramenta de interação dialética entre as ordens normativas distintas.<sup>24</sup>

Por essa razão, é possível dizer que o pluralismo oferece possibilidades de se pensar em um espaço político de resistência à lei criada pelo Estado, principalmente quando este no passado recente uniformizou e homogeneizou as culturas em torno de um direito hegemônico, deixando identidades de lado. Isso porque o pluralismo, necessariamente, examina os limites do poder dos pronunciamentos estatais, principalmente nos lugares em que o Estado não alcança.

Por isso Berman<sup>25</sup> dialoga com Tamanaha<sup>26</sup> ao defender que o pluralismo “libera os estudiosos da necessidade de uma definição essencialista de ‘lei’”, já que é irrelevante o debate entre lei *versus* não lei, porquanto a questão fundamental seriam os compromissos normativos envolvidos em uma comunidade e as interações entre suas ordens jurídicas. Precisa-se compreender como se podem desenvolver abordagens práticas pluralistas diante da realidade do hibridismo em um mundo de jurisdições sobrepostas e de diversidade normativa em conflito dentro de um mesmo campo social.

Para tanto, Berman<sup>27</sup> elabora mecanismos, instituições ou práticas para gerenciar o hibridismo e mediar os conflitos, preservando as múltiplas normatividades em um sistema interligado de reciprocidade e troca. São nove as ferramentas observadas por ele: (a) interações jurídicas dialéticas, (b) margens de apreciação, (c) regimes de autonomia limitada, (d) esquemas de subsidiariedade, (e) redundância jurisdicional, (f) arranjos de participação híbrida, (g) regimes de reconhecimento mútuo, (h) acordos de porto seguro e (i) abordagem pluralista do conflito de normas.

<sup>20</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008. p. 399.

<sup>21</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008. p. 400.

<sup>22</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1156.

<sup>23</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1167.

<sup>24</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1167.

<sup>25</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1177.

<sup>26</sup> TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008.

<sup>27</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007.

Por conseguinte, no tocante ao primeiro, chamado de interações jurídicas dialéticas, Berman<sup>28</sup> analisa que muitos estudiosos não conseguem encontrar, no âmbito internacional, uma lei de fato por estarem procurando comandos hierárquicos sustentados em um poder coercitivo. Ao se adotar uma abordagem pluralista, seria possível considerar que as interações entre os mais diversos tribunais contribuem para uma interação dialética, como os precedentes do *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), os quais, ainda que não possam rever decisões domésticas, servem de base argumentativa para essas decisões; ou, ainda, as decisões de painéis arbitrais, os quais podem influenciar as decisões de órgãos estatais ou mesmo internacionais, mesmo que não haja uma obrigação para tal.

As margens nacionais de apreciação constituem outro mecanismo pluralista desenvolvido por Berman<sup>29</sup>, sendo uma das ferramentas interpretativas empregadas pelos Estados em casos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), na medida em que permitem pleitear um equilíbrio entre o interno e o internacional, uma vez que a política doméstica de um Estado teria um espaço para avaliação da implementação de normativas internacionais, sem permitir, porém, que os tribunais nacionais ignorem completamente o pronunciamento supranacional (no caso do Conselho Europeu). Ademais, a margem de apreciação seria utilizada quando a lei está em transição ou quando não há um consenso entre os Estados-membros sobre o assunto em discussão no âmbito da Corte, permitindo, com isso uma maior liberdade na tomada de decisão.<sup>30</sup>

Os regimes de autonomia limitada são referidos por Berman<sup>31</sup>, alicerçado na delimitação formulado por Henry Steiner de três tipos distintos de regime de autonomia. O primeiro se refere à autonomia limitada de um grupo minoritário étnico, religioso ou linguístico concentrado no território do Estado nacional, os quais podem criar governos regionais eletivos, política local, controlar os recursos naturais do espaço geográfico em que se está situado, administrar escolas da região. Um segundo diz respeito aos arranjos de compartilhamento de poder por meio de, por exemplo, reserva de número fixo de assentos legislativos e cargos executivos para determinado grupo minoritário. Um terceiro regime ocorre quando membros de uma comunidade étnica invocam lei própria da comunidade que diverge daquela territorialmente delimitada pelo Estado-Nação, de modo que a lei formulada pelo Estado pode valer-se do mecanismo de margem de apreciação para que reconheça formas de autonomies para essas identidades.

<sup>28</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1198.

<sup>29</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1202.

<sup>30</sup> Sobre a utilização de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos no presente estudo, importa assinalar duas questões. Primeiramente, que a sua menção em detrimento de precedentes da Corte interamericana de Direitos Humanos que tratam especificamente de matéria indígena ocorre em virtude dos próprios exemplos trazidos pelos autores que servem como base teórica do presente estudo. Logo, para fins de coesão teórica, mantém-se a menção àquele tribunal. Ademais, deve-se frisar, em segundo lugar, que a Teoria da Margem Nacional de Apreciação é rejeitada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na medida em que ela entende que a defesa de um *ius commune* latino-americano depende da interpretação uníssona da Convenção Americana de Direitos Humanos, impondo, dessa forma, a realização do controle de convencionalidade a todos Estados Partes da sua leitura do texto convencional. Noutras palavras, por defender esse posicionamento, ela não permitiria a teoria da margem de apreciação, que, às vezes, permite um posicionamento “destoante” de cada Estado. Entende-se que, mesmo que a Corte Interamericana, a qual o Brasil se vincula, não permita a margem nacional de apreciação, nada impediria que ela mudasse a sua interpretação no futuro, especialmente para que a citada liberdade, quando assegurando a pluralidade prevista no ordenamento interno (e mesmo internacional, se tomarmos como base a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, por exemplo, que, aliás, é fonte de interpretação para o próprio Sistema Interamericano), seja respeitada. Sobre o não-emprego da tese da margem nacional de apreciação no Sistema Interamericano, confira: CORTE IDH. *Caso Artavia Murilo e outros (fecundação ‘in vitro’) vs. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf). Acesso em: 28 set. 2022. Por oportuno, deve-se apontar que existe na doutrina quem entenda que a margem nacional de apreciação seria parcialmente aceita pela Corte Interamericana, como: SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018. Já sobre o *ius commune*, confira: LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Ius commune: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alternativas*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2. p. 916-934, 2021. Por fim, sobre a interpretação a partir da Convenção 169 como base interpretativa, confira: CORTE IDH. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018, §35. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf). Acesso em: 28 set. 2022.

<sup>31</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1204.

Por esquemas de subsidiariedade, o quarto mecanismo do pluralismo de Berman, entende-se que se deve considerar outras comunidades com potenciais legislativos, garantindo-se, dentro de um espaço de identidade social e cultural, a sua normatividade, assegurando a autonomia desta comunidade, com a possibilidade de a autoridade governamental de nível superior, às vezes, intervir de forma devidamente justificada.<sup>32</sup> Isso quer dizer que não seria conferido um “cheque em branco” à autoridade mais alta para atuar, mas não lhe seria negada a possibilidade de governança ao lado de uma maior atuação do nível local.<sup>33</sup>

As redundâncias jurisdicionais ocorrem quando várias comunidades jurídicas distintas reivindicam sua jurisdição sobre determinado ato ou ator. Berman<sup>34</sup> aponta que, muito embora a sobreposição jurisdicional seja compreendida como um problema, uma vez que cria incertezas conflitantes, a redundância jurisdicional pode ser observada como um mecanismo para o gerenciamento do hibridismo, já que isso pode levar a negociações criativas. Nesse sentido, Berman cita Cover, considerando que este identificou alguns benefícios em se ter múltiplas afirmações jurisdicionais sobrepostas. Entre eles está tanto uma maior correção de erros quanto um espaço para maior inovação criativa, como seria o Tribunal Penal Internacional, segundo Berman.<sup>35</sup>

Além disso, os regimes de complementaridade também figuram como instrumento de redundância jurisdicional, já que há a declaração de incompetência de jurisdição em detrimento de outra já pleiteada. Isso demonstra que a existência da redundância jurisdicional cria espaços para a elaboração de normas híbridas, já que, ainda que coexistentes, uma jurisdição reconhece a outra. Para Berman<sup>36</sup> esse mecanismo híbrido pode funcionar de baixo para cima, ou seja, normas não derivadas do poder estatal podem ser apropriadas por normas advindas do Estado, como a incorporação do direito à autodeterminação dos povos ao texto normativo nacional.

Os arranjos de participação híbrida fazem parte da abordagem pluralista desenvolvida por Berman<sup>37</sup> e dizem respeito à hibridização do próprio corpo desenhado no processo decisório, isto é, quando comunidades diferentes são membros de um tribunal, “júri misto”/“tribunal híbrido”, o que contribui para que não haja cometimento de erros pontuais. Exemplos dessa situação são cada vez mais comuns no plano internacional, como os casos dos tribunais de Kosovo e Camboja.<sup>38</sup>

Por sua vez, os regimes de reconhecimento mútuo são entendidos, no âmbito político, de duas formas: uma no que concerne aos aspectos econômicos, como diferentes comunidades mantendo seus próprios padrões para produtos produzidos internamente; concordam, contudo, em reconhecer os padrões de outra jurisdição para os produtos que importam. Outra forma de reconhecimento mútuo é no que tange ao reconhecimento de julgamento entre tribunais distintos, como julgamentos enfrentados por sistemas jurídicos de diferentes comunidades étnicas em um mesmo contexto territorial.<sup>39</sup>

Os acordos de porto seguro (*safe harbor agreements*) são mecanismos de gerenciamento do hibridismo ao criar um plano intermediário entre os requisitos normativos conflitantes de duas comunidades diferentes.<sup>40</sup> Ou seja, ao invés de se harmonizar as normas em sua totalidade, os acordos de porto seguro exigem que as empresas cumpram alguns padrões da comunidade estrangeira e, em contrapartida, a comunidade estrangeira concorda em não impor novos encargos normativos, sendo este modelo muito usado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) no que tange aos acordos de investimento.

<sup>32</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1208.

<sup>33</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1208.

<sup>34</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1211.

<sup>35</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1215.

<sup>36</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1216.

<sup>37</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1219.

<sup>38</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1220.

<sup>39</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1225.

<sup>40</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1228.

Ao cabo, por meio da abordagem pluralista do conflito de normas, Berman sugere a possibilidade de os juízes, ao invés de decidirem por um direito nacional único diante de uma situação de conflito normativo internacional, “desenvolver uma regra híbrida que pode não corresponder a nenhum regime nacional em particular”.<sup>41</sup> Dessa forma, o autor permite que escolhas sejam feitas diante do caso concreto, sem nenhum tipo de prevalência impositiva automática de um direito estatal em especial, afinal, essas situações podem facilmente envolver indivíduos “afiliad[o]s a múltiplas comunidades, tanto estatais quanto não estatais”.<sup>42</sup>

Sendo assim, é possível observar que as diversas interações levantadas por Berman demonstram que os espaços jurídicos híbridos são regra, diante de um pluralismo de normatividades fomentado, principalmente, pela globalização. Portanto, para que se mantenha a coexistência pacífica de múltiplas normatividades, é preciso que a prática de gerenciamento dos mecanismos do hibridismo seja mais desenvolvida, avaliada e melhorada pelos tomadores de decisão e “*designers* institucionais”. Talvez, dessa forma, com a devida legitimidade dada ao pluralismo, seja possível a superação de relações opressivas, uma vez que o hibridismo se coloca como contrário às formas verticalmente impostas e que reproduzem certa dominação social.

### 3 Reconhecimento da questão indígena: aspectos históricos e jurídicos

Estruturou-se o Estado brasileiro com base na herança colonial, isto é, importou-se, por conta de todo o processo de colonização sofrido, um modelo político, social, jurídico e econômico do Norte global, distante da realidade fática vivenciada no país, de modo que tal Estado foi e é feito por e para uma determinada categoria: a figura do homem, branco, ocidental, proprietário, cristão, patriarca, heterossexual e cisgênero.<sup>43</sup> Esse cenário, que resulta da dominação eurocêntrica instituída por meio não somente da exploração, mas também da subjugação e da exclusão de determinados grupos, portanto, gerou um sistema de opressão e subalternidade do Outro<sup>44</sup>. E isso se deu ao se determinarem certos direitos baseados em uma racionalidade excludente, em um individualismo alimentado pelo capitalismo competitivo e em uma cultura única — a ocidental —, de forma que particularidades são postas de lado, suprimindo-se o diferente, mantendo-se estereótipos etnocêntricos, negando-se identidades não homogêneas e colocando-se em uma situação de superioridade a categoria “dominante”.

Said<sup>45</sup> retoma a ideia de que tanto o imperialismo<sup>46</sup> quanto o colonialismo são sustentados e impulsionados por concepções ideológicas que, para além da aquisição e acumulação de bens, vão no sentido de que alguns territórios, bem como alguns povos necessitam da dominação, inclusive utiliza nomenclaturas como “raças inferiores”, “povos subordinados”, “dependência” como forma de legitimação da exploração.

Dessa maneira, desponta a visão hegemônica eurocêntrica como propósito não somente nacional, mas mundializado que legitimou o genocídio das populações indígenas, por exemplo.<sup>47</sup> Disseminou-se um discurso de criação de direitos e a formulação de um Estado determinados por uma cultura ocidental europeia, marcada por certos atributos e delineada como própria de toda a humanidade, de tal maneira que o

<sup>41</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1231.

<sup>42</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1232.

<sup>43</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo. Uma crítica descolonial ao discurso eurocêntrico dos direitos humanos. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; MAUÉS, Antônio Moreira (org.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>44</sup> Utiliza-se, neste artigo, a expressão Outro no sentido desenvolvido por Said, o qual entendia que, por causa do imperialismo, os sujeitos são construções daqueles que detêm certa identidade homogênea e dita como superior, a partir de um processo de subordinação, de generalização, de inferiorização, de silenciamento, de exclusão, com representações baseadas em estereótipos e preconceitos, por meio de práticas concebidas, primeiramente, pelos europeus, fundadas no uso do poder e do discurso hegemônico e civilizatório. SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

<sup>45</sup> SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 43.

<sup>46</sup> Imperialismo viria no sentido de “designar a prática, a teoria e as atitudes de um centro metropolitano dominante governando um território distante. SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 42.

<sup>47</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 260.

problema reside no fato de que os valores expressos por tais direitos se revelam como um padrão de vida concebido para o homem branco ocidental, refutando-se ao outro — não europeu, não cristão, não branco — esse mesmo padrão estabelecido.<sup>48</sup>

Um exemplo pertinente dessa problemática é a questão indígena. Os povos originários sofrem há cinco séculos com a extirpação de suas terras nativas, sob o pretexto civilizatório e desenvolvimentista do Estado<sup>49</sup>, que, a mando do capital e do mercado, e pelos interesses dos grandes latifundiários e das grandes empresas, os estigmatiza e os marginaliza enquanto ser humanos, enquanto identidade e cultura indígena.

Por isso, Rocha<sup>50</sup> sustenta que a imagem do indígena perante a sociedade brasileira é estipulada por três perspectivas distintas. A primeira diz respeito ao papel que o índio representa na época da conquista, aparecendo como “selvagem”, cruel, “primitivo”, “antropofágico” e, inclusive, mesmo preguiçoso, de forma a demonstrar o quão superiores e “civilizados” os colonizadores europeus eram.<sup>51</sup> Tal ilustração do índio permanece até os dias de hoje, alimentadas também pela mídia e por grupos econômicos, sustentados na ideia de que, para além disso, os povos indígenas são povos atrasados.

Essa concepção, a propósito, é fruto de um pensar da colonialidade<sup>52</sup>, por se tratar de um sistema de dicotomias da modernidade, baseados em hierarquias coloniais (selvagem/civilizado, atrasado/evoluído, irracional/racional), estratégias simbólicas com o fim de se preservar o domínio capitalista do Norte Global.<sup>53</sup> É, pois, necessário identificar que, devido a essa colonialidade na formação do desenvolvimento estatal, ou seja, em virtude desse fator colonial no sentido de se reproduzir um discurso gerador de mazelas sociais, as (antigas) colônias, ainda que politicamente independentes, continuam dominadas e dependentes do Norte Global, numa relação de injustiças de poder e de riqueza, em virtude do imperialismo.<sup>54</sup>

O segundo papel que é sustentado na visão do não indígena (e que pautou toda a política integracionista no Brasil até a Constituição de 1988) advém do momento da catequização. Trata-se de uma percepção romantizada. Nesse sentido, os povos são tidos como “infantil”, “inocente”, “almas virgens”, de maneira que precisavam da fé e da religião para serem protegidos, para serem “salvos”, isto é, deveriam ser submetidos a um processo de aculturação e evangelização, a fim de que, dessa maneira, pudessem ser considerados seres humanos.<sup>55-56</sup>

A terceira perspectiva que o índio desempenha coincide com o processo de redemocratização do país. Tal visão compreende os índios como sujeitos de direito e, por conseguinte, de cidadania.<sup>57</sup> Ocorre que a cidadania em questão diz respeito àquela que se fundamenta em direitos específicos; permitindo, em vista

<sup>48</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>49</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

<sup>50</sup> ROCHA, Everardo Guimarães. *O que é etnocentrismo*. São Paulo: Brasiliense, 2009.

<sup>51</sup> ROCHA, Everardo Guimarães. *O que é etnocentrismo*. São Paulo: Brasiliense, 2009.

<sup>52</sup> Quijano defende a ideia de que “a colonialidade é constitutiva da modernidade”, isto é, a modernidade é uma narrativa histórica criada pelos europeus com as invasões da América, a partir de um processo de encobrimento do ser e dos saberes dos povos do Sul, mediante dominação e controle social, processo que se estipulou chamar de colonialidade. QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

<sup>53</sup> GROSFUGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

<sup>54</sup> SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 56.

<sup>55</sup> ROCHA, Everardo Guimarães. *O que é etnocentrismo*. São Paulo: Brasiliense, 2009.

<sup>56</sup> Sobre o tema, importante avultar a crítica de Squeff e Monteiro sobre a dominação e a conseqüente exploração de Ameríndios não ter ocorrido por mera casualidade, mas em virtude de um projeto colonial que entendia ser possível explorar corpos indígenas em função da sua alegada falta de humanidade, dando ensejo ao lançamento do “projeto civilizatório”. SQUEFF, Tatiana Cardoso; MONTEIRO, Michelle Alves. The “Paradise destroyed” by “The Just War”: a dialogue between Las Casas and Vitória in the concealment of indigenous people by European colonizers. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, ahead of print, 2022. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/66334.

<sup>57</sup> LUCIANO, Gerssem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

disso, que os povos indígenas, de um lado, possam manter sua própria cultura e forma de vida e, de outro, assegure o direito destes ao acesso a outras culturas, às suas tecnologias e visões de mundo.<sup>58</sup>

Outrossim, é importante ressaltar que, predominantemente, a sociedade brasileira, adotando uma concepção evolucionista e discriminatória da história da humanidade, persiste em considerar os indígenas como sendo de uma cultura de estágio inferior, de forma que se cria um panorama de integração e assimilação à cultura global.<sup>59</sup> Esse cenário tende a gerar um senso de inferioridade aos indígenas, os quais acabam por se defrontar com dois aspectos: (a) o enfrentamento pela autoafirmação de suas identidades e (b) o reconhecimento de direitos.

No tocante ao reconhecimento de direitos, desde os primórdios do Brasil Colonial, é possível observar a insurgência dos povos contra o modelo de Estado que estava sendo implementado. Contudo, na década de 1970, diversos povos indígenas deram início ao processo de organizações representativas e políticas, sob a bandeira de assegurar suas terras. Luciano<sup>60</sup> aponta que a articulação entre tais organizações compõe o chamado movimento indígena organizado, o qual se trata de uma união de estratégias e ações que tanto as comunidades quanto as organizações indígenas desenvolvem na proteção de seus direitos e interesses coletivos.

Foi esse movimento que, na Constituinte de 1987-1988, teve um papel crucial para a positivação dos direitos indígenas, bem como para romper com o modelo integracionista até então vigente. Segundo Munduruku<sup>61</sup>, foi a primeira vez ao longo dos, na época, quase 500 anos de Brasil que houve um tratamento diferenciado para a questão indígena e isso se deu em virtude dessa mobilização “extraordinariamente criativa”. Isso porque, até o presente momento, toda a legislação brasileira havia contado com a participação mínima ou inexistente dos povos indígenas.

O que se pode perceber com clareza [...] é que os indígenas, ao longo das sucessivas leis brasileiras e das políticas públicas delineadas e colocadas em prática, foram sempre considerados de um modo assimilador, que desfaz de sua alteridade, levando-a em consideração apenas para demarcar a sua inferioridade. Tal atitude pode ser explicada por todo um desenvolvimento cultural e histórico de caráter uniformizante e etnocêntrico que perfaz a civilização ocidental.<sup>62</sup>

A respeito disso, é importante discorrer, criticamente, acerca do Estatuto do Índio (Lei Federal n. 6001/73). Tal instrumento normativo foi considerado, por muitos anos — até a promulgação da Constituição Federal de 1988 —, um marco para o direito indigenista brasileiro. Criado em 1973, em plena ditadura militar, em razão de ter sido elaborado a partir de uma concepção de que, em longo prazo, os indígenas deveriam ser integrados à cultura nacional, ou seja, de maneira progressiva, por meio de estágios, a intenção final era de que os indígenas perdessem sua identidade, sua cultura, o Estatuto do Índio é considerado como uma norma assimilacionista.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

<sup>59</sup> LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

<sup>60</sup> LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

<sup>61</sup> MUNDURUKU, Daniel. “Posso ser quem você é sem deixar de ser o que sou”: a gênese do movimento indígena brasileiro. In: LUCIANO, Gersem José dos Santos; HOFFMANN, Maria Barroso; OLIVEIRA, Jô Cardoso de (org.). *Olhares indígenas contemporâneos*. Brasília: Centro Indígena de Estudos e Pesquisas, 2012. p. 104-118.

<sup>62</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Direitos indígenas e direitos à diferença: o caso do Morro do Osso em Porto Alegre. In: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro et al. *Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI*. Porto Alegre: EdUPUCRS, 2008. p. 354.

<sup>63</sup> MONTEIRO, Michelle Alves; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Brasil, um país de todos? A questão territorial indígena no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a construção de um Estado Plurinacional. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 117-144, 2019. p. 133.

Afinal, se buscou impor, expressamente nos artigos 1º e 4º,<sup>64</sup> aquilo que era denominado “integração harmoniosa” dos índios, em um verdadeiro processo de assimilação, pelo qual a identidade do índio era transitória, uma vez que a condição indígena seria algo que, inclusive, os próprios índios pretenderiam renegar, tornando-se plenamente integrados, afinal se tinha (e ainda se tem) a concepção de que a sociedade ocidental branca é superior, evoluída e mais desenvolvida.<sup>65</sup>

Em vista disso, ainda que o Estatuto do Índio tenha vindo a representar um certo avanço quanto à proteção dos direitos dos povos indígenas, acaba por sustentar um discurso preconceituoso por tentar, para que sejam dignos de direitos básicos — como os civis, retirar dos índios o direito de assim o ser, de permanecer índios, de manter sua identidade étnica.

Há quem sustente, como Vitorelli<sup>66</sup>, que o legislador brasileiro, à época da edição do Estatuto, ainda estava vinculado ao pensamento internacional quanto às comunidades tradicionais, no sentido de que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), ainda que tivesse trazido o amparo dos povos indígenas ao debate, mantinha em vigência a Convenção n. 107<sup>67</sup>, a qual abordava o entendimento de que cabiam aos indígenas a sua integração, isto é, observava-se um discurso claro de hierarquia de culturas e de imposição da cultura ocidental frente às tradicionais.

Por sua vez, em 1980, os povos indígenas, com base em um modelo estratégico de exercer a política, criaram a União das Nações Indígenas (UNI), tendo por finalidade não apenas a visibilidade institucional e midiática da questão territorial, como também a luta por sua inclusão no texto constitucional, que estava já sendo debatido. Finais dos anos 80, Ailton Krenak e Álvaro Tukano (dois atores sociais que exerceram um papel importante e fundamental no movimento social dos povos indígenas) tornaram-se presidentes da UNI, atuando, incisivamente, na Assembleia Nacional Constituinte, dialogando e intermediando social, cultural e institucionalmente. Krenak havia autorização especial para transitar pelo Congresso Nacional, participando, inclusive, da votação do capítulo “Dos Índios”, o que não foi concedido aos indígenas de diversas etnias que estavam ali presentes.<sup>68</sup>

Ressalta-se um episódio emblemático na história brasileira, ocorrido nesse período: o presidente da UNI, Krenak, teve direito à palavra na Constituinte, proferindo um discurso emocionante enquanto pintava seu rosto de tinta preta de jenipapo, usado pela sua etnia quando se está de luto. O discurso de Krenak<sup>69</sup> ocorreu na Comissão de Sistematização, responsável pelo projeto da Constituição de 1988, denunciando a ganância dos não indígenas em explorar as terras e seus recursos naturais, o que confronta com a cosmovisão dos indígenas, povos que, nas palavras de Ailton, “sempre viveram à revelia de todas as riquezas, um povo que habita casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão”, de modo que não deve o Estado identificar os povos originários como o inimigo dos interesses do Brasil, muito menos como um povo que coloca em

<sup>64</sup> BRASIL. *Lei N° 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm). Acesso em: 02 ago. 2019. Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Art 4º Os índios são considerados: I – Isolados – quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II– em vias de integração – quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III – Integrados – quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. (grifou-se)

<sup>65</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

<sup>66</sup> VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2016.

<sup>67</sup> BRASIL. *Decreto 58.824 de 1966*. Promulga a Convenção n° 107 sôbre as populações indígenas e tribais. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1966/D58824.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58824.html). Acesso em: 10 dez. 2018.

<sup>68</sup> LOPES, Danielle Bastos. *O Movimento Indígena na Assembleia Nacional Constituinte (1984-1988)*. 2011. 184 f. Dissertação (Mestrado em História Social) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

<sup>69</sup> Para ter acesso ao vídeo do discurso de Ailton Krenak: Índio é cidadão? Distrito Federal, 2014. 52 minutos. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=kWMHwdbM\\_Q](https://www.youtube.com/watch?v=kWMHwdbM_Q). Acesso em: abr. 2019.

risco o desenvolvimento, especialmente porque “o povo indígena tem regado com sangue cada hectare dos 8 milhões de quilômetros quadrados deste país”.

Assim, graças ao movimento organizado dos índios, bem como ao processo de redemocratização do país, a participação indígena na redação da Constituição de 1988 foi fundamental para que se pudesse trazer um avanço significativo na questão, reconhecendo os povos indígenas não mais com o fim assimilatório de serem integrados na sociedade, mas aceitá-los como são e suas particularidades, como novos sujeitos coletivos<sup>70</sup>, de acordo com o que bem impulsiona a Convenção n. 169 da OIT.<sup>71</sup>

A Convenção n. 169 da OIT, datada de junho de 1989, teve, além do seu caráter inovador, por objetivo a releitura da Convenção sobre povos indígenas e tradicionais até então vigente, a n. 107, tendo em vista que, à época,

[a]pontavam-se as consequências negativas da perspectiva integracionista, condenava-se o pressuposto etnocêntrico da integração como único futuro possível para os indígenas, e denunciava-se como prática de dominação colonial o monopólio estatal sobre as decisões relativas a temas de interesse indígena, em substituição à possibilidade de participação dos próprios grupos étnicos.<sup>72</sup>

No plano nacional brasileiro, a Convenção n. 169 foi recepcionada por meio do Decreto n. 5.051, apenas em 2004.<sup>73</sup> Tal documento passou a estipular prerrogativas mínimas e necessárias para o reconhecimento das sociedades indígenas — dentro do ordenamento jurídico do Estado —, “identificando-os enquanto sociedades com identidades próprias que possuem um rol específico de direitos”.<sup>74</sup>

Assim, a Convenção n. 169 define tanto diretrizes quanto princípios básicos aos povos indígenas, como o direito à propriedade das terras originárias, a participação na tomada de decisões de políticas públicas que os interessem, o direito à não discriminação e o direito à consulta prévia sobre assuntos legislativos que lhe causem impacto, além, é claro, de considerar os costumes, tradições, organizações sociais de tais povos quando da aplicação da legislação nacional.<sup>75</sup> Ou seja, buscou-se a predominância do respeito aos aspectos étnicos, coletivos, instituições e territórios e as pretensões de desenvolvimento próprios de cada comunidade indígena; estabelecendo, para tanto, uma relação harmônica entre essas sociedades e os Estados, baseada no reconhecimento da pluralidade étnico cultural.

Por isso a importância da Convenção n. 169, porquanto salvaguarda não apenas a própria existência do indígena, mas também todo o seu legado cultural desde a sua relação com a natureza e o espaço geográfico até seus saberes tradicionais, sendo a razão pela qual a coexistência das normatividades dos povos tradicionais e das leis governamentais se tornou possível tanto com suas disposições, quanto pela Constituição Brasileira de 1988.

<sup>70</sup> Para Antônio Carlos Wolkmer, essa nova nomenclatura para designar juridicamente a figura do índio como sendo sujeito coletivo formam “identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomas, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e auto-determinação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática descentralizadora, participativa e igualitária”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1997. p. 63.

<sup>71</sup> BRASIL. *Decreto 5.051 de 2014*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>72</sup> LACERDA, Rosane Freire. *A Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: origem, conteúdo e mecanismos de supervisão e aplicação*. 2009. p. 6.

<sup>73</sup> BRASIL. *Decreto 5.051 de 2014*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>74</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Da tirania à tolerância: o direito e os índios. In: NOVAES, Adauto (org.). *A outra margem do ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 60.

<sup>75</sup> BRASIL. *Decreto 5.051 de 2014*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 30 dez. 2018.

Aliás, à vista da Carta Política de 1988, a nova ordem instaurada é pluriétnica e multicultural, uma vez que, em seu artigo 231<sup>76</sup>, é dado reconhecimento aos índios de manterem sua organização social, seus costumes, suas línguas, suas crenças e tradições, bem como o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, de maneira que compete à União a demarcação destas, além de protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens. Ou seja, a Carta Maior de 88 considera a diversidade cultural como um elemento valorativo a ser amparado e protegido<sup>77</sup>, de modo que represente uma

[...] clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à invisibilidade.<sup>78</sup>

Compreende-se, a partir da leitura da Constituição, que há uma preocupação em trazer ao cenário jurídico a questão do Outro. Por causa disso, coube, no artigo 215 e em seu parágrafo 1º, ao Estado o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, com a valorização e difusão de manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo “civilizatório” nacional, sendo essencial para que cada comunidade tradicional pudesse exercer seu modo de vida. Pereira<sup>79</sup> assevera, ainda, que

[...] tratou exaustivamente e em caráter pragmático do território cultural necessário ao exercício desses direitos pelas populações indígenas, emprestando-lhe significado especial, divorciado da pauta patrimonial, porquanto espaço essencial à existência de uma coletividade singular (art. 231, caput e §1º). Por essa razão, o texto constitucional assegura a inviolabilidade desse território de forma quase absoluta, admitindo alguma relativização apenas na hipótese de “relevante interesse público da União”, a ser definido em lei complementar (art. 231, §6º), exigindo-se autorização do Congresso Nacional e aquiescência da comunidade afetada (art. 231, §3º).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu art. 231, o direito à autodeterminação como forma de proteção da identidade indígena<sup>80</sup>, isto é, a liberdade dos povos indígenas para buscar e escolher seu

<sup>76</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 ago. 2019. 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. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas somente podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

<sup>77</sup> PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. *O estado pluriétnico*. [S.d.]. Disponível em: [http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/estado\\_plurietnico.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf). Acesso em: 31 jul. 2019.

<sup>78</sup> PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. *O estado pluriétnico*. [S.d.]. Disponível em: [http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/estado\\_plurietnico.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf). Acesso em: 31 jul. 2019. p. 1.

<sup>79</sup> PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. *O estado pluriétnico*. [S.d.]. Disponível em: [http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/estado\\_plurietnico.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf). Acesso em: 31 jul. 2019.

<sup>80</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.

próprio desenvolvimento econômico, cultural e social, de maneira que o direito à autodeterminação passa a ser conhecido como forma de autogoverno dos povos e consubstancia-se na garantia constitucional de criação de suas normas próprias e internas, principalmente no que tange à resolução de conflitos no âmbito da comunidade.

Villares<sup>81</sup> defende que essa nova ordem constitucional “acolheu a coexistência de ordenações sociojurídicas indígenas (suas formas, autoridades e procedimentos) com o ordenamento brasileiro”, validando a autonomia das comunidades indígenas, inclusive quanto ao seu sistema punitivo. Por essa razão, muito embora o Estatuto do Índio, principal instrumento normativo empregado pelos juristas, quando em contato com demanda indígena, não tenha sido recepcionado, em sua integralidade, pela Constituição, por seu caráter integracionista, o seu artigo 57 pode ser utilizado quando diante de um caso de crime de indígena contra indígena.<sup>82</sup>

Não se pretende fazer uma análise da (in)imputabilidade e responsabilidade penal dos indígenas dentro do ordenamento brasileiro. A pretensão é traçar um panorama, principalmente sob o prisma constitucional, da proteção e da resguarda estatal às comunidades indígenas e seu próprio sistema de ser. Assim, o artigo 57 do Estatuto do Índio preceitua ser tolerada a aplicação, baseada em suas próprias instituições, de sanções penais ou, ainda, disciplinares contra os membros de sua comunidade, desde que não sejam penalidades de caráter cruéis ou infamante ou, principalmente e em qualquer caso, pena de morte.<sup>83</sup>

Villarres<sup>84</sup> ressalta que esse dispositivo legitima as formas indígenas de administração da justiça interna, quando se tratar de índios contra índios. Isto é, em relação ao contexto de suas relações interindividuais e intergrupais na comunidade, os indígenas podem (a) aplicar suas próprias normas para a definição das condutas que entendam ser recrimináveis, (b) deliberar acerca das sanções para as hipóteses de cometimento dessas condutas e (c) criar mecanismos para a execução dessas sanções, sem a interferência do Estado e de suas respectivas instituições.

Todavia, o artigo anterior (artigo 56), o qual diz respeito a conflitos entre indígenas e não indígenas, não foi recepcionado pela Constituição por trazer, em seu diploma, a imposição de 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”.<sup>85</sup> Isso porque, o caráter integracionista, na identidade indígena, foi completamente rompido com o reconhecimento étnico cultural dos povos tanto pela Constituição quanto pelos tratados internacionais de direitos humanos dos povos indígenas, como a Convenção n. 169 da OIT.<sup>86</sup>

Em vista disso, muito embora haja uma limitação fruto da construção eurocêntrica de um sistema excludente, a Constituição Federal de 1988 oportunizou aos povos originários a qualidade de sujeitos coletivos de direitos, bem como a manutenção de seus direitos perante a sociedade não indígena. Ou seja, com o fim dos aspectos integracionistas, tanto o autorreconhecimento quanto a pluriculturalidade foram salvaguardados, pelo menos formalmente, dando suporte para o pluralismo jurídico ser trazido para o plano constitucional. Afinal, dessa forma, como alude Denise Santos, colabora-se para a emancipação dos povos indígenas porque tais preceitos conduzem “à refundação do Estado, ressignificado pela perspectiva plurinacional,

<sup>81</sup> VILLARES, Luiz Fernando. *Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas do Brasil*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 302.

<sup>82</sup> BRASIL. *Lei N° 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.

<sup>83</sup> BRASIL. *Lei N° 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.

<sup>84</sup> VILLARES, Luiz Fernando. *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>85</sup> BRASIL. *Lei N° 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.

<sup>86</sup> BRASIL. *Decreto 5.051 de 2014*. Promulga a Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 30 dez. 2018.

em que inéditas visões, lexis e, por decorrência, princípios, lastreiam seu Documento fundante, que é a Constituição”.<sup>87</sup>

## 4 O Caso Denilson e suas implicações

Em 2011, o Estado brasileiro foi, por meio do Poder Judiciário, instado a se manifestar quanto a um crime cometido contra um indígena por um indígena. Trata-se do caso Denilson, conhecido por sua decisão inédita nos autos do processo AC 0090.10.000302-0, do TJRR.<sup>88</sup>

Em 2009, na comunidade de Manoá/Pium, na região Serra da Lua, de indígenas da etnia Macuxi<sup>89</sup>, situados no Município de Bonfim, no estado de Roraima, Denilson Trindade, após ingerir altos níveis de bebida alcoólica, desferiu, por motivos de desentendimento, diversas facadas nas costas de Alanderson Trindade, seu irmão, ocasionando-lhe a morte.

Logo após o ocorrido, os membros do conselho da comunidade indígena de Manoá se reuniram para deliberar acerca de eventual punição à Denilson, de maneira que, posteriormente à oitiva das partes — acusado, seus pais e testemunhas, o conselho concluiu pela imposição de diversas medidas, entre elas a construção de uma casa para sua cunhada, a esposa da vítima, bem como a proibição de se ausentar da comunidade sem a permissão dos tuxauas.<sup>90, 91</sup>

No entanto, quase um ano após o delito, as lideranças indígenas, tuxauas de várias comunidades — tais como Anauá, Manoá, Wai Wai, juntamente aos servidores da FUNAI, os quais apenas presenciaram a reunião, deliberaram outras penalidades a serem instituídas para Denilson:

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

<sup>87</sup> SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. Interculturalidade, plurinacionalidade e pluralismo nas constituições do Equador e da Bolívia: expoentes principiologicos do estado plurinacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 896-915, 2021.

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. AC 0090.10.000302-0. Bonfim/RR. Câmara Única. Relator: Des. Mauro Campello. Julgado em 15 dez. 2015. Publicado no DJe em 16 dez. 2015.

<sup>89</sup> Os Macuxi habitam a região das Guianas, território atualmente partilhado entre o Brasil e a Guiana, ou seja, trata-se de habitantes de uma região de fronteira. Os Macuxi enfrentam o avanço de frentes extrativistas e pecuaristas, bem como a incidência de garimpeiros e a proliferação de grileiros em suas terras. Em 2005, foram protagonistas, juntamente com outros povos da região, da luta pela homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. ZEA, Evelyn Schuler. (Trans)formações Waiwai. In: BARBOSA, Reinaldo Imbrozio; MELO, Valdinar Ferreira (org.). *Roraima: homem, ambiente e ecologia*. Boa Vista: FEMACT, 2010. p. 171-194.

<sup>90</sup> Tuxaua significa o chefe político da comunidade, ou seja, o cacique. Confira a tradução em: <https://www.dicionariotupiguarani.com.br/dicionario/tuxaua/>. Acesso em: 02 ago. 2021.

<sup>91</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. AC 0090.10.000302-0. Bonfim/RR. Câmara Única. Relator: Des. Mauro Campello. Julgado em 15 dez. 2015. Publicado no DJe em 16 dez. 2015.

9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar (sic) outra decisão.<sup>92</sup>

Conforme analisado pelo magistrado, em todo o procedimento deliberativo acerca das sanções que ao indígena se imputaria, em momento algum, foi invocada ou sequer citada a legislação elaborada pelo Estado, de tal maneira que apenas os usos, costumes e valores da própria comunidade é que pautaram a legitimidade de atuação punitiva. Ademais, o cumprimento da pena atribuída à Denílson se daria em outra comunidade, sendo obrigatório a participação e o envolvimento dele, por meio do respeito à cultura, do aprendizado da língua, do trabalho comunitário.

Sendo assim, a própria comunidade indígena, ao conceber que sua ordem social, foi contrariada por meio de um ato atentatório a um membro do grupo, valeu-se de um sistema punitivo próprio para estabelecer uma penalidade que representasse as práticas daquela coletividade. Ou seja, estipularam-se sanções conforme a norma interna da comunidade, a partir da análise de seus valores, crenças, tradições.

Todavia, a denúncia foi oferecida pelo Ministério Público para processamento e julgamento de Denílson por crime de homicídio, nos termos do artigo 121, §2º, do Código Penal (ou seja, de acordo com a legislação oficial do Estado), considerando-se o monopólio do Estado no que tange ao direito de punir. A defesa, por meio da procuradoria da Advocacia Geral da União, ingressou no feito na qualidade de defensora do réu, sustentou a incompetência do Juízo para análise do caso, considerando que já havia sido julgado pela própria comunidade, amparando-se no que se encontra disposto nos artigo 57 do Estatuto do Índio e 9º da Convenção n. 169 da OIT.<sup>93</sup>

O magistrado, em primeiro grau, declarou a ausência do poder de punir, diante da anterior punição aplicada pelos membros da comunidade e que estava já sendo cumprida pelo réu. Assim, considerou-se legítima a punição aplicada pelo grupo, com o reconhecimento da administração da justiça interna pelos povos indígenas, de acordo com suas tradições e costumes. Afastaram-se, portanto, as normas penais e processuais do direito emanado pelo Estado Nacional. Com a apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça de Roraima proferiu seu acórdão no mesmo sentido que o do magistrado de primeira instância, porém trazendo, de fundamento legal, o instituto da proibição do *bis in idem*.<sup>94</sup>

O instituto do *ne bis in idem* não se encontra expressamente previsto no texto constitucional; possui, contudo, salvaguarda em razão do próprio Estado Democrático de Direito dentro do sistema jurídico-penal. O princípio refere-se à vedação à dupla punição pelo mesmo fato delituoso, em termos simples, ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

A expressão *ne bis in idem*, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Nessa linha provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal.<sup>95</sup> (itálicos no original).

<sup>92</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. AC 0090.10.000302-0. Bonfim/RR. Câmara Única. Relator: Des. Mauro Campello. Julgado em 15 dez. 2015. Publicado no DJe em 16 dez. 2015.

<sup>93</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. AC 0090.10.000302-0. Bonfim/RR. Câmara Única. Relator: Des. Mauro Campello. Julgado em 15 dez. 2015. Publicado no DJe em 16 dez. 2015.; BRASIL. Decreto 5.051 de 2014. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>94</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. AC 0090.10.000302-0. Bonfim/RR. Câmara Única. Relator: Des. Mauro Campello. Julgado em 15 dez. 2015. Publicado no DJe em 16 dez. 2015.

<sup>95</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico*, Brasília, ano 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005. p. 27.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 678/92 e interpretada sob à guisa do artigo 5º, §2º, da Constituição, estipula, em seu artigo 8º, que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”, ou seja, tal documento determina a vedação da dupla punibilidade pelo mesmo fato.<sup>96</sup> Pode-se, portanto, inferir que o instituto do *ne bis in idem* encontra-se prescrito no ordenamento jurídico brasileiro enquanto regra materialmente constitucional.<sup>97</sup>

Por tal razão, o Tribunal entendeu por invocar tal princípio penal, diante da impossibilidade de se punir um indivíduo duas vezes pelo mesmo fato, porquanto se reconheceu o anterior julgamento pela comunidade indígena do fato delituoso. Assim, declarou-se a incompetência do Estado para o conhecimento da causa em razão da punição já aplicada.

Percebe-se que, no caso concreto, não houve discussão acerca da existência de uma jurisdição indígena, senão o próprio reconhecimento da ordem constitucional brasileira inaugurada com a Constituição de 1988, em que, por meio da valorização e da difusão das manifestações culturais prevista no artigo 215, válida e aceita outras formas de se produzir a juridicidade que não somente àquela atrela às estruturas do poder estatal.<sup>98</sup>

Diante desse cenário, retomam-se os conceitos e a análise de Berman acerca do fenômeno que ele chama de hibridismo, o qual constitui o próprio pluralismo jurídico, para que se possa compreender, sob o aspecto prático, em que medida a decisão do magistrado em aplicar o *ne bis in idem* se configura um mecanismo pluralista para resolução de conflitos normativos entre múltiplos sistemas jurídicos sobrepostos.

Considerando que o Princípio da Proibição de punir duas vezes o mesmo fato, no caso escolhido para investigação, implica o reconhecimento da aplicação do sistema jurídico não proveniente da produção normativa do Estado, em outras palavras, o reconhecimento da ordem jurídico-social indígena, pode-se entender o *ne bis in idem* como mecanismo pluralista para o gerenciamento do hibridismo. Isso porque, quando em observância aos mecanismos processuais descritos por Berman, percebe-se que a redundância jurisdicional se faz presente.

Por redundâncias jurisdicionais, entende-se como um recurso adaptativo necessário de um sistema jurídico multivariado e pluralista<sup>99</sup> para quando há a reivindicação de dois sistemas normativos em um único fato. A articulação normativa entre dois sistemas, o oficial, criado pelo Estado-Nação, e o não legal, elaborado por uma comunidade indígena, em que o primeiro garante, em seu texto constitucional, a validade do segundo, proporciona um espaço de diálogo ou de “inovação criativa”, no sentido de que a justiça, foi feita, já que Denilson foi penalizado, ainda que pela própria comunidade. Ou seja, “a potencial afirmação jurisdicional de uma comunidade alternativa geradora de normas” exerceu pressão sobre a política local<sup>100</sup>, no momento em que o magistrado deixou de aplicar a lei emanada pelo poder estatal.

Para se deixar mais clara a questão do uso do *ne bis in idem* como mecanismo pluralista de redundância jurisdicional, pode-se operar, conjuntamente, com a noção de regimes de complementaridade. Isto é, quando duas comunidades jurídicas postulam a jurisdição sobre um ator, uma comunidade concorda em não declarar a jurisdição no momento em que a outra comunidade tomar a ação.<sup>101</sup> Assim, um sistema jurídico não impõe, hierarquicamente, uma solução ao outro, mas respeita, como no caso em análise, a aplicação das penalidades do outro.

<sup>96</sup> BRASIL. *Decreto 678 de 1992*. Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 2 ago. 2019.

<sup>97</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54-55.

<sup>98</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cciv-il\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/cciv-il_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.

<sup>99</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1211.

<sup>100</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1211.

<sup>101</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1216.

Assim, o uso do *ne bis in idem*, no caso Denilson, estaria situado num regime de complementaridade, já que, ao se vedar a dupla condenação pelo mesmo fato, por dois sistemas jurídicos distintos, o magistrado, sujeito à normatividade estatal, declarou sua incompetência, frente à ausência do poder punitivo do Estado-Nação, perante a administração da justiça na comunidade indígena da qual o réu fazia parte, razão pela qual “uma estrutura pluralista nos permite ver maneiras pelas quais a redundância jurisdicional pode às vezes ser uma característica geradora de um mundo jurídico híbrido”.<sup>102</sup>

Em outro sentido, porém abrangendo os mecanismos híbridos, nota-se a incidência do que Berman<sup>103</sup> denominará de regimes de reconhecimento mútuo, ou seja, quando envolve o reconhecimento dos julgamentos entre tribunais, como resposta ao problema gerado pelo hibridismo do encontro de duas administrações da justiça contornadas por duas comunidades distintas (a nacional e a étnica). No caso Denilson, é possível observar que esse reconhecimento mútuo gerou uma harmonização normativa, ainda que não haja a obrigatoriedade, em relação a esse regime, de concordância com as normas punitivas de um e de outro para que se reconheça a decisão judicial da comunidade indígena, de modo que, como expõe Berman:<sup>104</sup>

[...] tal negociação da diferença poderia realmente fornecer uma base para um compromisso político sobre a questão mais ampla da soberania. [...] propõe a aplicação do princípio do reconhecimento de sentenças ao conflito jurídico de base étnica, independentemente das reivindicações de soberania contestadas subjacentes à legitimidade formal dos dois tribunais.

Tal compromisso político foi, inclusive, instituído pela Constituição de 1988, ao, como anteriormente mencionado, elevar a diversidade cultural e sua própria organização social a valor normativo. Destarte, a decisão do Tribunal em aplicar o instituto do *ne bis in idem* fez com que o regime de reconhecimento mútuo se formasse, tendo em vista que houve o reconhecimento não apenas jurisdicional, como também do teor da decisão proferida pelo conselho da comunidade indígena; resguardando-se, por conseguinte, aos indígenas o direito punitivo do que estes entenderem por crimes.

Assim, verifica-se que o uso do *ne bis in idem*, lido a partir dos mecanismos pluralistas descritos por Tamanha e especialmente por Berman, tal como delineado neste escrito, em virtude do marco normativo instituído pela Constituição de 1988 por meio do reconhecimento do Estado Pluriétnico e da autodeterminação dos povos, indica que as normas estatais oficiais podem e são ajustadas num espaço multinormativo para se pensar, de forma mais aproximada da realidade, em práticas emancipatórias e participativas.

Esse modelo, afinal, não somente concretiza “a descolonização constitucional” advogada por Débora Ferrazzo e Antônio Carlos Wolkmer<sup>105</sup>, a qual “se caracteriza pela ruptura diante de alguns dos grandes paradigmas jurídico-políticos consolidados no âmbito do positivismo jurídico (sendo essa expressão própria do saber hegemônico que colonizou os sistemas periféricos)”, que, no presente caso, referir-se-ia à descon sideração das práticas e dos sistemas normativos não estatais, para a afirmação democrática da pluriétnicidade, transformando, por meio do hibridismo, o antigo “monismo normativo estatal” em modelos plurais e anti-hegemônicos.

## 5 Considerações finais

Diante da construção deste trabalho, observou-se que o pluralismo jurídico constitui uma realidade presente nas sociedades, principalmente naquelas que sofreram o processo de colonização. No caso brasileiro, o reconhecimento do pluralismo jurídico, concebido enquanto concepção de organização social, resgatou

<sup>102</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1219.

<sup>103</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1225.

<sup>104</sup> BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007. p. 1227 – tradução livre.

<sup>105</sup> FERRAZZO, Débora; WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico e democracia comunitária: discussões teóricas sobre descolonização constitucional na Bolívia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 872-895, 2021. p. 874.

uma diversidade de visões étnicas e culturais para, inclusive, se repensar no Estado, tendendo a se configurar como forma de exercício de uma democracia inclusiva.

Tal pretensão abriu espaço para que se pudesse trazer à tona, no campo político e jurídico, o debate constituinte marcado por um começo do processo de descolonialidade do poder. O Estado pluriétnico, instaurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem por base o reconhecimento da (pré-) existência dos povos e nações indígenas originárias, por meio de sua autodeterminação, dispersos no campo e na cidade, de tal maneira que uma das características desse Estado é assumir uma forma de governo participativo, porquanto se abre uma variedade de representações, de maneira direta, universal e comunitária.

Contudo, ainda que isso venha como um meio de pôr fim à homogeneidade institucional do Estado-nação, decorrente das heranças coloniais, a formação de um Estado que aceite e propicie autonomias jurídica dos povos é um processo continuado e de longo prazo, razão pela qual, para que se possa defender um Estado que efetivamente prepondere o pluralismo, abstendo-se de toda a base estrutural europeia, a qual exclui a multietnicidade do povo brasileiro e seu consequente hibridismo, é necessário que se considerem diversos mecanismos processuais, instituições e práticas pluralistas para o gerenciamento do pluralismo jurídico.

Com base no exposto, quando diante de um caso criminal envolvendo povos indígenas, o jurista deve, como compromisso fundamental para o respeito da carta política, a qual se constitui como uma espinha dorsal dos direitos, principalmente dos povos indígenas, utilizar-se de mecanismos híbridos, como o emprego do *ne bis in idem*, como forma de reconhecimento da jurisdição indígena e de mediação entre as múltiplas normatividades.

Isso porque a aceitação de normas jurídicas não estatais, em consonância com previsão do pluralismo jurídico tanto na própria Constituição Federal de 1988, quanto em legislação internacional recepcionada e inserida no ordenamento jurídico nacional interno (como o caso da Convenção n. 169 da OIT), possui como finalidade primeira a de legitimar e consolidar os mecanismos de administração da justiça, impedindo interpretações preconceituosas ou que sejam em desfavor dos povos indígenas, culturalmente diversos, que coabitam o espaço geográfico brasileiro.

## Referências

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 6, p. 1155-1238, 2007.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Uma crítica descolonial ao discurso eurocêntrico dos direitos humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antônio Moreira (org.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. *Decreto 5.051 de 2014*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 30 dez. 2018.

BRASIL. *Decreto 58.824 de 1966*. Promulga a Convenção nº 107 sobre as populações indígenas e tribais. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1966/D58824.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58824.html). Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. *Decreto 678 de 1992*. Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. *Lei Nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. *AC 0090.10.000302-0*. Bonfim/RR. Câmara Única. Relator: Des. Mauro Campello. Julgado em 15 dez. 2015. Publicado no DJe em 16 dez. 2015.

CARDOSO, João Vitor; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 557-575, 2019.

CORTE IDH. *Caso Artavia Murilo e outros (fecundação 'in vitro') vs. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf). Acesso em: 28 set. 2022.

CORTE IDH. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018, §35. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf). Acesso em: 28 set. 2022.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

FERRAZZO, Débora; WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico e democracia comunitária: discussões teóricas sobre descolonização constitucional na Bolívia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 872-895, 2021.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

LACERDA, Rosane Freire. *A Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: origem, conteúdo e mecanismos de supervisão e aplicação*. 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Ius commune: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alterativas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 916-934, 2021.

LOPES, Danielle Bastos. *O Movimento Indígena na Assembleia Nacional Constituinte (1984-1988)*. 2011. 184 f. Dissertação (Mestrado em História Social) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico*, Brasília, ano 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MONTEIRO, Michelle Alves; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Brasil, um país de todos? A questão territorial indígena no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a construção de um Estado Plurinacional. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 117-144, 2019.

MUNDURUKU, Daniel. “Posso ser quem você é sem deixar de ser o que sou”: a gênese do movimento indígena brasileiro. In: LUCIANO, Gersem José dos Santos; HOFFMANN, Maria Barroso; OLIVEIRA, João Cardoso de (org.). *Olhares indígenas contemporâneos*. Brasília: Centro Indígena de Estudos e Pesquisas, 2012. p. 104-118.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. *O estado pluriétnico*. [S.d.]. Disponível em: [http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/estado\\_plurietnico.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf). Acesso em: 31 jul. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

ROCHA, Everardo Guimarães. *O que é etnocentrismo*. São Paulo: Brasiliense, 2009.

SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. Interculturalidade, plurinacionalidade e pluralismo nas constituições do Equador e da Bolívia: expoentes principiológicos do estado plurinacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 896-915, 2021.

SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Direitos indígenas e direitos à diferença: o caso do Morro do Osso em Porto Alegre. In: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro *et al.* *Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Da tirania à tolerância: o direito e os índios. In: NOVAES, Adauto (org.). *A outra margem do ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: GRUPIONI, Luís D. Benzi (org.). *Índios no Brasil*. Brasília: Ministério da Educação e Desporto, 1994. p. 153-168.

SOUZA, Lucas Silva de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do; BALEM, Isadora Forgiarini. O novo constitucionalismo latino-americano e os povos indígenas: a visão do direito a partir dos caleidoscópios e dos monóculos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 576-599, 2019.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; MONTEIRO, Michelle Alves. The “Paradise destroyed” by “The Just War”: a dialogue between Las Casas and Vitória in the concealment of indigenous people by European colonizers. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, ahead of print, 2022. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/66334.

TAMANAH, Brian Z. A non-essentialist version of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, v. 27, n. 2, p. 296-321, 2000.

TAMANAH, Brian Z. Understanding legal pluralism: past present, local to global. *Sydney Law Review*, v. 30, p. 375-411, 2008.

TWINING, William. Normative and legal pluralism: a global perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 20, p. 473-517, 2010.

VALENÇA, Daniel Araújo; MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. O novo constitucionalismo latino-americano: análise marxista da invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas críticas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 364-380, 2019.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2010.

VILLARES, Luiz Fernando. *Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas do Brasil*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VITTORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

ZEA, Evelyn Schuler. (Trans)formações Waiwai. In: BARBOSA, Reinaldo Imbrozio; MELO, Valdinar Ferreira (org.). *Roraima: homem, ambiente e ecologia*. Boa Vista: FEMACT, 2010. p. 171-194.

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