

O direito positivo frente à dimensão jurídica da cultura indígena

*Andréa Flores**

*Lamartine Santos Ribeiro***

Resumo

O direito é reflexo dos valores culturais da sociedade. A organização dessa sociedade determina a forma como o direito é expresso, podendo ser positivo ou consuetudinário, se possuem ou não uma instância formal de emanção do poder. No Brasil o sistema jurídico é positivista, contudo, nas comunidades indígenas há regras de convivência, inclusive de natureza penal, sem formalização ou institucionalização. As comunidades indígenas como sujeitos sociais, clamam ser inseridas em um novo Estado e sua própria Constituição, a partir de um território pluricultural. É a dimensão jurídica das relações sociais na condição de manifestação cultural, cujo reconhecimento pelo ordenamento nacional positivista é possível, com abrangência limitada à própria comunidade e cuja aplicação garanta acesso à justiça por paradigmas variáveis, pois várias são as nuances culturais de comunidades tradicionais, como as indígenas. A pesquisa traz uma abordagem qualitativa do tema, com método dedutivo hipotético, fomentado na revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Comunidades Indígenas. Cultura. Direito Consuetudinário. Direito Positivo.

Recebido em: 27/10/2017 | Aprovado em: 20/11/2017

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7674>

* Mestre e Doutora em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professora titular da cadeira de Direito Penal da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB e da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS em Campo Grande, Mato Grosso do Sul. E-mail: andreaflares.adv@gmail.com.

** Especialista em Direito Penal e Processual Penal, Mestre e Doutorando do programa de Desenvolvimento Local em Contexto de Territorialidades pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Professor titular da cadeira de Direito Administrativo da UCDB em Campo Grande, Mato Grosso do Sul. E-mail: professor-lamartineribeiro@gmail.com.br.

Introdução

As relações jurídicas entre as pessoas são intrínsecas da vida em sociedade e, por isso, decorrentes da identidade cultural que as une pelas teias das relações sociais. O direito então, não se funda na natureza, mas em pactos que determinam a ordem social, de onde decorre um direito originário no qual todos os demais se baseiam.

O direito é uma das manifestações culturais de comunidades que se organizam juridicamente em sociedades, e nessas, o direito expressa como um sistema jurídico o qual denomina-se direito positivo se tiver por fonte principal (mas não única) as leis e se possuem uma instância formal de elaboração identificada como atributo do poder legislativo. De outro lado, se a fonte principal forem os usos e costumes, sem uma instância formal elaboração de regras, a organização jurídica se apresenta como direito consuetudinário.

O positivismo e o consuetudinarismo devem ser vistos como métodos de regramento social sob a ótica das mais diversas formas de expressão cultural, não sem antes buscar em seus fundamentos filosóficos, suas conceituações e distinções. A compreensão exata destas duas dimensões do direito (positivismo e consuetudinarismo), se revelam com plena nitidez nas comunidades indígenas brasileiras, por serem tanto reguladas pelo sistema jurídico positivista hegemônico no território nacional, como também por, inegavelmente, possuírem regras de pacificação social, peculiares sem serem formalizadas, mas sim, transmitidas geração após geração por práticas reiteradas e coletivamente aceitas.

No Brasil o sistema jurídico hegemônico é o positivista, contudo, no interior de algumas comunidades, notadamente as indígenas, é cediça a existência de regras de convivência, inclusive de natureza penal, sem formalização ou institucionalização, o que induz à questão sobre espécies de condutas e sua punibilidade. As comunidades indígenas hodiernamente apesar de serem vistas como sujeitos sociais, clamam por serem inseridas plenamente em um novo modo de se ver o Estado e sua própria Constituição, a partir de um território notoriamente pluricultural. Trata-se de uma dimensão jurídica das relações sociais vista, no mais das vezes, como uma dentre tantas outras formas de manifestação cultural, cujo reconhecimento por uma sociedade de ordenamento positivista é possível, desde que a abrangência seja limitada à própria comunidade e que a aplicação seja adernada à garantia de acesso à justiça, em seu sentido material de acesso ao que é justo, ainda que por paradigmas tão variá-

veis quanto várias são as nuances culturais de comunidades tradicionais, como as indígenas, no território brasileiro.

Faz-se necessário conceituar e dimensionar os elementos do tema para entender os fins a serem alcançados pelos sistemas jurídico, seja de forma hegemônica ou propugnando pelo respeito à alteridade, de qualquer modo, o objetivo é uníssono: a justiça. Para tanto optou-se por uma abordagem qualitativa do tema, com método dedutivo hipotético, encontrando na revisão bibliográfica resposta satisfatória à proposta, visto ser profícua a produção científica, tanto quanto abundantes são os estudos sobre ambos os sistemas jurídicos na mesma proporção de acessibilidade às jurisprudências dos tribunais regionais e superiores. A análise dos dados foi realizada por interpretação e comparação de princípios, doutrinas, normas e jurisprudência nacionais. Assim, a pesquisa bibliográfica proporcionou ao trabalho um vasto material, para o qual foram estabelecidos os paradigmas utilizados nesta pesquisa.

A bibliografia foi, pois, alinhavada no molde concebido na proposta da visão conflituosa entre o Direito Positivo e a dimensão jurídica da cultura indígena (consuetudinarismo). Desta mesma coluna central se derivaram os tópicos constituintes do trabalho, concebidos mediante a necessidade de expor os elementos necessários ao entendimento da temática em sua generalidade.

Positivismo

Uma convenção determinando a ordem social: esta é uma perspectiva possível de ser projetada ao positivismo, isso porque, não é difícil achar estudos sobre o positivismo sob os mais variados prismas a partir dos quais, por exemplo, é possível entender o positivismo como uma filosofia, como um método científico e até mesmo como uma religião. Esta última vertente, longe de ser um delírio intelectual, consolidou-se a partir da construção dos próprios desenvolvedores do positivismo, tanto que Auguste Comte¹ se tornou sumo sacerdote da “religião da humanidade”.

¹ COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. Discurso sobre o espírito positivo. Discurso preliminar sobre o conjunto do Positivismo. Catecismo positivista. Seleção de textos de José Arthur Giannotti. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo : Abril Cultural, 1978. Coleção Os Pensadores.

Estudioso da obra de Comte, Gustavo Biscaia de Lacerda² enfatiza a polissemia do positivismo citando a identificação na obra de Peter Halfpenny, de “12 sentidos para a palavra ‘Positivismo’” o que, de um lado, torna difícil conceituar o termo, mas de outro, possibilita trabalhar uma linha condutora a partir do enfoque a ser desenvolvido sobre o objeto em estudo.

Assim, toma-se o positivismo como uma forma de enxergar todas as nuances da vida em sociedade a partir de dados concretos captados empiricamente. Em outras palavras, independentemente do método epistemológico que possa ser utilizado, o positivismo se apegua à concretude fenomenológica para estabelecer suas premissas numa lógica estritamente empírica, que busca impregnar de mensurabilidade todos os objetos de seu silogismo. Daí ser referencial do positivismo o adágio segundo o qual: contra fatos não há argumentos.

Materialistas, iluministas, epicuristas e, como o próprio nome diz, os empiristas, em seus determinados momentos históricos, também dão grande relevância à experiência como método científico sem, contudo, afastar outros elementos metodológicos com a dialética e a intuição. No positivismo a experiência é a premissa básica maior de todo juízo lógico, científico, portanto.

Auguste Comte é considerado o “fundador” do positivismo em meados do século XIX, período em que a Europa vivia uma efervescência científica provocada, especialmente, pelo trabalho de Charles Darwin, mas, como um todo, a ciência e a tecnologia cada vez mais estavam traduzindo fenômenos até então contaminados por credices e/ou explicações míticas. Comte então decidiu aplicar referenciais técnicos e matemáticos às relações sociais, chegando mesmo a ser o escultor do termo “sociologia”.³

Lacerda⁴, ao propor uma “redescoberta” de Comte e do próprio positivismo, cita Anthony Giddens, para quem o momento histórico vivido no século XIX, marcado por uma verdadeira idolatria às ciências naturais, com seus métodos e conclusões, contagiou Comte ao ponto de ele adotar o instrumental científico no estudo da sociedade. Comte pretendeu assim, estabelecer modelos preconcebidos com os quais (tanto quanto nas ciências naturais) poderia prever comportamentos e relações sociais, de forma a rotulá-los como eticamente aceitáveis ou reprováveis.

² LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o “positivismo” redescobertos. *Revista de Sociologia Política*, vol.17 n.34, p. 327. Curitiba: ed. UFPR, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000300021&script=sci_arttext>. Acesso: 13 Set 2017.

³ LACERDA, 2009.

⁴ LACERDA, 2009.

Sendo a expectativa de uma vida harmônica em sociedade algo inerente ao próprio ser humano, a versão teológica do amor ao próximo fundado no temor a Deus dá lugar, no positivismo, ao altruísmo, como também Alfredo Bosi⁵ explicita:

Na linha do horizonte, o que o mestre divisava era a marcha da Humanidade, o Grão-Ser, a única divindade digna do culto de seres racionais. Quanto à ação pública, deveria convergir para a integração ordeira dos indivíduos no regime republicano. As classes sociais, harmonizadas no sistema superorgânico, praticariam a solidariedade, versão leiga do amor fraterno cristão. Altruísmo é um termo cunhado por Auguste Comte por volta de 1830.

Comte deu um formato aos conceitos de sociologia e altruísmo que se tornou tanto amplamente aceito, quanto amplamente contestado. Contudo, é inegável ter o positivismo forte raiz no trabalho do filósofo alemão Immanuel Kant⁶. Aliás, o próprio altruísmo foi concebido por Kant, mas sem essa denominação específica, segundo Francisco Herrero⁷, tendo ele cunhado o aforismo segundo o qual “age de tal maneira que uses a humanidade tanto na tua pessoa quanto na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, nunca simplesmente como meio”. A influência de Kant na obra de Comte é intensificada quando se percebe nos trabalhos do primeiro, uma equalização entre o racionalismo de René Descartes e o empirismo de John Locke, sem esquecer de Hume e Leibniz. Kant colocou o ser humano no centro do debate filosófico e considerou existir uma ética e uma moral universalmente intrínseca ao *homo sapiens* pelo simples fato de pertencer à mesma espécie biológica⁸.

Auguste Comte entendeu então, haver um ambiente propício para, além da filosofia, criar uma religião. Assim fundou a Religião da Humanidade, também conhecida como a Igreja Positivista, cujas bases estabeleceu em 1852 na obra “Catecismo Positivista”. Lacerda⁹, enfatiza o caráter religioso da obra de Comte ao dizer:

⁵ BOSI, Alfredo. *O Positivismo no Brasil: Uma Ideologia de Longa Duração*. Do Positivismo à Desconstrução: As Ideias Francesas na América. Organização Leyla Perrone Moisés. São Paulo: EDUSP, 2004, p.18.

⁶ KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de J. Rodrigues de Menez. Ed. Acrópolis, 2008.

⁷ HERRERO, Francisco J. *Religião e história em Kant*. Tradução de José A. Ceschia. São Paulo: Loyola, 1991.

⁸ GARBER, Daniel; LONGUENESSE, Béatrice. *Kant and the Early Moderns*. Princeton: ed. Princeton University Press, 2008.

⁹ LACERDA, 2009.

A ideia de religião em Comte, de fato, é central. Como demonstra Tiski, enquanto em um primeiro momento Comte identificava religião e teologia, isto é, considerava que a religião é a crença no sobrenatural, em vontades externas ao ser humano que comandariam arbitrariamente e absolutamente a realidade (e a que se oporia a ciência, de caráter relativo), em sua fase mais madura Comte percebia na religião uma forma de unidade humana. Essa unidade seria ao mesmo tempo "moral" (de caráter individual, em que ocorreria a harmonia afetiva, intelectual e prática) e coletiva (em que os indivíduos e os grupos sociais relacionar-se-iam de maneira construtiva e pacífica) e de que a teologia teria sido apenas uma forma de realização, temporária e transitória entre o fetichismo (estágio inicial do ser humano) e o positivismo (estágio final).

Não se limitou o fundador da Religião da Humanidade a fazer disso uma metáfora. Efetivamente foram criadas igrejas, templos, onde, ao invés dos santos, os seguidores, conhecidos como o "apostolado", idolatravam figuras consideradas por eles determinantes da humanidade como a conheciam até aquele momento, tais como Aristóteles, Gutenberg e Shakespeare. Num arroubo final, pouco antes de sua morte em 1857, Augusto Comte se autoproclamou o Sumo Sacerdote da Igreja da Humanidade¹⁰.

Não era de se esperar coisa diferente do mundo filosófico antagônico ao positivismo do que o apedrejamento dessa transição de uma filosofia, quiçá, de um método científico para uma religião. Porém, é inegável a contribuição do positivismo para o fortalecimento de instituições hoje caríssimas à vida em sociedade e que em seu tempo foram vanguardistas. Apesar controverso, o lema do positivismo mais marcante para o Brasil foi "o amor por princípio, a ordem por base o progresso por fim".¹¹ Os positivistas atuaram na defesa inextinguível da abolição da escravidão, pelo sistema republicano, por um controle austero das finanças públicas, pelo voto de analfabetos, mendigos e mulheres, por direitos dos trabalhadores e pela paz (inclusive criticando o serviço militar obrigatório)¹².

Com fulcro em bases tão aparentemente sólidas por preservarem valores humanos caros, Comte previu que o positivismo, mesmo como religião se expandiria a passos largos por toda a Europa. Mas não foi isso o que aconteceu: no quarto final do século XIX o positivismo estava em decadência no Velho Continente.

¹⁰ BAKOS, Margaret. *Júlio de Castilhos: positivismo, abolição e república*. Porto Alegre: ed. PUCRS, 2006. Coleção Humanidades.

¹¹ VALENTE JÚNIOR, Valdemar. *Cultura Luso-Brasileira*. Curitiba: IESDE, 2012.

¹² BOSI, 2004.

No Brasil, ao contrário da decadência na Europa, em 1889 o positivismo estava vivendo seu mais fértil momento com o apogeu na proclamação da república¹³, mesmo tendo-se dividido em duas vertentes: a ala mais radical preferiu o caminho da religiosidade, chegando mesmo a fundar dois templos da Igreja da Humanidade, um no Rio de Janeiro e outro em Porto Alegre. Outra corrente, esta bem mais forte, sustentou o positivismo pela perspectiva de uma ideologia política e, assim, se arraigou na história republicana brasileira de tal modo que Laurentino Gomes¹⁴ o considera presente na proclamação da república de forma determinante, mas também vê traços do positivismo na revolução de 1930 e até no golpe militar de 1964. É possível vislumbrar um referencial importante para entender as diferentes conotações do positivismo no Brasil, no conselho de Benjamin Constant (articulador da proclamação da república) ao Visconde de Taunay sobre o positivismo, como exposto na obra de Celso Castro¹⁵:

Não siga apertadamente o sistema todo [...]; em não poucos pontos dele me aparto, nem pratico a religião da humanidade, mas estudo os livros do mestre; discipline suas ideias.

Necessário destacar o maior símbolo do quanto se entremeou o positivismo na história política brasileira. O professor Gilberto Freyre¹⁶ trata deste ponto:

Foi uma participação de minoria intelectual que se exprimiu em torno de valores e símbolos, de considerável importância para a nação inteira; mas de tal modo se manifestou esta intervenção que alguns dos valores e símbolos brasileiros vindos do Império e alterados – reformados, mas de modo algum deformados pelos positivistas de 89 – ainda hoje vive no Brasil. Um deles, a própria Bandeira Nacional com o seu lema – inovação positivista – “Ordem e Progresso”; e com as suas esferas e com as suas estrelas, também de invenção positivista. Mas sem que se tivessem modificado as formas e cores essenciais da mesma bandeira. Sem que a sofreguidão por um futuro messiânico tivesse levado aqueles bons discípulos brasileiros de Comte ao extremo de repudiar, em valores e símbolos consagrados pelo passado da sua gente, o que, nesses valores e símbolos, era já constante nacional.

O símbolo da pátria, a bandeira brasileira, representa exatamente a prevalência do ideal positivista, em que pese, ter sido contaminado pelo ‘modo de vida tupiniquim’. Enquanto na França o positivismo revelava um ideário rea-

¹³ GOMES, Laurentino. *1889 - Como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil*. São Paulo: Globo, 2013.

¹⁴ GOMES, 2013.

¹⁵ CASTRO, Celso. *Os Militares e a República: um estudo sobre cultura e ação política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p.113.

¹⁶ FREYRE, Gilberto. *Ordem e Progresso*. São Paulo: ed. Global, 2013. p.35.

cionário, no Brasil ao contrário, foi-se adaptando aos interesses de grupos que buscavam o poder político, e ao alcançá-lo, relativizavam os ensinamentos de Comte. Em seguida tais ensinamentos eram erigidos a bandeiras de grupos rivais que depois novamente o relativizavam na chegada ao poder e assim, em ciclos, está presente de forma efetiva em vários setores da nossa sociedade tanto quanto é absolutamente ausente em outros. O paradoxo maior do positivismo brasileiro é que entre os nossos positivistas da época do império, enfileiravam-se senhores de escravos, conduta veementemente repudiada pelo Apostolado da Humanidade¹⁷.

Os positivistas formavam o grupo intelectual de maior influência na sociedade brasileira, do fim do século XIX até a primeira metade do século XX, moldando os preceitos positivistas para a manutenção do poder político que se erigira. Esse grupo de intelectuais foi o responsável pela elaboração da primeira Constituição Federal da República (1891)¹⁸ e por consequência de todo arcabouço jurídico daí em diante, o mesmo se repetindo nas Constituições de 1934¹⁹ e 1937²⁰. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro como um todo está fortemente arraigado em pontos do positivismo sem necessariamente expressar alguma nobreza de intenções de Comte e seu Apostolado²¹.

Previsibilidade da conduta humana

Típico do positivismo é o silogismo que coloca como premissa maior os valores éticos e morais comuns à natureza humana, em perspectiva para a premissa menor de observação científica do comportamento social, extraído da experiência regrada pela história humana, origem do juízo que permite prever condutas e, principalmente, narrar tais condutas em abstrato nas leis.

¹⁷ VALENTE JÚNIOR, 2012.

¹⁸ BRASIL. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). DOU 24.2.1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 set. 2017

¹⁹ BRASIL. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (de 16 de julho de 1934). DOU de 16.7.1934 - Suplemento e republicado em 19.12.1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

²⁰ BRASIL. Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (de 10 de novembro de 1937). DOU 10.11.1937, republicada em 11.11.1937, republicado 18.11.1937 e republicado 19.11.1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

²¹ GOMES, 2013.

A previsibilidade aplicada às relações sociais torna possível estabelecer tipos de condutas consideradas desviantes do ideal de paz social, de justiça. Comte resumiu isso no adágio “saber para prever, prever para prover”.

Se a conduta pode ser prevista, então pode ser estabelecida não só em regras morais, mas sobretudo em leis, estas que se diferenciam daquelas, essencialmente por serem protegidas por sanções de natureza retributiva ou punitiva. Então, quem desrespeita uma regra moral ou ética pode sofrer uma repreensão de seus pares na comunidade, ou nos grupos caracterizados, justamente, pela identidade coletiva formada com base numa determinada linha moral ou ética, como numa religião. Contudo, quem desrespeita uma lei será submetido a uma punição e/ou será obrigado a reparar o dano produzido, pelo compulsoriedade da imposição estatal, por ser o Estado ente jurídico que tem o monopólio da exigência pela força (inclusive física), do cumprimento das leis estabelecidas previamente e em abstrato, dentro do território de sua jurisdição, sem olvidar que as leis, além de tipificar condutas, também estabelecem as respectivas sanções.

Vale esclarecer que “jurisdição” nasce da junção dos termos: *juris* (latim), cujo significado é “direito”, e *dicção*, ou seja, a capacidade de dizer. Somente quem tem “*juris + dicção*” é o Estado, isso porque, a sociedade lhe deu poder para isso. Tal poder nasce da capacidade de prever e a previsão, segundo o entendimento positivista, nasce da aplicação de métodos científicos ao comportamento das pessoas em sociedade.

A prática institucional positivista do legislador brasileiro é de narrar condutas em abstrato, valorando-as como desviantes ou aceitáveis, independentemente do fato em si, ou de circunstâncias alheias àquelas previstas nas leis que elaboram, isso porque, a experiência extraída da observação do comportamento social aplicada aos valores éticos e morais históricos, permite ao positivista prever o futuro. É possível tomar como exemplo a premissa maior, ética e moral, segundo a qual, historicamente, o aborto é um comportamento reprovável. De outro lado, a observação da sociedade mostra ser o aborto uma prática inegável, porém, a gravidez pode resultar de uma violência contra a mulher, ou da necessidade de salvar a vida da mulher. Assim, está previsto em abstrato no Código Penal, com redação de 1940,²² que a mulher ao praticar o auto-aborto deve ser condenada à pena de prisão de um a três anos, e se outra pessoa executar o aborto com o consentimento da gestante deverá ser condenada à pena de um a

²² BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

quatro anos de prisão. Contudo, não é criminoso o comportamento do médico, na situação de ser feito o aborto em gestante cuja gravidez foi resultado de um estupro, ou quando a vida da mulher esteja em risco.

A questão do aborto revela a macula do positivismo: a evolução tecnológica permite hodiernamente o diagnóstico da gestão de feto anencefálico, contudo, não há previsão legal permissiva para essa realidade. Ao contrário, a previsão do comportamento futuro de interrupção de uma gravidez estabelecida em 1940, impõe a punição de privação da liberdade da mulher. Assim, a mulher grávida de feto anencefálico ao interromper a gravidez cujo resultado seria uma vida de qualquer modo interrompida, senão imediatamente, certamente com muita brevidade, diante do império da lei, deve ser levada à prisão pela força do positivismo incrustado em nosso ordenamento jurídico.

Sem resposta positivista para o drama do aborto nos dias de hoje, faz necessário lançar mão de um instrumento de natureza nitidamente pós-positivista, qual seja a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por meio do qual se torna possível a intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF), que assim autorizou a mulher a interromper a gravidez de feto anencefálico, inobstante, trata-se de uma interpretação do Judiciário, permitindo o descumprimento do dispositivo legal positivado no Código Penal concebido há mais de setenta anos sob extremada orientação jusfilosófica positivista.

Positivismo jurídico

Para a advogada Denise Lucena Cavalcante²³, o fim precípua do Direito é de harmonizar e possibilitar a convivência social, sendo assim, deve ter como fundamento as práticas culturais vigentes, sob pena de subverter seu escopo. Fruto de experiências culturais distintas, no dizer do filósofo do direito Miguel Reale Júnior²⁴, a concepção de direito tem fulcro na tradição romana (ou romanística como prefere Reale), mas também pode se legitimar sob o alicerce anglo-saxão conhecido como *common law*. Aliás, não é raro entre doutrinadores do direito, relacionar a raiz romana com o Direito Positivo (o primado da lei como fonte do direito) e a raiz anglo-saxã com o Direito Consuetudinário ou costumeiro, o que é equivocado. A *common law* é institucionalmente concebida

²³ CAVALCANTE, Denise Lucena. *Direito, moral e ética fiscal* – filosofia e Constituição – estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão – Organizador Dimas Macedo, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

²⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

a partir do Poder Judiciário (e não do Poder Legislativo, como o Direito Positivo), enquanto o Direito Consuetudinário é anônimo por excelência no dizer de Reale²⁵, ou seja, aquele desprovido de um determinado órgão emanador pré-concebido.

Não se pode negar a influência da cultura greco-romana e da igreja cristã ocidental na formulação positivista do Direito, porém, segundo Antonio Carlos Wolkmer²⁶, é com o fim da Idade Média, notadamente com o ideário renascentista europeu, que o Direito, tal qual predomina hoje no Brasil, tomou sua forma: um ordenamento jurídico positivista, sistematizado e abstrato. Revela-se positivista porque parte do pressuposto da capacidade de prever condutas em abstrato, pois independe de fatos concretos para existir, e a partir desta previsão sistematiza as regras ao estabelecê-las em estatutos escritos e com forma predeterminada na constituição do país.

Importante uma percepção histórica do Direito para a compreensão mais abrangente do conflito cultural que hoje ele enseja ao se deparar, num mesmo território (brasileiro), com experiências culturais distintas.

Uma série de acontecimentos impulsionou com rapidez a revisão de vários conceitos caros à humanidade até a Idade Moderna, notadamente, a falência do modelo feudal e a ascensão da burguesia, que ensinou um ideário de liberdade estendido a todas as relações sociais que estavam em plena ebulição, favorecendo o surgimento da doutrina liberal, refletora fiel da ética individualista em voga à época²⁷.

A modernidade, então, foi um momento de racionalização com tons culturais determinantes para a organização social então emergente²⁸. Como já mencionado, ao se tratar de organização social, inexoravelmente está inserida a ordem jurídica.

É notório, para Wolkmer²⁹, ser o Renascimento marcado pelo individualismo e pelo racionalismo, o que levou ao resgate de instituições clássicas greco-romanas como o Direito o qual, como outros setores da sociedade durante a Idade Média, foi regido pela igreja católica, enfraquecida no processo de secularização fomentador do surgimento dos Estados Nacionais, baseados na raciona-

²⁵ REALE, 1977.

²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Cultura jurídica moderna, humanismo renascentista e reforma protestante. *Revista Sequência*, n 50, p. 9-27. São Paulo, 2005.

²⁷ WOLKMER, 2005.

²⁸ ADEODATO, João M. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁹ WOLKMER, 2005.

lização do poder, a centralização e a burocratização da autoridade, tudo expresso pela emanção de leis escritas por esse novo poder maior (Estado Nacional), de forma a atender os interesses burgueses e capitalistas.

Todas essas construções estruturais da sociedade levaram a uma visão cultural antropocêntrica. Carlos Maurício Freire Soares³⁰, nos lembra que o iluminista Immanuel Kant, pregava a imensa capacidade do “eu pensante” de sistematizar intelectivamente o “ser” captado pelos sentidos, estando mesmo apto a transcender e criar o objeto do seu conhecimento. O filósofo Kant relacionava cultura e ética à racionalidade de padrões de comportamento, que ele entendia serem universais³¹. Assim, considera o magistrado italiano Luigi Ferrajoli³², ter o Direito (de linha greco-romana) como hoje se conhece, sua fundamentação filosófica esculpida na Idade Moderna pelas ferramentas do iluminismo e do liberalismo.

Para Marshal Berman³³, na modernidade foi proposta a derrubada de barreiras entre os homens, inclusive raciais, levando a uma unidade humana, contudo, paradoxal por pressupor desintegração local, ao que expressamente diz que “ser moderno é fazer parte de um universo no qual, como disse Marx, tudo que é sólido desmancha no ar”.

Como o Direito se baseia em valores éticos, e Kant apontou o respeito ao ser humano como o maior desses valores, tem-se, então, o fundamento para uma cultura jurídica antropocêntrica, via de consequência, positivada em leis escritas.

No bojo da supervalorização das ciências objetivas está o conceito de Estado de Direito, em que o Estado Nacional se limita pela supremacia constitucional. Não por outra razão conhecida como “Lei Maior”, da qual decorrem todas as outras leis, sempre com caráter abstrato e genérico, conforme Soares³⁴, restrin-

³⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos para uma cultura jurídica pós-moderna*. Roma. 2005. Tese de Doutorado - Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed economia “Tullio Ascarelli”. Disponível: <http://host.uniroma3.it/dottorati/scuoladottoraleascarelli/doc/ELEMENTOS_PARA_UMA_CULTURA_JURIDICA_POS.doc>. Acesso 28 de Jul 2017.

³¹ SOARES, 2005.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³³ BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p.15.

³⁴ SOARES, 2005.

gindo a experiência jurídica. Nesse aspecto relevante reproduzir a citação de Edmundo Lima de Arruda Júnior³⁵ a Túlio Ascarelli:

Quebrar as barreiras do seu próprio sistema jurídico (assim definido) significa aumentar o seu próprio horizonte e sua própria experiência e, sobretudo, enriquecer-se espiritualmente e descobrir os próprios limites com um espírito de modéstia que, por sua vez, comporta tolerância e liberdade.

Essa é uma visão pós-moderna do Direito favorecendo, inclusive, um novo olhar sobre o Direito Consuetudinário indígena.

Não se pode olvidar que mesmo a Reforma Protestante tem grande contribuição para a formação de nossa cultura jurídica, ao propiciar o desenvolvimento das ideias liberais com a pregação de tolerância religiosa e política e com uma aproximação com os ideais humanistas os quais, na seara do Direito, levou a uma crescente sistematização do que até então não passavam de princípios jurídicos³⁶. Curiosamente Lutero “odiava” os juristas, mas Calvino era advogado.

Com base nesses fundamentos a cultura jurídica brasileira leva a um ordenamento jurídico flexível, com certo grau de dinamismo, variável conforme o interesse do parlamento para responder com celeridade às demandas impostas pela economia de mercado, por meio da positivação do Direito, pois não se coaduna com os processos de formação de hábitos e condutas típicas do Direito Consuetudinário, como bem sustenta Soares³⁷. No mesmo sentido está o entendimento do professor Milton Santos³⁸ “o funcionamento dos espaços hegemônicos supõe uma demanda desesperada de regras; quando as circunstâncias mudam e, por isso, as normas reguladoras têm de mudar, nem por isso sua demanda deixa de ser desesperada”.

Vale registrar que a emergência das alterações de leis para impor padrões de comportamento, como já dito, se presta a atender o mercado, daí que, não sendo a questão do aborto algo que toque ao mercado, não tem merecido a devida atenção do legislador e, assim, seu regramento em um corpo legislativo de natureza criminal se mantém inalterado desde 1940.

³⁵ ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. Direito Alternativo e Contingência Histórica (esboço para uma crítica). *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n. 25. Curitiba: ed. UniBrasil, 2006. p. 94.

³⁶ WOLKMER, 2005.

³⁷ SOARES, 2005.

³⁸ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. 10 Ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p.62.

Dessas duas premissas pode-se extrair que o direito positivado atende ao mercado e, por consequência, ao desenvolvimento sob o ponto de vista meramente econômico, quando de sua vez, o Direito Consuetudinário atende a comunidade e por consequência, ao desenvolvimento humano em várias de suas nuances, principalmente a cultura, pois implica em sua valorização e respeito.

Seria o modo como a sociedade encara o aborto uma questão cultural? A resposta pode ser sim, se se considera que cultura é fonte de moral religiosa tanto quanto é fonte de regramento jurídico. Então, porque o Direito não “conversa” com a cultura? Desta vez a resposta pode ser encontrada na pedra filosofal do positivismo jurídico, qual seja, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, cuja singela análise gramatical nos permite fazer a ilação de que, se a teoria é pura, não se contamina por outros institutos sociais, como a própria cultura. A criatura (direito), de arma em punho (positivismo) fere (teoria pura) sua própria sua criadora (cultura).

Em que pese a visão conflitiva e mesmo com dicotomias evidentes entre o Positivismo Jurídico e o Direito Consuetudinário, não se propugna pelo maniqueísmo. A convivência dos dois sistemas mostra-se possível e viável, mesmo porque o Positivismo Jurídico adota como uma de suas principais fontes, além das leis e da jurisprudência, os usos e costumes, tal como ocorre no já citado caso do afastamento pelo Poder Judiciário da imposição de pena privativa de liberdade, como determina expressamente o Código Penal Brasileiro, para a mulher que interrompe a gravidez de um feto anencefálico. É notória a decisão do Supremo Tribunal Federal contrariando o texto legal, demonstrando haver maleabilidade suficiente no positivismo para a relativização da lei perante comportamentos sociais cabalmente aceitos. De outro lado, apesar de não haver espaço institucional para a adoção ampla do consuetudinarismo, é imprescindível a defesa do respeito ao Direito Consuetudinário estabelecido nas relações internas das comunidades indígenas, onde os comportamentos regulados pelos usos e costumes são, muitas vezes, anteriores à própria existência do Brasil como Estado Nacional soberano, ou seja, anterior ao positivismo.

Para o Positivismo Jurídico, se um deputado federal do Rio Grande do Sul elabora uma lei e sendo ela aprovada no Congresso Nacional, um cidadão morador no Sergipe está obrigado a seguir a regra positivada. Desconsidera-se em absoluto o fato de que, provavelmente, um gaúcho da fronteira com o Uruguai não conseguiria explicar para um morador do agreste sergipano o conteúdo material daquela mesma norma, tanto quanto, esse mesmo gaúcho não enten-

deria a explicação das razões do sergipano para repudiar a tal lei, mesmo sendo ambos considerados indivíduos de cultura brasileira, mesmo porque, falam a mesma língua. Toma-se como exemplo a comunicação entre um sergipano e um gaúcho, sem que essa distância cultural seja a maior existente em nosso território. A adoção territorialmente uniforme de uma lei é condição para a unidade de um Estado Democrático de Direito, restando, então, ao Poder Judiciário levar em conta as distintas realidades locais para a aplicação dessa lei, para tanto, sendo indispensável um certo grau de flexibilidade, conceito este basilar do pós-positivismo que releva os princípios e métodos interpretativos a patamares iguais e até superiores às leis.

O Positivismo e a diversidade cultural indígena

O pecado na aplicação do positivismo no Brasil há décadas, ainda não é a falácia da previsibilidade, mas sim, aquela premissa maior de valor moral e ético comum ao ser humano quando, em verdade, o *homo sapiens* é um animal de inimaginável adaptabilidade ambiental, em outras palavras, a diversidade cultural humana é tão incomensurável quanto são as variantes de comportamentos morais e éticos determinados por essas mesmas culturas.

Considera-se possível prever a conduta de uma pessoa, contudo, essa possibilidade existe quando se conhece essa pessoa com alguma profundidade, ou seja, é possível ao pai prever o comportamento de um filho, da esposa prever o comportamento do marido, de um irmão prever o comportamento de outro irmão ou irmã e, evidentemente tudo funciona na via inversa. Sendo assim, só é possível ao positivismo prever a conduta das pessoas em normas abstratas se partir do pressuposto de um perfil único, talhado em um padrão cultural único.

No território brasileiro existe um padrão cultural hegemônico, formado pelo urdume do *homo sapiens* masculino, heterossexual, de raça branca, cristão, ocidental e adulto. O positivismo brasileiro estabelece essas características para conceber “cientificamente” comportamentos socialmente aceitos. Se uma pessoa não se enquadra neste ser idealizado (homem, heterossexual, branco, cristão, ocidental e adulto), sofre algum tipo de exclusão jurídica e social. Como essa situação se evidenciou nas últimas três décadas, o poder público passou a adotar políticas compensatórias para os grupos excluídos, como é o caso da Lei Maria da Penha, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, as cotas raciais, sociais e para deficientes, entre outras. Ressalte-se: são políti-

cas compensatórias, em outras palavras, o ordenamento jurídico “normal”, por ser positivista é excludente.

Desconsidera o Positivismo Jurídico pátrio, justamente, uma das mais emblemáticas bandeiras do positivismo ortodoxo, conforme concebido por Augusto Comte, qual seja, o ideal de um ser humano que possa reunir características típicas diversas para melhor interagir com o próximo e com a própria natureza, a mestiçagem, a mistura de raças, de tipos humanos, de gente. Essa visão positivista era vanguardista uma vez que a mistura de raças era uma verdadeira afronta aos antropólogos europeus do século XIX, apologistas do racismo.

O manejo viciado do positivismo no Brasil – excluído o apostolado da igreja positivista nacional – sempre trilhou o caminho da ignorância quanto à existência em nosso território desde tempos pré-colombianos, de culturas tão diversas quanto riquíssimas. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) levantou no Censo 2010 a existência de 305 etnias que falam 274 línguas diferentes³⁹.

A não ser quando se trata de normas formais específicas para a causa indígena, à guisa de interesses de grupos políticos identificados como defensores ou detratores dessa causa, o legislador brasileiro, especialmente após a proclamação da república em 1889, ignora a diversidade cultural tão marcante e caracterizadora do próprio Brasil. Eis a chamada invisibilidade social.

Não há exemplo mais emblemático do que ocorre no Código Penal Brasileiro, no qual a condição indígena não está contemplada em garantias nem em normas incriminadoras. A questão, repetidas vezes, dá-se em torno da possibilidade de se imputar sanções punitivas (penas) aos indígenas considerando-os, portanto, imputáveis à lei penal brasileira, ou inimputáveis, ou até mesmo semi-imputáveis, três possibilidades admitidas no Código Penal Brasileiro. O artigo 26 do texto penal considera não ser imputável o indivíduo que, no momento do fato criminoso, não tinha qualquer condição de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de se determinar por tal entendimento em razão de “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. Caso um indivíduo nessa mesma condição mental mantenha algum discernimento sobre sua conduta, então é considerado semi-imputável, ou seja, responderá pela pena referente ao crime cometido, em grau reduzido.

³⁹ IBGE. *O Brasil indígena*. [2011] Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf>. Acesso: 25 Ago 2017.

O maior penalista da história do direito no Brasil, Nelson Hungria⁴⁰, na obra “Comentários ao Código Penal”, refere-se aos indígenas ao tratar da imputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado no Código Penal:

Sob este título se agrupam não só os deficitários congênitos do desenvolvimento psíquico ou *oligofrênicos* (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os silvícolas inadaptados. O conceito de mente, como adverte o ministro Campos na sua *Exposição de Motivos*, é suficientemente amplo para abranger até o “senso moral” (ensina Tirelli que “mente é o complexo funcional, quantitativa e qualitativamente harmônico, dos diversos elementos do arco dialético psíquico”), e, assim, não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo sylvestre*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável.

Nelson Hungria somente fez reproduzir o pensamento corrente no momento histórico de criação do Código Penal, 1940. E, apesar de longínqua na história a adoção do diploma penal pátrio, é este mesmo em vigor até hoje, com uma reforma nos idos de 1984. Então, o legislador brasileiro comparou o indígena ao deficiente mental, ainda que sob a dimensão moral, por não estar “adaptado” à civilização conforme padrões culturais estranhos aos seus. E, vai mais longe o mestre Hungria⁴¹:

[...] a Comissão Revisora (do Código Penal) entendeu que sob tal rubrica (desenvolvimento mental incompleto ou retardado) entrariam, por interpretação extensiva, os *silvícolas*, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio.

Revelava-se o sentimento à época como verdadeira vergonha pela existência de indígenas no Brasil, considerada uma incompetência do Estado no sentido de levar suas benesses a todos os habitantes do território nacional. Tal sentimento era traduzido em leis ou diretamente pelo próprio Poder Executivo, como é o caso do Código Penal de 1940, em verdade um Decreto-Lei concebido sob a égide do governo ditatorial de Getúlio Vargas, sem ter passado pelo processo legislativo democrático de criação de leis. O autoritarismo da Era Vargas não deixava de também ter inspiração no positivismo que pregava a ditadura constitucionalista republicana. Demonstra-se mais uma vez que o positivismo

⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1, Tomo II. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1978, p. 336.

⁴¹ HUNGRIA, 1978, p. 337.

era aplicado por prismas diferentes, conforme atendessem os interesses do grupo político hegemônico.

É possível retroagir ainda mais no tempo para lembrar que esse tratamento dispensado pelos legisladores e corroborado por doutrinadores do quilate de Nelson Hungria, remonta às primeiras interações dos indígenas com organizações sociais não indígenas, com foi o caso da igreja católica nas missões dos jesuítas que consideravam os indígenas, mais especificamente os Guaranis, com os quais estabeleceram maior contato, como infantis e incapazes de conduzir suas vidas pelos padrões alienígenas de caráter cristão-ocidental, impostos sob a batuta da humanização de selvagens a serem salvos pelo processo civilizatório integrador ao modelo jurídico positivista europeu, ou seja, a população Guaraní sofreu um verdadeiro atentado à sua cultura, por ser diferente, especialmente em sua manifestação jurídica, à cultura europeia⁴².

Na causa indígena a condução positivista que prevaleceu não foi a dos ortodoxos, mas a dos detentores do poder, isso porque, o positivismo puro tinha uma visão diferente sobre este tema, como nos traz Alfredo Bosi⁴³:

A defesa dos indígenas também foi tomada a peito pelo Apostolado. No anteprojeto de Constituição que Miguel Lemos ofereceu ao Governo republicano, as terras dos nativos deveriam pertencer a uma nação ao mesmo tempo incluída no território nacional e dotada de estatuto próprio e independente, um outro Brasil. É conhecida a íntima conexão de Rondon com a Igreja Positivista à qual se manteve sempre fiel, e que o inspirou no seu trabalho junto ao Serviço de Proteção ao Índio.

Destaca-se da citação supra: “uma nação ao mesmo tempo incluída no território nacional e dotada de estatuto próprio e independente, um outro Brasil”. Vários outros “Brasis” de fato existem, apesar de ainda não os enxergar o Estado brasileiro. Linguagens diferentes, culturas diferentes, éticas e morais diferentes regidas, contudo, por um único estatuto (ordenamento legal) positivado em leis escritas que não admitem a coexistência de um sistema jurídico baseado nos usos e costumes (Direito Consuetudinário), e assim se impõe pela força da espada como lembra-nos o ícone da representação da justiça: cega e armada.

Na já referida obra emblemática intitulada “Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal”, o Professor Milton Santos⁴⁴ cunhou uma indagação bastante pertinente: “Como resolver questão de den-

⁴² WOLKMER, 2005.

⁴³ BOSI, 2004, p. 28.

⁴⁴ SANTOS, 2003, p.43.

tro de um mesmo país, quando o passado não ofereceu como herança conjunta a existência de culturas particulares solidamente estabelecidas, junto a uma vontade política regional já exercida como poder?” Apontando o rumo da resposta o Professor Santos⁴⁵ enxerga uma resistência das parcelas minoritárias ao poder hegemônico a partir de suas comunidades, de seus locais, inserindo-se pro-ativamente numa globalização tendente à homogeneização da cultura.

É improvável pensar em desenvolvimento local, se a base da existência da comunidade, a identidade entre seus membros, é oprimida pela cultura dominante com o uso do poderoso arsenal do qual dispõe o direito positivo quando utilizado numa via única.

Considere-se, ainda, que o sistema positivado tem instrumentos para a receptividade dos usos e costumes como fonte irmanada à lei, e ainda, que esse mesmo ordenamento jurídico pode positivar a coexistência com o consuetudinismo pela constitucionalização do respeito a ele, especialmente em sua faceta indígena, onde as comunidades são mais bem demarcáveis sociologicamente. Aliás, o respeito ao Direito Consuetudinário indígena não figura na Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁶, mas, entre os países sul-americanos, encontra-se expresso nas constituições do Peru (Art. 149)⁴⁷ e do Paraguai (Art. 63)⁴⁸.

A dimensão jurídica da cultura indígena

A melhor tradução da dimensão jurídica da cultura indígena é o Direito Consuetudinário, daí a necessidade de, ainda que brevemente, entender esse formato de ordenamento, mesmo porque, em grande medida pode haver confusão entre o Direito Consuetudinário, o jusnaturalismo e *common law*. Cumpre destacar que o jusnaturalismo, ou direito natural não é propriamente uma figura jurídica distinta do direito positivo. A tensão entre ambos está na fonte filosófica de suas teorias, sendo o jusnaturalismo a decorrência de uma moral/ética inerente ao “natural” estado de “ser humano”, repudiando a legislação

⁴⁵ SANTOS, 2003.

⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁷ PERU. *Constitución Política del Perú*. 1993. Disponível em <<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em 05 Set 2017.

⁴⁸ PARAGUAY. *Constitución de la República de Paraguay de 1992*. Disponível em <<http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>>. Acesso em 05 Set 2017.

que floresce de manifestações coadunadas a interesses de aristocracias, como se rotula o positivismo, pois este se estabelece fora do natural, sendo legal por excelência, mesmo quando não observa a moralidade média ou razoável, ou seja, se é uma produção da organização social por meio de pessoas investidas do poder de legislar, pouco importa se é moral. Contudo, a forma em que ambos se apresentam é idêntica, ou seja, a dicotomia é sobre o fundamento filosófico e não sobre o método científico⁴⁹.

Já para a *common law* (inglesa por excelência, mas utilizada em outros países), a fonte principal do direito é a jurisprudência e não a lei, assim, uma decisão nos tribunais superiores torna-se a referência obrigatória para futuros casos idênticos sendo, portanto, tão compulsória quanto as leis. A distinção está no órgão emanador do direito: legislativo no Direito Positivista e judiciário na *common law*. Se é jusnaturalista ou positivista quanto ao fundamento filosófico, não vem ao caso para a *common law*, qualquer que seja sua base filosófica, a diferença estará no método científico para sua imposição à sociedade.

De seu lado, o Direito Consuetudinário tem evidente fundamento filosófico jusnaturalista, mas não necessita de qualquer formalidade para sua aplicação e, por ser mutável ao sabor das práticas sociais com repetição, adequação e aceitação, independe também de um órgão emanador, como no caso da *common law*.

O ambiente de germinação do Direito Consuetudinário é aquele de aceitação cultural pluralista, contudo, a efetivação da norma costumeira depende de reiteração por um grupo social em “longuíssimo tempo” para usar uma expressão de Thomas Marky⁵⁰, ou seja, o costume deve ter constância e universalidade, mas circunscrito a um território determinado, marcado pelo raio de abrangência de uma identidade cultural que permita a consciência da obrigatoriedade inata a qualquer norma. Ultrapassar essa fronteira da identidade cultural significa impor uma cultura (jurídica) sobre outra, ou seja, uma negação à alteridade. Os ingredientes que se somam para o efetivo reconhecimento de uma norma consuetudinária, devem ser fundidos em um caldeirão que retenha aquele caldo cultural de forma a não transbordar regras. Os ingredientes principais são a repetição, o “longuíssimo tempo”, a constância e a totalidade dos componentes do grupo.

⁴⁹ FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. *Teoria(s) do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo*. Ed. D’Plácido. Belo Horizonte, 2014.

⁵⁰ MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

O Direito Positivo, alicerçado no individualismo surgido na modernidade como expressão do racionalismo e do liberalismo, precisa ser flexível e dinâmico. Por sua vez, o Direito Consuetudinário possui caráter estável, de um lado por não ser modificável em uma única e predeterminada instância de poder, de outro, por ser construído a partir da prática cotidiana a qual, para se revestir da natureza de norma, há que se repetir por longuíssimo tempo. O risco de relativizar a legitimação pela longa repetição é deixar o regramento da vida em comunidade à discricionariedade das lideranças locais, as quais podem se mover por interesses pessoais fugazes. Assim, além da prática longuíssima a norma consuetudinária deve ser uma experiência de aceitação ampla entre os membros da uma comunidade. Ocorrendo qualquer dinâmica cultural, esta refletir-se-ia na esfera jurídica com a mesma velocidade da aceitação como fenômeno cultural, ou seja, sem imperatividade e/ou coercibilidade instantâneas, mas construída, repise-se, com ampla e longeva reiteração⁵¹.

Eis a mais verdadeira acepção de Direito Consuetudinário, a qual não se confunde com a *common law* inglesa, em verdade, um método jurídico o qual, tanto quanto o Direito Positivo, é base para uma sociedade na qual a prática de mercado é o liberalismo, maculando a pureza dos usos e costumes, por precisar atender à flexibilidade jurídica exigida pela economia de mercado.

O forte positivismo do sistema jurídico brasileiro chega a ser relacionado por Arruda Júnior⁵² como uma causa denominada como “ineficiência da justiça brasileira”. Esse positivismo exacerbado também é tratado como monismo jurídico, por considerar como única a fonte do direito, qual seja a lei, e também única sua fonte emanadora: o Estado. O contrário do monismo é o pluralismo jurídico, que admite a juridicidade como expressão cultural e por isso tão diversa em sua fonte e órgão emanador, quanto diversas são as culturas inseridas em um mesmo território⁵³.

A diferença entre o pluralismo e o monismo no território brasileiro foi identificada por Souza Filho⁵⁴ (1998) ao relacionar a distância entre coletivismo e individualismo, com o divórcio do Direito Consuetudinário indígena com o Direito Positivista estatal.

⁵¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Direito envergonhado: o Direito e os índios no Brasil*. In GRUPIONI, Luis Donizete B (Org.). *Índios no Brasil*. Brasília: MEC, 1994.

⁵² ARRUDA JUNIOR, 2006.

⁵³ RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. *A Crise do Paradigma Monista no Contexto do Acesso à Justiça*. Direito em Diálogo de Fontes. Editora D'Plácido, Belo Horizonte. 2014.

⁵⁴ SOUZA FILHO, 1994.

É de Almiros Martins Machado⁵⁵, advogado, indígena Guarani/Terena, a seguinte frase: “o Direito Positivo na concepção dos povos indígenas, é como um rio seco, sem vida, sem importância, que não foi construído a partir da necessidade da comunidade”. Almiros Machado disse isso ao relatar a intervenção do Ministério Público Federal (MPF) na escolha de lideranças políticas e religiosas das aldeias Jaguapirú e Bororo localizadas na reserva indígena de Dourados/MS, visto que o MPF não reconheceu a indicação da comunidade, impondo a substituição do “capitão” por caciques determinados pelo poder público. O resultado foi desastroso: com a falta de legitimidade de ambas as lideranças, sérios conflitos levaram à queima de casas de rezas e à expulsão de famílias inteiras da comunidade, expulsão que entre os indígenas se reveste do caráter de punição bastante severa. “Tornou-se terra sem lei” enfatizou Machado⁵⁶. A celeuma instalada poderia ser interpretada como um conflito de natureza puramente cultural, quando em verdade trata-se de um conflito entre sistemas jurídicos, um conflito jurídico-cultural.

Ao relatar a experiência vivida por seu povo, a indígena Potyra Tê Tupinambá⁵⁷ expressou, com plena legitimidade empírica, o conflito entre o Direito Positivo e a dimensão jurídica da cultura indígena, consuetudinária por excelência, dentro do território brasileiro:

Na realidade, nós povos indígenas, sempre tivemos – e temos – nossa própria organização e nossa própria forma de lidar com as situações do dia-a-dia. O domínio que sofremos não foi apenas territorial, cultural e organizacional. Para sobreviver, tivemos que absorver a cultura do não índio e muitas vezes negar nosso próprio patrimônio cultural. Impuseram-nos um modo de vida, uma nova cultura e uma nova lei. As nações indígenas sempre tiveram suas próprias formas de resolver situações conflitantes, mas tivemos que absorver as leis dos não índios. O Brasil se formou como um Estado de Direito, um direito imposto a nós indígenas, legítimos donos deste território. Hoje vivemos em um mundo onde temos que nos enquadrar a uma realidade e normas que não fomos nós que criamos. As leis são inventadas pelos não índios.

Existe uma grande quantidade de leis que tratam dos interesses indígenas, mas tais leis foram feitas pelos não índios, esquecem eles que as comunidades indígenas sempre tiveram – e temos ainda – nossos regimentos locais, nossas normas de conduta. Quando um indígena cometia algo que prejudicasse a sua

⁵⁵ MACHADO, Almiros Martins. *Direito Indígena conquista dos povos indígenas. Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas – Desafios para uma educação superior no Brasil*. Realização: UFPA. Belém, 2007. Disponível em <http://www3.ufpa.br/juridico/documentos/DIREITO_INDIGENA_CONQUISTA_DOS_POVOS_INDIGENAS_-_Almiros_Martins_Machado.pdf>. Acesso: 06 Set 2017.

⁵⁶ MACHADO, 2007.

⁵⁷ TUPINAMBÁ, Potyra Tê. *O colonizador expropriou o índio de seu patrimônio*. Índios na Visão dos Índios: Somos Patrimônio. Organização Gerlic, Sebastian. Ed. Thydêwa. Salvador. 2011. p.47.

comunidade ou algum parente, as lideranças locais sabiam como resolver o conflito. Cada povo tinha suas próprias regras. Fomos obrigados a nos adequar primeiro às regras da Igreja com todos os seus pecados e punições, depois vieram as leis da coroa, depois, da República, e ainda hoje continuamos a nos adequar, a transformar nosso patrimônio cultural tradicional para poder sobreviver nessa Terra hoje chamada Brasil, nossa Terra Tradicional”.

Impor a democracia como forma de promover uma pretensa e alienígena justiça, pode ser uma prática paradoxalmente anti-democrática, quando essa mesma justiça não está afetada pela possibilidade de coexistência de um modelo diferente de tomada de decisões ou escolha de representantes, que não seja a democracia. Tal imposição é contaminada pela arrogância do Direito Positivo. Gerardo Caetano⁵⁸ observa:

[...] a democracia nunca pode ser concebida como uma cultura única. A democracia é sempre um pacto de culturas. Não podemos construir democraticamente políticas culturais para sociedades integradas, se não for com base na solidariedade entre os diferentes e na reinvenção permanente da política. De modo que uma base absolutamente indispensável para uma política cultural democrática será isso, ambientar pactos entre culturas, ambientar um pluralismo efetivo e não simplesmente a “tolerância” resignada do diverso que não nos transforma nem interpela.

Ora, a forma de escolha de lideranças também está arraigada à cultura de cada comunidade a partir dos usos e costumes daquelas localidades, transmitidos de forma oral pelos anciãos da aldeia. Se fosse a escolha de lideranças políticas numa sociedade não indígena, certamente se apelaria às leis que preveem o sistema democrático como o valor universal a ser respeitado.

É difícil traçar uma linha entre o natural, universal e constante no homem e o convencional, local e variável, segundo Clifford Geertz⁵⁹, para quem “trazar semelhante línea es falsear la situación humana o por lo menos representarla seriamente mal”. Por tal prisma as nações indígenas estão em uma situação humana falseada ou, no mínimo, seriamente mal representada quando se trata do aspecto jurídico de sua cultura.

⁵⁸ CAETANO, Gerardo. Desenvolvimento e Política. *Revista Observatório Itaú Cultural*, n. 2. São Paulo: Itaú Cultural, 2007. Disponível em: <http://d3nvljy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000566.pdf>. Acesso: 28 Ago 2017. p 49.

⁵⁹ GEERTZ, Clifford. *El impacto del concepto de cultura en el concepto del hombre. La Interpretación de las Culturas*. Barcelona: Gedisa, 1989. Disponível em: <<http://www.inicia.es/de/cgarciam/geertz01.htm>>. Acesso: 06 Set 2017. p. 43-59.

Considerações finais

O monismo positivista fortemente incrustado no sistema jurídico brasileiro não responde à demanda por justiça, tomada a partir dos referenciais culturais locais de cada comunidade: ‘O que é justo aqui pode não ser ali’. O maniqueísmo entre a definição abstrata nas leis escritas e a conduta dos indivíduos considerada desviante para a cultura dominante pode divorciar-se drasticamente do sentimento de justiça que deveria imperar no seio de cada comunidade.

Considera-se que o Direito Consuetudinário pode perfeitamente coexistir com outras fontes e métodos jurídicos, desde que estas outras o aceitem e respeitem. Bastaria o Direito Positivo perquirir se a imposição da lei é necessária e adequada para o fim a que se propõe, que não deve ser outro que não seja alcançar a paz social por meio da plena realização da justiça, assim entendida a partir do contexto cultural local. Se uma comunidade está pacificada mesmo com a existência (ou persistência) de um fato ou uma conduta desviante, se não existe ali um sentimento de injustiça, qual seria a necessidade da aplicação cega e onipotente da lei?

As relações interpessoais no seio das comunidades indígenas, margeadas pela cultura expressa em manifestações artísticas e religiosas que implicam nas mais variadas formas de solução de conflitos internos, são a mais rica, pura e legítima forma de relações jurídicas fundadas no Direito Consuetudinário. A falta de previsibilidade de respeito à dimensão cultural das mais diferentes nações indígenas é uma sequela a macular nosso ordenamento jurídico, muitas vezes desviando-o de seu único e final objetivo: a construção da justiça como elemento para a paz social. O Direito Consuetudinário, por não ter uma única e determinada fonte geradora, possui uma insuperável resiliência, mesmo quando é atacado com força, inclusive com uso de violência, mesmo em ambientes democráticos. A seu turno, o Direito Positivo, deixando expostos seus arrimos, pode facilmente ser atingido tanto por regimes de exceção, quanto pela prevalência de interesses privados a viciar a produção legislativa.

Diferente da Constituição do Paraguai e do Peru, como já visto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶⁰, apesar de dispor em seu artigo 213 sobre o respeito à cultura das nações indígenas, não trata especificamente do Direito Consuetudinário. Contudo, mesmo os países citados, que trazem ex-

⁶⁰ BRASIL, 1988.

plicitamente a previsão de respeito ao Direito Consuetudinário, limitam sua aceitação à observância sistêmica da mesma constituição em que se insere, tanto quanto aos direitos humanos, conforme estabelecidos na referência internacional que é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual não traduz necessariamente expressões culturais que não participaram de sua elaboração, afinal, foi estabelecida pelos países vencedores da segunda grande guerra mundial. Basta dizer, por exemplo, que as penas de banimento, mesmo que temporário, e de trabalhos forçados são consideradas desumanas na Constituição Federal brasileira, ao passo que, na quase totalidade das tribos indígenas em nosso território, são penas bastante comuns.

Impor à cultura jurídica indígena, consuetudinária, subsunção ao Direito Positivista implica, em verdade, na subsunção de uma cultura à outra; implica em que uma comunidade assimile a cultura de outra com a qual não tem identificação de raiz; facilita a hegemonia do Direito (e, portanto, da cultura) positivista, considerando ser o Direito Consuetudinário uma espécie de manifestação cultural intangível, por sua própria natureza.

O fato é que não há como negar que existe no Brasil uma dicotomia cultural de sistemas jurídicos. Ainda assim, os operadores do direito não devem jamais perder de vista que o direito é instrumento da justiça, nesta ótica, a pacífica convivência entre os sistemas é possível, desejável e imprescindível, desde que a justiça prevaleça para garantir a paz na sociedade, afinal, do interior das comunidades indígenas até as selvas de pedra urbanas, o que qualquer agrupamento humano quer é a paz sob a batuta da justiça, da qual o Direito Positivo não é, senão, um de tantos meios para alcançá-la.

Utópico ou não, o ideal de respeito à alteridade cultural, em sua vertente jurídica, é que a Constituição Federal brasileira adote explicitamente o Direito Consuetudinário da dimensão jurídico-cultural indígena como sistema jurídico postado ao lado do Direito Positivo e mais, que não imponha os limites estabelecidos em instrumentos positivistas, sob pena de eventual alteração constitucional se tornar mero placebo jurídico.

The positive right face to the legal dimension of indigenous culture

Abstract

Law is a reflection of the cultural values of society. The organization of this society determines how law has been expressed, whether it be positive or customary, whether or not they have a formal instance of emanation of power. In Brazil the legal system is positivist, however, in the indigenous communities there are rules of coexistence, including of penal nature, without formalization or institutionalization. Indigenous communities as social subjects, claim to be inserted in a new State and its own Constitution, from a pluricultural territory. It is the juridical dimension of social relations in the condition of cultural manifestation, whose recognition by the positivist national order is possible, with limited scope to the own community and whose application guarantees access to justice by variable paradigms, since several are the cultural nuances of traditional communities, such as the indigenous. The research brings a qualitative approach to the topic, with a hypothetical deductive method, promoted in the bibliographic review.

Keywords: Culture. Customary law. Indigenous communities. Positive law.

Referências

ADEODATO, João M. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. Direito Alternativo e Contingência Histórica (esboço para uma crítica). *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, n. 25. Curitiba: ed. UniBrasil, 2006.

BAKOS, Margaret. *Júlio de Castilhos: positivismo, abolição e república*. Porto Alegre: ed. PUCRS, 2006. Coleção Humanidades.

BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BOSI, Alfredo. *O Positivismo no Brasil: Uma Ideologia de Longa Duração. Do Positivismo à Desconstrução: As Ideias Francesas na América*. Organização Leyla Perrone Moisés. São Paulo: EDUSP, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. *Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). DOU 24.2.1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 set. 2017

BRASIL. *Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil* (de 16 de julho de 1934). DOU de 16.7.1934 - Suplemento e republicado em 19.12.1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. *Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil* (de 10 de novembro de 1937). DOU 10.11.1937, republicada em 11.11.1937, republicado 18.11.1937 e republicado 19.11.1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

CAETANO, Gerardo. Desenvolvimento e Política. *Revista Observatório Itaú Cultural*, n. 2. São Paulo: Itaú Cultural, 2007. Disponível em: <http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000566.pdf>. Acesso: 28 Ago 2017.

CASTRO, Celso. *Os Militares e a República*: um estudo sobre cultura e ação política. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Direito, moral e ética fiscal* – filosofia e Constituição – estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão – Organizador Dimas Macedo, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva. Discurso sobre o espírito positivo. Discurso preliminar sobre o conjunto do Positivismo. Catecismo positivista*. Seleção de textos de José Arthur Giannotti. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo : Abril Cultural, 1978. Coleção Os Pensadores.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. *Teoria(s) do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo*. Ed. D'Placido. Belo Horizonte, 2014.

FREYRE, Gilberto. *Ordem e Progresso*. São Paulo: ed. Global, 2013.

GARBER, Daniel; LONGUENESSE, Bèatrice. *Kant and the Early Moderns*. Princeton: ed. Princeton University Press, 2008.

GEERTZ, Clifford. *El impacto del concepto de cultura em el concepto del hombre. La Interpretación de las Culturas*. Barcelona: Gedisa, 1989. p. 43-59. Disponível em: <<http://www.inicia.es/de/cgarciam/geertz01.htm>>. Acesso: 06 Set 2017.

GOMES, Laurentino. *1889 - Como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil*. São Paulo: Globo, 2013.

HERRERO, Francisco J. *Religião e história em Kant*. Tradução de José A. Ceschia. São Paulo: Loyola, 1991.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1, Tomo II. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1978.

IBGE. *O Brasil indígena*. [2011] Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf>. Acesso: 25 Ago 2017.

KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de J. Rodrigues de Menez. Ed. Acrópolis, 2008.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o "positivismo" redescobertos. *Revista de Sociologia Política*, vol.17 n.34, pp. 319-343. Curitiba: ed. UFPR, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000300021&script=sci_arttext>. Acesso: 13 Set 2017.

MACHADO, Almiros Martins. Direito Indígena conquista dos povos indígenas. *Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas – Desafios para uma educação superior no Brasil*. Realização: UFPA. Belém, 2007. Disponível em <http://www3.ufpa.br/juridico/documentos/DIREITO_INDIGENA_CONQUISTA_DOS_POVOS_INDIGENAS_-_Almiros_Martins_Machado.pdf>. Acesso: 06 Set 2017.

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

PARAGUAY. *Constitución de la República de Paraguay de 1992*. Disponível em <<http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>>. Acesso em 05 Set 2017.

PERU. *Constitución Política del Perú*. Disponível em <<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em 05 Set 2017.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. *A Crise do Paradigma Monista no Contexto do Acesso à Justiça*. Direito em Diálogo de Fontes. Editora D'Plácido, Belo Horizonte. 2014.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. 10 Ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos para uma cultura jurídica pós-moderna*. Roma. 2005. Tese de Doutorado - Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed economia "Tullio Ascarelli". Disponível em: <http://host.uniroma3.it/dottorati/scuoladottoraleascarelli/doc/ELEMENTOS_PARA_UMA_CULTURA_JURIDICA_POS.doc>. Acesso 28 de Jul 2017.

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

TUPINAMBÁ, Potyra Tê. *O colonizador expropriou o índio de seu patrimônio*. Índios na Visão dos Índios: Somos Patrimônio. Organização Gerlic, Sebastian. Ed. Thydêwa. Salvador. 2011.

VALENTE JÚNIOR, Valdemar. *Cultura Luso-Brasileira*. Curitiba: IESDE, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. Cultura jurídica moderna, humanismo renascentista e reforma protestante. *Revista Sequência*, n. 50, p 9-27. São Paulo, 2005.