

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado Acadêmico em Direito**

LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS PUNIÇÕES INDÍGENAS KAINGANG

FILIFE ANDRIOS BRASIL SIVIERO

Passo Fundo, maio de 2023.

CIP – Catalogação na Publicação

S6241 Siviero, Filipe Andrios Brasil
Limites constitucionais às punições indígenas Kaingang /
Filipe Andrios Brasil Siviero. – 2023.
158 p. : 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de
Passo Fundo, 2023.

1. Indígenas - Direitos Fundamentais. 2. Índios Kaingang.
3. Pluralismo. 4. Multiculturalismo jurídico. 5. Etnologia
jurídica. I. Araújo, Luiz Ernani Bonesso, orientador.
II. Título.

CDU: 342.7(=1-82)

Catálogo: Bibliotecária Juliana Langaro Silveira - CRB 10/2427

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

“LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS PUNIÇÕES INDÍGENAS KAINGANG”

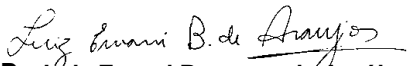
Elaborada por

FILIPE ANDRIOS BRASIL SIVIERO

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito - Área de
Concentração – Novos Paradigmas do Direito”

APROVADO COM DISTINÇÃO E LOUVOR

Pela Comissão Examinadora em: 31/05/2023



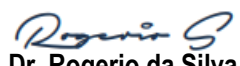
Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo
Presidente da Comissão Examinadora
Orientador



Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Coordenador PPGDireito



Dr. Paulo Roberto Ramos Alves
Membro interno



Dr. Rogerio da Silva
Diretor Faculdade de Direito



Dra. Valéria Ribas
Membro externo



RESUMO

A presente pesquisa surge da necessidade de se encontrar uma solução para os problemas diuturnos que ocorrem com as comunidades indígenas Kaingang no norte do Rio Grande do Sul. É assegurado constitucionalmente aos indígenas seus direitos culturais: *organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*. Contudo, diuturnamente, direitos e garantias individuais indígenas são violados, dentro das terras indígenas, por parte das lideranças, sem qualquer guarida Estatal. Muito pelo contrário, com consciente omissão ou até com estímulos, dos órgãos que deveriam ser os encarregados em defender os direitos e garantias individuais dos indígenas dentro de suas terras. Neste ponto, a importância do estudo da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas indígenas, a fim de compatibilizar a manutenção dos modos de vida específicos que respeitem os direitos fundamentais dos indígenas. A partir de uma reflexão histórica e antropológica sobre a cosmovisão jurídica Kaingang, constatam-se violações a direitos fundamentais daqueles que estão dentro da comunidade, sem a possibilidade de defesa em face do poder da liderança. A cosmovisão kaingang, de acordo com a antropologia, sempre foi permissiva à adequação aos fatores exógenos da comunidade, desde a relação dos kaingang com os jesuítas, passando pela relação dos caciques com os governos provinciais do Império para a proteção dos territórios, e por fim, na República pela assimilação dos métodos de punição e organização social, nos moldes militares. A simbiose com os fatores exógenos exsurge, em um alto grau, no norte do Rio Grande do Sul, quando do expansionismo do arrendamentos de terras indígenas para a plantação de soja. O faccionalismo kaingang eclode diversos conflitos pelo cacicado, que implica o poder de gestionar a terra, acumular dinheiro e aplicação de penas dentro das cadeias indígenas. Verificado o choque de culturas, é necessário encontrar a compatibilidade entre a juridicidade kaingang e o respeito aos direitos fundamentais desses indígenas menos favorecidos, primeiro pelo diálogo cultural e caso não seja possível pela prevalência dos direitos fundamentais individuais. Isso porque os direitos culturais possuem limites constitucionais entricheirados pelos direitos fundamentais individuais, por questões formais e materiais. Formalmente, quando se respeita o texto constitucional e as regras fundamentais e materialmente, por estarem mais próximos do conteúdo do núcleo da dignidade da pessoa humana. Portanto, a autodeterminação dos povos consagrada pelo multiculturalismo deve coabitar com os direitos fundamentais, fixando-se parâmetros objetivos para os casos de abuso do direito cultural e da autonomia do direito costumeiro kaingang e assim serem perseguidas e responsabilizadas pelas instituições do Estado, pois do contrário, viola-se o dever de proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Costumes indígenas. Pluralismo Jurídico. Antropologia Jurídica. Multiculturalismo.

ABSTRACT

This research arises from the need to find a solution to the daily problems that occur with the Kaingang indigenous communities in northern Rio Grande do Sul. Indigenous cultural rights are constitutionally guaranteed: social organization, customs, languages, beliefs, and traditions. However, on a daily basis, individual indigenous rights and guarantees are violated within indigenous lands by leaders without any state protection. On the contrary, with conscious omission or even encouragement, from agencies that should be responsible for defending individual indigenous rights and guarantees within their lands. At this point, the importance of studying the applicability of fundamental rights in indigenous private relationships arises in order to reconcile the maintenance of specific ways of life that respect indigenous fundamental rights. From a historical and anthropological reflection on Kaingang legal cosmology, violations of fundamental rights of those within the community are found, without the possibility of defense in the face of the power of leadership. Kaingang cosmology, according to anthropology, has always been permissive of adaptation to exogenous factors within the community, from the relationship of Kaingang with Jesuits, through the relationship of chiefs with provincial governments of the Empire for the protection of territories, and finally, in the Republic, by assimilation of punishment methods and social organization, in military molds. The symbiosis with exogenous factors arises to a high degree in northern Rio Grande do Sul when indigenous lands are leased for soybean plantations. Kaingang factionalism erupts into various conflicts over chieftaincy, which implies the power to manage land, accumulate money, and apply penalties within indigenous jails. Given the clash of cultures, it is necessary to find compatibility between Kaingang legality and respect for the fundamental rights of these disadvantaged indigenous people, first through cultural dialogue and, if not possible, by the prevalence of individual fundamental rights. This is because cultural rights have constitutional limits entrenched by individual fundamental rights, for formal and material reasons. Formally, when respecting the constitutional text and fundamental rules, and materially, because they are closer to the content of the core of human dignity. Therefore, the self-determination of peoples enshrined by multiculturalism must coexist with fundamental rights, establishing objective parameters for cases of abuse of cultural rights and autonomy of Kaingang customary law and thus be pursued and held accountable by state institutions, otherwise violating the duty to protect fundamental rights.

Keywords: Fundamental Rights. Indigenous Customs. Legal Pluralism. Legal Anthropology. Multiculturalism.

Índice

RESUMO.....	2
ABSTRACT.....	3
INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1: POLÍTICA INDIGENISTA E PLURALISMO JURÍDICO – ANÁLISE TEÓRICA.....	12
1.1. Perspectiva histórica de tratamento pelo Estado brasileiro aos indígenas.....	12
1.1.1. Brasil Colônia.....	13
1.1.2. Brasil Império.....	15
1.1.3. A legislação indígena no Brasil República.....	16
1.2. Antropologia jurídica e direitos indígenas.....	21
1.2.1. Conceito e correntes filosóficas.....	21
1.2.2. O Estado-Nação como fonte formal do Direito e o pluralismo político.....	26
1.3. Multiculturalismo e povos indígenas.....	33
1.3.1. O multiculturalismo como fonte ideológica para o Estado Pluriétnico.....	33
1.3.2. O reconhecimento dos povos indígenas como expressão da multiculturalidade.....	37
1.3.3. Laudos antropológicos.....	45
Capítulo 2 - A JURIDICIDADE KAINGANG COMO DIREITO CULTURAL.....	48
2.1. Os Kaingang na História: histórico de contato e disputas sobre os territórios até o século XIX.....	48
2.2. Sistema jurídico kaingang.....	54
a) Mito Kaingang.....	57
b) Da concepção de pessoa Kaingang.....	59
c) Língua.....	61
d) Família, propriedade e casamentos.....	61
e) Papel das mulheres na comunidade Kaingang.....	67
f) Contratos.....	68
g) Chefias políticas.....	69
h) Das Punições Kaingang.....	77

2.3. A fundamentalidade dos direitos culturais e sua relação com o regime jurídico das Terras Indígenas no Brasil.....	84
Capítulo 3 – PUNIÇÕES KAINGANG E ABUSO DE PODER CULTURAL.....	94

3.1. Causas dos principais conflitos indígenas kaingang na região norte do Rio Grande do Sul: Arrendamentos. Regularização ou sanção?.....	94
3.2. Limites constitucionais aos direitos culturais: quando o direito tradicional é chamado para resolver conflitos indígenas.....	115
a) Do Habeas Corpus Coletivo n. 5004876-20.2022.4.04.7104 em prol dos indígenas das cadeias de Votouro, Guarita e Cacique Doble.....	119
b) Da vedação à pena de expulsão da TI: processo n. 5000368-36.2015.4.04.7117/RS.....	122
c) Métodos de interpretação dos direitos fundamentais nos casos de punições indígenas: ponderação, proporcionalidade e compatibilidade.....	126
d) Faccionalismo e laudos antropológicos.....	134
3.3. Omissões constitucionais e deveres de proteção em conflitos indígenas: vedação ao deficit de proteção.....	139
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	149
REFERÊNCIAS.....	153

INTRODUÇÃO

O propósito deste trabalho é desenvolver uma reflexão sobre o sistema de punição e “juridicidade” Kaingang, entendida como percepção, prática e senso de justiça culturalmente construído, a partir de sua estrutura simbólica e organizacional, em confronto com os direitos fundamentais individuais previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

A metodologia a ser utilizada será a de conceituação básica dos limites dos direitos coletivos indígenas em conflito com os direitos fundamentais individuais por meio do método indutivo, dentro da linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Passo Fundo, verificar, como as relações de poder dentro das comunidades indígenas kaingang e os direitos fundamentais constitucionais? Como se dá a relação costume indígena e ordenamento jurídico brasileiro? Como filosoficamente verificar se o reconhecimento do multiculturalismo coaduna-se com o liberalismo?

O objetivo desta pesquisa é, como mais um ponto no romance da História, enovelada por atos e atos, com a tentativa de contribuir para a diminuição das desigualdades jurídicas e sociais enfrentadas, não pelo cacicado, mas sim, pelo resto da população indígena, que fica a mercê da força das lideranças sofrendo, diuturnamente, punições com caráter cruel ou degradante, com omissão do Estado Brasileiro, que delega ao cacicado a aplicação de penas com natureza de sanção penal.

Essa pesquisa teve como mola propulsora a atuação deste autor no 3º Ofício da Procuradoria da República em Erechim, com especialização na matéria de Direitos Indígenas e Povos Tradicionais, vinculada à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Sabe-se que é um assunto polêmico, mas que é preciso dar voz àqueles que não têm e sofrem com a falta de atuação do Estado, principalmente, na questão de segurança pública, dentro dessas Terras Indígenas.

Segundo resultados do último Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no país, em 2010, a população autodeclarada indígena, era de 896.917 indígenas, dos quais 572.083 viviam na zona rural e 324.834 habitavam as zonas urbanas brasileiras. Os dados estatísticos revelaram que em todos os Estados da Federação, inclusive no

Distrito Federal, há populações indígenas¹. A Funai apoia a realização do Censo Demográfico 2022 após acordo firmado com o IBGE em 2018².

Computam-se mais de duzentas sociedades indígenas, que falam cerca de 180 línguas diferentes (FUNAI, 2008), ou seja, há uma diversidade cultural enorme entre os próprios povos indígenas. Cada etnia possui a sua própria estrutura linguística, seu modo de vida e sistema jurídico para organizar sua sociedade. Há também diversidade em relação ao contato desses povos com a sociedade envolvente, desde aqueles que nunca tiveram nenhuma forma de contato até os que mantêm intensas relações.

Com relação ao povo Kaingang objeto desta pesquisa, é dito que no século XIX, com o avanço da cultura do café – localizada inicialmente nas matas próximas ao Rio de Janeiro, alcançando o vale do Paraíba e, depois, São Paulo –, intensificaram-se os contatos com os índios *Kaingang*, conhecidos como “Coroados”, que ocupavam as matas que se estendiam do vale do Tietê ao vale do Paranapanema, chegando até o Paraná.

Esses índios, “que viviam no recesso das matas, em São Paulo, Paraná e Santa Catarina, eram conhecidos como Guaianás, Coroados, Bugres ou Botocudos”, falantes da língua Kaingang, da família Jê, pertencente ao tronco Macro-Jê. (RAMOS, 2008, p.8)

São grupos “reconhecidamente belicosos”, que até então não haviam despertado o interesse dos bandeirantes como mão de obra escrava, por serem mais aguerridos e pouco numerosos em relação a outros grupos “mais dóceis” que existiam mais a oeste, e por tratar-se de gente de “língua travada” e que praticava uma agricultura muito primitiva, que não daria “escravos de qualidade”. (RIBEIRO, 1985, p.94)

Trata-se, assim, de um povo indígena em intenso contato com a sociedade envolvente do norte do Rio Grande do Sul. A colonização do Rio Grande do Sul (RS), especialmente na sua região Norte, nos séculos XIX e XX, foi cenário de contradições políticas que até hoje afetam as relações entre indígenas e agricultores familiares. Por conta da iniciativa do Estado, com a demarcação dos toldos (reservas) no norte gaúcho, em que as terras indígenas foram demarcadas (entre 1910-1918) e anos mais tarde (1940-1960) foram vendidas a agricultores.

O contato dos Kaingang com a sociedade envolvente teve início no final do século XVIII e efetivou-se em meados do século XIX, quando os primeiros chefes políticos tradicionais (*Põ'í* ou *Rekakê*) aceitaram aliar-se aos conquistadores brancos (*Fóg*), transformando-se em

¹Os dados serão atualizados com a realização do Censo 2022, o primeiro a ser elaborado desde 2010, apresentando um novo retrato dos indígenas no Brasil e contribuindo para a formulação de políticas públicas em prol dessas populações.

²<https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2022-02/ultimo-censo-do-ibge-registrou-quase-900-mil-indigenas-no-pais-dados-serao-atualizados-em-2022>

capitães. Esses capitães foram fundamentais na pacificação de dezenas de grupos arredios que foram vencidos entre 1840 e 1930.

Entre os desdobramentos dessa história, destacam-se o processo de expropriação e acirramento de conflitos, não apenas com os invasores de seus territórios, mas intragrupos kaingang, uma vez que o faccionalismo característico dos grupos jê foi potencializado pelo contato.

Os Kaingang vivem em mais de 30 Terras Indígenas que representam uma pequena parcela de seus territórios tradicionais. Por estarem distribuídas em quatro estados, a situação das comunidades apresenta as mais variadas condições. Em todos os casos, contudo, sua estrutura social e princípios cosmológicos continuam vigorando, sempre atualizados pelas diferentes conjunturas pelas quais vêm passando³.

De acordo com Teschauer (1927), os Guayanás que viviam na costa atlântica entre Angra dos Reis e Cananéia seriam ascendentes dos Kaingang.

Os nomes *Guayaná*, *Goyaná*, *Goainaze*, *Wayanaze*, seriam denominações dadas aos Kaingang daquela região. O nome Guayaná continuou sendo utilizado até 1843 juntamente com outros como *Coroado*, *Coronado*, *Shokleng*, *Xokren*; *Guanana*, *Gualachos*, *Gualachí*, *Chiqui*, *Cabelludo*; *Tain*, *Taven*, *Tayen*, *Ingain*, *Ivoticaray*; *Nyacfateitei*; *Votoron*, *Kamé*, *Kayurukré*, *Dorin*; *Tupi* (Kaingang que viviam em Misiones - norte da Argentina - e no extremo oeste do Rio Grande do Sul, às margens do rio Uruguai). Inicialmente, os Kaingang e os Xokleng foram classificados como uma só etnia com dialetos diferentes, sendo os Xokleng denominados Aweikoma-Kaingang por Métraux (1946) no *Handbook of South American Indians*. Em algumas das TIs Kaingang, os espaços são compartilhados com outras etnias⁴.

Na literatura, o termo “Kaingang” somente passou a ser usado a partir da segunda metade do século XIX nos trabalhos de Keller (1867), de Taunay (1888), e de Borba (1908). (RAMOS, 2008, p.8)

Atualmente são considerados duas etnias com um passado remoto comum (Urban, 1998) que, com a separação histórica, desenvolveram processos socioculturais específicos que os tornaram relativamente diferenciados. Diferentemente de outras populações indígenas que, em poucos anos de contato, foram praticamente exterminadas ou que perderam a maioria dos seus

3 <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kaingang>

4 Na TI Guarita, no Rio Grande do Sul, os Kaingang convivem com os Guarani. Há uma extensa rede sociológica, simbólica e territorial que vincula as TIs Kaingang entre si e as TIs de outras etnias situadas no Sul do país, especialmente as dos Xokleng e Guarani. Essa rede é constituída, sobretudo, pelas vias do parentesco, do ritual, da política, da economia, do sistema penal, dentre outras, de modo que se observa um constante movimento dos Kaingang entre as suas 38 TIs e pelas regiões e cidades próximas. (RAMOS, 2008, p. 10)

sistemas culturais, entre os Kaingang observados não houve a perda da língua nem do sistema simbólico abrangente.

Necessário, assim compreender, em meio as constantes mudanças desencadeadas pelo processo cultural próprio da etnia, como se inter-relaciona um sistema jurídico desse grupo indígena com o sistema jurídico oficial brasileiro, a fim de se verificar o sistema legal de punição indígena Kaingang.

Isso porque, e justamente a capacidade adaptativa dos Kaingang, que tem permitido aqueles situados no Norte do Rio Grande do Sul a manutenção de um sistema jurídico próprio, face a sociedade envolvente. Assim, nem todas as práticas originalmente externas e impostas foram mantidas, mas apenas aquelas que adquiriram sentido face ao seu sistema sócio-organizativo, estrutural e simbólico mais abrangente. (RAMOS, 2008, p.12)

É um fato que existe interação entre o sistema jurídico Kaingang e o nacional. É possível constatar que tanto um sistema quanto o outro vivem as suas transformações históricas motivadas pelas exigências dos seus sujeitos sociais.

É desse choque de culturas, de normas, que as ideias adquirem substância e significado através da comunicação. Contudo, as ideias, nada mais são que expressão de um código cultural e linguístico comum.

Assim, tanto a cooperação quanto o conflito invocam e envolvem jogos de poder e que estes são aspectos constitutivos das ordens sociais. Tais práticas jurídico sociais de várias etnias coexistentes em um mesmo país compõem o terreno multicultural.

Em quase três anos atuando no ofício indígena da região de Erechim-RS, pode-se constatar inúmeras disputas internas dentro das Terras Indígenas Kaingangs⁵ na região Norte do Rio Grande do Sul, tendo sido demandadas as forças de segurança (tanto a Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul e a Força de Segurança Nacional), por diversas vezes.

Trata-se da região com maior número de conflitos indígenas⁶ e fundiários no país, mas que possuem uma causa em comum: o arrendamento de terras para a plantação de soja e a sua relação com o cacicado e de um problema que afeta não só quem está no interior da Terra Indígena, mas também aos que circundam-na. São inúmeros os bloqueios de rodovias quando de disputas

5 TI Nonoai, TI Iraí, TI Ventarra, TI Votouro, TI Ligeiro, TI Guarita, TI Inhacorá, TI Cacique Doble, TI Carreteiro, TI Rio da Várzea, TI Rio dos Índios, TI Serrinha, TI Monte Caseros.

6 <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/08/area-indigena-no-norte-do-rs-registra-mais-de-70-conflitos-em-dois-meses-cke2wqnx002w01470xaez8rl.html>

internas, bem como há um aumento no número de inquéritos por crimes dolosos contra a vida na Justiça Federal de Passo Fundo-RS.

Ao que se constatou o ciclo da violência está sendo mais visível para aqueles que não convivem nas Terras Indígenas, influenciando e demandando do Estado mais atenção para a atuação e repressão de crimes que são considerados pela população indígena, como ‘crimes de sangue’, crimes graves que demandam atuação das forças do Estado.

E o ciclo de violência começa com o desmatamento e o arrendamento das terras indígenas pelo cacicado, que com o dinheiro do arrendamento pode equipar sua segurança interna, por meio de armamentos pesados (que nunca são encontrados nas buscas e apreensões em operações) e que geram a formação de “polícias indígenas” dentro das Terras Indígenas, tudo, com apoio de arrendatários e sob a falta de fiscalização da União (por meio de seus órgãos) e da FUNAI.

Assim, a disputa pelo cacicado e a liderança para promover o manejo das terras do arrendamento que gera dinheiro e possibilidade de compra de armas é o que move os conflitos internos indígenas. E aqueles que não concordam com certas decisões, acabam sendo punidos: com a expulsão ou até mesmo com a vida, nas cadeias indígenas.

Não apenas o sistema Kaingang está em permanente mudança para incorporar novas realidades postas e impostas pelos processos de conquista e abarcamento pela sociedade nacional abrangente, como também o Direito Nacional vem passando por significativas transformações, sobretudo a partir do reconhecimento do Brasil como uma nação multiétnica.

De acordo com o art. 231 da Constituição Federal, “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”.

Contudo, nenhum direito é absoluto.

E a autodeterminação dos povos indígenas encontra limites no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não é possível a criação de vácuos de aplicação de direitos fundamentais, criando-se categorias de indivíduos dentro de nossa sociedade.

Este trabalho tem o intuito de discutir sobre a possibilidade de se compatibilizar os direitos decorrentes da cultura indígena com os direitos fundamentais individuais estabelecidos na Constituição Federal. É necessário estudar esse sistema de vasos comunicantes entre a juridicidade Kaingang, como historicamente vem sendo postos em prática, quanto pela sua relação com o sistema jurídico nacional.

Para tanto, o trabalho está dividido em três etapas.

O primeiro Capítulo abordará a política indigenista no Brasil e a influência da antropologia jurídica nas relações tradicionais entre o Estado e os povos indígenas, sendo esta a disciplina que trará um arcabouço científico acerca da compreensão dos princípios estruturais que orientam os direitos civis, políticos, econômicos e penais no escopo mais geral do sistema jurídico Kaingang.

No Segundo Capítulo, busca-se estudar os marcos internos do sistema jurídico Kaingang, a partir de sua cosmologia, bem como apresentar os traços da coletividade, assim entendidos como direitos culturais a serem exercitados, sob a ótica do direito nacional, como direitos fundamentais.

Já o Terceiro Capítulo trará como base empírica os casos encontrados no Direito e articulá-los com o sistema jurídico nacional, sobretudo, quando os meios de punição acabam por violar os direitos fundamentais dos indígenas menos protegidos nas terras. Assim, a partir de teorias filosóficas modernas, busca-se congregar os direitos coletivos em face dos direitos individuais fundamentais previstos na sociedade como um todo, sem criar ilhas ou vácuos de poder.

Deste modo, busca-se analisar como os preceitos de igualdade e respeito, devem ser assegurados pelo Estado, em um quadro mínimo de segurança jurídica dentro das terras indígenas Kaingang no norte do Rio Grande do Sul. Isso tudo, a partir da pesquisa da origem dos principais conflitos indígenas catalogadas tanto na imprensa quanto nos processos judiciais federais.

O objetivo deste estudo é justamente garantir a pluralidade de vozes além daquelas que defendem a supremacia cultural, trazendo a um enfoque individual e de respeito aos direitos fundamentais consagrados na carta política fundamental.

CAPÍTULO 1: POLÍTICA INDIGENISTA E PLURALISMO JURÍDICO – ANÁLISE TEÓRICA

1.1. Perspectiva histórica de tratamento pelo Estado brasileiro aos indígenas

A política indigenista é orientada pelo indigenismo, que se configura como o conjunto de princípios estabelecidos a partir do contato da sociedade envolvente com os povos indígenas. Moreira Neto (1971) define o indigenismo como um conjunto de valores, normas e modo de ações

adotado pelo Estado em relação aos povos indígenas para disciplinar as relações e o comportamento desses grupos, conforme os interesses e valores da sociedade nacional dominante.

Para tanto, é necessário apresentar um pouco do desencadear da política indigenista, mas também as normas que o Estado moderno elaborou para regular a relação dos povos indígenas. Embora haja diversas formas de se exercer o poder, é necessário, através da leitura de poder a partir de Foucault (1993, p.281), delimitar a função do Estado na relação com os indígenas, pois segundo o autor francês: “o papel essencial do governo foi mesclar em sua arte de governar a economia familiar e o exercício político, vigiando os habitantes, as riquezas e os comportamentos individuais e coletivos como um pai de família”.

O que pode-se extrair é que as ideias – que são expressões e reproduções culturais – condensam-se em ideologias. Cultura é manifestação de poder que vem conscientemente construído e direcionado no sentido de ordenar, transmitir e alterar as mensagens numa dada sociedade.

Assim, o que se verifica é que o poder não é força estanque e unidirecional, mas um jogo com regras que variam conforme os jogadores e as cartas de que cada um dispõe no momento. Do mesmo modo, a cultura não é vista como um todo integrado e imutável, mas como elemento processual, dinâmico e resultante da ação dos sujeitos sociais que tanto podem afirmar a manutenção do próprio sistema cultural, quanto reivindicar a sua transformação.

Foucault analisa os elementos que constituem o objeto de exercício de poder, ou melhor, quais são os encargos do governo. Assim, é na economia, entendida como o conjunto de comportamentos dos seres humanos em sociedade, que a intervenção do governo ocorre através de uma série de processos complexos absolutamente capitais para nossa história (FOUCAULT, 1993, p. 282).

E nessa relação de poder, compete ao “governo é uma correta disposição das coisas de que se assume o encargo para conduzi-las a um fim conveniente” (FOUCAULT, 1993, p. 283). É necessário demonstrar que existe um fato em concreto: o poder do Estado-Nação que se espalhou pela população indígena, independentemente de seus consentimentos.

Desta forma, passa-se a descrever alguns fatos históricos da relação do Estado brasileiro para com a população indígena, em geral.

1.1.1. Brasil Colônia

O princípio que rege o período colonial é o da Integração com o da submissão a ordem jurídica das Ordenações do Reino. O Brasil colônia era regido basicamente pelas mesmas leis existentes em Portugal, pois não existiu um direito colonial independente do direito da metrópole.

No Brasil colônia (1500 a 1822) pode-se dizer que a política indigenista tanto se baseou pela defesa da liberdade dos índios pelos missionários, sobretudo os jesuítas, como pela reivindicação pelos colonizadores da escravização dos indígenas. Tudo dependia da relação estabelecida entre os índios e os colonizadores: se aliados/amigos ou inimigos. Aos índios inimigos dos colonizadores não haveria outro destino senão o de serem escravizados. A legalidade de tal ato se fundamentava em documentos da época que permitiam a escravização dos indígenas em duas circunstâncias – em caso de guerra justa e por motivo de resgate. A Coroa exigia que se provasse a hostilidade e a inimizade dos povos com os quais se pretendia guerrear, sendo que, buscando coibir os abusos, a Coroa chegou, por vezes, a proibir totalmente as guerras e a escravização de indígenas, como determinava a Lei de 14/04/1680. (CURI, 2011, p.58)

A escravidão também era considerada lícita em caso de resgate, ou seja, quando os colonizadores compravam ou resgatavam pessoas que estavam em cativeiros dos indígenas. Apesar dos “resgatados” ficarem a mercê daqueles que os resgatavam, que deveriam promover a civilização dos cativos, havia a previsão de um prazo de dez anos para o cativo decorrente de resgate. (PERRONE-MOISÉS, 1992, p. 128).

Para os índios aldeados (amigos/índios da paz), os colonizadores detinham um sistema de pagamento de serviços aos indígenas. Em 1574 foi editada uma norma que previa, como hipótese de aquisição permitida de escravos, a autovenda voluntária de um índio maior de 21 anos a um fazendeiro. Assim, os colonos assumiam o papel de administradores particulares dos índios, considerados incapazes. (KAYSER, 2010, p.106-107).

Veja-se que:

“a política aos indígenas aldeados e aliados deveria seguir o seguinte itinerário: eles seriam “descidos”, ou seja, trazidos de suas aldeias no interior para junto das povoações portuguesas; com o contato intenso, passariam a ser catequizados e civilizados, de modo a se tornarem “vassalos úteis”; passariam, então, a trabalhar nas plantações dos colonizadores, a servir como elemento fundamental para a formação de novos descimentos e a compor as tropas de guerra contra os inimigos indígenas e europeus. Os descimentos, concebidos como o deslocamento de povos indígenas inteiros para aldeias criadas próximas às povoações coloniais, deveriam resultar do poder de convencimento da tropa designada para tal missão. Sem o uso de violência, buscava-se persuadir os indígenas com a ideia de que a saída do isolamento seria necessária para garantir o seu próprio bem-estar e a sua proteção”. (CURI, 2011, p. 57)

Independente da localização, as terras das aldeias sempre foram garantidas aos indígenas. Esse reconhecimento aparece pela primeira vez no Alvará de 26/07/1596 e será retomado nas Leis de 1609 e 1611. A administração das aldeias ficava a cargo ou dos missionários ou do capitão da aldeia. Uma das principais funções dos índios aldeados era compor as tropas portuguesas para lutar nas guerras contra os índios inimigos e os estrangeiros.

Os abusos levaram a Coroa a nomear um procurador para representar os indígenas na defesa dos seus direitos. Seria uma pessoa encarregada de requerer a justiça em nome dos indígenas, já que estes não eram considerados capazes de requerer por si só. O procurador dos índios é mencionado no Alvará de 26/07/1596, na Lei de 09/04/1655 e no Regimento das Missões de 1686. (CURI, 2011, p.60)

Outra forma de tutela veio com o Alvará de 7 de junho de 1757 cria o Diretório dos Índios⁷, determinando que estes, enquanto não tivessem capacidade para se autogovernarem, seriam dirigidos por um Diretor, que deveria nomear o Governador e o Capitão Geral do Estado. Assim, como ressalta Moreira Neto (1988), a tutela dos índios passou das mãos dos padres para a dos diretores e depois para qualquer um, o que configurou uma crise na definição da administração tutelar, que só deverá ganhar novos contornos com a promulgação do Decreto nº 426, de 24 de julho de 1845 (Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios). (CURI, 2011, p. 65)

1.1.2. Brasil Império

A Carta Régia de 2/12/1808, D. João VI havia declarado que as terras conquistadas dos índios em guerras justas eram devolutas, o que implicava no reconhecimento do direito originário dos indígenas sobre essas terras. Em 1819, a Coroa declara que as terras das aldeias são inalienáveis, não podendo, portanto, serem consideradas devolutas (CURI, 2011, p. 70)

Já a Constituição de 1824 herdou um silêncio acerca dos direitos indígenas. A lei de 1831 exonerou a servidão dos indígenas (antes da escravatura negra). O Decreto 426 entregava à Igreja Católica o dever de atendimento aos indígenas. Já a lei 601 de 1850 iniciou o processo de preocupação legal estabelecendo o conceito de reservas indígenas (SOUZA FILHO, 2011, p.61).

⁷Os diretórios pombalinos dão origem à tutela indígena, instituto presente ainda hoje na legislação e na política indigenista.

Nos debates que antecederam a promulgação da primeira Constituição Federal brasileira de 1822 o projeto apresentado por José Bonifácio foi elogiado e reapresentado à Assembleia Constituinte do Brasil independente com pequenas modificações. Os seus apontamentos sobre a civilização dos indígenas receberam parecer favorável da Assembleia Constituinte, no entanto não foram incorporados ao projeto da Constituição, que se limitou a declarar a competência das províncias para promover a civilização dos indígenas. (CURI, 2011, p.69)

Os aldeamentos indígenas, que ainda existiam no período imperial, eram considerados pelo documento indigenista geral do Império (Regulamento das Missões de 1845), como uma transição para a assimilação completa dos índios, sendo os missionários atores fundamentais para a conquista do território, pois sabiam como controlar os indígenas por meio da catequese. (CURI, 2011, p.70)

1.1.3. A legislação indígena no Brasil República

A primeira Constituição da República, em 1891, nada mencionou acerca dos direitos coletivos indígenas, mas bebeu na fonte dos positivistas para fundamentar a teoria de assimilação evolucionista das sociedades indígenas, que segundo eles viviam em estágio primitivo, e poderiam evoluir se, pacificamente, fossem protegidas e educadas. (CURI, 2011, p. 70)

Em 1910, o Governo Federal, por meio do Decreto-Lei nº 8.072, de 20 de junho de 1910, criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais – SPI/LTN, que mais tarde, em 1918, tornou-se apenas Serviço de Proteção ao Índio – SPI⁸. Com objetivo de promover proteção aos indígenas e, ao mesmo tempo, assegurar a implementação de uma estratégia de ocupação territorial, o SPI ficou em exercício até o ano de 1967, quando foi substituído pela Fundação Nacional do Índio –FUNAI.

A criação, portanto, de um órgão federal para estruturar a política indigenista se tornava necessária para modificar a imagem do país em relação ao tratamento dado aos povos indígenas. Assim, já no contexto republicano, a política indigenista teve alguns de seus princípios reformulados. Buscava-se, por meio do SPI, o contato pacífico, a preservação física e cultural dos povos indígenas e, ao mesmo tempo, a integração desses índios na comunhão nacional. Ainda impregnados pelo evolucionismo e pela noção de progresso estabelecida pelos princípios

⁸Para comandar o SPI, foi chamado o Coronel Cândido Mariano do Silva Rondon que inicia a sua grande jornada com os povos indígenas, a partir de sua participação na Comissão de Construção das Linhas Telegráficas de Cuiabá a Registro do Araguaia, em 1889. A Expedição Roncador-Xingu, instituída pela Portaria Federal nº 77, de 3 de junho de 1943, também teve o objetivo de explorar a região Central do Brasil para estabelecer “núcleos civilizatórios” e assim concretizar a ocupação territorial do país, e, assim como as expedições para a instalação de linhas telegráficas, propiciaram os contatos com os povos indígenas e a documentação.

positivistas da época, os indígenas ainda eram considerados povos atrasados, não havendo para estes, portanto, alternativa que não fosse a de se tornarem “civilizados”. (CURI, 2011, p. 75)

O Código Civil de 1916 equiparou os indígenas aos pródigos e aos de idade entre 16 e 21 anos ao incluir os índios na lista dos relativamente incapazes. Ao tratar dos índios o referido Código adotou a expressão “silvícolas” que pode fazer referência a outros que habitem as matas, que não humanos. Os índios deveriam receber tutela jurisdicional especial. A tutela exercida pelo Estado em relação aos povos indígenas passou a vigorar com o Decreto-Lei de 1928. Mesmo que os silvícolas já estivessem no rol dos indivíduos considerados relativamente incapazes a certos atos da vida civil, pelo Código Civil de 1916, o exercício da tutela, na época exercida pelo SPI, ocorreu de fato doze anos mais tarde (LIMA, 1998).

Enquanto estivessem a caminho dessa “incorporação”, os “silvícolas” deveriam ser educados pelo SPI. Incorporação e integração dos índios à sociedade nacional foi, portanto, o objetivo principal da política indigenista do período republicano até 1988. (KAYSER, 2010, p. 160-165)

Em 1916, no senso comum as Políticas Integracionistas eram a melhor opção que a sociedade poderia ofertar aos índios. Conforme esclarece VITORELLI (2014, p.31), a pretensão da norma era fazer com que os índios deixassem de existir enquanto tais, passando a integrar a sociedade não indígena, olvidando que eles, enquanto indígenas, já faziam parte dessa “comunhão nacional”.

Em 1928, foi aprovado o decreto n. 5.484, classificando os índios de acordo com a proximidade para com o Estado. Para os índios não integrados ou que estavam integrados há menos de cinco anos, as punições eram direcionadas para estabelecimentos correicionais criadas especificamente. Em 1973, com a revogação do decreto, os indígenas passariam a serem punidos de forma atenuada de acordo com a capacidade de entendimento dos delitos (SOUZA FILHO, 2011, p.72).

A primeira Constituição Federal brasileira que fez referência aos direitos indígenas foi a Constituição de 1934, na qual se assegurou aos índios a posse de seus territórios e foi atribuída à União a competência para legislar sobre questões indígenas. As Constituições seguintes, de 1937 e 1946, mantiveram os mesmos preceitos.

Houve certa evolução, uma vez que se deu fim a tutela orfanológica, que adveio com a Lei de 27 de outubro de 1831, a qual desconsiderou a Constituição vigente da época e atribuiu aos Juízes dos órfãos o poder perante os indígenas. A época era necessária a criação de uma lei que

regulamentasse a situação dos indígenas nascidos no Brasil, veio então o Decreto 5.484 de 1928. Todavia este pouco inovou, mantendo as linhas gerais do Código Civil. (SOUZA FILHO, 1998, p.99)

À luz do entendimento vigente do Código Civil de 1916 o Código Penal de 1940 elencou os indígenas novamente como incapazes. O art. 22 da legislação criminal da época dispunha que os agentes que no momento da configuração do crime eram inteiramente incapazes de entender a ilicitude do fato, em razão de serem doentes mentais ou terem desenvolvimento mental incompleto, ficavam isentos de pena. (SOUZA FILHO, 1998, p.100)

Desta forma, sem a revogação do Decreto 5.484 de 1928, ainda havia previsão de punibilidade aos índios que cometessem crimes. Se o agente já estivesse em convívio com a sociedade civilizada por mais de cinco anos, seria calculada a pena normalmente, e então, ao fim, esta seria reduzida pela metade. Se o infrator não estivesse convivendo com a sociedade civil por mais de cinco anos ele deveria ser recolhido pelo inspetor dos índios. É importante salientar que apenas em teoria os apenados não cumpririam a pena em prisões comuns, mas sim em prisões disciplinares para os índios, no primeiro caso, e em colônia correccionais na segunda hipótese.

Com base nos preceitos do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), favorecia-se o contato forçado das comunidades indígenas com a sociedade envolvente, fundando sua política na proposta integracionista. Este dispositivo legal ainda fazia referência aos indígenas como sendo silvícolas. O art. 4º do Estatuto do Índio traz três fases para a integração os indígenas, primeiramente eles são isolados, pertencentes a um grupo étnico e tem cultura diversa do restante da sociedade; então se tornam em vias de integração, quando ainda conservam as características nativas, mas já estão em contato com a sociedade nacional; e por fim são considerados integrados quando estão de acordo com a comunhão nacional, ainda que mantenham resquícios de sua identidade indígena. (SOUZA FILHO, 1998, p. 107)

Em relação aos direitos indígenas previstos na Constituição Federal de 1967, pode-se dizer que houve um avanço na proteção das terras indígenas, que garantiu aos índios além da posse de suas terras, o usufruto exclusivo dos recursos naturais. A propriedade é da União sobre as terras indígenas, impedindo que os Estados e Municípios promovam a alienação das terras indígenas ou tentem dispô-las para outra finalidade. Em 1969, o governo do General Costa e Silva outorgou a Emenda Constitucional nº 1, declarou-se a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos indígenas. Determinou-se ainda que uma vez declaradas as referidas nulidade e extinção estas não

dariam direito a qualquer ação ou indenização contra a União ou o órgão indigenista federal (VILLARES, 2009).

Com a proposta de manter a ordem interna na aldeia, a Guarda Rural Indígena – GRIN atuava quando a autoridade do funcionário do SPI não estava sendo devidamente respeitada. Havia a nomeação de um capitão indígena, que tinha como função mediar a relação dos índios com os funcionários do SPI. Dentre suas atribuições, estava a de proibir o uso de bebida alcoólica e de arma de fogo na aldeia, de fiscalizar os limites de suas terras e de prender aqueles que estivessem desrespeitando as ordens estabelecidas. (CURI, 2011, p. 78)

Vale ressaltar que o modelo de policiamento indígena instituído pelo SPI ainda hoje ressoa em algumas comunidades indígenas. Ao que parece, os inúmeros conflitos internos provocados fizeram que as próprias comunidades, como as do povo Kaingang, resgassem referido modelo, instituindo internamente uma polícia composta por índios, com objetivo de manter a ordem⁹.

A hierarquia política está organizada ao estilo militar, decorrente da instalação da Guarda Rural Indígena (GRIN). (TOMMASINO, 1995, p. 104).

Ali, do mesmo modo que nas demais terras Kaingang, o poder está centrado no cacique, a autoridade maior dentro da terra indígena que, entretanto, não atua sozinho, mas com a colaboração de seus auxiliares, chamados genericamente de liderança que, juntos, formam o grupo de poder. Por exemplo, em Votouro, a composição e hierarquia desse grupo apresentam-se da seguinte maneira: Cacique, Vice-cacique, Coronel, Major, Capitão, Tenente, Sargento, Cabo e, por fim, o Policiamento, também chamado de Polícia Indígena. (AMORIM, 2020, p. 33)

Atualmente, o órgão federal responsável por coordenar e promover a defesa dos direitos indígenas no país é a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, criada pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967.

Durante os anos de FUNAI, duas ideais permearam a política pública indigenista: a) modelo protecionista, em que o Governo Federal deveria promover a proteção dos povos indígenas contra a invasão de não índios nas áreas delimitadas dos parques e reservas indígenas, garantindo a preservação cultural desses povos e o contato gradual e menos impactante com a sociedade envolvente; b) o modelo desenvolvimentista, que, visando à contribuição dos indígenas no

⁹Este assunto voltará a ser tratado quando da análise das comunidades Kaingang.

crescimento econômico do país e desvalorizando a importância da preservação cultural, tinha como premissa integrá-los de forma rápida à comunhão nacional.¹⁰ (CURI, 2011, p. 80)

Aqui é importante salientar a relação entre os povos indígenas e a proteção ao meio ambiente. Tanto a linha protecionista quanto à desenvolvimentista convivem atualmente, principalmente, na seara ambiental, por meio da compatibilidade das comunidades indígenas com as unidades de proteção integral previstas na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação. Um exemplo próximo é o que ocorre com a FLONA Passo Fundo (RS) e a comunidade indígena Kaingang de Mato Castelhano-RS: existe um impasse hoje com a adequação do plano de manejo ambiental que se adapte à realidade da comunidade indígena que solicita o espaço, mas que não poderá desenvolver as atividades de produção de soja na região.

De acordo com o PARECER n. 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU, as condições de permanência das populações tradicionais em Unidade de Conservação de Proteção Integral serão reguladas por termo de compromisso, negociado entre o órgão executor e as populações, ouvido o conselho da unidade de conservação, na forma do art. 42 da Lei n.º 9.985/2000¹¹ e do art. 39 do Decreto 4.340/2002.

A Lei n.º 9.985/2000 dispõe, em seu art. 57, que deverão ser adotadas diretrizes visando a regularização de eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação¹².

Na Lei n.º 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção nativa do Bioma Mata Atlântica, população tradicional é definida no inciso II do art. 3º como sendo "população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental".

Assim, se um dos objetivos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, é justamente o de "proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais" (art. 4º, XIII, da Lei n.º 9985/2000), além de ter como diretriz garantir "às populações tradicionais cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos

¹⁰Embora inicialmente tenham aumentado Parque Nacional do Xingu, com o desenvolvimento econômico do país, foi necessário adentrar na Terra Indígena, com a BR 080, a partir de 1970.

¹¹Ressalte-se que a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF manifestou entendimento na parte final de seu Enunciado n.º 25 no sentido de que o art. 42 da Lei n.º 9.985/2000 é inconstitucional na parte em que possibilita a remoção de comunidades tradicionais.

¹²A compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas foi afirmada pelo STF também no julgamento da Pet 3388 (caso "Raposa Serra do Sol"), cujo caso concreto envolvia a sobreposição entre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol e o Parque Nacional de Monte Roraima. Foi consignada haver compatibilidade seja no caso de área de conservação (uso sustentável), seja no de preservação ambiental (proteção integral), explicitando-se a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

recursos perdidos" (art. 5º, X, da Lei n.º 9985/2000), nada mais salutar que manter os povos tradicionais nas comunidades a fim de permitir a reprodução cultural em simbiose com o meio ambiente.

1.2. Antropologia jurídica e direitos indígenas

1.2.1. Conceito e correntes filosóficas

A antropologia¹³ pode ser entendida como um estudo sistemático de culturas diferentes da do pesquisador e, embora seja uma disciplina muito antiga, como ciência, surgiu há pouco mais de um século (SHIRLEY, 1987). A partir da Escola de Manchester, no horizonte da investigação antropológica, o valor da história é recurso metodológico, fundamental para a própria construção do entendimento etnográfico das realidades observadas. (RAMOS, 2008, p.19)

Através da história é possível descrever as estruturas sociais em processo, na sua dinâmica de transformações e para constatar a permanência das estruturas sociais e simbólicas. É um fato que a influência dos agentes externos nos processos de mudanças socioculturais. A análise de Sahlins insere a estrutura cultural na história, de modo que esta última não é apenas recurso metodológico, mas se torna objeto, por ela mesma, de análise. Dialeticamente, esse autor propõe a articulação entre estrutura, história e evento para a compreensão da produção, da reprodução e da mudança cultural (SAHLINS, 1985, p. 7).

As ideias que permeiam o imaginário brasileiro em relação aos povos indígenas estão fundadas em conceitos preconceituosos e etnocêntricos. O índio bom é aquele índio remoto, que como primeiro habitante do país teria se esforçado para fertilizar o que hoje chamamos de nação brasileira. A falta de dimensão sobre a representação indígena no território nacional se expressa também pela forma homogênea como são tratados pelo Estado nacional.

Aliás, deve-se entender “a Antropologia como a resposta para conhecermos o que somos a partir do espelho fornecido pelo ‘outro’; uma maneira de se situar na fronteira de vários mundos sociais e culturais, abrindo janelas entre eles, através das quais pode-se ampliar nossas

13“A palavra antropologia foi usada inicialmente como contraposição à teologia e à cosmologia. Com a secularização do conhecimento a antropologia veio a designar uma disciplina científica que estuda o ‘homem’. Por volta da metade do século XVIII, Georges-Louis Leclerc, o Conde de Buffon, tornou-se o fundador da disciplina ‘antropologia’, quando em 1749 começou a publicar a sua grande obra *Histoire naturelle générale et particulière des animaux.*” (COLAÇO; DAMAZIO, 2012, p.57)

possibilidades de sentir, agir e refletir sobre o que, afinal de contas, nos torna seres singulares, humanos”. (COLAÇO; DAMAZIO, 2012, p. 14-15)

As teorias sobre as diferenças básicas existentes entre os homens tornam-se influentes “estabelecendo-se correlações rígidas entre o patrimônio genético, aptidões intelectuais e inclinações morais”. (COLAÇO; DAMAZIO, 2012, p. 58).

Na Antropologia, o método científico na produção de cunho antropológico, na segunda metade do século XIX, foi essencialmente o comparativo. Como aponta Ramos (2008, p.140), o material etnográfico, que serviu de base às reflexões e comparações no período, esteve circunscrito ao relato dos viajantes, missionários, militares, administradores coloniais, comerciantes e outros.

Segundo Curi (2011, p.26):

“o evolucionismo nasceu no século XVIII e esteve, num primeiro momento, impregnado do mito do “Bom Selvagem”, que colocava os “primitivos” como testemunhos do paraíso perdido e como a imagem do que teriam sido os ocidentais em tempos passados. A partir do século XIX, com a segunda grande fase das colonizações ocidentais, os conceitos evolucionistas se tornaram mais endurecidos, criando-se, assim, a ideia de que a colonização seria um bem aos povos denominados evolutiva primitivos, pois os ajudariam a sair de sua lentidão”.

Pode-se identificar duas espécies de evolucionismo: a primeira ficou conhecida como evolucionismo unilinear, que exerce ainda hoje forte influência nas teorias jurídicas. Para os cientistas que se baseavam nessa teoria, as sociedades tradicionais viviam em um estado atrasado do desenvolvimento da humanidade. Seria como se estivessem ainda na infância das sociedades ditas civilizadas. O evolucionismo, nessa perspectiva, definia estágios de desenvolvimento pelos quais deveriam passar todas as sociedades. Para alguns autores, os períodos eram definidos em três grandes etapas: Selvageria, Barbárie e Civilização.

Já para o evolucionismo multilinear também acredita no processo evolutivo das mudanças culturais das sociedades, mas que este se daria de forma mais flexível e com maior complexidade. Cada sociedade mudaria ao seu próprio ritmo, fazendo evoluir os diversos elementos de seu sistema cultural. No entanto, diferente do evolucionismo unilinear, esse processo não ocorreria deterministicamente, ou seja, as sociedades não necessariamente passariam por todas as etapas da evolução. (CURI, 2011, p26-27)

O trabalho de Morgan apresentou a humanidade evoluindo em uma única linha e as sociedades como organizadas em estágios. Um dos principais critérios de classificação foram as características tecnológicas de cada sociedade considerada. Deste modo, no topo do esquema analítico, Morgan situou as “civilizações superiores”, representando-as pela sociedade vitoriana,

monoteísta, parlamentar, monogâmica, capitalista e contratual. No estágio mais “baixo”, caracterizado como “selvageria inferior”, situou as sociedades nas quais acreditou existirem promiscuidade sexual, comunismo primitivo, anarquia, superstições e incoerências. (RAMOS, 2008, p. 141)

Edward Tylor foi um dos primeiros antropólogos a formular o conceito de cultura:

“Tylor, ao construir a sua definição de cultura, sintetizou os termos *kultur* e *civilization* no vocábulo inglês *culture*. O termo germânico *kultur* era utilizado para simbolizar todas as grandes conquistas do espírito humano, como a música e a literatura; o termo francês *civilization* referia-se especialmente às conquistas materiais da humanidade, como a máquina a vapor etc. Tylor entende a cultura como um “todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costume e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos” (COLAÇO;DAMAZIO, 2012, p. 64).

Uma das principais críticas metodológicas que se faz ao evolucionismo unilinear é a escassa realização de pesquisa de campo por parte dos seus estudiosos.

No fim do século XIX, Franz-Boas¹⁴ denuncia os “antropólogos de gabinete” e as lacunas de seus trabalhos. Boas se opõe ao universalismo evolucionista e defende que a diversidade entre as sociedades é maior que suas similitudes, com a necessidade da realização de pesquisas de campo. (COLAÇO;DAMAZIO, 2012, p.72) Assim, era necessário estudar como os povos da América viviam e como se relacionavam. E isso foi propiciado pelo contato direto com as novas culturas, desde as grandes navegações e com a expansão em busca de mercados pelos europeus.

Nesse sentido, a concepção de progresso exprime uma das ideias em que está assentado a modelo de racionalidade ocidental ainda dominante, de que a história teria sentido e direção únicos e conhecidos, de que o tempo é linear. Segundo Santos (2005, p.12):

Percebe-se, pois, que o reconhecimento dos “costumes e instituições próprias dos povos” indígenas deve se dar “desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”, o que, deve-se ressaltar, constitui-se em medida arbitrária e antidemocrática, contrária ao próprio espírito da Convenção, posto ser sabido que os direitos fundamentais/humanos constituem, em boa medida, valores próprios da cultura européia moderna. Reconhecer a esses povos o direito ao reconhecimento de suas culturas e depois impor-lhes, pois é disso que se trata – imposição –, os direitos humanos, constitui medida, no mínimo, contraditória.

Malinowski, em seu livro *Crime e costume na sociedade selvagem*, de 1926, ao qual estudou o sistema jurídico-legal dos melanésios, argumentava que todas as sociedades, incluindo as

¹⁴Em 1896, Boas publicou o seu artigo “*The Limitation of Comparative Method in Anthropology*” (As limitações do método comparativo em Antropologia).

“primitivas” possuíam direito, ou seja, estabeleciam normas de comportamento, de “controle social”. Porém, a partir desta perspectiva os sistemas normativos indígenas e “ocidentais” respondiam às mesmas lógicas e estes sistemas teriam como finalidade os interesses econômicos e sociais dos indivíduos. Contudo, vendo e sentindo as questões culturais “na pele”, ao romper o laço com a “antropologia de gabinete”, Malinowski mantém a terminologia característica daquela corrente teórica evolucionista, analisando que o sistema de trocas do melanésios seguia um sistema voluntário e não coercitivo. (COLAÇO;DAMAZIO, 2012, p.74)

No início do século XX, a concepção universal e linear de homem passou a ser questionada e reformulada na Antropologia. Surgiu daí uma compreensão para explicar os fatores culturais a partir de cada uma delas. Com base nas observações produzidas em campo, novas formas de comparação são desenvolvidas e angariou espaços que impôs a convivência e a interlocução entre pesquisadores e nativos e que possibilitou a incorporação, nas análises antropológicas, do que se acreditou ser o “ponto de vista dos nativos”. (RAMOS, 2008, 141)

Desta forma, Gluckman¹⁵ e Bohannan¹⁶ buscaram demonstrar que:

“ os sistemas jurídicos nativos eram tão complexos quanto o ocidental, pois neles também havia mediadores, árbitros, juízes, tribunais, códigos, embora fossem sistemas menos formais. Deste modo, o “direito dos povos nativos” foi objeto para análise de controle social, voltados não somente para a repressão dos comportamentos indesejáveis como também para a produção de uma ordem sociocultural própria¹⁷”. (apud RAMOS, 2008, p.142)

Com efeito, as sociedades podem ser analisadas por meio de um encadeamento de sucessivas etapas evolutivas, identificadas pelo desenvolvimento acumulado de suas

15Gluckman, que tinha formação jurídica, escreveu mais de um trabalho sobre o sistema jurídico dos Bartose, em especial dos Lozi, situados ao norte da Rodésia. “A principal diferença entre o sistema Lozi e o ocidental estaria na forma flexível com que os juízes Lozi lidam com as “regras” ou “leis”, tratadas pelo autor como “multiplex”. As leis Lozi são “multiplex” no sentido de que as pessoas ocupam posições relativas às outras pessoas e, todas, participam de amplas redes — econômica, política, procriativa, religiosa, de vizinhança, de amizade e outras”. As cortes Lozi, apesar de possuírem uma lógica própria para a resolução de conflitos, agiam norteadas pelos mesmos princípios que as cortes ocidentais, quais sejam: a análise das evidências; a abordagem de casos concretos; por uma noção de razoabilidade do comportamento humano, de justiça e de equidade (1965, p. 163); com base na existência de um corpo jurídico ou *corpus juris*, com autoridade para deliberar nos casos de violação da norma (1965, p. 262); pela analogia entre casos anteriormente analisados ou jurisprudência; pela distinção entre fatos e leis (1965, p. 255). Deste modo, para Gluckman (1955, p.26), o Estado Barotse não é uma mera organização política voltada para a manutenção da ordem, da lei interna ou para a defesa ou para o ataque na guerra. Mais do que isso, ele é uma comunidade religiosa na qual a ancestralidade tem grande relevância, pois, ali, um líder não é apenas um chefe político distante, mas percebido pelos Lozi como um parente do povo. (RAMOS, 2008, p.146)

16“Bohannan procura, justamente, pelo que é culturalmente específico dos Tiv; motivo pelo qual desenvolve um profundo estudo da língua e do sistema de significação destes nativos. Bohannan quer pontuar que seu estudo é uma etnografia sobre um sistema de direito específico, observado em seus próprios termos; ou seja, seu interesse recai no modo como os direitos Tiv são compreendidos pelos próprios Tiv. Na obra *Justice and Judgement Among the Tiv*, Bohannan apresenta os Tiv como uma tribo semibanto de agricultores de subsistência e de criadores, que vivem nas margens do rio Benue, no norte da Nigéria”. (RAMOS, 2008, p.149)

17Há, notadamente, três abordagens etnográficas que foram particularmente importantes para a configuração de um campo analítico específico sobre a juridicidade dos povos não-ocidentais: a de Malinowski (1926), sobre os melanésios, a de Gluckman (1955), sobre os Barotse, e a de Bohannan (1957), sobre os Tiv.

potencialidades produtivas. Nesse sentido, a evolução sociocultural seria conceituada “como o movimento histórico de mudança dos modos de ser e de viver dos grupos humanos, desencadeado pelo impacto de sucessivas revoluções tecnológicas (Agrícola, Industrial etc.) sobre sociedades concretas, tendentes a conduzi-las à transição de uma etapa evolutiva a outra, ou de uma a outra formação sociocultural” (RIBEIRO, 2005, p.51).

Assim, a “sociedade primitiva” virou objeto para o estudo do direito: questões envolvendo o desenvolvimento do matrimônio e da família, da propriedade privada e do Estado, foram concebidas a partir dos estudos legais, sendo que sua fonte inicial e seus estudos de caso comuns foram fornecidos pelo direito romano.

Segundo leciona Daniel Sarmiento (2016, p. 284):

“Sociedades diferentes têm percepções divergentes sobre o que é certo e errado, belo e feio, justo e injusto. E os indivíduos tendem, naturalmente, a considerar como injustas, imorais ou absurdas as práticas e condutas adotadas por sociedades diferentes das suas, quando se chocam com os valores e tradições da cultura em que foram socializados”.

Diante desta avaliação empírica antropológica, para os relativistas, não existem respostas universalmente válidas sobre o que é justo ou injusto, pois “tudo depende do contexto sociocultural”, pois os direitos humanos seriam construções culturais de imposição do Ocidente.

Do outro lado, há o universalismo moral absoluto, que sustenta a aplicação universal dos direitos humanos, independentemente de considerações sobre as tradições e particularidades culturais dos grupos sobre quais eles incidem, pois é possível distinguir no campo moral o que é certo do que é errado, com base em juízos racionais objetivos. A justiça ou injustiça de uma ação humana não depende da sua aceitação social no âmbito do grupo. (SARMENTO, 2016, p. 285)

Como se vê, trata-se de uma discussão jurídica e moral relevante¹⁸,

1.2.2. O Estado-Nação como fonte formal do Direito e o pluralismo político

¹⁸“Um caso emblemático nesta questão, julgado pela a Suprema Corte norte-americano, envolveu a tensão entre igualdade de gênero e respeito à cultura indígena. Entre os índios *Pueblos*, existe regra tradicional de que a mulher que tiver filhos com alguém de fora da comunidade perde o direito à residência na reserva indígena, bem como todas as demais prerrogativas ligadas ao pertencimento ao grupo, mas o mesmo não ocorre com os homens. Uma indígena questionou a aplicação dessa regra sob alegação de violação à igualdade, mas, em nome da autonomia da tribo, a Corte, no caso *Santa Clara Pueblos et al v. Martinez et al* (Suprema Corte dos Estados Unidos. 436 U.S. 49 (1978) absteve-se de afastar a prática discriminatória. Neste caso, portanto, prevaleceu a diferença cultural sobre o direito individual à igualdade. Já na África do Sul, discutiu-se também a tensão entre o direito indígena e a igualdade de gênero no caso *Bhe*,² mas com resultado oposto. Naquele país, as comunidades negras rurais tradicionais eram regidas por regra costumeira que, na sucessão, atribuía todos os bens da pessoa falecida ao filho primogênito do sexo masculino. Invocando a dignidade humana e a igualdade, a Corte Constitucional do país afastou esta regra e determinou que, até que o tema fosse devidamente disciplinado, se aplicasse à sucessão indígena as regras do direito oficial, com as adaptações decorrentes da admissão da poligamia”.(SARMENTO, 2016) p. 286

Além das influências das teorias antropológicas sobre a formação do Direito ocidental, sua estrutura foi fundamentada pela criação dos Estados nacionais.

Classicamente, o Estado pode ser definido como um ente invisível formado por três elementos: povo, território e governo. Para alguns teóricos, sua existência se dá pelo suposto contrato social firmado por todos os integrantes da sociedade que passa a representar. Empossado do seu poder, impõe o controle social e a regulação da forma de vida da população.

Na visão hobbesiana, a natureza humana é concebida como imutável em seu egoísmo, na sua ambição, competitividade e imoralidade, o que levaria a um estado permanente de guerra. Nesse contexto, seria preciso instituir um poder forte e absoluto capaz de controlar os homens pelo medo do castigo e da repressão. Esse poder, emanado de um pacto social entre os cidadãos, constitui a essência do Estado, capaz de garantir a paz e a segurança a todos. (HOBBS, 1997).

Outro ponto da teoria evolucionista que os juristas compartilham é a ideia sobre vingança e pena. A vingança, usual nas sociedades tradicionais, é descrita como uma reação imediata a uma infração. Por outro lado, a pena, utilizada nas sociedades modernas, é considerada como uma reação do corpo social inteiro contra o autor da infração. Aplicada pela autoridade estatal de forma comedida e personalizada, teria efeito regulador e benéfico para a sociedade.

O Estado, com base no aumento da dominação estatal sobre a vida privada, pode, por exemplo, dar origem a regimes autoritários ou ditatoriais, que, por excelência, sustentam-se pela violência repressora. A relação do Estado aos povos indígenas provoca uma ausência de comunicação entre as partes e coloca em questão a legitimidade e a eficácia das normas jurídicas desses diferentes direitos. O Estado não legitima de fato os direitos indígenas, limitando-se a criar um Direito *para* os povos indígenas. (CURI, 2011, p.23)

Geertz (2002, p. 325), bem representa o olhar da Antropologia sobre o pluralismo jurídico. Ele propõe uma maior interlocução entre Antropologia e Direito e observa a necessidade de um exercício hermenêutico de mão-dupla entre os dois campos, como modo de gerenciar as diferentes “sensibilidades jurídicas” existentes no mundo atual, contudo, sem eliminá-las.

Já para os povos indígenas, o reconhecimento do direito estatal ocorre quando esse sistema imposto tem alguma ressonância com o que a sociedade reconhece por Direito, pois quando não há esse reconhecimento por parte da sociedade indígena:

“o ordenamento jurídico da sociedade dominante se torna ilegítimo, visto que não houve participação da sociedade na elaboração e execução desse Direito. O que será legítimo para cada povo indígena será o seu próprio Direito, ou seja, os códigos internos que regem seu sistema político, econômico e social”. (CURI, 2011, p.23)

Deste modo, o conflito nasce do cruzamento de valores diversos.

Em maior ou menor grau, os direitos indígenas entram em contato com o direito estatal e o ponto de tensão se estabelece, momento em que as instituições Estatais são chamadas para a solução do conflito.(CURI, 2011, p.23)

Nesse contexto, é possível fazer uma conexão com a teoria contratualista explicitada por Thomas Hobbes que parte da premissa que o ser humano é um ser totalmente livre. Sendo assim, os indígenas também são dotados de sensações, imaginações, desejos, paixões que acabam se confrontando com os desejos dos demais indivíduos. Estas paixões simples chamadas apetite, desejo, amor, aversão, ódio, alegria e tristeza recebem nomes diversos conforme a maneira como são consideradas.(HOBBS, 1997, p.24).

Fica assim manifesto que as ações voluntárias não são apenas as ações que têm origem na cobiça, na ambição, na concupiscência e outros apetites em relação à coisa proposta, mas também aquelas que têm origem na aversão, ou no medo das consequências decorrentes da omissão da ação (HOBBS,1997, p.26).

A condição hipotética lançada por Hobbes é a de que a condição humana conduzirá inevitavelmente a guerra de todos contra todos. O medo do imprevisível conduz o ser humano a tomar a decisão racional e intuitiva de se reunir e pactuar o fim do estado de natureza, pois “o desejo de conforto e deleite sensual predispõe os homens para a obediência ao poder comum, pois com tais desejos se abandona a proteção que poderia esperar-se do esforço e trabalho próprios. O medo da morte e dos ferimentos produza mesma tendência, e pela mesma razão”. (HOBBS, 1997, p.37)

É o medo da opressão predispõe os homens para antecipar-se, procurando ajuda na associação, pois não há outra maneira de assegurar a vida e a liberdade. (HOBBS, 1997, p.38)

A leitura de Hobbes, a meu ver, passa muito mais por uma análise de psicologia comportamental do ser humano, para depois evoluir para uma análise política.

“De todas as paixões, a que menos faz os homens tender a violar as leis é o medo”. (Hobbes, 1997, p.101). Thomas Hobbes apresentou suas ideias em *Leviatã* para a formação do pacto político comunitário, explicitando os motivos pelos quais o indivíduo abre mão de sua liberdade irrestrita, reúne-se com os demais e em comum acordo transfere ao Estado, no caso o *Leviatã*, poderes para garantir a sobrevivência de todos os cidadãos. Em sua obra, Hobbes faz menção a 178 vezes a palavra “medo” e 27 vezes à palavra “aversão”.

Aqui é interessante abrir um parêntesis e comunicar a sociologia com a psicologia comportamental e que pode explicar porque muitas das comunidades de indivíduos em que se transfere a um terceiro a autoridade, faz-se geralmente para garantir a segurança e a perpetuação da coletividade num estado de paz. Segundo os estudos empreendidos por Daniel Kahnemann (vencedor do Prêmio Nobel de Economia, em 2002), e Amos Tversky¹⁹, o julgamento e a tomada de decisões que os indivíduos fazem, foram moldados pelas descobertas das últimas décadas no campo da psicologia.

A base da teoria comportamental foi desenvolvida a partir da metade do século XX.

A partir desta teoria, o homem econômico, aquele que tem um pensamento racional e acertado para toda e qualquer situação, sendo o mais apto a tomar as melhores decisões, em qualquer circunstância, seria contrastado com o homem social, aquele que age por impulso e possui vieses na tomada de decisões.

Após delinear a diferença entre a teoria da utilidade e a teoria da perspectiva, Kahnemann (2011, p.199) conclui que *“as perdas assomam como maiores do que os ganhos”* e que as pessoas são avessas à perda. Desta forma, é natural que em estados de risco ou de forte pressão o ser humano tenda a arriscar e trocar certas liberdades em prol de algo incerto. E no caso da formação do Estado Moderno, deu-se por meio do contrato social hipotético em prol da segurança, abrindo mão de algumas liberdades naturais.

Assim, acompanhando os Estados modernos, surge, então, entre o final do século XVI e início do século XVII, na Europa, a concepção do Direito monista, ou seja, do pensamento jurídico unitário, centralizador e indiferente a qualquer pluralidade existente. É o Estado-Moderno que tem o poder e é o principal responsável por todos os poderes dispostos na sociedade.

Para Colaço e Damazio (2012, p. 75), essa definição do direito é própria do século XVIII quando se considera como um contrato entre indivíduos para superar o caos do estado natural, sendo o “costume jurídico” dos povos indígenas usado para explicar e diferenciar o “direito civilizado” do “direito primitivo”. Desta forma, a antropologia jurídica era comprometida com o colonialismo. Contudo, não podemos esquecer que se tratou de um fenômeno histórico que permitiu a expansão de diversos conhecimentos e a evolução das perspectivas de expectativas de vida da humanidade.

¹⁹Amos não recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 2001, pois faleceu, com a idade de 59 anos, em 1996. Como o Direito, a Economia também é faz parte de um romance em cadeia. Os estudos de Kahnemann e Amos Tversky foram baseados no conceito de racionalidade limitada desenvolvido por Herbert Simon, também ganhador do Prêmio Nobel de Economia (1978).

Wolkmer (2001, p. 46) ressalta que a íntima conexão entre a suprema racionalização do poder soberano e a positividade formal do Direito que conduz à coesa e predominante doutrina do monismo jurídico. “Tal concepção atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão se impondo”.

Neste sentido, complementa o professor da Universidade Federal de Santa Catarina: “o Estado moderno define-se em função de sua competência de produzir o Direito e a ele submeter-se, ao mesmo tempo em que submete as ordens normativas setoriais da vida social”. (2001, p. 48)

Assim, a edificação do monismo jurídico veio acompanhada de pressupostos epistemológicos de sua fundação. Pressupostos que o tornaram uno, coeso, abstrato e homogeneizador, identificados a partir da necessidade de se ajustar as forças do Estado, com a situação econômica subjacente de cada época. A concretização do projeto monista decorreu justamente porque havia embasamento teórico para tanto.

Hobbes não só é um dos fundadores do moderno Estado absolutista, como, sobretudo, o principal teórico da formação do monismo jurídico ocidental, ou seja, um dos primeiros a identificar o Direito com o Direito do soberano e, igualmente, o Direito Estatal com o Direito Legislativo (WOLKMER, 2001, p. 50).

A partir dos novos ideais, o monismo jurídico passa por uma sistematização dogmática, que reduz o Direito Estatal ao Direito Positivo. “Consagra-se a exegese de que todo o Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito” (WOLKMER, 2001, p. 55).

Na era das codificações do século XIX e XX, houve a solidificação da estrutura legal burguesa capitalista. Os principais teóricos deste período concentram-se em: Grócio e Puffendorf, em seu jusnaturalismo racionalista; em Locke, Rousseau e Montesquieu, em suas teorias políticas contratualistas; em Kant, na sua concepção filosófica de eticidade crítico-formal; e, em Hegel, no seu idealismo dialético. Nesta segunda fase, o monismo jurídico identifica-se, sobretudo, com o jusnaturalismo.

Na concepção kelseniana, a entidade jurídica estatal se apresenta constituída por uma estrutura única, na quais inúmeros ordenamentos se subordinam a uma hierarquia de graus sucessivos, que vão desde o ordenamento internacional até o Estado, às entidades autárquicas, às pessoas jurídicas públicas, às fundações etc. Constitui-se na dinâmica jurídica, que estabelece relações hierárquicas entre as normas (pirâmide de Kelsen ou normativa) e prevê a criação de novas

normas, compatíveis com as precedentes e as formas de transformação de uma ordem jurídica (KELSEN, 2000).

A força exercida dentro da jurisdição é regulada pelo Direito. Por isso, o Estado-Nação se configura modernamente, como Estado de Direito. Um Estado organizado sob regras positivas, que impõe sua força sob todos aqueles que estão supostamente em sua jurisdição.

Contudo, existem diferentes grupos sociais existem, para além do direito estatal, com múltiplas ordens jurídicas, que podem coincidir ou divergir. Da descoberta da passagem do túnel do monismo para o pluralismo, aparece a antropologia e o estudo das leis, para fazer uma abordagem interdisciplinar por meio da antropologia do direito ou antropologia jurídica, com a coexistência de dois ou mais sistemas normativos em um mesmo espaço.

Assim, é necessário lembrar-se da existência do direito costumeiro nas comunidades indígenas: como um conjunto de normas sociais tradicionais, criadas espontaneamente pelo povo, não escritas e não codificadas. Resumindo: resulta de uma prática geral aceita como sendo o direito. E que também pode ser extinto pelo desuetudo, ou seja, pelo desuso das práticas ou por não serem mais aceitas como o direito.

Demonstra-se que o Estado Moderno não é o único agente legitimado a criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão surgindo. Embora o imaginário que permeia a sociedade é a de que os povos “primitivos” não possuem um sistema de leis, com a ausência de Estado e de normas escritas, é necessário compreender o direito respeitando o dinamismo social e os fenômenos históricos e culturais.

O pluralismo jurídico, desta maneira, não se definiria pela multiplicidade de manifestações de um só fenômeno (o direito) em um mesmo espaço social, mas pela coexistência social de diferentes fenômenos qualificados como direito (ALBERNAZ; WOLKMER, 2008, p. 74), de modo que Direito monista seria o único responsável por emanar o poder para a comunidade indígena, por meio do art. 231 da CF.

Isso porque, o paradigma estatal seria insuficiente na visão de Wolkmer (2001):

[...] o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito. Na verdade, trata-se de uma perspectiva descentralizadora e antidogmática que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-político-sociológicos sobre critérios tecno-formais positivistas. (WOLKMER, 2001, p. xv).

Deste modo, a construção da conceituação das normas jurídicas corresponderia àquela fundamentada nos preceitos de Kelsen que entende o Direito como sinônimo de Estado, mas

também, em outra concepção, muito mais antropológica, sem a figura do Estado na sociedade analisada.

Isso porque em toda a sociedade existe um corpo de regras que definem os direitos e deveres legais entre as pessoas, e em caso de disputas e conflitos quando essas regras são rompidas, para resolver essas divergências, existem meios mediante os quais as regras jurídicas são reafirmadas e/ou redefinidas, muitas vezes com o uso da força. É necessária uma filtragem constitucional, também, dos atos e costumes indígenas. E essa leitura deve ter um ponto em comum com os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, indígenas, ou não.

Contudo, necessário estabelecer um meio em que as regras culturais que respeitem as mesmas características de qualquer conjunto de ordens, a fim de evitar um sistema tirano e arbitrário. A intenção não é negar o direito cultural, mas legitimar esta forma jurídica existente na sociedade, lembrando que, como se verá, a seguir, em relação aos sistemas jurídicos dos povos indígenas, essa admissão, como já foi relatada, encontra-se no reconhecimento da organização social, costumes e tradições indígenas pela Constituição Federal, Estatuto do Índio, Convenção 169 da OIT e Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

O pluralismo que se propõe é aberto, participativo e comprometido com a dignidade dos povos indígenas, a fim de evitar que os indígenas sejam rebaixados a cidadãos de segunda categoria. Como ensina Wolkmer (2001), as atuais exigências ético-políticas colocam a obrigatoriedade da busca de novos padrões normativos, para melhor solucionar as demandas específicas advindas da produção e da concentração do capital globalizado, e das profundas contradições sociais.

É neste cenário que podemos falar no surgimento de um pluralismo jurídico multiculturalista. Para Wolkmer (2001, p. 171-172) a “existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”.

Assim, o reconhecimento do direito indígena ou consuetudinário, tanto na Constituição Federal como em tratados e convênios internacionais, conseguiu abrir discussões sobre as possibilidades e implicações do pluralismo jurídico como coexistência (supostamente em termos de igualdade) de diversas ordens normativas.

O pluralismo jurídico pretende responder ao problema do monismo jurídico, a noção de um só sistema de direito para todos, princípio que rege o estado Nacional e seu poder normativo. Bobbio (2007) diz que é possível identificar duas fases do pluralismo jurídico: a primeira fase

corresponde ao nascimento e desenvolvimento da historicidade jurídica, sobretudo por meio da Escola Histórica do Direito, a qual afirma que os direitos emanam direta ou indiretamente da consciência popular. A segunda fase corresponde à etapa institucional que pressupõe a existência de um sistema jurídico onde quer que exista uma instituição, ou seja, um grupo social organizado (CURI, 2011, p. 152)

Assim, esta outra forma de pluralismo estaria desvinculada do Estado, na qual a organização interna de uma dada sociedade é regida por leis não estatais, como, por exemplo, os direitos próprios dos povos indígenas que possuem normas coletivas, operadas e recriadas mediante a figura do sujeito coletivo.

Não raras vezes existem conflitos entre o sistema positivo vigente e as normas próprias das comunidades indígenas. De forma mais perceptível, os conflitos ocorrem com maior frequência no âmbito do direito penal, notadamente nos casos tipificados pelo direito estatal como crimes contra a vida.

O ordenamento jurídico brasileiro não estabelece claramente os critérios e limites de intervenção do direito estatal nos outros sistemas jurídicos que coexistem no país. Se por um lado a legislação definida pelo Estado deve ser aplicada em todo o território nacional, por outro, o mesmo direito estatal garante aos grupos etnicamente diferenciados o direito de viver segundo seus usos e costumes, o que inclui o direito coletivo de definir suas normas internas.

O modelo de pluralismo jurídico e multicultural, se entendido como tradicionalmente se tem caracterizado, sem uma instrumentação jurídica que permita a realização de controle pode gerar arbitrariedade por parte das lideranças indígenas, vulneração de direitos fundamentais – como o devido processo legal, propriedade e liberdades-, bem como contribuir para a manutenção do círculo de miséria que ronda as terras indígenas.

Os direitos dos povos indígenas no Brasil podem ser vistos sob duas perspectivas: a primeira é a concepção do direito determinado pelo Estado aos povos indígenas (como o Direito Estatal vê o direito dos povos indígenas). E a segunda é o direito indígena propriamente dito, ou seja, o direito que determina os seus códigos internos e regras próprias dos povos indígenas.

1.3. Multiculturalismo e povos indígenas

1.3.1. O multiculturalismo como fonte ideológica para o Estado Pluriétnico

Santos e Nunes (2003, p. 27) consideram que existem duas concepções de cultura. Uma relacionada e institucionalizada pelos saberes do Ocidente e baseia-se “em critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, suprimem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam”. E outra decorrente das totalidades complexas que proporciona o estabelecimento de distinções entre diversas culturas “que podem ser consideradas seja como diferentes e incomensuráveis, julgadas segundo padrões relativistas, seja como exemplares de estágios numa escala evolutiva que conduz do ‘elementar’ ou ‘simples’ ao ‘complexo’ e do ‘primitivo’ ao ‘civilizado’.” (SANTOS; NUNES, 2003, p. 27).

No atual contexto, é importante destacar duas correntes de intelectuais relacionados ao multiculturalismo: os comunitaristas e os liberais.

“Tanto os autores do multiculturalismo liberal como os do multiculturalismo comunitarista enfatizam a importância do pertencimento cultural e da necessidade de que o estado busque preservar e estimular os vínculos entre os indivíduos e seus grupos culturais. Para os multiculturalistas liberais as diferenças culturais não têm valor intrínseco. As tradições são apenas valorizadas porque trazem referências importantes para as escolhas individuais. Entre os autores que fazem parte desta corrente podem-se destacar Joseph Raz e Will Kymlicka, entre outros. O multiculturalismo, neste contexto, parte das bases conceituais do estado liberal, na qual todos, supostamente, compartilham os mesmos direitos e uma “cidadania multicultural”. Neste contexto a tolerância ao “outro”. (COLAÇO, 2012, p.92)”

O argumento central de Kymlicka concentra-se na afirmação do respeito à diversidade cultural dos diferentes membros que compõem um país multinacional ou poliétnico. O filósofo canadense propugna pelo reconhecimento das especificidades culturais fora do âmbito estatal.

Segundo Kymlicka, “as oportunidades para a reflexão coletiva se dão no seio de grupos e associações que não se encontram no nível do Estado, isto é, os amigos e a família, em primeira instância, mas também as igrejas, as associações culturais, os grupos profissionais e os sindicatos, as universidades e os meios de comunicação”.

Portanto, o Estado liberal assim como mantém a separação entre igreja e Estado, também deveria “dar as costas” para os diferentes grupos culturais aos quais os indivíduos pertencem. Consoante esse posicionamento, não haveria distinção entre indivíduos por uma questão de pertencimento a um determinado grupo cultural, eles seriam considerados “indivíduos neutros” e refletiriam as suas diferenças apenas no espaço privado. Pode-se argumentar que tal atitude seria o mesmo que deixar os grupos culturais diferenciados à própria mercê (KYMLICKA, 1995, p. 227).

Kymlicka (1995, p.272) acredita na possibilidade de defender uma cidadania diferenciada, segundo a qual se obriga o Estado a adotar medidas específicas que acomodem as diferenças nacionais e étnicas. Assim, não haveria conflitos com os princípios liberais garantidores da liberdade individual, pois essa proteção só se torna legítima “na medida em que fomentam a igualdade entre os grupos, retificando as situações prejudiciais ou de vulnerabilidade sofridas pelos membros de um determinado grupo”. Contudo, não apresenta um limite quanto ao uso da cultura como elemento diferenciador e desagregador da comunidade.

No entanto, Taylor (1991, p. 62) critica o modelo do liberal individualista assinalando que o liberalismo não é um campo neutro de encontro para todas as culturas, mas sim é a expressão política de um só tipo de cultura. Para ele, o liberalismo não constitui um campo possível de reunião para todas as culturas. Por isso mesmo, o liberalismo não deve, e nem mesmo pode, atribuir-se uma neutralidade cultural. Assim como todos devem ter iguais direitos civis, sem importar sua raça ou cultura, do mesmo modo todos deveriam gozar da presunção de que sua cultura tradicional é valiosa (TAYLOR, 1991, p. 68).

De forma geral, os comunitaristas defendem uma precedência ontológica da comunidade cultural com relação ao indivíduo. Segundo tal concepção, os valores e fins reconhecidos e perseguidos por indivíduos somente podem ser compreendidos adequadamente quando são tratados como produto do contexto cultural no qual o indivíduo encontra-se arraigado. Taylor²⁰ sustenta a legitimidade de que o Estado atue em favor da preservação dessa cultura. O pensador canadense propõe que, ao lado dos direitos universais, haja também uma “política da diferença”, já que o Estado não deve ser neutro a essas situações. (SARMENTO, 2016, p. 245)

Os partidários do multiculturalismo comunitarista, assim, sustentam, portanto, que a avaliação das culturas deve ser sempre sob os próprios padrões de cada uma delas, ou seja, a partir do olhar da comunidade. Na proposta de Taylor, as culturas diferenciadas devem não apenas defender a si mesmas dentro de limites razoáveis, mas reconhecer o igual valor entre elas e a própria capacidade de sobrevivência. (ALBUQUERQUE, 2003, p.89)

O conceito de identidade antes atrelado à honra, posteriormente à dignidade igualitária a todos os cidadãos, vinculou-se a uma nova política: a política da diferença. Quando a política da diferença rechaça a possibilidade de existência de cidadãos de segunda classe pretende apresentar uma base universalizável em conexão com a política da dignidade, pois esta política também

²⁰“A concepção de Taylor sobre o reconhecimento tem pontos de convergência com a desenvolvida pelo filósofo alemão Axel Honneth, que é um dos herdeiros da Escola de Frankfurt, berço do desenvolvimento da teoria crítica. Honneth, tal como Taylor, é um autor fortemente influenciado pelo pensamento hegeliano e mantém uma posição crítica em relação ao liberalismo político”.(SARMENTO, 2016, p. 247)

reclama por uma forma de não-discriminação, embora cegando-se às especificidades culturais diferenciadoras dos cidadãos ou grupos sociais. (ALBUQUERQUE, 2003, p.90-91)

Contudo, é necessária a existência de um diálogo em que o grupo social heterogêneo torna-se igualmente estimulado a compreender o grupo não-heterogêneo, por meio do desenvolvimento de novos vocabulários comparativos, a fim de se expressarem estes contrastes.

Taylor reconhece que a política da diferença origina-se da política da dignidade universal, em razão das contradições que a nova interpretação evidencia, apontando para uma política da dignidade igualitária fundamentada na ideia de que “todos os seres humanos são igualmente dignos de respeito” (ALBUQUERQUE, 2003, p. 84)

Contudo, Sarmiento (2016, p. 246) sustenta que “para Habermas, o pensamento de Taylor está equivocado, pois o Estado deve possibilitar a coexistência equitativa das culturas, mas não atuar visando a assegurar a sobrevivência de qualquer delas”.

Segundo Sparenberger e Kretzmann (2008, p. 93), a antropologia jurídica e o multiculturalismo inseriram-se, nos últimos anos, no debate em torno do conteúdo e do papel das constituições, “tanto no que tange aos direitos das minorias, às reivindicações territoriais, à proteção dos direitos culturais, à língua, aos currículos escolares, quanto aos preceitos que fundamentam as Constituições.”

Para Sarmiento (2016, p. 290) uma primeira tentativa é harmonizar os espectros de emanção política de ordem, por meio dos diálogos interculturais²¹, pois em sua visão, quando há um conflito, não se deve usar nem o universalismo, nem o multiculturalismo. Para ele, tornar a cultura mais respeitosa para proteger “as minorias dentro das minorias” é um pressuposto necessário.

Embora o pluralismo jurídico, visto a partir da Antropologia, situa no plano teórico e filosófico todos os sistemas de direito em igualdade de condições, defendendo diálogo inter ou multicultural – e não um monólogo –, e onde os argumentos do “Estado de Direito”, estes pensamentos não são suficientes para resolver os problemas diuturnos que se sucedem com as comunidades indígenas Kaingang cada vez mais mimetizadas com a comunidade que abarca o norte do Rio Grande do Sul.

Ao que se vê é que os pluralistas reconhecem que o Estado de Direito tem se constituído em mantenedor histórico de privilégios de uma elite, que é a única que, de fato, domina essa linguagem e assim querem quebrar essa hegemonia, sem apresentar uma solução factível para o

²¹“O ideal ético do *ubuntu* é associado ao ditado tradicional africano de que “uma pessoa é uma pessoa através de outra pessoa” (*umuntu ngumuntu ngabantu*).Ele evoca as ideias de interdependência humana, solidariedade, respeito mútuo e compaixão. A primeira referência ao *ubuntu* na jurisprudência constitucional sul-africana ocorreu no julgamento do caso *Makwanyane*, em 1995, em que a Corte considerou inconstitucional a aplicação da pena de morte”. SARMENTO, 2016, p. 293. Corte Constitucional da África do Sul, *S. v. Makwanyane and Another*, 1995 (3) AS 391 (CC).

problema em concreto: a falta de limites comuns às manifestações culturais, principalmente, na seara penal.

Acredita-se que a referência teórica, para os pluralistas latino-americanos, deveria ser os escritos de Las Casas, do século XVI, sobre a universalidade dos direitos humanos. Isso porque, na perspectiva de Las Casas há um direito universal, fundado na ideia de justiça, nas disposições divinas e no direito natural; entretanto, para ele a existência desse direito natural se daria segundo as “*gentes em particular*” (LAS CASAS, 1992, p. 13)

Marés de Souza Filho (2001, p. 256), comparando o pensamento de Las Casas com o atual Estado Liberal, observa que aquele acreditava na liberdade e no direito natural como princípios universais, do mesmo modo que o Estado liberal.

Porém, Las Casas imaginava a liberdade e o direito natural se realizando segundo os usos, costumes e tradições de cada povo, que seria livre para reconhecer os valores do direito natural que o rege; enquanto o Estado liberal imaginou a liberdade de cada povo circunscrita e sujeita a um conjunto de regras e limites impostos pela lei, criada pelo próprio Estado. De acordo com este, a cultura liberal afirmou o universalismo, mas diferentemente de Las Casas encerrou-o nos limites do Estado, de modo que, se não houver normatização, nenhuma regra social tem eficácia no mundo jurídico.

1.3.2. O reconhecimento dos povos indígenas como expressão da multiculturalidade

Os direitos dos povos indígenas, além de evidentemente abrangidos pelos documentos internacionais que consagram direitos a todos os seres humanos, são objeto de proteção em instrumentos específicos, os quais contemplam, de forma expressa, os direitos dos índios sobre suas terras de ocupação tradicional, tem como principal diploma normativo Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Existem outros, tais como a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 6.177/2007, afirmou, em seus consideranda, que a “diversidade cultural constitui patrimônio comum da humanidade, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos” já que ela “cria um mundo rico e variado que aumenta a gama de possibilidades e nutre as capacidades e valores humanos, constituindo, assim, um dos principais motores do desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações”.

Na linha do tempo dos tratados internacionais, os primeiros documentos internacionais a se referir aos indígenas foi a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, adotada em 1957, relativa à proteção e à integração das populações indígenas e de outras populações tribais ou semitribais nos países independentes. Essa convenção foi internalizada no Brasil pelo Decreto 58.824, de 14/7/1966, e seu texto contém ideias de uniformização jurídica e de assimilação. O item 1 do art. 1º, por exemplo, estipulava que competia “principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países”.

As ideias evolucionistas, de muito perto, permeiam a noção de aculturação em antropologia. Foi a primeira tentativa de codificar os direitos indígenas na legislação internacional. A natureza liberal da proposta e o ideário individualista da dignidade da pessoa humana podem ser percebidos no item 3 do art. 2º da Convenção 107, pois fica claro que teria “por objetivo o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo”.

A Convenção 107 não utilizava a expressão “povos indígenas”, mas “populações indígenas”. Ainda assim, em vista da necessidade de compatibilizar esse instrumento com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis de 1966 34, surgiu a discussão sobre as possíveis interpretações de critérios de referencialidade do conceito “povos” e da forma de exercício dessa autodeterminação. Esse Pacto, em seu art. 1º, estipula que “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Posteriormente, é editado o principal diploma que estatui direitos aos povos indígenas é a Convenção nº 169 da OIT (internalizada pelo Decreto n. 5.051/2004), que trata dos povos indígenas e tribais, estes últimos definidos como aqueles “cujas condições sociais, culturais e econômicos os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes e tradições ou por legislação especial”.

Aspecto significativo é que a Convenção 169 da OIT substituiu o termo “populações”, por “povos indígenas”. Embora tenha sido ressalvado (item 3 do art. 1º) que o termo “povos” não poderia ser interpretado para gerar implicações ligadas ao direito internacional, ou seja, não se trata do princípio de autodeterminação dos povos do direito internacional. (SANTOS, 2013, p.41).

Segundo Gomes da Silva (2015, p.143-144), a Convenção representa uma virada na abordagem dos direitos dos índios, fruto da crise do indigenismo, embalada pelo discurso de etnodesenvolvimento do ambientalismo, e da intensa mobilização do movimento indígena

internacional. Representa uma transição de um regime em que os índios eram objeto de políticas de integração, para uma abordagem em que eles surgem como sujeitos de direitos e “participação” exigida na convenção atual.

No que diz respeito à garantia do direito à terra das populações indígenas, o regime jurídico instituído pela referida Convenção revela plena convergência com aquele estabelecido pela Constituição de 1988, centrando-se na proteção desses espaços territoriais em favor dos índios, por meio de institutos jurídicos capazes de conferir segurança, estabilidade e eficácia à permanência dos índios nas terras que tradicionalmente ocupam, e na vedação de quaisquer atos de remoção forçada e arbitrária das comunidades indígenas de suas terras. Resta óbvia a impossibilidade jurídica de autodeterminação e independência, uma vez que os povos podem se organizar como Estados integrantes de um outro Estado soberano.

A Convenção 169 estabelece, por exemplo, que “governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade” (art. 2º) e para isso os governos têm de garantir os direitos de propriedade e posse das terras tradicionalmente ocupadas, do uso e preservação dos recursos naturais nelas encontrados, bem como de acesso a serviços de saúde e de educação básicos, observando suas necessidades particulares (art. 14). (SANTOS, 2013, p.41)

O critério de autoidentificação étnica, definido pelo Estatuto do Índio (art. 3º, inciso I), tem sido o mais comumente utilizado: “Índio ou silvícola é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, com objetivo de delimitar a aplicação de seus preceitos, traz também, em seu artigo 1º, a definição:

1. A presente Convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

A palavra silvícola – utilizada no Estatuto do Índio – é uma categoria genérica que designa as pessoas habitantes das selvas, das florestas. Diante do pensamento da época e da proposta de integrar os “silvícolas” à comunhão nacional, fica evidente a concepção dominante de que esses povos da floresta eram “primitivos”, mas que com o contato, a integração, tornar-se-iam “civilizados”.

É essencial a consulta prévia, livre e informada dos povos interessados para a solução de problemas ligados à comunidade, considerandos as peculiaridades dos casos concretos, na forma do art. 6º.

Destaque-se o dispõe o item 1 do artigo 14:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

Igualmente merece destaque o artigo 16, principal critério norteador em relação ao traslado e reassentamento desses povos:

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam.
2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.
3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.
4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.
5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

Por ser considerada um tratado de direitos humanos, eventual violação pelo Estado Brasileiro ao que foi disposto nessa Convenção pode ser discutido perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)²², a qual já proferiu decisões paradigmáticas sobre importância do território para povos e comunidades tradicionais. No caso da Comunidade Indígena Yakye v. Paraguai, decidido em 17 de junho de 2005, a Corte observou que “a garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial”.

No julgamento da ADI n. 3.239, o STF reconheceu que a Convenção 169 da OIT também constitui fundamento de validade do Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Assim, o status normativo supralegal das convenções e tratados internacionais que versem sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil, abre a possibilidade do controle de convencionalidade da legislação infraconstitucional.

Santos Filho (2006) ressalta que ao ratificarem instrumentos formadores *do* direito internacional dos direitos humanos (Pactos e Convenções), o Estado obriga-se a respeitar os direitos protegidos, a garantir o gozo e pleno exercício desses direitos às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, e a adotar as medidas necessárias para dar efetividade aos direitos que se quer legitimar.

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, pela ONU, no dia 13 de setembro de 2007, oriunda da atuação no plano globalista, não tem natureza vinculante, mas apenas de *soft law*, servindo como diretriz para uma política moderna de defesa dos povos indígenas, e por exemplo: Dentre os seus preceitos, está o direito dos povos indígenas de conservar e reforçar as suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo o direito de participar, se assim desejarem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado (artigo 5º). Sobre as instituições jurídicas dos povos indígenas, vale ainda citar o artigo 34, que garante aos indígenas “o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus

22 Na mesma linha do julgamento anterior, a CIDH decidiu o caso *XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAI*, em agosto de 2010, no caso “Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai”, em que se reconheceu a violação pelo Estado paraguaio de diversos direitos daquele povo, como os referentes ao reconhecimento à personalidade jurídica, da não-discriminação, a necessidade de devolução de extensas áreas de terras subtraídas à detenção daquela comunidade etc (Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)

próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existirem, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos”.

Além disso, a autodeterminação não inclui o direito de secessão ou de desmembramento dos territórios indígenas.

Para o Direito Internacional a expressão "povo" está ligada ao princípio da autodeterminação dos povos (art. 1º, item 2, da Carta das Nações Unidas e art. 1º, item 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), o que confere o direito de determinar livremente o seu "estatuto político". A resolução n. 1514 (XV), conhecida como Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, adotada em 1960, por oitenta e nove votos a zero, com nove abstenções, afirmava categoricamente que "todos os povos têm direito à autodeterminação; em virtude desse direito, livremente determinam seu 'status' político e livremente buscam seu desenvolvimento econômico, social e cultural (Shaw, p. 188).

A Constituição brasileira não utiliza a expressão "povos indígenas", mas sim "índios" (art. 20, XI, 231 e 232), "comunidade", "organização" ou "grupos" indígenas (art. 210, § 2º), "populações indígenas" (art. 22, XIV, 129, V) e "cultura indígena" (art. 215, § 1º). Conforme afirmou o Min. Ayres Britto, quando do julgamento da ação popular referente à terra indígena Raposa Serra do Sol, nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estrutura normativa para comparecer perante a ordem jurídica internacional como 'nação', 'país', 'pátria', 'território nacional' ou 'povo independente' [...], o que de pronto nos leva a, pessoalmente, estranhar o fato de agentes públicos brasileiros aderirem, formalmente, aos termos da recente 'Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas [...], porquanto são termos afirmativos de um suposto direito à autodeterminação política a ser 'exercido em conformidade com o direito internacional'. (PET n. 3.388/RR)

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 13/9/2007, adotou expressamente o termo "povos indígenas", mas ressaltou no art. 46 que nada do que nela estiver disposto se interpretará 'no sentido de que concede a um Estado, povo, grupo ou pessoa, qualquer direito de participar em qualquer atividade ou realizar qualquer ato contrário à Carta das Nações Unidas, nem se entenderá no sentido de que autoriza ou fomenta qualquer ação direcionada a desmembrar ou afetar, no todo ou em parte, a integridade territorial ou a unidade política dos Estados soberanos e independentes.²³

²³Interessante relembrar o caso Colômbia que através do [Decreto Presidencial nº632 de 2018](#) estabelece os procedimentos para a instalação e funcionamento dos chamados “Territórios Indígenas”, divisões político-administrativas do Estado colombiano. Essas TIs estão previstas na Constituição Política do país desde 1991. O Decreto publicado pelo governo colombiano não cria automaticamente nenhum Território Indígena, ele apenas prevê as regras para sua formação, sempre a partir da iniciativa exclusiva dos povos interessados. Assim, o funcionamento dos primeiros Territórios Indígenas fundamenta-se na criação de: Conselhos Indígenas, instâncias de governo e

É possível então verificar que os textos constitucionais a partir de então incorporaram referências ao caráter multicultural ou multiétnico da “sociedade nacional”, e reconhecimentos mais ou menos amplos de direitos especiais para os integrantes dos povos indígenas. A ordem constitucional inaugurada em 1988, portanto, “é pluriétnica e multicultural, acolhendo a diversidade como valor a ser preservado” (VITORELLI, 2015, p.35)

Segundo Santilli (2005, p.60), o socioambientalismo que permeia a Constituição brasileira privilegia e valoriza as dimensões materiais e imateriais (tangíveis ou intangíveis) dos bens e direitos socioambientais, a transversalidade das políticas públicas socioambientais, a função socioambiental da propriedade e a consolidação de processos democráticos de participação social na gestão ambiental. O casamento socioambiental orienta e fundamenta toda a legislação infraconstitucional brasileira aprovada após a Constituição de 1988, dando-lhe coerência e unidade axiológico-normativa.

O reconhecimento dos sistemas de representação e legitimidade dos povos indígenas e tradicionais é uma decorrência lógica do pluralismo jurídico, que reconhece o sistema jurídico, não-oficial, dos povos indígenas e tradicionais como o mais apto e capaz de dar respostas a questões como legitimidade. Desta forma, por sua vez, o Estado deve garantir a observância de requisitos essenciais de validade dos instrumentos jurídicos que concretizam a vontade destes povos, plenamente conscientes e informados. (SANTILLI, 2005, p. 163)

Embora ainda hoje no país não exista um reconhecimento literal por parte do Estado dos direitos internos das diversas etnias indígenas que vivem no território nacional, a Constituição Federal dá as diretrizes para que a legislação alcance esse entendimento. Diante da afirmação da pluralidade étnica, a Constituição, de forma implícita, está legitimando os direitos internos dos povos indígenas, que se expressam por meio de seus usos e costumes.

representação legal dos TIs; Acordos Interculturais, instrumentos de coordenação entre os TIs e os demais níveis de governo regional e nacional, e por último, os Planos de Vida, instrumentos de ordenamento territorial e planejamento administrativo. (Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-xingu/governo-da-colombia-reconhece-territorios-indigenas-como-unidades-equivalentes-a-municipios>. Acesso em março de 2022)

Já a legislação dos povos indígenas nos Estados Unidos é baseada em vários tratados e acordos feitos entre as tribos indígenas e o governo federal. A Constituição Americana reconhece as tribos indígenas como "nações soberanas" e garante ao governo federal a responsabilidade de negociar tratados e acordos com elas. Esses acordos e tratados definem as relações entre as tribos indígenas e o governo federal, incluindo questões como terras, recursos naturais, educação e saúde. As leis e políticas específicas que regem a relação entre os povos indígenas e o governo federal dos EUA são extensas e complexas, e as interpretações e aplicações dessas leis têm evoluído ao longo do tempo

A legislação federal americana também protege os direitos dos povos indígenas, incluindo o Indian Civil Rights Act de 1968, que garante, por exemplo, que: "Nenhum tribunal indígena pode privar qualquer pessoa de sua liberdade ou propriedade sem o devido processo legal" (ICRA, Seção 1302) e o Indian Self-Determination and Education Assistance Act de 1975, que prevê: "É a política dos Estados Unidos incentivar e promover a máxima participação dos índios americanos na direção da política federal que afeta suas vidas" (ISDEAA, Seção 2).

Os direitos constitucionais e infraconstitucionais dos povos indígenas estão garantidos aos grupos identificados como indígenas, esses direitos são considerados culturais e coletivos. Os instrumentos jurídicos internacionais mais atualizados sobre os direitos indígenas preceituam sobre a legitimidade dos direitos consuetudinários dos povos indígenas.

O artigo 8º, da Convenção 169 da OIT, por exemplo, dispõe: “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”. Trata-se de direitos culturais, que se caracterizam por serem a própria essência do povo indígena. Identificados pela língua, pelo sistema mitológico, pela arte, pelos conhecimentos tradicionais etc., os direitos culturais garantem a identidade do grupo e definem o modo de sua auto-organização.

O processo de reconhecimento foi constituído, lado a lado com as reformas constitucionais que de alguma forma reconheceram a composição multiétnica e pluricultural das sociedades. Contudo, para Garces (2009, p.172), o Estado buscou combinar a imagem de modernidade cosmopolita com ícones do indigenismo multicultural. Assim, é nessa nova fase multiculturalista de se pensar a questão do “outro”, que temos a chegada do “índio permitido” à esfera pública (COLAÇO; DAMAZIO, 2012, p.105).

Ocorre que, se entre os próprios integrantes da comunidade houver a digladição perpétua, o Estado de guerra dentro do povo kaingang, em virtude de disputas pelo cacicado, não haverá a existência do objeto da diversidade, ou seja, os próprios indígenas.

Mesmo quando assimilam objetos culturais alienígenas, anteriores ou posteriores ao contato, os povos indígenas não perdem a sua identidade étnica. Como referido, o direito à diferenciação cultural está consubstanciado pelas normas dos arts. 210, 215, 216 e 231 da Constituição Federal, que se inserem em um “direito da igualdade das diferenças”. Se numa primeira fase, a proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica na igualdade formal, mas era insuficiente para tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, surge como necessário o direito à diferença. Assim, o multiculturalismo pressupõe que o princípio da igualdade seja perseguido paralelamente com o princípio do reconhecimento da diferença (SANTOS, 2006, p. 462)

A síntese socioambiental está na interação entre a proteção à biodiversidade e à sociodiversidade, compreendidas como valores constitucionais integrados em uma unidade conceitual e normativa. O texto constitucional revela a compreensão de que não basta proteger a biodiversidade: a diversidade de espécies, genética e de ecossistemas, sem assegurar a diversidade

cultural que está intimamente relacionada a esta. (SANTILLI, 2005, p. 60). E é esse interesse nacional, na proteção da sociodiversidade que legitima, inclusive, a atuação do Ministério Público Federal, nos termos do art. 129, V, da Constituição Federal.

1.3.3. Laudos antropológicos

De acordo com Luciano Mariz Maia²⁴, uma perícia antropológica se torna exigência quando os fatos sociais, por sua complexidade, para serem compreendidos requererem um conhecimento especializado do saber antropológico, relatando os achados de um modo que resulte a demonstração da reconstrução do mundo social do grupo pesquisado, na perspectiva do grupo, com registros de sua cosmovisão, suas crenças, seus costumes, seus hábitos, suas práticas, seus valores, sua interação com o meio ambiente, suas interações sociais recíprocas, suas ordens internas, a organização grupal, fatores que geram concepção de pertencimento, entre outros.

Assim, a perícia antropológica se impõe quando há a necessidade de se documentar a realidade e a verdade de fatos em torno, e.g., dos índios, quilombolas, ciganos, populações tradicionais, suas comunidades e organizações; quando os fatos sociais em torno desses grupos e comunidades necessitam ser interpretados na sua significação individual e na sua dinâmica social e coletiva; para interpretar e aplicar o Direito a essas comunidades e seus membros.

Isso mostra a real necessidade de se tentar decodificar o modo de ver dos outros, por meio de um expert. Isso ocorre porque, conforme explica Taylor (2014, p. 163-166), a autocompreensão que temos acerca de nossa própria cultura está profundamente arraigada em nossa vida e nós a utilizamos não apenas para compreender nossas próprias motivações e ações, mas também as das pessoas com quem nos relacionamos.

Essa compreensão do outro será sempre, em alguma medida, comparativa, pois tornamos o outro inteligível por meio de nossa própria compreensão humana.

Na psicologia comportamental (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 33-34), trata-se de uma forma de heurística com a tendência de gerar uma decisão formada a partir da pré-compreensão ancorada por nossa mente. Explicamos a conduta dos outros por meio de nossas pré-compreensões.

Fundamental, assim, o perfeito entendimento acerca das premissas da metodologia antropológica, que envolve: a vivência prolongada com o grupo estudado, a empatia por outros

²⁴https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/do_papel_da_pericia_antropologica_na_afirmacao_dos_direitos_dos_indios.pdf

valores e modos de vida e a necessária identificação para apreender “de dentro” as categorias culturais alheias. (DAL POZ NETO, 1994, p. 57)

Não à toa que os peritos do Ministério Público Federal necessitam passar um período dentro do campo para compreender como os indígenas da comunidade veem o ato cometido para depois documentar o sentimento aos olhos da comunidade. É necessário um mergulho nesses universos de vida, pois o trabalho por eles desenvolvido será sempre uma compreensão a partir do ponto de vista dos sujeitos com que terão que conviver para entendê-los.

Taylor (2014, p.169) destaca que “as pessoas somente podem ser compreendidas contra o pano de fundo de seu mundo”. Ou seja, compreender os outros sem distorção consiste em “chegar aos significados que as coisas tinham para eles numa linguagem que os torna acessíveis a nós”.

Afirma Geertz, em antropologia, o que seus praticantes fazem é a etnografia. Portanto, somente compreendendo o que é a etnografia, ou mais exatamente a sua prática, é que se pode começar a entender o que representa a análise antropológica como forma de conhecimento. Destaca, ainda, que o objeto da etnografia é uma hierarquia estratificada de estruturas significantes em termos dos quais um acontecimento particular, um ritual, um costume, uma ideia ou o que quer que seja é produzido, percebido e interpretado – e sem as quais sequer existiriam. A pesquisa antropológica é uma atividade mais observadora e menos interpretativa. (GEERTZ, 2014, p. 4-7)

Assim sendo, o estudo das culturas de outros povos implica descrever quem eles pensam que são, o que pensam que estão fazendo e com que finalidade pensam que o estão fazendo. Para isso, é necessária uma imersão, “adquirir uma familiaridade operacional com os conjuntos de significado em meio aos quais eles levam suas vidas”, o que não implica sentir ou pensar como eles, nem virar nativo, mas requer “aprender como viver com eles, sendo de outro lugar e tendo um mundo próprio diferente”. (GEERTZ, 2001, p. 26)

A perícia antropológica se caracterizando não apenas por ser feita por antropólogo, mas, acima de tudo, adotando metodologia propriamente antropológica, pois, na expressão do Min. Ayres de Britto, “O que importa para o deslinde da questão é que toda a metodologia propriamente antropológica foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo (STF Pet. 3.388 RR, Caso Raposa Serra do Sol).

A perícia antropológica resultará documentada em um laudo, e esse é o documento a ser adotado como base e referência pelos juristas para, sobre seus achados e relatados, desenvolver a argumentação jurídica acerca da aplicação mais adequada do Direito ao caso concreto.

E a partir dos estudos das especificidades culturais dos Kaingang será necessário adentrar no diálogo cultural traduzidos pelos antropólogos.

Nada mais justo que trazer à pesquisa a juridicidade Kaingang, mostrando-se os traços dos modos de vida dessa comunidade indígena e como ela se liga com o ordenamento jurídico estatal brasileiro, como se verá no capítulo seguinte.

Capítulo 2 - A JURIDICIDADE KAINGANG COMO DIREITO CULTURAL

2.1. Os Kaingang na História: histórico de contato e disputas sobre os territórios até o século XIX

A história do contato entre os Kaingang e os colonizadores europeus teve início ainda no século XVI, quando alguns grupos que viviam mais próximos ao litoral atlântico tiveram contatos com os primeiros portugueses. Embora a grande maioria dos índios reduzidos nos séculos XVI e XVII na Província do Guairá fosse da etnia guarani, sabe-se que alguns grupos ancestrais dos

atuais Kaingang foram reduzidos em Conceição dos *Gualachos*, às margens do rio Piquiri, e em Encarnación, às margens do Tibagi.

Sem condições de oferecer resistência eficaz aos bandeirantes, os jesuítas migraram com os indígenas sobreviventes para o sul (MONTROYA, 1985, p. 134-9), onde em 1631 fundaram um novo conjunto de reduções com os indígenas restantes, acrescido aos da própria região onde se instalavam. Este novo conjunto de aldeamentos ficou conhecido como Sete Povos das Missões (MOTA, 2002) e situava-se entre o Rio Paraná e médio Uruguai – hoje corresponde ao sudeste paraguaio, a Misiones, na Argentina, e a partes do atual Estado do Rio Grande do Sul (D'ANGELIS, 1989, p.14).

Após terem fugido dos ataques dos bandeirantes paulistas, os jesuítas fundaram novas reduções na Província do Tape, entre 1632 e 1636 (atual Estado do Rio Grande do Sul). Baseando-se em alguns registros históricos, é possível que os Kaingang tenham sido influenciados pela redução jesuítica da Santa Tereza, na região de Passo Fundo. A ação dos bandeirantes, que pôs fim as reduções jesuítas do Guaíra, gerou a dispersão de aproximadamente doze mil índios pelos rios Paranapanema e Paraná ate as regiões do Rio Grande do Sul (MOTA, 1994).

Em Sete Povos das Missões, os bandeirantes voltaram a atacar. Em reação, o rei da Espanha municiou os índios em Sete Povos com armas de fogo e, como resultado, índios e jesuítas saíram vitoriosos em uma batalha ocorrida em 1641, que ficou conhecida como Mbore, a qual cessou os intensos ataques bandeirantes. Como foram poucos os que aceitaram viver sob o comando dos jesuítas, os Kaingang viveram livres nas regiões de campos e florestas do sul do país até o século XIX.

No período após a destruição das reduções jesuíticas verifica-se a expansão e presença dos Kaingang nas terras de planalto no Sul do país, em áreas de florestas subtropicais e de araucária, desde o Estado de São Paulo aos estados da região Sul, quando as expedições de reconhecimento e início das primeiras investidas contra os territórios indígenas provocaram violentas reações por parte dos habitantes kaingang e xokleng. No século XVII foram registradas suas presenças no curso superior do rio Uruguai e no século XVIII ocupavam as extensas florestas do alto Uruguai, numa área que vai do rio Piratini (extremo Oeste) até a bacia do rio Caí, a leste. Constituíam territórios kaingang o Oeste de São Paulo, terras do segundo e terceiro planaltos do Paraná e Santa Catarina e toda a faixa acima das bacias dos rios Piratini, Jacuí e Caí no Rio Grande do Sul²⁵.

25 Nesse período as expedições exploradoras localizaram vários territórios pertencentes aos vários grupos indígenas — Kaingang, Guarani, Xokleng, Xetá —, provocando as primeiras tentativas de ocupação não-indígena nas terras

No século XIX havia dezenas de unidades político-territoriais cada qual chefiada por um cacique principal e vários caciques subordinados dos grupos locais que formavam a unidade sociopolítica. Mais exatamente, os territórios kaingang no Rio Grande do Sul tinham como limite a noroeste o rio Piratini, a nordeste o rio Pelotas, ao sul as bacias do Caí, Taquari e Jacuí.

Mabilde afirma que, conquanto todas as tribos “coroadas” vivessem unidas entre si no que diz respeito aos interesses gerais da nação, constantemente surgiam entre eles “*uma espécie de rivalidade, proveniente da natural inconstância de que são dotados*” (1983, p. 120). Acrescenta que, depois das vitórias, as quais geravam o extermínio de uma tribo ou a sua retirada das matas próximas, a harmonia entre os vencedores não durava muito, pois entre si iniciavam outra guerra, motivo pelo qual concluiu que “*dessa maneira vivem os coroados perseguindo-se e em guerra de extermínio*” (1983, p. 46).

Entre si, as guerras Kaingang parecem ter sido desencadeadas, principalmente, pela disputa por mulheres, por poder, por territórios e por recursos. Com outros grupos indígenas, a questão de fundo parece ter sido histórica, cultural e territorial. Já com os brancos, o objetivo da guerra foi para adquirir bens, para se vingar ou para defender seus territórios (MOTA, 1994).

Nas descrições etnográficas relativas ao século XIX, os Kaingang são apresentados compondo grupos liderados por caciques superiores que concentravam em torno de si caciques subordinados, com o objetivo de dominar territórios e recursos, assim como para se defender e atacar os que sobre eles avançassem (MABILDE, 1983)

Tommasino (1995, p. 64) observou que a notoriedade dos *caciques* Kaingang não se dava somente em relação aos seus grupos, mas também em face dos colonizadores, na medida em que estes reconheceram e nominaram muitas das localidades com os nomes dos caciques principais das hordas ali presentes.

Pode-se relacionar a expansão geográfica dos Kaingang com as pressões que as expedições de conquista foram promovendo.

Alguns caciques foram-se aldeando e tornando-se aliados dos brancos, obrigando os grupos recalcitrantes a se retirarem para lugares mais distantes da rota expansionista, que lá permaneciam até serem novamente localizados e pressionados a se aldearem, liberando parte dos seus territórios para os fazendeiros e colonos nacionais e estrangeiros.

do interior das províncias do Sul. As reações dos índios foram violentas, marcadas por ataques de ambas as partes, apesar da estratégia dos brancos em angariar a confiança dos índios levando-lhes presentes. Todas as expedições tiveram de abandonar os Campos Gerais e só 40 anos mais tarde retornaram, tendo maior sucesso no século XIX. Disponível em <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kaingang>. Acesso em Fevereiro de 2023.

Para a reconstituição da história kaingang no Rio Grande do Sul temos a pesquisa de Becker (1995) e de Simonian (1994a; 1994b; 1994c). A Estrada da Mata foi o eixo inicial da ocupação dos territórios indígenas do Sul, intensificada com o comércio de rebanhos muares e bovinos trazidos do Rio Grande do Sul para Sorocaba e passando pelos Campos Gerais no Paraná.

O caminho das tropas é que vai consubstanciar uma frente de ocupação e exploração nacional nas terras indígenas, com a implantação de sesmarias a partir dos Campos Gerais no Paraná, não apenas em direção ao sul, mas também a oeste e norte.

A expansão paulista é a ponta de lança para a conquista das terras indígenas do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Nas estradas e caminhos que atravessavam dezenas de territórios kaingang eles atacavam os tropeiros, trabalhadores e colonos que iam se instalando nas paradas e locais de descanso, aos poucos tornando-se vilas, como Castro, Ponta Grossa, Lapa e Palmeiras, no Paraná; Lages, Curitibanos, Campos Novos e São Joaquim, em Santa Catarina; Vacaria e Cruz Alta no Rio Grande do Sul.

Neste contexto, etnógrafos contemporâneos apontam para o fato das patentes terem sido inseridas, desde aquela época até pelo menos a década de 1940, como termos designativos das autoridades e chefias Kaingang (BECKER, 1995), sendo depois substituídos pelos termos “cacique”, “liderança” e “polícia indígena” (CID FERNANDES, 1998).

Observa-se, a presença da guerra no cotidiano e no modo de vida dos Kaingang no período. Foi por meio dela que ocorreram tanto a configuração de novos grupos e o estabelecimento de alianças, quanto a fissão de grandes grupos que se articulavam em torno de um cacique principal. Ficaram famosos na história regional os *caciques* que, em diferentes momentos, colaboraram no processo de conquista: no Paraná e Santa Catarina – Condá, Viri e Doble; no Rio Grande do Sul - Condá, Nonoai, Fongue, Nicafi (também grafado Nicaji, Nicofé, Nicafim), Braga e Doble. (RAMOS, 2008, p. 121)²⁶

a) **Kondá**, que trabalhou para os brancos e ajudou na estrada de Guarapuava-PR para Palmas-PR, também ajudou na conquista de Kampo-rê (SC) e de Nonoai (RS). Depois do rompimento com Viri, seu subordinado, foi viver nos campos do Chopim. Mais tarde, tornou-se o líder dos Kaingang de Nonoai e fez aliança com o governo do Rio Grande do Sul, fixando-se nos campos do *Goio-en*. Na condição de funcionário do governo (recebia soldo do governo), auxiliou na

²⁶Alguns deles, pela importância que tiveram no apoio à expansão destas frentes, chegaram a receber patentes militares do governo imperial, caso de Condá e Pahy, que receberam o título de capitão; de Viri, que recebeu o de tenente; e de Doble, que recebeu o de brigadeiro, para citar apenas alguns (LAROQUE, 2000).

abertura de uma estrada ligando *Kampo-rê* (Campo-erê) a *Kreie-bang-rê* (Palmas) e, junto com o engenheiro Hegrévilè, na abertura da estrada ligando Palmas a Corrientes, Norte da Argentina.

Em direção ao Rio Grande do Sul, as expedições de conquista localizaram e ocuparam os campos de Xanxerê, que separam os vales do rio Chapecó e Uruguai. Lá fundaram a Colônia Militar do Chapecó, hoje cidade de Xanxerê (SC). Como alguns grupos queriam ser aldeados perto da colônia militar, foi fundado nas proximidades o Toldo Formigas, comandado por Kondá.

Na história, os Kaingang no Rio Grande do Sul foram catequizados e aldeados no mesmo tempo que os do Paraná e Santa Catarina. A abertura de uma estrada ligando Palmas às terras das Missões riograndenses era vital para a sua incorporação ao território brasileiro. Em 1845, o Alferes Francisco da Rocha Loures foi encarregado desta tarefa. Sabendo que teria de atravessar terras kaingang, Loures contratou Kondá para ajudá-lo, não só por conhecer os locais dos alojamentos mas também para garantir segurança à expedição e tentar convencer os índios a se aldearem. O governo, paralelamente, mandou missionários para a região de Nonoai para promover o aldeamento e a catequese. (RAMOS, 2008,p.119)

b) Em 1848 foi conquistado o **cacique Fongue**, que se fixou com seu grupo no aldeamento de Guarita. A presença de Fongue está registrada em relatórios de 1880 nos aldeamentos de Pinheiro Ralo e Inhacorá e também como um dos caciques subordinados ao cacique principal, Nonoai. Ao lado de Fongue, na mesma região, aparece o registro do grupo do cacique Votouro; a oeste, nas regiões de Vacaria e Lagoa Vermelha, viviam os grupos chefiados por Doble e Nicafé (Nicaji; Nicafim). Fongue auxiliou na conquista dos Kaingang do cacique **Nikué** (conhecido como João Grande), a serviço dos brancos. As conquistas prosseguiram na direção dos campos de Nonoai onde viviam os grupos comandados pelos caciques Nonoai, Kondá e Nicafé (genro de Kondá).

c) O cacique **Doble**, depois da ruptura com o cacique principal, Braga, apresentou-se aos brancos para se aldear, tornando-se um dos principais auxiliares da força "militar" dos brancos. (MABILDE, 1983). Na relação entre Doble e Braga, consta que aquele fora cacique subordinado de Braga e que, enquanto tal, era tido com grande estima, confiança e admiração, mas que se tornam rivais e grandes inimigos em função de uma traição política, por parte de Doble. Segundo consta, após um ataque aos tropeiros, Braga organizou uma festa. Festas desse tipo seriam comuns após as guerras vencidas, porém, dado o consumo de bebidas e ao próprio *ethos* dos Kaingang, era comum que surgissem brigas²⁷, cuja consequência mais imediata era o agravamento das dissidências

²⁷Interessante o relato em que se descreve que os Kaingang “não sabiam cantar nem dançar e que suas reuniões eram monótonas, pois só bebiam o Kiki, uma bebida fermentada, que causava embriaguez e que leva o mesmo nome da festa

faccionais. No festejo em comento, contudo, houve premeditação de Doble que, aproveitando-se do contexto, convenceu alguns chefes e indígenas de sua tribo a usurpar o poder de Braga, com o fim de tomarem para si as matas de pinheiros onde este se alojava com outros caciques e grupos a ele subordinados (MABILDE, 1983, p. 160).

Com a dissidência do grupo do cacique subordinado Doble, passam a guerrear entre si. A conquista dos caciques Nonoai, Kondá e Nicafé representou para Braga mais perseguidores. Pouco antes de 1850, estava alojado entre os rios das Antas e Caí, e, possivelmente para fugir das perseguições, deslocou-se para as serras entre os rios Turvo e Prata, onde o encontrou o engenheiro Mabilde, que o convenceu a aldear-se no Campo do Meio. Doble foi descrito como homem de “personalidade excepcional” que castigava com severidade as faltas cometidas pelos seus liderados (SCHADEN, 1948, p. 274). Sua forma de agir informa sobre o estabelecimento das alianças e trocas, tanto intratribais quanto interétnicas.

d) O cacique principal (*Põ'i-bang*) **Braga**, comandava um conjunto de 23 subgrupos e dominava um extenso território que compreendia o Mato Castelhana, o Campo do Meio, e os campos de Vacaria e do Passo Fundo, a sudeste dessas matas e entre as cabeceiras dos rios Turvo e da Prata, tributários do rio das Antas.

Em 1850, o engenheiro Mabilde conseguiu o aldeamento do grupo do cacique **Braga**, que vivia no Mato Castelhana e Campo do Meio. O aldeamento situou-se no Campo do Meio. Sendo muitos os subgrupos chefiados por Braga, alguns caciques não se aldearam e os dissidentes permaneceram nos antigos territórios, como foi o caso do grupo chefiado por Nicafé. Em 1865/66, há registro da presença do cacique Chico, que vivia no Campo do Meio.

Braga, principal desafeto do Doble, foi cacique que praticou muitas guerras. Sobre sua trajetória, sabe-se que era originário do Paraná e que migrou com seu grupo para o Rio Grande do Sul, em função de intrigas com o cacique Viri (WACHOVICZ, 1987). Além da contenda com Doble, Braga também teria se indisposto com vários outros caciques seus subordinados, contra os quais teria mantido guerra de extermínio.

e) O cacique **Nonoai** e seu grupo foram contatados pelo padre Parés, que se havia estabelecido sob a proteção do governo. Em 1848 padres jesuítas foram chamados pelo governo da Província do Rio Grande do Sul para promover a catequese dos Kaingang de Guarita e Nonoai. Os aldeamentos fundados entre 1848 e 1850 no Norte e Noroeste do Rio Grande do Sul, conforme

dedicada aos mortos”.(RAMOS, 2008, p. 92)

análise de Becker, tinham como objetivo concentrar os Kaingang dos caciques Nonoai, Fongue e Braga a fim de distribuir suas terras para os colonos alemães.

f) Outro grupo importante na história do Rio Grande do Sul era chefiado pelo cacique **Votouro**, provavelmente originário do Paraná, que não aceitou aldear-se e atravessou o rio Uruguai. Era cacique dos toldos de Votouro, cinco léguas a leste de Nonoai, do outro lado do rio Passo Fundo.

Apesar de todas as guerras dos Kaingang para expulsar os brancos, os caciques foram vencidos um a um e aceitaram fixar-se nos aldeamentos definidos pelo governo. Simultaneamente ao aldeamento, os territórios foram sendo ocupados pelas fazendas e a colonização nacional foi se consolidando nas décadas seguintes.

No final do século XIX, pode-se dizer que todos os grupos tinham sido conquistados, com poucas exceções: no Estado de São Paulo, os Kaingang da região do Aguapeí ainda resistiam; no Paraná havia dois grupos Kaingang nas florestas entre os rios Cinzas e Laranjinha; em Santa Catarina os Xoklég ainda resistiam e atacavam colonos e transeuntes.

A estratégia que garantiu a eficácia da conquista indígena foi a de transformar os grupos aldeados em forças militares a serviço da conquista. Não só instrumentalizaram-se das inimizades já existentes entre os diferentes caciques como multiplicaram e potencializaram essas inimizades. O fato de um grupo aliar-se ao branco produzia a dissidência com todos os grupos resistentes, que eram perseguidos implacavelmente.

No século XIX, os territórios dos principais caciques evidenciavam a sua presença nos atuais estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e também na Argentina, na região da Província de Misiones.

Todos os grupos kaingang e caciques que viviam no Sul do Brasil foram praticamente conquistados e aldeados no século XIX, à exceção dos Kaingang da bacia do Tietê-SP e os grupos que viviam nos territórios entre os rios Laranjinha e Cinzas, no Paraná. Os de São Paulo foram conquistados em 1912 e os do Paraná em 1930. Em todas as expedições foram utilizados alguns Kaingang pacificados de São Jerônimo.

2.2. Sistema jurídico kaingang

Antes de adentrar no sistema jurídico kaingang é necessário contextualizar a ideia que permeia o simbolismo de suas práticas. Isso porque a cultura é expressão dessas ideias.

Por exemplo, a língua e os meios de comunicação Kaingang são próprios da cultura desse povo. Ainda de uma perspectiva histórica, de mais alguns elementos que se fizeram presentes na organização social Kaingang, e que são importantes para a compreensão do seu sistema jurídico e para consecução da sua juridicidade.

As situações vividas pelos sujeitos Kaingang fornecem um conjunto de dados permitem a compreensão da atualidade, vivacidade e força do sistema simbólico, filosófico e moral que subjaz ao modo de ser e de estar dos Kaingang.

O sistema jurídico Kaingang, como outros sistemas de direitos tradicionais, é informal, apresenta grande flexibilidade, é contextual e relacional. Não existe um “sistema” propriamente dito formalizado, como um complexo jurisdicional formalmente estruturado, codificado e coerente. (RAMOS, 2008, p.152).

Entre os Kaingang, nos seus costumes, observa-se a distinção das regras de cunho moral e legal, por meio das expressões nativas: *jykré* ou *vénh jykré*, que significa lei, cultura, sistema ou costume, e *ki ha han ke*, que se refere às regras morais e cuja tradução literal seria “fazer a coisa certa”, “proceder da maneira correta” ou “obrigação”. (RAMOS, 2008, p. 153)²⁸

Na Antropologia, a noção de *ethos* tem sido usada para dar conta do perfil cultural geral de um povo, sobretudo no que tange às questões de integração interna dos sistemas sócio-culturais que, no seu bojo, apresentam várias instituições e princípios estruturais, muitas vezes, divergentes e concorrentes entre si. O *ethos* é o elemento ou o princípio fundamental que perpassa, ordena e articula o todo cultural, pois visto como o gerador de um sentimento de comunidade e de unidade.

A noção de *ethos* foi utilizada especialmente pelos antropólogos para descrever traços culturais no tempo e no espaço a fim de caracterizar cada cultura com uma “personalidade comum”, que é transmitida de geração em geração, por meio da socialização das pessoas. Assim, no século XIX, o *ethos* Kaingang, aqui caracterizado como guerreiro foi registrado, de modo mais contundente, nas ações das chefias políticas. (RAMOS, 2008, p.103)

²⁸“Em Kaingang, *jykré* refere-se às regras menos flexíveis e aos comandos gerais e impessoais. Assim, é *jykré* todo ordenamento determinado culturalmente, como por exemplo o contido nos mitos, ou emanado de agente legítimo, tanto de fazer quanto de não fazer. Esses agentes podem ser indígenas — tal como no caso das ordens dadas pelos chefes políticos, sobretudo pelo cacique — ou autoridades nacionais. Logo, ocupa-se das *jykre* o *corpus juris*, ou seja, os agentes internos que são socialmente reconhecidos como árbitros. Trata-se, portanto, de uma categoria que engloba um amplo conjunto de regras, cuja violação é vista como erro grave (*kyné mág*), geralmente com consequências penais e/ou retributivas. *Ki ha han ke*, por outro lado, refere-se aos atos e comportamentos ideais, sobretudo em relação à sexualidade, aos parentes, aos chefes, aos co-cidadãos etc. Os atos que violam *ki ha han ke* são socialmente reprováveis e podem ter consequências penais, mormente quando são publicamente questionados ou denunciados, pois, até então, permanecem na órbita do grupo doméstico” (RAMOS, 2008, p. 153).

Informa Teschauer (1927, p. 342) que, quando tinham motivo de castigar ou atacar uma aldeia, faziam a declaração de guerra fixando flechas próximas ao grupamento a ser atacado. (SOUZA, 1913, p. 11).

Havia uma outra forma mais sutil em que o cacique principal dava indícios aos seus caciques subordinados de que pretendia romper a relação amistosa e declarar a guerra. Trata-se de um padrão de comportamento ritualisticamente mantido e cuja quebra correspondia à declaração mesma da guerra: porém, há motivo de alguma desconfiança ou de insubordinação, o cacique principal proíbe à sua gente a continuação das visitas. Essa interrupção de visitas regulares equivale a uma denúncia de um estado de guerra, para a qual, sem demora, as demais tribos se preparam, por ordem do cacique principal (MABILDE, 1983, p. 44).

No Brasil, um dos primeiros a interessar-se pelo tema das guerras tribais foi Florestan Fernandes (1970) que, a partir dos registros históricos deixados sobre os Tupinambás, demonstrou como esta era uma sociedade que possuía cosmologia e organização social voltadas para os empreendimentos coletivos de lutas inter e intratribais. No mesmo sentido caminhou a abordagem de Mota (1994), ao tratar das formas de resistência dos Kaingang ao processo colonial. (RAMOS, 2008, p. 104)

Se, para Viveiros de Castro:

“a lógica da predação vem circunscrita, nesse autor, na distinção entre as ‘sociedades dialéticas’ ou Jê, vistas como sociedades autocentradas, e as ‘sociedades minimalistas’, representadas pelos grupos amazônicos e Tupi; estas últimas tratadas como sociedades nas quais há marcada necessidade do outro para a constituição da pessoa e da ordem social mais geral” (RAMOS, 2008, p.104).

Para Fausto existe uma distinção analítica entre sistemas simbólicos “centrífgos” e “centrípetos”:

o primeiro, voltado para a predação continuada e expansiva do exterior, sendo mais característico dos grupos tupi, jivaro e yanomami. Já para afirmar as sociedades Jê como mais autocentradas, na medida em que muitas delas possuem organizações sócio-estruturais voltadas para a guerra e para a predação do outro. (RAMOS, 2008, p.105)

Assim, para os Kaingang., as guerras intra e intertribais e o contrato interétnico fizeram com que seus sistemas sociais e simbólicos realizassem um constante movimento de centrifugismo, pela inclusão do outro e dos seus elementos, como uma resposta cultural à dominação (RAMOS, 2008. p. 105)

Na construção da masculinidade Kaingang, o combate esteve presente tanto nas práticas rituais formais quanto nas performances cotidianas e informais (como o *candjire*²⁹), sendo estimulado pelos homens assim como pelas mulheres dos grupos onde ocorriam os treinamentos.

Como destacou Horta Barbosa, a coragem para os Kaingang é “*uma virtude que nos homens não só se presa e estima, como também se exige; um momento de fraqueza, um instante de covardia, é o bastante para acarretar o desmoroamento de um grande passado de audácia*” (1947, p. 67). Inclusive, há relatos do uso das mulheres na sedução e distração dos inimigos, como técnica de guerra (MOTA, 1994, p. 129-130). As demonstrações de força dos guerreiros eram motivo de orgulho para suas comunidades.

Desde de que se tem registros escritos sobre os Kaingang, algumas características têm sido constantemente observadas, entre as quais: 1) a forma de residência preferencial pós-marital ser uxori ou matrilocal (que implica em que o homem passa a viver na casa dos pais da mulher e sob as ordens e autoridade do pai desta); 2) o seu sistema de descendência ser patrilinear (dado que os filhos pertencem ao mesmo clã/metade que o pai); 3) a centralidade de suas lideranças principais (os *põ'i bang*); 4) o treinamento de guerreiros; 4) a poligamia como prática comum no passado, especialmente entre os caciques principais e os guerreiros.

Os Kaingang são um caso exemplar, pois para a resolução de conflitos internos também se utilizam dos tribunais estatais, na medida em que se reconhecem como “cidadãos brasileiros”, além de defenderem a legitimidade cultural de suas práticas jurídicas tradicionais, (RAMOS, 2008, p.151) quando lhes convêm, ao que se percebe, muitos para fins políticos e de interesse da liderança.

Ao para do meio de comunicação específico dessa comunidade indígena, surge também a necessidade de se estabelecer como funcionam alguns institutos jurídicos, por meio da representação histórica de alguns antropólogos que conviveram no tempo e espaço daquele povo, transmitindo a nós, suas experiências, como se fossem tradutores culturais.

²⁹“O *candjire* consistia em um ‘jogo de pau’ no qual em cada um dos extremos de um terreno, previamente preparado para a performance, era amontoada certa quantidade de pequenos porretes; formam-se dois grupos que cautelosamente se posicionam e iniciam os atos. “A luta entre os dois bandos segue com entusiasmo sem-igual; os porretes voam incessantemente e a gritaria imensa de todos estronda pelo ar, enquanto que as mulheres, excitadas por sua vez com todo o espetáculo, cobrem-se com uma espécie de escudo de casca de árvore, e correm entre os combatentes, recolhendo os porretes dispersos para passá-los a eles, descuidando dessa ocupação para retirar do combate alguém gravemente ferido e curá-lo fora do alcance dos porretes, que continuam cruzando de um lado a outro (AMBROSETTI, 1894, p. 74)”.

a) Mito Kaingang

Os mitos são as narrativas por meio das quais é possível identificar referências e descrições sobre a forma ideal da organização social de um povo. Por meio deles, acessam-se alguns dos sentidos ontológicos direcionados à construção da pessoa, ao *ethos*, à corporalidade e, conseqüentemente, aos atos jurídicos, morais e legais. No caso dos Kaingang, os primeiros registros de narrativas sobre a origem mítica da etnia foram feitos por Borba (1882) e Nimuendaju (1913). (RAMOS, 2008, p.87)

Na versão oferecida por Nimuendajú, consta que os Kaingang saíram do chão, sendo esta a explicação para a cor de sua pele: “cor de terra”. Apenas uma parte dos ancestrais míticos fez a passagem para a condição de humanos, pois outra permaneceu na condição de seres subterrâneos, em local conhecido como *numbê*. É deste local que os Kaingang acreditam que vêm as crianças que nascem e que vão as pessoas que morrem.

Entre os Kaingang as metades originadoras da sociedade recebem os nomes de *Kamé* e *Kairu*. Assim, os que fizeram essa passagem vieram conduzidos pelos irmãos Kamé e Kairu (*Kañeru*), cujas características psíquicas e corpóreas são diametralmente opostas.

Neste mito os heróis culturais *Kamé* e *Kairu* produzem não apenas as divisões entre os homens, mas também a divisão entre os seres da natureza. Desta forma, segundo a tradição kaingang, o Sol é *Kamé* e a Lua é *Kairu*, o pinheiro é *Kamé* e o cedro é *Kairu*, o lagarto é *Kamé* e o macaco é *Kairu*, e assim por diante. A expressão sociológica mais forte desta concepção dualista é o princípio da exogamia entre as metades. Segundo a tradição kaingang os casamentos devem ser realizados entre indivíduos de metades opostas; os *Kamé* (*redondos*) devem casar-se com os *Kairu* (*finos*) e vice-versa. (RAMOS, 2008, p. 122)

Assim, nesta versão, como nas outras, há o delineamento de características essenciais dos humanos, expressas por meio de metáforas de oposição e complementaridade. Nesse sentido, o mito de origem dos Kaingang nos dá pistas de que, na perspectiva cultural dos Kaingang, há a necessidade de que haja sempre dois elementos – opostos, complementares e com um dos elementos se sobrepondo - para que o mundo seja produzido e tenha fertilidade (CID FERNANDES, 2003).

Na versão desse mesmo mito, registrada por Borba (1882) e colhida entre os Kaingang do norte do Paraná, temos uma maior complexidade de detalhes.

A versão de Borba revela a existência de um mundo anterior à saída dos gêmeos e que, para o surgimento dos heróis culturais e para que se processasse a criação de um mundo novo,

houve a necessidade de um evento catastrófico³⁰, descrito como desordem geral na terra pelo domínio das águas. Os humanos originários seriam representados pelos Kaingang, Curutons, Kamé e Kairu.

Os Kaingang e Curutons não se afogaram nas águas, pois ficaram no cume da serra ou no topo das árvores, logo não passaram pelo evento da morte. Novamente, a diferenciação entre os humanos será reforçada pela relação direta com o elemento terra, pois Kamé e Kairu vão viver no centro da serra; os Curutons e alguns Kaingang, ao perderem o contato com este elemento, também perdem a condição de humanos, transformando-se em bichos. O mito indica, em outro trecho, que os Curutons eram os que possuíam o status social menor, pois, além de uma condição transitiva entre bicho e gente, eram escravos dos Kaingang. (RAMOS, 2008, p. 89)

b) Da concepção de pessoa Kaingang

A partir de tal cosmologia, extraem-se dos relatos, que, de acordo com Veiga (1994; 2000)³¹, para os Kaingang, o ser humano é composto de *hâ* e *Kumbâ*. O primeiro, além de classificador de nomes, pode também ser traduzido por corpo ou tronco e é a parte perecível da pessoa. *Kumbâ* é o espírito ou alma e, ao contrário do *hâ*, não perece após a morte, pois abandona o corpo e vai para o *numbê*.

30Em tempos idos, houve uma grande inundação que foi submergindo toda a terra habitada pelos nossos antepassados. Só o cume da serra Crinjijimbé emergia das águas. Os Caingangues, Cayurucrés e Camés nadavam em direção a ela levando achas de lenha incendiadas. Os Cayurucrés e Camés cansados, afogaram-se; as suas almas foram morar no centro da serra. Os Caingangues e alguns poucos Curutons, alcançaram a custo o cume de Crinjijimbé, onde ficaram, uns no solo, e outros, por exiguidade de local, seguros nos galhos das árvores; ali passaram muitos dias sem que as águas baixassem e sem comer; já esperavam morrer, quando ouviram o canto das saracuras que vinham carregando terra em cestos, lançando-a à lagoa que se retirava lentamente. [...]; em pouco tempo chegaram com a terra ao cume, formando como que um açude, por onde saíram os Caingangues que estavam em terra; os que estavam seguros aos galhos das árvores, transformaram-se em macacos e os Curutons em bugios (BORBA, 1908, p. 20-22).

31 “Sustentada nessas categorias nativas, a autora observa que não há entre os Kaingang uma distinção clara entre alma e espírito, sendo ambos vistos como partes móveis e separáveis da pessoa e que geralmente podem, durante o sono, sair do corpo; esclarece, ainda, que, quando a pessoa desperta do sono, é sinal do retorno do Kumbâ. A temporalidade dessa saída, contudo, deve ser breve, pois, caso contrário, a pessoa adoece e pode morrer. (...) Almeida (2004) apresenta leitura um pouco distinta, pois registra, além do *Kumbâ*, duas outras partes que compõem a pessoa, são elas: *kunvê* e *kuprîg*. *Kunvê* seria como uma sombra, um reflexo que fica preso ao corpo, sendo que, às vezes, é noção que se confunde com a de corpo. *Kumbâ* e *kuprîg* corresponderiam respectivamente à alma e ao espírito, de modo que o espírito de um morto, e também de um vivo, é *kuprîg*, e a alma de um vivo é *kumbâ*. Nota-se, deste modo, que para ambos os autores o *kuprîg* representa a essência da vida, que abandona o corpo após a morte, sendo a parte do morto que assombra os vivos e que traz doenças. À pessoa temporariamente sem espírito, os Kaingang referem-se como *tikuprîg*. Nesta situação, a pessoa está doente, havendo a possibilidade de recuperação apenas mediante o resgate do *kuprîg* por um especialista: o Kuiã (VEIGA, 1994; ALMEIDA, 2004). O Kuiã ou xamã Kaingang é, também, o único sujeito que tem poderes para acessar o *kumbâ* (espírito dos vivos), o *kunvê* (sombra da pessoa ou corpo não material), os *vénh-kuprîg-kòrèg* (espíritos dos mortos ruins)¹⁷, os *vénh-kuprîg-hâ* (espíritos dos mortos bons) e para se comunicar com um *Jangrê*.” RAMOS, 2008, p. 96

Da perspectiva Kaingang as modalidades de espíritos/almas constituem uma unidade que impulsiona e que dá vitalidade ao corpo ou que, quando alterada ou fora de seus contextos ideais, diminui a sua potência. A doença ou *kaga*, por seu turno, é vista como uma consequência imediata dessa desordem e só atinge o corpo, embora seja o espírito o objeto da ação dos seres malévolos, geralmente dos *wénh-kuprîg* (espírito de pessoas mortas), e do trabalho do *kuiã*. Deste modo, para os Kaingang, a saúde, tanto da criança quanto do adulto, é percebida como um processo de fixação da alma/espírito (VEIGA, 1994).

A conjugação das noções de espírito/alma e saúde e doença nos revela que os Kaingang possuem uma concepção de pessoa:

na qual o corpo é governado pelo espírito e que a morte não é evento terminativo, pois não elimina a capacidade da pessoa de continuar exercendo influência sobre o mundo e vida dos vivos e de retornar novamente a este mundo na condição de vivo. A morte, neste caso, equivaleria a uma mudança de aldeia: da aldeia dos vivos para a dos espíritos (*wénh-Kuprîg iamõ*). Portanto, não há uma separação nem diferença radical entre esses mundos, porquanto o mundo dos mortos e o mundo dos vivos não são completamente separados e excludentes. (RAMOS, 2008, p.100)

De acordo com Veiga (2000), os Kaingang acreditam que as pessoas nascem com as qualidades herdadas desse ancestral e que esta concepção, acrescida às suas noções culturais de alma e de existência, coloca-os em maior proximidade com as concepções orientais de pessoa, dada a possibilidade de sucessivas encarnações de ancestrais. VEIGA chama a atenção para o fato de os Kaingang apresentarem uma concepção de vida diferente daquela que contempla um tempo linear, com começo, meio e fim, pois a vida para eles seria um perpétuo movimento que, uma vez iniciado, continua por si e tem seus próprios ciclos (VEIGA, 1994, p. 113).

Cabe destacar que, no tempo em que as guerras inter e intratribais eram mais frequentes, os ritos mortuários também eram mais complexos e os túmulos e ritos refletiam o status dos guerreiros mortos (BECKER, 1995)

Os nomes Kaingang derivam do pertencimento a uma das metades, no caso *kamé* e *kairu*³². Destaca-se que nem todos os nomes são exclusivos de um gênero e que podem ser mudados em determinadas circunstâncias e para determinados fins³³.

³²“No passado, as marcas ou metades definiam os papéis que cada sujeito deveria representar no ritual do Kiki ou do culto aos mortos, sendo que uma das finalidades deste ritual era, justamente, resgatar os nomes dos que haviam morrido para reinseri-los entre os viventes. Assim, para a reutilização do nome de pessoa que morreu, deviam, antes, oferecer ao seu espírito um Kiki, para que os laços que ainda o une à comunidade dos vivos fossem cortados. Somente depois deste ritual, os nomes ficavam liberados para serem novamente cedidos às crianças que nascessem na mesma seção ou metade a que pertencesse o pai e a que pertencia o falecido.” (RAMOS, 2008, p.98)

De acordo com Weisemann (1960), para que não se sentisse indesejada e fosse embora, a criança deveria ser nomeada no mesmo dia em que nasceu, ato que deveria ser realizado por uma pessoa velha e que fosse conhecedora dos costumes antigos. Nos processos de adoção de crianças entre os Kaingang, há a projeção da regra geral de nominação; assim, as crianças adotadas e as assumidas pelo marido da mãe recebem um nome da metade do pai, mas são consideradas sempre como adotadas (VEIGA, 2000).

c) Língua

A linguista e missionária do SIL (Summer Institute of Linguistics) Ursula Wiesemann classificou a língua dos Kaingang atuais em cinco dialetos: (1) de São Paulo (SP), entre os rios Tietê e Paranapanema; (2) do Paraná (PR), entre os rios Paranapanema e Iguaçu; (3) Dialeto Central (C), entre os rios Iguaçu e Uruguai, Estado de Santa Catarina; (4) Dialeto Sudoeste (SO), ao sul do rio Uruguai e a oeste do rio Passo Fundo, Estado do Rio Grande do Sul; e (5) o Dialeto Sudeste (SE), ao sul do rio Uruguai e leste do rio Passo Fundo. Ela foi igualmente responsável pela implantação do ensino do bilinguismo de substituição em todas as escolas kaingang: as crianças aprendiam a escrita da língua kaingang no primeiro ano escolar e do segundo ano em diante aprendiam o português. Na atualidade não há diferença significativa porque o uso da língua kaingang foi estendido até a segunda série, daí em diante usa-se o português. (RAMOS, 2008, p. 23)

Ela foi igualmente responsável pela implantação do ensino do bilinguismo de substituição em todas as escolas *kaingang*: as crianças aprendiam a escrita da língua kaingang no primeiro ano escolar e do segundo ano em diante aprendiam o português. Na atualidade não há diferença significativa porque o uso da língua *kaingang* foi estendido até a segunda série, daí em diante usa-se o português.

A situação em relação à língua falada varia de uma terra a outra: há comunidades onde todos são falantes do *kaingang*, noutras são falantes do português com exceção dos mais velhos que são bilíngues e em outras, a maioria da população é bilíngue ou falante do português, e com isso, passaram a participar ativamente na formação das políticas públicas.

d) Família, propriedade e casamentos

Historicamente, o grupamento é composto por uma unidade familiar extensa, que forma um toldo ou aldeia; esta é liderada por um cacique subordinado, provavelmente, o patriarca da

³³Esse processo ocorre em caso de doenças ou para situações de risco (VEIGA, 2000). Nesses, é dado ao doente um nome pertencente à classe cerimonial dos *péin*.

família extensa. Uma unidade sociológica e política, contudo, mais ampla, pois composta por vários toldos, pois, várias aldeias ficavam a alguma distância ente si, mas ligadas por “picadas” abertas na mata.

O *ethos* guerreiro implicava deslocamentos constantes pelas dissidências que surgiam no seio da tribo e geravam um nomadismo. Assim, “*não tem habitação permanente; geralmente se mudam todos os annos, à proporção que vão rareando os meios naturaes de sua subsistência*” (BORBA, 1908, p. 8-9).

A depender do momento do ciclo de desenvolvimento da família extensa, podia haver casas voltadas para os “jovens Kaingang solteiros”. Embora os Kaingang não possuíssem uma “casa dos homens”, como os Jê no Brasil Central, especificamente voltadas para a preparação dos jovens guerreiros, também impunham-lhes uma separação espacial e simbólica quando entravam na puberdade. Tal separação pode ser lida como um processo de transformação ritual dos meninos em homens e guerreiros. Tratava-se, assim, de um modelo de juridicidade no qual as questões primárias de direitos e as obrigações rituais dos membros do grupo doméstico se situavam no âmbito de decisões dos chefes “patriarcais” dos toldos. (RAMOS, 2008, p. 127)

Até onde os registros alcançam, os Kaingang são uma população caçadora e coletora, que dispunha de amplo território para a realização destas atividades socio-reprodutivas e também possuía agricultura incipiente. Secularmente eles ocupam as terras altas dos planaltos do Sul do país, onde abundam os pinheiros do tipo araucária, e sabe-se que tinham no pinhão não apenas um importante recurso alimentar, mas os pinheirais eram um marco significativo para a definição da territorialidade e das fronteiras intratribais. Nesse sentido, Mabilde (1983, p. 126-127) registrou que

[...] o limite entre um e outro território [Kaingang] é assinalado na casca de um pinheiro que serve de marco de divisa. A casca é cortada com um machado de pedra, para fazer a marca de cada tribo [...] O território do pinheiral, compreendido entre duas marcas, pertence, exclusivamente, à tribo que nele habita por ordem do cacique principal e nesse território é que todos os indivíduos daquela tribo apanham o pinhão para seu sustento. A invasão de outra tribo, para esse fim, é motivo para a guerra.

A respeito da terra, Manizer (1930, p. 34) destaca que não havia nenhuma forma de propriedade, sendo respeitada apenas a posse e apenas enquanto a terra estivesse em uso.

No entanto, observa que, desde sua pesquisa, que há uma clara noção de “propriedade” no que se refere ao resultado do trabalho de uma pessoa, pois a “*roça e seus direitos são estritamente salvaguardados; as sementeiras são consideradas iguais a outros bens e, como eles, são destruídas por ocasião da morte do semeador*” (1930, p. 34).

Em relação a outros tipos de bens, é possível afirmar que houvesse uma noção de pertencimento coletivo e individual, no último caso, em especial das roças e dos objetos pessoais. Nesse sentido, Shaden (1963, p. 73) observou que uma espécie de comunismo em vigor em outras tribos não existia entre os Kaingang; ponderou, contudo, que a carne de caça era sempre objeto de partilha. Para BECKER, (1995, p. 193), “*o direito de propriedade é exclusivamente individual, até mesmo em relação aos objetos das crianças e das mulheres*”.

A propriedade entre os Kaingang se expressa na existência de uma vinculação substancial entre possuídos e possuidores. Esta noção vem referenciada pelo termo *tãn*, que significa “dono de” ou “morador de” e remete à ideia de algo que, pela relação cotidiana e esse tipo de noção de propriedade é encontrado, por exemplo, nos *jiji (nomes)* Kaingang, pois, como visto, os nomes se referem às capacidades individuais.

Entre os Kaingang, quase ninguém consegue ter muitas coisas e utilizá-las só para si, pois há regras de reciprocidade entre irmãos, entre pais e filhos, genro e sogro, e demais parentes e de solidariedade, entre vizinhos que exigem, moralmente, que a pessoa coloque “seus” bens em circulação, sobretudo os alimentos, que entre eles são muito valorados. Para manter atualizados os direitos sobre os bens de interesse comum (terra para cultivo, casa de moradia e outros), é preciso ter bom comportamento em relação à comunidade (para não ser expulso e perdê-los) e ter capacidade, de fato, de utilizá-los. No mais, afirma RAMOS (2008, p. 178):

Para afirmar o direito de posse ou de uso sobre algum recurso comum, os Kaingang se utilizam da expressão *Inh sũ vê gé*, que significa “é meu também” ou “eu tenho direito sobre”. Por meio dessa expressão, referem-se, basicamente, aos bens e recursos coletivos, mas sobre os quais argumentam um direito pessoal de uso: terra, floresta, recursos financeiros da comunidade e outros.

Esses mesmos recursos podem também ser referidos como *ég tũ kar vê*, que significa “é de todos nós” ou “tudo isso é nosso”; neste caso, há a indicação da propriedade coletiva, mas sem que haja a defesa de um direito específico da pessoa que fala, sobre o bem referido. Para os objetos pessoais, a expressão mais comum é *inh sũ*, ou seja, é meu, me pertence. Essa mesma expressão é utilizada para as roças (que são normalmente referidas ao homem que as cultiva), para o pomar existente no entorno da morada, para os animais domésticos, para os parís e outros.

A partir do último relato, verifica-se que com relação à relação com a terra existe uma relação de propriedade privada o que ficou confirmado, a partir do ano de 2000, em que se tem observado que essa relação histórica com a terra vem se alterando em algumas áreas Kaingang, em especial, pois quando uma família ocupa uma área para a roça, esta é, por todos, reconhecida como pertencendo àquela família, até que a mesma deixe de produzir no local por alguns anos consecutivos.

Nesse sentido, destaca-se que são, sobretudo, os indígenas considerados “mestiços” ou “indianos” pelos demais Kaingang, os que têm apresentado a reivindicação de reconhecimento da

“propriedade” das terras que se encontram em suas posses e o direito de transmiti-las aos filhos³⁴ e netos. A vida Kaingang é cada vez mais cercada pelos *nén fóg. Fog* é categoria utilizada pelos Kaingang para se referir a tudo que é relacionado ao “não-índio”. (RAMOS, 2008, p.180)

Vê-se, assim, o surgimento de inovações na forma de relação com a terra, sobretudo nas áreas localizadas no norte do estado do Rio Grande do Sul, bem como a sua concentração em famílias com maiores recursos, circunstância que pode ter repercussões sobre o usufruto coletivo dessas áreas pelas futuras gerações, como veremos no capítulo 3.

Acerca dos casamentos, os dados históricos indicam que não eram cercados de grandes formalidades, mas apenas havia a prescrição de casar com membro da metade oposta. Quanto ao ritual, consistia basicamente em, depois de decidido pelos pais, ser comunicado ao *põ'í*, que conjugava atribuições políticas, jurídicas e rituais; a partir daí o novo casal passava a coabitar.

De acordo com Horta Barbosa, a autoridade dos pais não cessava com a maioria dos filhos e estendia-se até depois do casamento, pois presenciou “uma mãe viúva desfazer dois casamentos de sua filha contra a vontade desta e dos genros” (1947, p. 53). Horta Barbosa que informa uma prática na qual alguns pais repassavam suas filhas aos futuros maridos ou a um dos irmãos (*cainqués*), ao qual incumbe, daí por diante, zelar por ela e sustentá-la, até a data do seu casamento. Por este uso, o filho mais velho que tem a seu cargo o sustento de uma irmã, não pode contrair casamento antes dela (HORTA BARBOSA, 1947, p. 54).

Como são patrilineares, Teschauer (1927, p. 30 e 49), afirmou que, segundo a opinião dos Kaingang, a criança devia a sua existência exclusivamente ao pai e que a “mãe era somente a depositária e guarda da prole e [que] esta [mãe] não contrai deveres com aquela [criança]”.

Em Kaingang, o termo usado para gravidez é *mãn*, que literalmente significa “pegar a cria de um homem”, ou seja, o filho é percebido como substancialmente vinculado ao pai, portanto, como um ser que é gerado a partir do corpo e sêmen do homem e que é, apenas, gestado pela mulher. Há vários casos de separações em que a família paterna não reivindica as crianças; nestes, se a mulher desejar, pode manter consigo todos ou alguns dos filhos. (RAMOS, 2008, p. 160)³⁵

34“Para os padrões de herança, o primeiro filho é o mais importante; este é chamado *kâke*, que é termo relacional e se opõe a *jävy* (quando o irmão mais velho se refere aos seus irmãos mais novos) ou *ve* (para referir-se às suas irmãs mais novas). Antes, a principal herança transmitida de pai para filhos era relativa ao status das metades; hoje estão inclusos também os objetos pessoais, a casa, se os filhos nela permanecerem, e a roça cultivada, se se mantiver o cultivo sobre ela. Entretanto, ainda hoje, a principal herança reconhecida tem por base os conhecimentos transmitidos, pois os Kaingang dizem que é obrigação dos pais ensinarem os filhos a ser como eles”. (RAMOS, 2008, p. 179)

35Em Kaingang, o termo para adoção é *tu* que, literalmente, indica o movimento da mãe de colocar a criança nas costas, sendo esta a forma que as mulheres Kaingang carregam seus filhos pequenos. Aos filhos biológicos referem-se como *vÿ*. (RAMOS, 2008, p. 161)

Entre os Kaingang, a pessoa possui vários nomes: um no documento produzido pelo posto indígena, geralmente em português; um ou mais, na língua Kaingang: um apelido pelo qual é mais conhecido, para citar apenas alguns. Como dito, no caso dos sobrenomes, dificilmente estes correspondem aos dos documentos oficiais, pois a cada nova união a mulher passa a assumir o sobrenome do marido e afirmar o mesmo para os filhos que, por ventura tenham sido trazidos do casamento anterior. (RAMOS, 2008, p. 164)

No que tange à classificação das pessoas de acordo com estes critérios, há, entre os Kaingang, cinco categorias principais que, em nossa sociedade, trataríamos por crianças, jovens, adultos e velhos; todavia, deve-se advertir que entre os Kaingang as marcações dessas categorias não são fixadas pela idade cronológica³⁶. É a vitalidade e a performance pessoal que determina a classificação e o *status* da pessoa junto a seu grupo específico.

As mulheres podem ter dificuldades em manter a guarda de seus filhos, sobretudo quando que não procedem da maneira vista pelos Kaingang como moralmente correta (*ke ha han ke*), principalmente quando são determinadas como *me tu*³⁷.

Atualmente, a regra geral entre os Kaingang é a monogamia. Tal se deve ao fato de, desde os aldeamentos imperiais, terem sido prática reprimida e que, ainda hoje, é condenada pelas igrejas cristãs existentes. No passado, eram os pais que indicavam os cônjuges, hoje prevalece a livre escolha, embora não sejam raros casamentos ajustados pelos pais. A exogamia de metades não é mais uma prática observada. (RAMOS, 2008)

O casamento, quando decidido entre os cônjuges, é acertado com os pais da moça. Logo após a aceitação paterna, a união é submetida ao cacique. Quando um casamento é desfeito, um dos primeiros a serem comunicados é o cacique. Muito raramente procuram “regularizar” esses registros junto ao Posto da Funai. (RAMOS, 2008)

A matrilocalidade é mantida pelos Kaingang, mas varia conforme o momento do ciclo de desenvolvimento do grupo doméstico. Assim, observa-se uma matrilocalidade inicial e temporária do novo casal na casa dos pais da moça, onde vivem durante os primeiros anos de união

³⁶“Essas categorias são: *gĩr sĩ* (ou *gĩr xĩ*), na qual incluem os bebês que ainda não andam; *gĩr*, que se refere a todas as crianças até por volta dos 10 anos, mas pode se estender até aproximadamente os 15 anos ou mais, a depender da aparência, do comportamento e do status da pessoa; *tá tãg* para as moças casáveis; *kyrũ*, para o moço na mesma situação; *jỹ* para as mulheres adultas e casadas; *vỹ* para os homens adultos e casados; e *Kofá*, na qual incluem todos os homens e mulheres que têm netos, o que entre eles se dá por volta dos 30 anos de idade. Apenas para as crianças e para os idosos não dispõem de marcações baseadas no gênero”. (RAMOS, 2008, p.154)

³⁷As outras mulheres Kaingang se referem às *mé tũ* como mulheres que bebem, fumam e fazem bailes para se divertir. Pelos favores sexuais prestados aos homens, elas nada recebem, pois, caso um homem comece a presentear-las em retribuição ao sexo, o ato equivale a um pedido de casamento. Quando as *mé tũ* se casam, mudam abruptamente de comportamento, dando-se o mesmo com a comunidade mais ampla em relação a ela, que passa a tratá-las do mesmo modo que a qualquer outra mulher casada. Só são consideradas *mé tũ* mulheres que já foram casadas e que se separaram e, nunca, as *tá tãg*, ou seja, as moças em idade de casar. (RAMOS, 2008, p. 163.)

marital e, com o passar do tempo, uma tendência à matrilocidade de aldeia³⁸. Esse tipo de arranjo sócio-organizacional e espacial possibilita aos Kaingang estabelecerem redes de parentesco.

O mais comum é que o casal se mantenha na casa ou aldeia originária da esposa até que o homem cumpra suas obrigações para com o sogro, que consistem, basicamente, em trabalhar alguns anos na roça familiar deste (CID FERNANDES, 2000), ou até que adquira capacidade de autossustentação. Acerca do adultério na comunidade Kaingang:

O adultério, entre os coroados, é punido com a pena de morte e isto, singularmente, contrasta com a facilidade com que emprestam, aos estranhos, a mulher que possuem. Pela informação que recebemos de um cacique principal, o adultério é raro entre eles, talvez devido ao temor da morte (MABILDE 1983, p. 66).

Sobre a forma como era executada a pena no caso de adultério, afirma o mesmo autor que “*os adúlteros, mulher e homem, são atados a uma árvore, ao lado um do outro, e mortos a flechadas*”. As flechas usadas seriam a do próprio condenado e, para assistir à execução, eram reunidas “*todas as tribos*”, sendo que o ato era executado “*pelos homens mais moços da tribo a que ambos pertencem*”. Depois de mortos, ficam ainda atados à árvore e expostos até o dia seguinte, quando eram enterrados sem cerimônias. (MABILDE, 1983, p. 66-67)

Assim, o adultério, como no passado, é hoje percebido como um erro e punido pelas lideranças Kaingang:

Se “antes gerava pena de morte, hoje recebe uma das menores penas, pois aos adúlteros aplica-se *vénh si ja vénh si jafá* (prisão) e *véhn jyvén* (aconselhamento, advertência). Situação diferente do adultério é quando o casal adúltero insiste em ficar junto, pedindo a separação dos seus cônjuges”, pois “Nesse caso, a punição se agrava, pois o sistema jurídico Kaingang atual, visa à estabilidade e à durabilidade dos casamentos, de modo que o casal adúltero é transferido de TI”. (RAMOS, 2008, p 157)

Vale ressaltar que “a poligamia era prática comum, sendo que o cacique principal era dos poucos que podiam dispor de várias mulheres, o que refletia o seu status diferenciado” (MABILDE, 1983), porque o *status* diferenciado de um bom guerreiro revelava-se pelas várias esposas que dispunha, atributo geralmente relacionado aos chefes políticos a fim de se estabelecerem alianças e trocas com subordinados.

³⁸“Entretanto, com o tempo, este homem, a princípio um estrangeiro, adquire vínculos políticos com seus con-cidadãos e parentes afins, e com o crescimento e casamento das filhas podia vir a se tornar o chefe do grupo. Todavia, este homem e seus filhos e filhas, dada a patrilinearidade, ficavam sempre vinculados, por laços de sangue, ao grupo de origem, localizado em outras aldeias. Em termos estruturais, esse tipo de organização social, como observaram os africanistas, tende à segmentaridade e configuração de facções, uma vez que gera um conflito de fidelidades”. (RAMOS, 2008, p. 128)

e) Papel das mulheres na comunidade Kaingang

Por se tratar de uma organização e estrutura social voltadas para o universo masculino, nelas as mulheres tinham um valor menor, embora fossem elas que, pela matrilocalidade, trouxessem os homens para o seu grupo doméstico. Elas também eram o maior símbolo de *status* que os homens poderiam ter, sendo, justamente por isso, um dos principais motivos de guerras e disputas entre homens. Isso porque:

“As mulheres têm acesso restrito às esferas formais de poder político, contudo, detêm poder quando próximas da liderança. As mulheres Kaingang possuem personalidade forte, de modo que a maioria das punições masculinas é promovida por elas. Em situações de conflito, assim como os homens, não se furtam ao enfrentamento físico. Muitas vezes, são elas as que, nessas situações de tensão, ficam ainda mais exaltadas: xingam, provocam e atiram objetos como demonstração de sua hostilidade e desaprovação. (RAMOS, 2022, p 38)”

Assim, atualmente, no que tange às relações entre os gêneros, pode-se afirmar que os Kaingang não são igualitários, pois os homens têm *status* superiores e direitos a mais que as mulheres, como no caso da patrilinearidade e da posse legal dos filhos.

Contudo, são as mulheres que:

“garantem a reprodução física e cultural das coletividades Kaingang, nesse sistema de parceria entre homens e mulheres, que diga-se de passagem, é reproduzido desde o início da história, onde: às mulheres fica relegada a maioria das atividades relacionadas à esfera doméstica: cuidados com os filhos e idosos, preparação de alimentos, cuidado com as roças de subsistência, coleta nos arredores das aldeias, entre outras; e, aos homens, as esferas públicas, caçadas coletivas, preparação de rituais, deliberações políticas, entre outras”. (RAMOS, 2022, p.37)

No campo penal, as diferenciações entre gêneros são mínimas.

A participação das mulheres nas tomadas de decisões não é diminuta, pois “é comum e aceita a afirmação de um líder de que sua esposa ou as outras mulheres não aceitarão uma determinada decisão, sendo considerado um argumento público válido e aceito pelos demais homens”. Assim, tudo se passa como se os homens no espaço público fossem os porta-vozes das mulheres, que no espaço privado são soberanas. (RAMOS, 2008, p.166)

De acordo com o relatos antropológicos:

“as mulheres mais jovens que foram estudar fora da TI tendem a reivindicar mais direitos que as mais velhas, pois com a profissionalização desta geração, buscam denunciar os arbítrios e abusos e promover as mudanças que entendem positivas para as mulheres Kaingang dentro e fora de suas aldeias, de forma que “práticas ou costumes culturais violentos ou degradantes não devem mais ser reforçadas ou toleradas, sejam eles direcionados aos homens ou às mulheres” (RAMOS, 2022, p. 40)

Por fim, saliente-se mais uma vez o poderio do cacique, que pode insinuar e fazer a cobrança de pensão alimentícia³⁹.

f) Contratos

Os contratos firmados entre os próprios Kaingang costumam ser cumpridos dadas as muitas obrigações internas e consequências que desencadeiam, ou seja, pela possibilidade de conflitos que a sua quebra gera. A força obrigatória dos contratos está na própria vida em comunidade e na importância do respeito à palavra dada, assim como ancorados nos princípios *jykré kuryj e jykré pano (justo ou injusto)*. (RAMOS, 2008, p.168)

Os Kaingang quebram os seus contratos quando passam a se sentirem lesados.

Essa quebra contratual pode ocorrer também quando estabelecida com não-índios. Este é o caso, por exemplo, dos agentes de saúde indígenas, dos chefes de postos, dos tratoristas, dos professores bilíngues, dos agentes sanitários indígenas, dos motoristas e outros.

Entretanto, mesmo estes contratos entre Estado e indígenas são flexíveis naquelas TIs, no sentido de que, se as lideranças locais desejarem, podem efetivamente impedir a continuidade da prestação do serviço contratado pelo Estado, sob os mais diversos modos, inclusive, querendo determinar a contratação de parentes para os cargos oficiais de prestação de serviços do Estado, ferindo a impessoalidade, casos que são recorrentes nas TI e que chegam à comunicação do Ministério Público Federal e foram objetos de Recomendação tanto pelas Procuradorias dos Municípios de Chapecó-SC, Passo Fundo-RS e Erechim-RS.

Isso porque ficou comprovado havia a recorrente de ingerência/interferências arbitrárias de caciques nas contratações de pessoal para prestação de serviço de saúde, educação, limpeza, transporte e correlatos, baseado em critérios políticos e indicações arbitrárias de lideranças indígenas, em detrimento de critérios técnicos⁴⁰.

Compete, inclusive, à SESAI (Secretaria de Saúde Indígena) e às Coordenadorias Regionais de Educação não cederem às pressões do cacicado, em virtude destes serviços públicos não estarem sob comando da liderança indígena, afinal, quem arca com os recursos para o pagamento destes servidores é o Estado.

39 “ Quando o pai biológico não queira o casamento; nesta hipótese, se a família da *tá tãg* delatá-lo às lideranças, o pai biológico poderá ser punido com cadeia e, algumas vezes, especialmente se tiver renda, poderá ser obrigado a ajudar materialmente na criação do filho”. (RAMOS, 2008, p. 164)

40Recomendação nº 14, DE 17 DE AGOSTO DE 2021, no Inquérito Civil nº 1.29.018.000054/2020-64 e Recomendações nº 15/2014, 20/2014, 16/2018 e 13/2019, de 1º de julho de 2019. no Inquérito Civil nº 1.33.002.000480/2018-20.

Além disso, são comuns extorsões contra os prestadores de serviços de saúde e da educação, dentro das terras indígenas, pelos caciques, para que continuem a prestar o serviço sem ameaças à integridade física ou a manutenção de seu trabalho. Tais manifestações são recorrentes que geram investigações penais⁴¹ no Ministério Público Federal e para a Polícia Federal.

g) Chefias políticas

Na literatura histórica, observam-se duas diferentes descrições sobre a forma como era exercida a autoridade política pelas chefias Kaingang: em uma, são descritas como despóticas e, em outra, como dotadas de pouco poder⁴².

A importância dos *põ'í bang* na vida de suas comunidades já se revelava no século XIX, uma vez que as trajetórias política e pessoal de alguns deles tiveram o poder de determinar os desdobramentos futuros e a garantia de direitos territoriais às suas parcialidades, sendo que muitas das atuais TIs Kaingang, e mesmo algumas cidades e TIs da região Sul, receberam o nome dos caciques principais que ali viveram – são exemplos a cidade de Vitorino, no Paraná, e as TIs Cacique Doble, Condá e Nonoai, no Rio Grande do Sul, para citar apenas algumas. (RAMOS, 2020, p. 10)

A centralidade do cacique na vida coletiva dos Kaingang também se faz notar pelas práticas e concepções de direitos: tais como as relativas ao direito de permanência em determinada área, à livre escolha de todos os seus auxiliares, à distribuição das terras coletivas para o uso de famílias específicas, assim como a definição das punições àqueles que cometem erros/crimes.

Os Kaingang são essencialmente políticos, e manipular e jogar com fatos⁴³ e argumentos são habilidades almeçadas em seus caciques e lideranças. Como são faccionalistas, as narrativas nunca são neutras, mas atualizadas de acordo com o lugar social e as alianças que estabelecem, de modo que, aos ouvidos de quem faz as suas oitivas, parecem propensos à mentira e à teatralidade.

Tudo indica que a transmissão do poder entre os Kaingang nunca se deu de forma hereditária. Pelos registros do século XIX, observa-se que as chefias se impunham pelas suas

41 Processos n. 50023184620204047104 e n. 5003900-81.2020.4.04.7104 que correm na Justiça Federal da 4ª Região.

42 Os registros de Telêmaco Borba, Horta Barbosa e Ambrosetti, por exemplo, trataram das chefias Kaingang como dispondo de poucos meios para fazer valer as suas decisões. Mabilde, ao contrário. Os dois tipos de descrições não são, necessariamente, contraditórios. Estas podem ser vistas como complementares, na medida em que ambas apontam para atributos que eram necessários aos *põ'í*: por um lado, a bravura e a força para se impor nas guerras e, por outro lado, a generosidade com seus aliados, como na cessão de mulheres. (RAMOS, 2008, p. 134)

43 Em função disto há, na língua Kaingang, diversos termos ou expressões que traduzem a ideia de mentira, a exemplo de *otbê* e *hobénh*, que podem ser traduzidos por mentira, sendo o seu oposto *kihoh* (verdade). No dicionário da língua Kaingang produzido por Úrsula Wiesemann: *væmén mæ*: mentira; *vænh ó*: mentiras; *vænh un'ó*: mentiroso; *vatánh* (singular) ou *jænjæn* (no plural), que remetem à ideia de enganar o outro (Wiesemann, 2011). (RAMOS, 2020, p.48)

qualidades de liderança, de bravura, de astúcia, pela capacidade de ampliar as suas alianças, pela generosidade e pela sabedoria, conjugando força política e ritual. (RAMOS, 2008, p. 135)

Acerca da forma como ocorria a assunção ao poder, Mabilde (1983, p. 160) relata que a liderança era uma prerrogativa masculina e a sua escolha ocorria “livremente pelas tribos, não havendo herança ou transmissão hereditária dessa hierarquia por morte de qualquer cacique”.

Além das decisões jurídicas de cunho territorial e diplomático, parecem ter passado pelo cacique principal, também, as questões relacionadas à cidadania. Assim como hoje, há indicativos de que a perda do direito de permanência junto a uma determinada unidade política, por decisão dos chefes e por motivos políticos. Uma legítima pena de degredo para o *kaingang*⁴⁴. Assim, havia transferência de famílias indígenas de áreas de onde eram originárias para outras com as quais não tinham vínculos estreitos, como uma forma de isolá-las e puni-las

A autoridade do cacique não deve ser confrontada sendo que nenhum subordinado ousava substituí-lo, sob pena também de ver declarada uma guerra contra si. A desobediência é vista como traição pelo cacique, gerando, ou a expulsão da família da aldeia ou a sua morte (MABILDE, 1983, p. 42).⁴⁵ Para este mesmo autor, os coroados obedecem a seu cacique pelo temor das penas⁴⁶.

Por exemplo, como visto em campo, por exemplo na TI LIGEIRO, em Charrua-RS, em contextos normais, e dependendo do tema, há certa liberdade de expressão no interior das TIs. No entanto, geralmente esse pressuposto deixa de valer quando a expressão da pessoa se refere a críticas às lideranças e ao cacique, pois pode ser interpretado por estes como indício de movimento político faccional e gerar punição para a pessoa. (RAMOS, 2020, p. 22)

No que tange às situações que desencadeavam a morte de algum membro da comunidade por outro, informa Mabilde (1983, p. 81-82) que havia entre eles a vendeta, ou seja, a

44 Tais penas eram vistas pelos Kaingang, como das mais agressivas e aviltantes; muitas vezes essas penas eram conjugadas, pois, à perda do status se seguiam humilhações públicas, com a participação da ampla coletividade (MABILDE, 1983, p. 81)

45 “Em 1850, conversando com o cacique Braga, perguntei-lhe o que faria se reconhecesse que os indivíduos – por ele mandados visitar os companheiros das outras tribos subordinadas – ao regressarem ao seu alojamento lhe contassem fatos inexatos ou provocassem intrigas que pudessem fazê-lo, injustamente, declarar guerra a uma das suas tribos. Respondeu-me aquele cacique: ‘Ainda não me aconteceu isso, mas se um indivíduo da minha tribo me enganasse de tal maneira, imediatamente que o descobrisse o mandaria matar. Eles todos sabem disso e, por esse motivo, nunca me enganam, quando regressam daquelas viagens a seus companheiros’” (1983, p. 45).

46 Também em Mabilde encontramos: “Perguntamos ao cacique o que faria, quando as mulheres desobedeciam à sua ordem. Começou por dar uma risada e disse-nos que, quando não obedeciam, as outras mulheres davam-lhes pancadas e que isso era o suficiente para que logo cumprissem a ordem recebida” (1983, p. 83). Novamente é Mabilde que informa que: “Daí se originam alterações e lutas em que sempre sucumbe o desobediente, que tem contra si todos os indivíduos das tribos. Se o desobediente possui mulher, é ela dada pelo cacique principal, a outro homem da tribo assim que se verificou a desobediência e antes do culpado retirar-se para viver isolado” (1983, p. 82). Informa também Mabilde que aos “[...] desobedientes, disse-nos o cacique Braga, foram todos mortos no fim de três ou quatro dias, em brigas que resultam, sempre, das zombarias feitas pelos outros coroados (1983, p. 82- 83). Escreve Mabilde que “os coroados respeitam muito os seus caciques e o indivíduo que desobedece ao chefe supremo da tribo é tratado com maior desprezo e rigor pelos outros membros de todas as tribos” (1983, p. 81).

possibilidade de ocorrência de outras mortes para solucionar um conflito. Assim, vigorava a lógica presente na “lei do Talião” expressa no “olho por olho, dente por dente”. A pena de morte era aplicada não só ao inimigo, como também aos co-cidadãos. (MABILDE, 1983, p. 81-82).

Contudo segundo o mesmo autor:

Os indígenas coroados admitem só um caso de homicídio: aquele praticado com premeditação e que, aliás, dizem ser desconhecido entre eles. Todos os outros casos de homicídio são considerados casos fortuitos e nos quais entendem não haver criminalidade. Até o homicídio, cometido nas ocasiões em que brigam entre si, por qualquer frivolidade (o que acontece frequentemente entre eles), é considerado um ato muito louvável, porque entendem que, com isso, provam ter coragem e não temer a morte (1983, p. 84).

A história demonstra que já na metade do século XX, em especial entre os Kaingang já aldeados há bastante tempo, eram realizados “julgamentos” pelos próprios. Estes julgamentos eram presididos pelos caciques e que, em alguns casos e desencadeavam reuniões ou tribunais circunstanciais dos quais também participavam as demais lideranças. Nesses, o cacique buscava construir um consenso em torno da questão, mas de acordo com o seu entendimento. Dos relatos verifica-se que:

[...] os julgamentos e a execução das sentenças [...] dentro da tribo é exercido pelo cacique e praticamente de modo irrestrito. Só em alguns casos, principalmente quanto ao poder judiciário, está subordinada à reunião da tribo, mas geralmente á assim que ele, em virtude da sua autoridade, impõe a sua vontade (BECKER, 1995, p. 18).

A depender da importância da causa em juízo, todos os “*homens de maior idade*” participavam do julgamento. Pela descrição, constata-se que “eram decididos nessas reuniões apenas os delitos praticados por indígenas contra indígenas e ocorridos dentro da reserva e, que as questões envolvendo índios e brancos, ou índios fora da reserva, a jurisdição era das forças do Estado”. (RAMOS, 2008, p. 139)

Como se percebe, parte significativa das questões administrativas e jurídicas que ocorrem em uma TI passa pelo cacique. Este é auxiliado pelo seu vice e por um grupo de lideranças que é auxiliado pelos genros. Atualmente, o que se observa é que os caciques e lideranças que fazem uso de recursos coletivos de maneira oculta, em pouco tempo passam a ser acusados de roubo ou de má-gestão.

A violência e arbitrariedades contra os Kaingang, no tempo do SPI, certamente relaciona-se com as problemáticas do presente para o povo Kaingang, como o exercício do poder de forma despótica que se observa em várias Terras Indígenas. Juracilda Veiga (2006, p. 6) assim descreve:

“O fim desse sistema parece coincidir com a extinção do SPI e criação da Funai (final de 1967). No entanto, fez escola. Para obrigar os índios a se submeter a

esses trabalhos, o SPI interferiu nas lideranças indígenas, seja através do suborno das que aceitaram submeter seu povo, seja através da troca dos pō'i, que passaram a ser indicados ou colocados pelas autoridades não-indígenas, agora intitulados “caciques”. Essa interferência modificou a qualidade da representação política dessas lideranças que, de autoridades representantes de sua parentela, passaram, na prática, a representantes do Estado Brasileiro junto aos seus parentes. Essas lideranças foram cooptadas pelo sistema administrativo do governo e, com o tempo, passaram a aplicar diretamente as punições exigidas pelo Chefe de Posto, representante local do governo. Tais práticas passaram a ser consideradas, em algum momento, como um “costume indígena”. De distribuidores de bens e riquezas, no passado, as novas autoridades indígenas passaram a utilizar o seu poder de forma despótica e arbitrária, transformando as terras indígenas numa instituição total, (Foucault 1984), onde as autoridades tem controle absoluto sobre a vida do cidadão”.

Na atualidade, o tempo de permanência de um cacique no poder é bem menor, todavia ainda hoje as redes familiares são importantes, pois se não são os próprios homens com perfil de liderança que assumem o poder, eles se utilizam da sua presteza política para projetar a sua parentela.

Nem todos os membros da comunidade local participam do processo de escolha do cacique.

No pleito os critérios não são claros nem rígidos, variando de uma eleição para outra. A ideia de eleição como a forma legítima para a escolha dos representantes é decorrência da influência dos agentes governamentais, sobretudo do SPI e da Funai, que se fazem presentes junto aos Kaingang, desde as primeiras décadas do século XX.

A legitimidade de um cacique é construída no cotidiano das relações comunitárias, de modo que também não há tempo pré-determinado para ele fique no poder. O cacique, muitas das vezes, replica a estrutura formal das instituições nacionais, como conselhos e polícias.

Uma vez no poder, o cacique e suas lideranças são considerados autoridades pela sua comunidade, independentemente da forma como o tenham assumido. Nos termos de Ricardo Cid Fernandes, que detidamente estudou o sistema político dos Kaingang, “a impressão é de que não importa muito a maneira como alguém chegou ao poder; uma vez no poder, é autoridade. Deve agir como autoridade e ser respeitado como tal”. (2003, p. 134)

As eleições, especialmente as municipais, mexem profundamente com o cotidiano dos Kaingang, desencadeando uma série de conflitos intra-aldeia, até porque estas terras indígenas ficam em municípios pequenos que possuem uma significativa percentagem do eleitorado pertencente às comunidades indígenas. Assim, os kaingang utilizam-se da política municipal como instrumento de articulação interna, elemento hoje constituinte de sua sociopolítica, sendo mais um elemento exógeno absorvido e apreendido das relações inter-étnicas.

Não à toa, elegem vereadores e também prefeitos. Contudo, para tanto, o cacique só permite a propaganda eleitoral do seu partido político dentro da TI, de modo que a atuação do Ministério Público Eleitoral e da Polícia Federal é totalmente ineficaz para garantir a liberdade de ideias e propaganda eleitoral, e do mesmo modo, permite a implantação do voto de cabresto⁴⁷.

Assim, verifica-se que a escolha dos membros da liderança é uma prerrogativa do cacique, que é figura central e quem decide cada cargo. Dentre suas principais atribuições estão a de planejar e organizar os trabalhos comunitários, manter o controle social interno e representar a comunidade perante instâncias externas.

Contudo, o controle social fica a cargo do Capitão, responsável pelo Policiamento e demais postos abaixo de sua patente, a quem cabe coordenar a polícia indígena e garantir a disciplina na aldeia, para fazer valer as chamadas regras disciplinares internas.

Já, o vice-cacique é o substituto do cacique e teoricamente atua na sua ausência, mas na prática funciona como parceiro, um aliado que, juntamente com os cargos de Coronel e Major, formam os auxiliares imediatos do cacique, podendo acompanhá-lo em reuniões ou mesmo eventualmente representá-lo, responsáveis pelo planejamento e organização dos trabalhos comunitários.

A atividade mais importante de um cacique, entretanto, é a representação do grupo perante as instâncias externas, sendo uma atribuição exclusiva sua, momento em que encarna a coletividade e assume a máxima responsabilidade de líder.

De acordo com o etnólogo e pesquisador Ricardo Cid Fernandes (2003, pág. 165), a atuação extramuros de seus caciques é bastante privilegiada em terras Kaingang, uma marca importante da política deste povo registrada por observadores desde o século XIX.

No mais, complementa Amorim (2020, p. 35):

“Além de representar a comunidade, os Kaingang esperam que o cacique trabalhe para o grupo, em busca incansável por melhorias. Segundo dados da Antropologia Política, a autoridade do líder indígena depende de sua capacidade de obter benefícios, materiais ou simbólicos, e distribuí-los generosamente. É preciso mostrar os resultados, tanto interna quanto externamente. Hoje o líder Kaingang não se sustenta apenas com o prestígio dentro de sua aldeia: é imprescindível que seja reconhecido e respeitado como autoridade também no ‘mundo dos brancos’. E quanto mais reconhecimento o cacique alcançar nesse universo extramuros, mais prestígio trará para a coletividade. Sua reputação interna depende disso, sendo que o inverso também é verdadeiro. Em caso de desmoralização pública do cacique, a desonra será coletiva.”

47 No REsp Eleitoral nº 287-84.2012.6.16.0196 essa discussão chegou à tona sobre a possível prática de abuso de autoridade, no âmbito eleitoral, supostamente cometida por cacique, que teria orientado os integrantes da sua tribo a votarem nele em pleito para vereador. Para afastar a condenação, o TSE assentou a necessidade de respeito, pela jurisdição estatal, da cultura tradicional dos povos indígenas, que se pauta pela admissão do papel do cacique de direção dos rumos políticos da comunidade étnica. (SARMENTO, 2016, p. 287)

Vê me são reuniões voltadas para a tomada de decisões administrativas e jurídicas.⁴⁸

Se alguma questão em litígio envolve interesses de coletividade, das *vê me* participa, além do cacique, um conjunto maior de lideranças e de pessoas. O ato de reunir-se para qualquer fim é referido como *vénh pãnpin* ou *vénh pãnpir*; de modo que as *vê me* tem um caráter mais formal do que a simples junção. Não há um lugar previamente definido onde as *vê me* devam ocorrer. Elas tanto podem ser marcadas com alguns dias de antecedência, quanto acontecer na sequência dos atos que as ensejaram. É comum que aconteça na casa de uma das partes. Geralmente as *vê me* são públicas, pois quem desejar pode ficar e assistir ao desenrolar dos atos e às narrativas dos fatos. Sempre são famílias, e não apenas as pessoas envolvidas. (RAMOS, 2008, p. 167)

O cacique propõe uma solução, que, se aceita, passa a ser ajustada entre as partes. Quando isto não é possível, é ele quem dá a palavra final sobre como a questão deve ser sanada. Esta solução, como dito, não é livre, pois norteada pelos valores morais e legais Kaingang. Nas palavras de Pierre Clastres, autor clássico de Antropologia Política:

“O chefe tem a tarefa da manutenção da paz e da harmonia no grupo. Ele deve também apaziguar as disputas, regular as divergências, não usando de uma força que ele não possui e que não seria reconhecida, mas se fiando apenas nas virtudes de seu prestígio, de sua equidade e de sua palavra. Mais que um juiz que sanciona, ele é um árbitro que busca reconciliar.” (CLASTRES, 1978, p. 23)

Conforme o também já mencionado especialista em política Kaingang, Ricardo Cid Fernandes (2003, p. 266):

“Os processos de tomada de decisões que implicam na atuação do cacique e da liderança envolvem a maioria dos temas que dizem respeito à condução da vida social no interior de uma terra indígena Kaingang. Neste nível de decisões políticas podemos incluir: as decisões sobre o acesso ao sistema de abastecimento de água e energia elétrica, sobre a distribuição das cestas básicas, sobre os serviços de educação, sobre as funções remuneradas no interior da comunidade e sobre a participação em projetos financiados por agente externo.”

Sem falar do controle social interno, cujo modelo entre os Kaingang reserva ao cacique e sua liderança grande protagonismo, a quem cabe a prerrogativa de julgar e de punir, e para a qual dispõe de cadeia e força policial. Ou seja, o cacique decide sobre praticamente tudo que diz respeito

⁴⁸“Não há necessidade de *vê me*, por exemplo, quando se trata de uma decisão que envolva direitos e interesses de apenas uma pessoa ou unidade familiar, quando há consenso ou quando não há conflito de interesses em jogo. Este é o caso, por exemplo, das chancelas de casamentos; das autorizações para a abertura de uma nova área de roça por uma determinada unidade familiar ou para a ampliação de uma roça já existente; para autorizar o uso, por pessoa ou grupo, de algum bem coletivo, como dos tratores, ônibus ou caminhões; para permitir a mudança de famílias de uma outra TI para a sua; para autorizar que famílias da própria TI troquem de casas entre si, com o fim de ficarem mais próximas de parentes ou para evitar contendas entre vizinhos por causa das criações (galinhas, gado, cavalos), além de uma infinidade de outras.” (RAMOS, 2008, p. 167)

à vida coletiva. Deste modo, o que os Kaingang esperam de seu cacique é que seja *wénh kuryj*, ou seja, que seja um bom juiz ou justo na sua avaliação. Por isso, na maioria das *vê me* em que são julgados casos conflitivos, o cacique costuma fazer considerações verbais, justificando a sua decisão, por meio de um senso de justiça.

Na atualidade, os Kaingang dispõem de mecanismos de controle interno e externo. No primeiro caso, pela possibilidade de configuração de uma facção, dentro do próprio corpo político instituído pelo surgimento de grupos de oposição. Quando isto ocorre, o normal é que o cacique seja deposto e expulso da área, juntamente com as lideranças descontentes com a nova situação. Sobre as formas de controle externo, estas se dão, sobretudo, quando os próprios indígenas questionam, junto ao sistema jurídico nacional ou a outras instâncias administrativas da sociedade abrangente. (RAMOS, 2008, p. 168)

Nas questões que demandam punições físicas, o cacique só tem condições de agir com o apoio das suas lideranças, sobretudo daquelas designadas como “polícias do cacique”. Quando o cacique e suas lideranças não têm força política suficiente para realizar a expulsão de um grande grupo de adversários que está prestes a lhes tomar o poder. Uma das estratégias adotadas pelos caciques tem sido acionar as polícias do Estado, em especial, a Polícia Federal⁴⁹.

Quando uma pessoa comete algum erro na TI onde vive, os Kaingang entendem que, para evitar maiores conflitos (prevenção) e para que a pessoa pague pelo erro (punição), ela deve ser transferida, junto com sua família nuclear ou extensa.

Na atualidade, como no passado, esse tipo de estratégia e ação política desencadeia o desequilíbrio de forças nas relações intra-aldeia, porque retira a capacidade de reação das comunidades e reforça o poder de caciques e lideranças que, algumas vezes, ficam demasiadamente poderosos, tornando-se verdadeiros déspotas, que segundo Ramos:

“O que se nota é que as pessoas relacionadas à facção que está no poder são beneficiadas circunstancialmente com a situação, aproveitando desse contexto para se projetar socialmente. Nesse sentido, ao menos durante o período em que detêm o poder político, os membros da facção dominante asseguram para si um *status* diferenciado em relação aos demais membros da sua comunidade, assim como uma maior margem de “direitos”. Contudo, nesse *plus* de direitos, não pode haver abusos e excessos — da perspectiva dos Kaingang —, pois ações com estas

⁴⁹“Normalmente os caciques e lideranças conseguem convencer o Administrador Regional da Funai quanto à necessidade da presença desta Polícia, sob o argumento da iminência de um grande conflito, com violência e mortes. Assim, é o próprio Administrador quem encaminha o pedido àquela instituição. Essas ações planejadas por alguns caciques têm por finalidade, por um lado, garantir a execução de um ato que, somente com sua força política intra-aldeia, não teria condições de fazê-lo e, por outro, conduzir sua comunidade ao falso entendimento de que o “governo” está do seu lado, gerando, assim, uma legitimação forçada e construída externamente. Esta não é prática nova entre os caciques Kaingang, pois, como visto, chamar para o seu lado “autoridades” fôg foi postura corriqueira de chefes políticos Kaingang, pois fartamente documentada ao longo do século XIX como uma das formas de manutenção do poder político junto ao próprio grupo.” (RAMOS, 2008, p. 170)

características, com o tempo, costumam gerar a desmoralização e a perda do poder” (RAMOS, 2008, p. 175).

Assim, se uma família deseja ampliar a sua roça e para tanto necessita derrubar alguma capoeira, tem de pedir a autorização ao cacique, pois é ele quem controla todos os recursos coletivos existentes nas áreas, desde os naturais até os construídos e adquiridos. (RAMOS, 2008, p. 178)

Por exemplo, esses direitos “a mais” que as lideranças e seus aliados possuem podem ser observados, por exemplo, quando da abertura das roças com os equipamentos agrícolas comunitários, em especial o trator. Veja-se que o combustível sempre acaba antes de concluído todo o trabalho planejado. Todavia, como as primeiras roças a serem abertas são as das lideranças, dos seus parentes e dos correligionários, estas são as únicas garantidas. Aos outros, resta a alternativa de trabalhar a terra com enxada. Esses ajustes revelam que as lideranças criam critérios para se beneficiar por entenderem que nem todos têm o mesmo direito sobre os bens coletivos.

h) Das Punições Kaingang

O sistema penal, como todo o sistema jurídico Kaingang, não é fechado em si mesmo, com regras claras e pré-estabelecidas, ou seja, nele não há o que no nosso sistema jurídico é tratado como tipicidade. A ideia mais próxima à de “crime”, em Kaingang, expressa-se na categoria *kyne* ou *kygrrê* (plural), que significa “erro”. Este termo pode vir sozinho ou acompanhado de uma adjetivação, por exemplo, *mág* (muito grande). (RAMOS, 2008, p. 183)

As funções da pena são correlatas àquelas previstas no Código Penal: a recuperação da pessoa, a revisão de um ato reprovável e o “castigo” propriamente dito. Neste último caso, visa satisfazer um sentimento de vingança da vítima ou da família desta, assim como evitar uma vendeta.

Segundo Simonian (1994, p.2):

a imposição de castigos cruéis tem acompanhado a humanidade desde remotas eras. Dentre os castigos cruéis historicamente construídos e impostos estão a pena de morte (via crucificação, esquartejamento, queima em fogueira, etc...), *stockng*, *hanging*, espancamentos, açoitamentos, pisoteias e chutes principalmente no estômago, pulmão e cabeça, destruição da genitália, fome, sede, etc... (ver Hardenburg 1912; Mattoso 1986; Taussig 1992). Na América Latina houve, modernamente, uma banalização de castigos-torturas, em especial do tipo "pau-de-arara", "pimentinha", choque elétrico na genitália, "afogamento", "cadeira de

dragão, "geladeira", etc...--todas práticas utilizadas contra presos políticos e suspeitos de ações criminosas (Arquidiocese de São Paulo 1985; Barcellos 1992; Timerman 1982). A perfura ao de Mãos e a emasculação de jovens, estão dentre outros castigos cruéis postos em prática na atualidade (O Liberal 23/12/1994; Veja 1993).

Do que se extrai dos relatos da antropóloga é que “esses castigos emergem em contextos envolvendo relações de poder fundadas na violência, e que eles se inserem no âmbito de uma cultura do terror”. Essa persistência se efetiva para além do âmbito do temor inevitável, da inovação e conseqüente variedades; senão de morte, ela é sinal de dores profundas, de marcas psíquicas e materiais sempre indeléveis, inesquecíveis. E, “apesar da diversidade de entendimentos e de práticas, os castigos cruéis são recorrentes nas sociedades indígenas e os exemplos a seguir relacionados São apenas alguns dentre os tantos conhecidos” (SIMONIAN, 1994, p.3).

A imposição de castigos cruéis agravou-se a partir da conquista, quando os próprios indígenas não apenas incorporam ou modificam castigos cruéis de origem europeia, mas também se transformam em vítimas de castigos similares impostos por não-índios. (Simonian 1994, notas de campo/n.c.).

Tais castigos foram verificados nas TI Nonoai, Guarita, Cacique Doble e Votouro e foram fruto de um faccionalismo interno vinculado à vingança, sendo que foram documentadas: as surras com caceteies, pena de morte, amarramento em "troncos", exílio, prisão, tortura, imposição de fome e de nudez, etc. Punições cruéis que têm sido impostas tanto quando faltas e crimes comuns são cometidos pelos Kaingang, como em contextos faccionais e, mesmo quando ocorrem lutas fratricidas. (SIMONIAN, 1994, p. 20-21)

Como já referido, a pena de morte já integrou o sistema punitivo Kaingang. “No século passado, por exemplo, entre os indígenas subordinados ao cacique Braga (Mabilde in Serrano 1939, p. 28), a pena de morte era imposta a quem se recusasse a deixar a tribo quando ordenado a assim proceder”. Modernamente a pena de morte deixou de ser sancionada e aplicada pela sociedade Kaingang. Entretanto e, ainda que eventualmente, a pena de morte continua sendo imposta, mas como forma de vingança pessoal/familiar a indígenas que tenham assassinado parentes. (SIMONIAN, 1994, p. 22)

Simonian (1994, p. 22) relata que o exílio/transferência compulsória, que se aplica a toda a família do banido, têm resistido como possibilidade de punição no contexto da cultura Kaingang, sendo que esta punição é muito aplicada em casos de dissidência política e homicídio, sendo que houve uma tentativa, com a participação da Funai, em um Encontro de Caciques do RS, ocorrido em 1981, de sistematizar esta forma de punição Kaingang:

O índio que transgredir a lei tribal está sujeito a sanções impostas pela liderança indígena e que, conforme a gravidade do erro praticado, implicam em transferência para outro PI.

1. O tempo de duração da transferência depende do tipo de erro cometido e do comportamento que o índio infrator tiver no novo PI;
2. Erro não muito grave corresponderá ao mínimo de um (1) ano de afastamento de sua área, sem poder visitar os parentes que lá ficaram;
3. Erros que a liderança considerar grave terá a punição de no mínimo quatro (4) anos de transferência, sem direito a visitar os parentes que permanecerem no PI de origem;
4. Se o índio não se comportar bem na área para a qual foi transferido, o Cacique dessa área poderá dobrar o tempo de seu castigo ou transferi-lo para mais longe.
5. O índio transferido não poderá usar armas.
6. Em caso de crimes de morte, o índio nunca mais poderá voltar à área indígena de origem.
7. O índio que voltar à sua área depois de cumprido determinado tempo de transferência, não terá mais direito à sua antiga casa e lavoura (propriedades), ficando sujeito à determinação do Cacique onde ele deverá morar e plantar.
8. O índio transferido deverá efetuar os trabalhos que o seu novo Cacique determinar e obedecer às suas ordens.
9. O castigo a ser imposto para crime de morte é trabalho obrigatório.
10. Quando o erro foi cometido por mais de um índio, eles serão transferidos separados, ou seja: irão para PIs diferentes.
11. Cabe ao Chefe do PI encaminhar, por escrito, o índios que a liderança indígena resolveu transferir, detalhando nesse documento o motivo da transferência a fim de que o Cacique e o Chefe de Posto do PI da outra área tomem conhecimento da gravidade do caso e saiba como o índio deverá ser tratado. O Chefe do PI deverá, ainda, encaminhar cópia do documento para a Delegacia Regional [da Funai]" (Encontro de Caciques, 1981, p. 1)

A pena de expulsão assumiu a forma de “transferência compulsória”, na medida em que o grupo ou família extraditada não podia opinar sobre seu destino nem lhes restavam muitas opções de resistência. Sabe-se que, da década de 1940 até meados da de 1980, foram os chefes de postos que aplicaram essa pena. (RAMOS, 2008, p. 191)

As penas de transferências continuam ocorrendo, mas hoje, elas são aplicadas pelas lideranças locais que são colocadas e retiradas do poder pelas comunidades. Além disso, os caciques que expulsam famílias, geralmente, lhes garantem a acolhida em outra TI, mediante negociações com os caciques destas, sendo que o grupo extraditado pode opinar sobre o seu novo destino. (RAMOS, 2008, p. 192)

Ocorre que quando alguém se sente lesado, costuma acionar também as estruturas administrativas e jurídicas da sociedade abrangente, dado o atual reconhecimento jurídico da capacidade processual aos indígenas. Assim, desde o momento em que os Kaingang passaram a

acionar o sistema jurídico nacional como uma forma de controle externo das práticas jurídicas intra-aldeia, por meio das denúncias dos atos de suas autoridades indígenas ou nacionais quando julgavam haver abuso de poder, os caciques e lideranças têm-se mostrado mais preocupados com as consequências internas e externas dos seus atos. (RAMOS, 2008, p. 192)

Os Kaingang também utilizam-se das cadeias.

Verifica-se que as cadeias são: “pequenos cômodos de alvenaria especialmente construídos para este fim e que possuem apenas uma abertura com porta, de madeira ou de ferro, neste último caso, em forma de grade. Nelas não há nenhuma janela. Geralmente há duas celas idênticas, uma do lado da outra. No inverno, estas celas são geladas e, no verão, fétidas, pois ninguém as limpa. São as famílias que devem alimentar seus entes presos e lhes fornecer cobertores e agasalhos”. (RAMOS, 2008, p. 188)

Há cadeias situadas nas aldeias Sedes das TI no norte do Rio Grande do Sul (Votouro, Serrinha, Guarita, Ventarra, Cacique Doble, Ligeiro e Passo Grande do Rio Forquilha) e na área de maior trânsito de pessoas⁵⁰; geralmente estão localizadas próximas ao posto de saúde, da escola e da administração local da Funai.

A punição com encarceramento é relativamente recente no contexto do sistema penal Kaingang o que faz suspeitar que não se trata de prática cultural, mas assimilada como meio de exercício de poder do cacique.

Segundo dados etnográficos, a pena de prisão propriamente dita passou a ser aplicada a diversos tipos de falta, desde os crimes políticos, desentendimentos entre casais, furto, embriaguez, prática de feitiçaria, até o encarceramento temporário por prática do homicídio (Simonian 1994, n.c.; 1993. 1991).

Desde lá, pelos relatos da antropóloga, as condições de encarceramento têm sido, no mais das vezes, sempre desumanas. Sua origem, contudo, remontaria ao tempo do SPI, que as propôs em substituição ao tronco que eram muito mais cruéis. O tronco constituía-se em uma forma de expiação corporal e era visto pelos agentes governamentais como cruel e desumano (SIMONIAN, 1994, p. 25).

De acordo com Simonian, (1994, p.40) a possibilidade de sua inspiração ter sido os castigos aplicados pelos senhores de escravos.

A punição no tronco, entre os Kaingang, consistia em amarrar os tornozelos em duas estacas fixadas ao chão; o período que o prisioneiro ali ficava variava de acordo com a falta

⁵⁰As pessoas presas são referidas como vénh si ja (prisioneiro, ou literalmente fazer prisão); quando são muitas, vénh nĩkróg. (RAMOS, 2008, p. 188)

cometida. “É tão tirano esse castigo que um homem que fica ali durante 5 horas necessita de um mês de repouso; tem havido casos até de fender a tíbia (BECKER, 1995, p. 121)”.

Para Simonian (1994, p. 39), como consequência destes castigos, muitos morreram ou ficaram mutilados. De modo geral, os motivos que levavam os índios ao tronco eram mais ou menos os mesmos que hoje geram cadeia, ou seja, brigas, bebedeiras, insubordinação, adultério e outros *kygrrê* (erros ou faltas). A tortura física e psicológica, a expropriação, o sequestro, a nudez, fome, sede, frio, têm sido impostos, principalmente, aos indígenas encarcerados. (SIMONIAN, 1994, p. 26⁵¹)

Houve um período em que quem decidia aquele que deveria ser preso e por quanto tempo eram os chefes de Postos⁵², que se utilizavam das lideranças indígenas para legitimar seus atos. Hoje, na maioria das TIs, estas decisões são tomadas pelo cacique e suas lideranças, e sem qualquer interferência da Funai.

O espancamento era outra punição imposta com relativa frequência pelos Kaingang:

“Esta punição foi referendada socialmente entre os Kaingang do passado. As mulheres têm sido, inclusive, de um modo ou outro, referidas quando da aplicação desta pena. No século passado, segundo Mabilde (in Serrano 1939), seriam elas que instigariam os homens a castigar com surras e espancamento os indígenas desobedientes, principalmente quando punidos com ordens para carregar frutos e lenha, um trabalho tido como feminino. Nesta época eram também as mulheres que aplicavam a pena de espancamento, mais especificamente uma surra com golpes, nas indígenas faltosas” (SIMONIAN, 1994, p. 25)

Os espancamentos tanto podem ser informais, como no caso de mulheres que surram umas às outras — geralmente por ciúmes de seus maridos —, como formais, quando são as lideranças que aplicam a punição do açoite, pena que raramente é efetivada de modo isolado, pois costuma vir conjugada à prisão, à expulsão ou transferência e à remissão do caso às autoridades nacionais. (RAMOS, p. 2008, 190)

Segundo Simonian (1994, p. 26) estas punições decorreriam da assimilação dos Kaingang com os não-índios, desde as reduções jesuíticas.

O grau de reprovabilidade de um ato definido como *kyme* é situacional e contextual, pois se define, também, em função da comoção gerada junto à coletividade onde o ato ocorreu.

51 Na mesma linha retrataram A. Pedroso in Zero Hora 1985; A. Morais 1989, c.p: PGR 1992; Simonian 1990-1989, n.c. e atualmente Sergio Brisac, em 2020.

52 Tais agentes governamentais também têm se envolvido na imposição do trabalho escravo nas "roças do posto", sistema conhecido como "cativeiro" e, de penas complementares que se seguiam. Os indígenas não só eram obrigados a trabalhar sem remuneração, inclusive, nos dias mais rigorosos do inverno (Simonian (1994, p. 29),

Muito dificilmente um Kaingang assume publicamente a responsabilidade por seus atos, norteados por este tipo de sentimento ou por esta moralidade. O comum é que discursivamente remetam, sempre, a responsabilidade de algum *kyně* (*erro*) para outrem, daí sempre a possibilidade de estarem mentindo, justamente pela falta desse aspecto moral de assumir a responsabilidade por seus atos. Quando um Kaingang:

voluntariamente assume um *kyně*, sem que seja denunciado ao cacique, ele é perdoado, sem sofrer qualquer punição ou represália, salvo quando for um erro grave: são assim definidos os que desencadeiam mortes, os estupros e outros atos muito “violentos. E após ser punida por um *kyně mág*, a pessoa não fica com nenhum estigma, pois os Kaingang afirmam que ela *kajãñ-ti-fi* (já pagou o que devia) e que foi *vĩ ki ke* (obediente). (RAMOS, 2008, p.184)

Ainda, em caso de furto, o normal é que o cacique apenas obrigue a pessoa a devolver o objeto para o seu dono. Alimentos deixados nas TIs por agentes do governo, como os destinados à merenda escolar, se não ficarem “trancados”, desaparecem e, mesmo que alguém veja quem os está retirando, não há punição. (RAMOS, 2008, p. 185)

A flexibilidade ou não na aplicação das penas possui estreita relação com o corpo de lideranças que assume a TI num determinado momento. As punições são executadas pelas “polícias do cacique” e, normalmente, só ocorrem se pessoa for denunciada ao cacique ou às lideranças.

Resumidamente, são considerados atos puníveis: as agressões físicas entre índios, as agressões morais, o desrespeito às autoridades indígenas, o consumo de álcool, a sedução de mulheres casadas, o sexo forçado sem ser com a esposa, a prostituição das mulheres fora da aldeia, os desentendimentos familiares que não se solucionam internamente ao grupo doméstico, a separação de casais, as traições políticas, as tentativas de tomado do poder, dentre muitos outros. (RAMOS, 2008, p. 186)

Em atenção à razoabilidade, quando consideradas faltas pequenas, aplicam apenas conselhos (*vénh vi*) ou admoestações. “Às faltas maiores (ou *kyně mág*) são aplicadas penas mais contundentes e, geralmente, mais de uma, de modo que há uma pena principal como, por exemplo, a expulsão da TI e/ou a remissão do caso às autoridades nacionais, sendo estas conjugadas a outras penas acessórias, tais como trabalhos forçados, multas, reclusões e açoites.” (RAMOS, 2008, p.186)

Nem toda pena implica em exposição ou expiação da pessoa. Este é o caso de atos vistos como pouco ofensivos⁵³. Mais do que reprimir, o *vénh juvén* visa chamar a pessoa à reflexão e alertá-la sobre as possíveis consequências.

⁵³Acerca da reprovabilidade, destaca-se que há atos que, sob o nosso ponto de vista, são brandos, mas percebidos pelos Kaingang como graves e severamente punidos; ou o contrário, por nós vistos como graves e para eles, brandos.

Quem realiza o *vénh juvén* é pessoa tida como sábia e conhecedora da tradição e, portanto, respeitada pela coletividade mais ampla, pois a estes os Kaingang se referem como *kanhró* (inteligente e conhecedor dos costumes dos antigos).

Geralmente esta é tarefa desempenhada pelos homens mais velhos e experientes que, em termos de *status*, situam-se estruturalmente no extremo oposto ao das polícias indígenas, compostas por jovens e fortes Kaingang, mas pouco experientes na vida pública e nos costumes. O dom da boa fala (*vi*) deve estar presente, por exemplo, no perfil dos líderes, pois para os Kaingang não basta ter sabedoria e conhecimento, é preciso, também, que a pessoa saiba expressar verbalmente o seu conhecimento, a fim de transmiti-lo aos demais. (RAMOS, 2008, p. 187)

Os castigos aplicados pelas lideranças entre os Kaingang, no mais das vezes, são percebidos pelas comunidades como normais, legítimos, compreensíveis e aceitáveis. Como todo ser humano detentor de poder, as lideranças abusam-no e aplicam penas injustas ou as deixam de aplicar em função de vínculos com a pessoa que cometeu o erro (*kyné*). (RAMOS, 2008, p. 190)

Quando há um erro grave, as lideranças Kaingang aplicam as punições convencionais ao caso e, depois, denunciam a pessoa que o cometeu às autoridades nacionais para serem processados e julgados formalmente:

Os caciques afirmam que assim o fazem, tanto para evitar mais conflitos entre as famílias dos envolvidos, pois estes costumam gerar grande comoção. E algumas vezes, não há a necessidade da comunicação dos “crimes” ocorridos nas TIs por nenhum Kaingang para que haja o conhecimento do fato pelas autoridades nacionais. Também acontece de a pessoa que cometeu um *kyné mág* fugir da TI, antes de ser punido pelas autoridades indígenas. Nesses casos, o maior temor não é da punição por estas aplicadas, mas pela possibilidade de a família da vítima se vingar. (RAMOS, 2008, p. 194)

Embora alguns indígenas critiquem as lideranças por comunicar as fontes formais de punição⁵⁴, não existe possibilidade jurídica de se encarar o sistema de punição violador do *bis in idem*, uma vez que a punição no âmbito indígena, ao que parece, tem cunho disciplinar, tanto é que a punição na cadeia indígena tem duração de poucos dias.

Não é raro a manipulação e o uso político da possibilidade de denúncia, como no caso das falsas denúncias para que se usem dos meios formais para perseguir opositores, principalmente, em tempos de eleições municipais.

⁵⁴Isso porque, os Kaingang avaliam o sistema jurídico nacional “como muito rigoroso, de modo que, normalmente, preferem responder por seus atos somente perante as suas respectivas comunidades, assim, é comum que a pessoa e seus familiares se esforcem para solucionar suas questões internamente, o que nem sempre é possível”. Além disso, os Kaingang avaliam a nossa ação penal como “muito lenta, de modo que, muitas vezes, após transcorrido algum tempo sem o julgamento de alguma demanda pessoal, os próprios Kaingang se ajeitam e perdem o interesse pela ação”. (RAMOS, 2008)

Veja-se que é possível fazer uso das transferências forçadas justamente para se ter acesso às terras da família que foi transferida, aumentando o poder da liderança e concentrando as terras que são muito lucrativas nessa região norte do Rio Grande do Sul: a cada hectare plantado rendem-se sessenta sacas de soja. Cada saca, hoje no mercado de commodities, rende cerca de R\$ 170,00 (cento e setenta reais).

Para tanto, será estudado, justamente, esse problema causado pelo arrendamento de terras indígenas, como uma das principais causas dos conflitos indígenas intra-tribais, que embora seja chamado pela antropologia de faccionalismo (como o despertar do ethos Kaingang), em verdade só demonstra o que o excesso de poder, a partir de uma leitura psicólogoico-comportamental, pode alcançar.

No mais, gerando amplas repercussões para o sistema punitivo Kaingang, por meio da prática de condutas não legitimadas constitucionalmente, principalmente por violarem direitos fundamentais individuais.

2.3. A fundamentalidade dos direitos culturais e sua relação com o regime jurídico das Terras Indígenas no Brasil

A proteção à cultura dispensada pela Constituição de 88 parte da premissa de que o pluralismo étnico e cultural é um objetivo da máxima importância a ser preservado e promovido, no interesse de toda a Nação.

O legislador constituinte brasileiro positivou uma série de proposições jurídicas que irradiam princípios e regras que se integram e se interdependem no próprio Texto Magno, e, a partir dele, repercutem por todos os quadrantes do ordenamento jurídico. Em meio a tais proposições jurídicas, é imperioso apontar a que sobreleva a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal de 1988.

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sua fonte jurídico-positiva, a fonte ética que confere unidade de sentido, valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. O ser humano, independentemente de sua condição, indígena ou não, deve ter reconhecida sua dignidade humana, que é fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB) e de todos os direitos humanos. Nesse sentido ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p.70):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um

complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Vê-se que este princípio basilar serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade, independente de nacionalidade ou etnia.

Da dignidade humana extrai-se a essência de todos os direitos humanos, que devem ser garantidos, indistintamente, a todos os homens e mulheres, sejam brasileiros, estrangeiros ou indígenas, de modo a garantir a todos, independentemente de etnia, credo ou ideologia política, o gozo dos direitos humanos.

Se todos os seres humanos têm o mesmo valor e a mesma dignidade, todos eles devem ter plenamente reconhecido um núcleo básico de idênticos direitos, os quais devem ser gozados independentemente da nacionalidade da pessoa (ou de qualquer característica ou circunstância pessoal, como cor, raça, etnia, gênero, opção religiosa ou filosófica, opção sexual, vocação política, procedência territorial, profissão etc.) ou de onde ela se encontre (ou seja, do Estado sob o qual ela se encontra momentaneamente sujeita).

Tais direitos básicos são justamente os direitos humanos, que devem ser dotados de universalidade subjetiva (todos os seres humanos são titulares) e territorial (tais direitos devem ser garantidos por todos os Estados em todos os territórios do mundo conhecido). Ainda, conforme de Sarlet (2012, p. 78), a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, mas também da comunidade em geral, de todos e de cada um, que aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade:

Ademais, verifica-se ser indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado - concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (SARLET, 2010, p. 96).

O que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e

proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Quanto ao ponto, oportuno trazer novamente os ensinamentos de Sarlet (2010, p.97):

[...] já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressupostos e concretização direta da dignidade da pessoa, de tal sorte que nos parece difícil questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada.

[...]

Também o direito geral de igualdade (princípio isonômico) encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.

Para Daniel Sarmento, com base em sua doutrina, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser decomposto em quatro elementos principais: (1) valor intrínseco da pessoa; (2) autonomia; (3) mínimo existencial; e (4) reconhecimento intersubjetivo. (SARMENTO, 2016, p. 92)

Desta forma o professor e ex-procurador da República, descreve o conteúdo da dignidade apresentando os elementos citados.

Em suas lições, o valor intrínseco⁵⁵ representa a ideia de que cada pessoa é um fim em si mesmo, que nunca pode ser tratado como apenas um meio para consecução de outros objetivos, por mais relevantes que eles sejam. Todas as pessoas têm a mesma dignidade, independentemente do seu *status* e da sua conduta, pois o princípio da dignidade da pessoa humana não é compatível com a instrumentalização da pessoa, mesmo que para persecução de finalidades relevantes. (SARMENTO, 2016, p.112)

Em explicação mais aprofundada, Sarmento (2016, p. 132) aponta que a tese moral kantiana não se coaduna com outras filosofias morais como o organicismo e com o utilitarismo⁵⁶.

55A mais célebre formulação da ideia de valor intrínseco da pessoa é de Immanuel Kant. Como se sabe, Kant elaborou uma teoria moral deontológica, fundada em imperativos categóricos – normas passíveis de universalização, que são válidas incondicionalmente para todos e em todas as situações. Na Alemanha, a vertente do “valor intrínseco” da dignidade tem muito prestígio. A ideia foi acolhida pela influente “fórmula objeto”, elaborada pelo jurista Günter Dürig. O (SARMENTO, 2016, p. 110)

56Explica Sarmento que, enquanto no organicismo temos uma visão anti-individualista em que, as comunidades políticas – identificadas muitas vezes com o Estado – possuem fins próprios, de modo que se justificaria o sacrifício dos

Isso porque o valor intrínseco da pessoa humana veda que se conceba cada indivíduo como um órgão, bem como que se use o ser humano como meio para alcançar a melhoria de bem-estar dos demais. Deste modo, é por isso que os direitos fundamentais servem como “trunfos contra a maioria”.

Já a autonomia abarca a possibilidade real de fazer escolhas, ainda que não convencionais ou impopulares, sobre como conduzir a própria vida. Assim, o respeito à autonomia privada nada mais é do que se basear na ideia de que as pessoas têm o direito de formular os seus próprios planos de vida, os seus projetos existenciais, bem como participar da agenda pública, por meio das decisões políticas⁵⁷. A premissa é a de que não é papel do Estado ou da sociedade definir como as pessoas devem conduzir as suas próprias vidas. (SARMENTO, 2016, p.139)

Ao Estado caberia, além do dever de não interferir (liberdade negativa), salvo por meio do consenso (lei), deve promover as circunstâncias (liberdade positiva) que as pessoas possam agir de acordo com suas decisões (2016, p.153). No mais, ao Estado é vedado, também, o papel paternalista puro, em que se protegem sujeitos capazes⁵⁸, sendo admissível a liberdade, até que não cause danos a terceiros, como preconizado pela visão de Stuart Mill. Assim, na visão de Sarmento (2016, p. 173) deveria o Estado, não exercer um papel neutro, no mínimo, adotar um “paternalismo libertário”, conforme defendido por Thaler e Sunstein, com pequenos empurrões para a tomada de decisões que proporcionem mais racionais.

Outro elemento trabalhado, é que a dignidade tem como elemento a garantia do mínimo existencial⁵⁹, que nada mais é que o respeito às condições materiais básicas, sem as quais não existe vida digna. Daí decorreria seu caráter instrumental, pois permitiria que outros direitos pudessem ser alcançados, já que a exigência do mínimo existencial serve como garantia ao exercício de liberdades e de promoção da democracia. (2016, p. 195)

direitos das pessoas em favor dos “interesses superiores” da comunidade”. Já no utilitarismo, como corrente filosófica moral, a solução mais correta para os problemas humanos é a que maximiza a felicidade ou os interesses do maior número de pessoas.

57“O Direito pode se tornar perigosamente autoritário se pretender regular todas as interações humanas com o fito de promover o reconhecimento intersubjetivo, asfixiando e roubando a espontaneidade das relações sociais. a liberdade de expressão constitui direito extremamente importante nas ordens jurídicas democráticas, que também deflui diretamente do princípio da dignidade humana. (...) A premissa é a de que o melhor remédio para combater ideias erradas é o debate público, que possa evidenciar os seus equívocos, e não a sua censura. Afinal, (...) não se deve asfixiar os debates sociais, que, numa democracia, devem ser dinâmicos e robustos, sem censuras ou tabus. (...) E não é difícil imaginar, por outro lado, o emprego de um conceito ampliado do *hate speech* para impedir minorias estigmatizadas de criticarem, de modo mais veemente, as instituições e grupos hegemônicos que as oprimem”. (SARMENTO, p. 262-263)

58O antipaternalismo é um dos principais fundamentos filosóficos da liberdade de expressão. O Estado insulta seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas”. (SARMENTO, 2016, p. 167)

59Para Sarmento, Pontes de Miranda pode ter sido o primeiro jurista a trabalhar com o conceito de mínimo vital a partir de um direito público subjetivo à subsistência, mas é no Direito Constitucional Alemão a formulação germânica do direito ao mínimo existencial, proposta originariamente naquele país no início dos anos 50 por Otto Bachof e que foi reconhecida pelo Tribunal Administrativo Federal. (2016, p. 191)

Para Rawls, a partir de sua tese contratualista liberal igualitária, com o uso do acordo hipotético do “véu da ignorância”, defende que numa sociedade justa, os recursos para a promoção das liberdades básicas⁶⁰ devem ser distribuídos a todos de forma a se garantir oportunidades para todos. Para Rawls, garantindo-se o primeiro princípio absoluto da liberdade, haveria a necessidade de se adequar as diferenças de talentos a fim de se garantir um mínimo social. Essa distribuição de encargos, no seu livro “Teoria da Justiça”, de 1971, ficaria ao encargo do legislador ordinário.

A partir de uma perspectiva, habermasiana pensa-se que a democracia não deveria ser encarada como o governo das maiorias, nem da agregação das preferências e interesses conflitantes dos cidadãos, mas sim da *deliberação* e do diálogo social entre pessoas livres e iguais, travado no espaço público. E para tanto, deve-se garantir condições mínimas para que possam as pessoas participarem dessa esfera pública.

Por fim, o reconhecimento é um elemento central da dignidade da pessoa humana, pois a desvalorização da identidade dos integrantes de grupos não hegemônicos e a exigência de assimilação à cultura dominante, com silenciamento da diferença, são graves ofensas à dignidade. Em sua faceta negativa, veda práticas que desrespeitem a identidade das pessoas ou as estigmatizem. Em seu aspecto positivo, impõe ao Estado medidas para combater, vedar e superar esses estigmas, preconceitos e discriminações. Trata-se de um imperativo de adaptação ou acomodação razoável⁶¹ das minorias ou grupos vulneráveis, como indígenas, quilombolas e outros povos e comunidades tradicionais. (SARMENTO, 2016, p. 258)

Afinal, “o que a igualdade postula não é o tratamento igual de todas as pessoas, mas sim o respeito a cada um *como um igual*.” Já se tornou canônica a afirmação de Boaventura de Sousa Santos de que “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos diminui; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SARMENTO, p. 269-270)

No Brasil, após a redemocratização, a Constituição de 1988 passou a figurar no centro do sistema jurídico, desfrutando não só de supremacia formal, como de costume, mas também material e axiológica, potencializada pela força normativa e aplicação direta de suas regras e

⁶⁰“De acordo com o autor, as partes do contrato chegariam a dois princípios de justiça. O primeiro princípio (princípio da liberdade), ao qual Rawls atribuiu prioridade absoluta (prioridade léxica, nas suas palavras), concede a cada pessoa o mais amplo conjunto de liberdades básicas. (...) Só depois de assegurado plenamente este primeiro princípio, passa-se ao segundo, que Rawls designou de *princípio da diferença*, segundo o qual as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a que (a) sejam sempre mantidas oportunidades abertas para todos, em condições equitativas; e (b) o arranjo traga o maior benefício possível às pessoas mais desfavorecidas”. (SARMENTO, 2016, p. 198)

⁶¹“Nos Estados Unidos, o tema é controvertido, e a jurisprudência conservadora da Suprema Corte vem se inclinando, nos últimos tempos, para a perspectiva antidiferenciação, empregando o rigoroso critério do escrutínio estrito (*strict scrutiny*) para aferir a validade das normas que estabelecem distinções para favorecer minorias estigmatizadas” (SARMENTO, 2016, p. 271)

princípios. Fenômeno que se denomina constitucionalização do direito infraconstitucional. Além da incorporação no texto constitucional de normas próprias dos mais diversos ramos do Direito, como o Ambiental (art. 225), a principal marca de tal fenômeno é a reinterpretação de institutos jurídicos sob a ótica constitucional. É o que se denomina filtragem constitucional, ou seja, toda a ordem jurídica deve ser lida e aplicada pela lente da Constituição, realizando os valores nela consagrados.

O catálogo dos direitos fundamentais encartado no Título II da Constituição de 1988 é aberto, conforme se depreende do disposto no art. 5º, § 2º, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Daí porque, é possível reconhecer a fundamentalidade de outros direitos presentes dentro ou fora do texto constitucional. E o principal critério para o reconhecimento dos direitos fundamentais não inseridos no catálogo é a sua ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana - epicentro axiológico da Constituição de 1988 (art. 1º, III), da qual aqueles direitos são irradiações.

A justificativa filosófica para a defesa dos direitos culturais dos povos indígenas pode ser assim resumida pelo professor Daniel Sarmiento (2016, p.279):

“ Em primeiro lugar, porque os laços comunitários e valores compartilhados, importantes para todos os seres humanos, tendem a assumir um peso ainda maior na conformação da identidade das pessoas que integram esses grupos tradicionais. Isso não se deve, evidentemente, a qualquer diferença ontológica entre as pessoas supostamente “civilizadas” e os “selvagens”, mas decorre de aprendizados distintos nos processos de socialização. Os grupos tradicionais se regem por gramáticas sociais menos individualistas e mais coletivistas, e estes padrões tendem a ser internalizados pelas pessoas que os integram no processo de construção intersubjetiva das suas identidades. Por isso, as fraturas na identidade cultural tendem a ser ainda mais penosas para os membros desses grupos, gerando intenso sofrimento e a sensação de absoluto desamparo e desorientação.

Ademais, o risco de destruição a que estão expostas as culturas tradicionais é muito elevado pelas pressões decorrentes da sua relação sempre tensa com a sociedade envolvente. Os grupos tradicionais têm, em geral, a sua identidade cultural estreitamente ligada a um território específico, e a disputa com terceiros – quase sempre muito mais poderosos –, pela posse deste espaço físico representa provavelmente a maior ameaça à sua cultura, pelo menos no Brasil. O risco à sobrevivência cultural advém também do preconceito que essas coletividades enfrentam na sociedade, que normalmente desvaloriza o seu modo de vida, estigmatizando aqueles que o praticam. São muito fortes, por outro lado, as pressões assimilacionistas e desagregadoras que se originam da sociedade capitalista de massas, que, por vezes, operam como um verdadeiro “liquidificador cultural”, triturando as culturas tradicionais. Outro argumento empregado em favor desses direitos é histórico”.

À luz da Constituição vigente as terras indígenas são destinadas à posse permanente dos índios, mas sua propriedade pertence à União⁶². Por isso, são terras inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, como determina o artigo 231, § 4º, CF.

Com o decorrer do tempo o Direito brasileiro nomeou os territórios indígenas de forma diversa, mostrando a forma que estes eram vistos à época. Primeiro, na Lei das Terras de 1850 foi utilizado o termo “reserva”, sendo que os índios deveriam trabalhar nelas até restarem completamente integrados. Então se usou a expressão “área” até chegar em “terra indígena”. Bem como o legislador evitou utilizar “povo”, também não usou “território”, para não haver qualquer brecha para independência indígena (LIBERATO; RANGEL, 2013, p.107).

Destarte, as terras são bens públicos, mas apenas o povo indígena pode utilizá-las, segundo seus costumes e tradições. Assim, o direito territorial dos povos indígenas é um direito constitucional fundamental, cujo pressuposto sociocultural e histórico é que as terras sejam “tradicionalmente ocupadas”, algo que não diz respeito a um lastro temporal, mas à forma de ocupação.

O artigo 231, *caput* da Constituição Federal reconhece 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”. A Constituição protege as manifestações culturais dos povos indígenas (artigo 215, § 1º), reconhecendo a estes sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e sobretudo direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Esse reconhecimento da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições indígenas é a expressão concreta do avanço da legislação em relação à defesa dos direitos desses povos. O reconhecimento legitima a cultura e garante aos índios o direito de viverem segundo seus usos e costumes.

Nesse contexto, mesmo que o legislador não tenha mencionado *ipsis literis* o respeito aos direitos internos (ou costumeiros) dos povos indígenas, pode-se dizer que o está fazendo de forma intrínseca. Não há como reconhecer aos índios suas organizações sociais sem reconhecer seus sistemas jurídicos próprios.

A proteção dos Povos e Comunidades Tradicionais possui assento constitucional nos artigos 215 e 216. Observa-se a necessidade de proteção de seus direitos culturais, ou seja, da proteção de seu modo de vida, incluindo seus territórios tradicionais, sendo essencial ao exercício da vida com dignidade o que é, igualmente, um direito fundamental.

⁶²O art.20 trata das hipóteses de intervenção em terras indígenas, ressaltando que a remoção de indígenas só pode ocorrer com autorização do Congresso Nacional, nos termos do art. 231 §5º da CF.

O Decreto nº 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, definiu “povos e comunidades tradicionais” como:

“grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (art. 3º, inciso I).

O Ministério da Justiça impôs em 1996 o Decreto 1.775, o qual trata sobre o procedimento administrativo e a Portaria n. 14 da Funai que dispõe sobre as normas do relatório que será realizado quando da demarcação das terras indígenas. Assim, a demarcação é necessária para a proteção física das terras indígenas. processo de demarcação de terras vem sofrendo modificações com os anos, mas em linhas gerais se segue o preceito do art. 19 do Estatuto do Índio. Este dispõe que o órgão federal de assistência ao índio estabeleça a demarcação. A demarcação deverá obrigatoriamente ser homologada pelo Presidente da República e registrada nos livros de Serviço de Proteção da União.

Conforme Nota Técnica da 6ª CCR do MPF (2013. p.13), sendo o principal objetivo do art. 231 da Constituição Federal é o de assegurar a possibilidade de sobrevivência e florescimento de grupos dotados de cultura e identidade étnica próprias, sendo reconhecidamente considerado um direito fundamental. Isso porque o principal critério para o reconhecimento dos direitos fundamentais não inseridos no catálogo é a sua ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana, da qual aqueles direitos são irradiações.

O objetivo constitucional ao proteger uma terra de importância cultural não é de propriedade, mas sim de posse indígena para ocupar a terra de forma tradicional, não há a necessidade de demarcação, só é necessária sua permanência (LIBERATO; RANGEL, 2013, p.109).

Como se vê, há uma preocupação expressa da Constituição em garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, protegendo as manifestações culturais populares nacionais, incluindo seus modos de produzir e viver. Preocupação essa que abrange, evidentemente, as populações tradicionais que ainda exercem e praticam uma cultura rústica e profundamente vinculada ao território, distinta das formas culturais preponderantes no resto da sociedade. Daí que emerge o interesse nacional apto a ensejar a competência federal para análise das questões envolvendo as comunidades tradicionais.

Assim, o direito costumeiro para os povos indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. Trata-se de uma regra de organização comunitária enraizada em uma visão cosmológica.

O Direito para as comunidades indígenas atua submerso no corpo social, nos usos e costumes comunitários, envolvendo tradição oral, sistemas de cargos, fundamentos mágico-religiosos que formam a cosmovisão particular da comunidade. Além disso, as regras da comunidade indígena não são escritas, nem codificadas e vigoram sem a presença do Estado, mas é um corpo de regras e costumes delimitado, reconhecido e compartilhado por uma dada coletividade.

São regras aceitas e aplicadas pela sociedade porque a consciência coletiva diz que são boas para os homens. Sua aplicação não requer a inclusão de tais regras em textos normativos, pois o que as tornam legítimas é a consciência comum do grupo que, por meio do conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas, sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos.

Contudo, tais regras costumeiras trazidas pelos Kaingang, na forma de punição, possuem limites como veremos no capítulo seguinte.

Capítulo 3 – PUNIÇÕES KAINGANG E ABUSO DE PODER CULTURAL

3.1. Causas dos principais conflitos indígenas kaingang na região norte do Rio Grande do Sul: Arrendamentos. Regularização ou sanção?

O maior problema na atualidade, na região norte do Rio Grande do Sul, é o arrendamento de terras indígenas para a plantação de soja, sendo o germe de todos os conflitos e disputas pelo cacicado. O ordenamento jurídico pátrio vigente veda expressamente, por meio de múltiplos diplomas legais, a prática do arrendamento a terceiros de terras ocupadas pelos índios.

Conforme decidido no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3388, CARLOS BRITTO, STF), o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, como uma das condicionantes da declaração de constitucionalidade da demarcação daquela terra indígena:

(xiv) **as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento** ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973).(grifei)

O arrendamento de terras indígenas também já foi levado à deliberação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu a ilicitude dessa prática, inclusive sob o viés criminal dessa conduta⁶³.

Antigamente, quando da gestão do SPI, vigorava o “sistema do panelão”. O panelão era um sistema de trabalho forçado ao qual os Kaingang eram submetidos. Como descreve Veiga (2006, p. 5):

“Na década de 1940, o Serviço de Proteção aos índios introduziu, nas áreas do Sul do Brasil, um serviço obrigatório em “roças coletivas” (as roças do Posto). No regime de trabalho então implantado, os índios deixavam de ter direito de trabalhar em suas roças, sendo obrigados a trabalhar nas roças do posto “a troca de comida”: os homens para um lado, e as mulheres para outro. A comida era feita em uma cantina, em grandes panelas, o que levou esse sistema a ficar conhecido como “panelão”.

Na aldeia Kaingang de Inhacorá (RS) os mais velhos relatam que um dos índios, vestido com farda do exército e sobre um jipe camuflado, vigiava os trabalhadores

63BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 8ª Turma. Apelação Criminal nº 2001.04.01.080440-0. Relator: Volkmer de Castilho. Julgado em 24 jul. 2002. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em: 25 jan. 2022; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 7ª Turma. Apelação Criminal nº 2004.71.04.001937-6. Relator: José Luiz Borges Germano da Silva. Julgado em 29 jun. 2004. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

indígenas, armado de espingarda. Plantavam principalmente trigo, que era semeado e colhido a mão, mas também milho e feijão. Tinham hora para começar o trabalho e hora para acabar. E, na hora do almoço, tinham que entrar numa fila para ganhar uma porção de comida à base de feijão e farinha. Carne era servida uma vez na semana, em quantidade insuficiente. Aquele que se negasse a fazer esse trabalho era preso na cadeia do Posto e apanhava. Os Kaingang recordam das imensas plantações que faziam, mas de cujo resultado (comercializado) nunca viam nada de dinheiro. No Natal e em outras datas festivas, ganhavam alguma roupa como presente, mas pagamento eles nunca viram. Não sabem dizer ‘para onde iam’ os recursos dessas roças: *‘nao sabemos se ficava com os chefes, ou para onde ia’*, afirmam.”

Contudo, o atual momento das terras indígenas do norte do Rio Grande do Sul, principalmente, aquelas áreas envolvidas pelos Kaingang, é marcada por conflitos fundiários decorrentes do arrendamento, em total afronta às normas vigentes.

A propriedade da União não é plena, mas vinculada à finalidade estabelecida na própria Constituição, qual seja, a de conferir aos povos indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, de acordo com os seus usos, costumes e tradições (art. 231, § 2º, da CF). Cabe à União, portanto, a defesa da propriedade da Terra Indígena, como política de Estado. Comportamentos que constituam ameaça à propriedade, sejam comissivos ou omissivos, devem ser repelidos por sua titular.

Por exemplo, na Terra Indígena Cacique Doble, a área destinada ao cultivo agrícola atualmente excede os 1.550 hectares. A principal atividade produtiva na TI é o plantio de soja. Se em 2009, de acordo com o mapa elaborado pela Funai, o plantio de soja correspondia a 57% da área utilizada para a agricultura, hoje quase a totalidade da área de cultivo agrícola da TI é direcionada para essa cultura. Segundo o chefe da Coordenadoria Técnico-Local da área, em torno de 97% da terra é plantada com soja.

De acordo com o laudo antropológico de Sérgio Brissac (2019, p. 13), nos autos do Inquérito Civil nº 1.29.018.000130/2019-06 e Inquérito Civil nº 1.29.018.000197/2019-32, o problema mais citado pelos entrevistados que se afirmam de oposição ao atual cacique é a concentração do uso da terra nas mãos de pouquíssimas pessoas. Das 194 famílias residentes na TI, a maioria, em torno de 118 famílias, não tem nenhuma terra para plantar e há aproximadamente 70 famílias que têm uma pequena área, de poucos hectares, mas não têm condições econômicas para empreender o plantio da soja.

Como se percebe das imagens extraídas do Google Earth Pro, a maior parte da TI Cacique Doble está desmatada e com direcionamento ao plantio de soja.



Imagens 3 e 4: TI Cacique Doble retiradas dos Google Earth Pro em 19.06.2022

Na TI Serrinha e na TI Nonoai, em 2019, o Ministério Público Federal (MPF) firmou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com a Cooperativa dos Trabalhadores Rurais Indígenas de Serrinha (Cotriserra), Copinai (Cooperativa dos Trabalhadores Rurais Indígenas de Nonoai) e com o Conselho Nacional do Índio (Funai), que regrou a exploração da área daquelas terras.

A Terra Indígena Serrinha, localizada no norte do Rio Grande do Sul, abrange parte dos territórios dos municípios de Constantina/RS, Engenho Velho/RS, Ronda Alta/RS e Três Palmeiras/RS e possui uma área de 11.752 (onze mil, setecentos e cinquenta e dois) hectares.

Apesar de a prática de arrendamentos dentro das terras indígenas para pessoas não indígenas ser proibida por lei no Brasil, muitas comunidades recorrem a isso para obter recursos financeiros para a sua sobrevivência. Porém, além da violação do direito ao usufruto exclusivo de suas terras, a ausência de transparência ao lidar com os recursos oriundos do arrendamento é um fator de produção de desigualdade de poder entre os próprios indígenas, implicando também desigualdade econômica, que beneficia grupos minoritários, e traz como consequências um conjunto de violências associadas e utilizadas para manutenção da prática do ilícito, com conflitos internos que, muitas vezes, resultam em ameaças, agressões físicas, transferências/expulsões e até mortes.

Para combater o arrendamento em ambas as TIs, o MPF já havia ajuizado outras ações judiciais no passado⁶⁴, que levaram a dois termos de ajuste de conduta (TACs), um assinado em 2018 no âmbito da TI Nonoai, e o outro em 2019 para a TI Serrinha. MPF e Funai firmaram esses termos respectivamente com a COPINAI (Cooperativa dos Trabalhadores Rurais Indígenas de Nonoai) e a COTRISERRA (Cooperativa dos Trabalhadores Rurais Indígenas de Serrinha).

Segundo os relatos históricos, presentes no Parecer Técnico 22/2014, de Jorge Bruno Souza:

“o arrendamento de terras indígenas foi estimulado e praticado pelo Estado em diversos momentos. Na própria Terra Indígena Serrinha, em meados do século passado, áreas foram arrendadas a colonos por meio de negociações entre estes e lideranças indígenas ou encarregados do toldo, bem como guardas florestais encarregados da administração do Parque Florestal instalado sobre a terra indígena, como referido por César Augusto da Ros, apoiando-se nas informações de Joel João Carini:

‘Nas décadas de 1930 e 1940 ocorreram novas intrusões na reserva da Serrinha por madeireiros, pecuaristas, pequenos agricultores, agricultores médios ou granjeiros em arranchamentos temporários. **A estratégia de intrusão começava pelo arrendamento, que envolvia negociações entre os colonos e os guardas florestais ou entre os colonos e lideranças indígenas.** Ao entrar nas áreas os colonos tinham que pagar uma quantia em dinheiro pelos lotes que eram medidos a olho, sendo que não recebiam

⁶⁴ Processo n. 5001370-38.2015.4.04.7118 cujos pedidos eram:(i) a declaração de nulidade de todo e qualquer negócio jurídico celebrado entre os réus, por meio do qual tenha sido violada a regra constitucional que determina o usufruto exclusivo dos índios sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas; (ii) o sequestro da produção relativa à safra 2014/2015 colhida no interior da Terra Indígena Serrinha, cujo lucro obtido com a venda deverá ser destinado em benefício exclusivo da comunidade indígena residente na mencionada TI; (iii) impedir que novos negócios ilegais viessem a ser firmados em prejuízo da comunidade indígena. No processo n. 504182- 19.2016.4.04.7118, 1) que a Coatin/Fatin e os demais demandados cessassem imediatamente quaisquer práticas atualmente em curso que configurassem o arrendamento de áreas da Terra Indígena Nonoai, a qualquer título, em especial sob a alcunha de “parceria”, “prestação de serviços”, “plano de gestão territorial” ou “assistência técnica”; 2) que a Coatin/Fatin e os demandados enquanto pessoas físicas abstivessem-se de realizar negócios jurídicos que tivessem por escopo a disposição de terras indígenas, seja por meio de contrato de arrendamento, seja por meio de parceria agrícola ou prestação de serviços; 3) que os demandados promovessem a efetiva divulgação da decisão na sede da comunidade indígena e a notificação formal de todos os arrendatários/parceiros, tudo devidamente comprovado nos autos em 60 dias do trânsito em julgado.

nenhum tipo de documento que comprovasse a negociação, o que gerava muitos conflitos entre os índios e os colonos’.

Nas terras indígenas Guarita e Nonoai de onde saíram as famílias que iniciaram a reocupação da Serrinha a prática do arrendamento de terras também é recorrente, desde a época em que eram administradas pelo Serviço de Proteção ao Índio e, posteriormente, pela Fundação Nacional do Índio. Em Nonoai, no início da década de 1970, a Funai arrendava terras a 550 famílias de colonos e, em Guarita, mesmo após o Estatuto do Índio tornar a proibir o arrendamento de terras indígenas, a Funai continuava a realizá-lo.

É preciso considerar também que a valorização das commodities agrícolas no mercado internacional tem, principalmente nas últimas duas décadas, estimulado a busca de novas áreas para o plantio de soja e milho, principalmente; o que finda por pressionar as terras indígenas, as quais, em regiões de intensa colonização, são praticamente, as últimas ainda disponíveis para incorporação ao processo produtivo do agronegócio.”

Verificou-se que a solução apontada para a questão do arrendamento seria a construção de alternativas econômicas que pudessem ser realizadas pela comunidade indígena, sendo indicados o etnomapeamento e o etnozoneamento da TI Serrinha, ferramentas da Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental das Terras Indígenas (PNGATI), que não foi implementada pela FUNAI que argumenta a necessidade de se aguardar o prazo de três safras, a partir de 2020, para fazer um relatório da situação e verificar se os objetivos do TAC haviam sido implementados.

A ideia dos TACs era promover a transição do modelo de utilização das terras indígenas, para que os contratos de arrendamento ou parcerias agrícolas dessem lugar à produção autônoma pela comunidade indígena e, ao mesmo tempo, proporcionar um modelo de desenvolvimento sustentável, o que não foi possível, pois o cacicado manteve seu poder na administração da Cooperativa, criando cláusulas de benefícios que possibilitaram a concentração de renda em sua administração, sem qualquer prestação de contas⁶⁵.

No processo n. 5001737-18.2022.4.04.7118 constatou-se que a realidade da Cooperativa de Serrinha só mascarava o sistema anterior que não beneficia grande parte da comunidade indígena Kaingang que permanece numa realidade de difícil situação socioeconômica, dependendo de assistencialismo governamental e venda de artesanato. O processo n. 5000850-68.2021.4.04.7118 movido pelo Conselho da TI Serrinha em face da Cooperativa demonstra, também, a indignação de parte da comunidade em face do sistema de arrendamentos⁶⁶.

65 O Conselho da TI Serrinha decidiu ajuizar uma ação contra a COTRISSERRA, o cacique e alguns indígenas alegando diversas irregularidades no cumprimento do TAC, dando origem aos autos nº 5000850-68.2021.4.04.7118

66 Existem diversos processos que tratam sobre a gestão do arrendamento na TI Serrinha: 5001370-38.2015.4.04.7118, 5003432-75.2020.4.04.7118, 5000519-86.2021.4.04.7118, 5000302-43.2021.4.04.7118, 5000263-17.2019.4.04.7118, 5000717-60.2020.4.04.7118, 5001463-59.2019.4.04.7118. Todos com jurisdição na Vara Federal de Carazinho.

Além da concentração de terras e poder nas mãos do cacicado que por meio de transferências ilegais desaloja pessoas para conceder mais terras para arrendamento, verifica-se que, de acordo com Informação Técnica nº 222/2014/CGMTDPT- FUNAI-MJ:

“enquanto os proprietários rurais que buscam executar atividades agrícolas dentro de suas propriedades arcam com a imobilização do capital (pois tem que comprar as áreas de plantio ou mesmo alugá-las) com elevados custos de produção pois estão sujeitos a uma série de impostos legais sobre sua lavoura, bem como impostos territoriais, fiscais e controles ambientais e produtivos ainda tem que competir com os arrendatários, os quais além de não cumprirem nenhuma das exigências e pagamentos acima mencionados, não fazem declaração sobre o valor obtido com a atividade de arrendamento ou o fazem mascarando sua verdadeira origem e base produtiva”.

Já a Terra Indígena Nonoai⁶⁷ abrange uma área de 19.830 (dezenove mil, oitocentos e trinta) hectares, área essa que se insere nos municípios de Gramado dos Loureiros/RS, Nonoai/RS, Rio dos Índios/RS, Planalto/RS e Alpestre/RS. Segundo dados demográficos do IBGE de 2010⁶⁸, habitam 2.814 índios das etnias Kaingang e Guarani. A TI se encontra na fase do procedimento de demarcação denominado regularizada, nessa fase o decreto presidencial de homologação da TI já foi publicado e a área já está registrada em cartório de registro de imóveis em nome da União e da Secretária de Patrimônio da União⁶⁹.

De acordo com o Parecer Pericial n. 18/2014, de Leonardo Leocádio da Silva, a história do arrendamento na TI Nonoai decorre desde o final século XIX:

“Segundo Abbot (1912:18): "As invernadas que tem os índios, pois suas terras são formas de campinas feita a fogo e mattos, eram arrendadas aos ocidentais por uma ninharia além do que o arrendamento era pago a troco de mantimentos por preços fabulosos. Quando eu cheguei estavam ali arrendando a Geraldo Presto pelo preço de 150\$00,00 annuaes.” Além de Prestes, Alberto Machado e Elyseo Antunes Ferreira também arrendavam as terras dos índios naquela ocasião (Gonçalves 1911:154).”

“Os mencionados arrendamentos nunca resolveram os problemas decorrentes da redução territorial e das bases de subsistência dos índios de Nonoai; antes pelo contrário, os mesmos deram margem às novas ocupações por não índios. Na primeira metade do século os arrendatários, mantinham uma produção de pequeno porte na área, ligada à agricultura de subsistência e à produção bovina e equina (C.P. Faria 1995, c.p.). Alfredo Nascimento, por exemplo, arrendava em 1925, uma invernada para gado nas terras dos índios junto ao Lageado Tigre, numa área próxima à atual ponte (Krerã 1995, c.p.). Neste caso, o Arrendamento era pago

67A Terra Indígena Nonoai foi uma das 11 áreas demarcadas (“toldos”), mais especificamente em 1911, tendo sido reconhecido que o Toldo Nonoai tinha 34.908 hectares. Com o processo de redução, por meio da colonização promovida pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, em 1967, a partir da CPI na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul,

68 Disponível em: <<https://dadosgeociencias.ibge.gov.br/portal/apps/sites/#!/indigenas/app/053f401dc833463d824e6e0a74ada62b>> acesso em 07/02/2023.

69 <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/terras-indigenas/geoprocessamento-e-mapas>

em espécie, gado e gastos em casa comercial de Nonoai, para as festas dos índios (id.). Em 1930, Osorinho Faria vivia com a família numa área de campo, identificada como Mangueirão (N.L. Pires 1995, c.p.). Ele pagava renda da terra ao cacique Vitorino Condâ, mas segundo Krerã ou Patrício da Silva, 83 anos (1995, c.p.), os preços era irrisórios. Cipriano Pires Faria (id.) passou a morar na área em 1940, junto ao sogro Osorinho. Por esta época o "inspetor de índios" do SPI (Brasil. SPI 1941) encontrou três arrendatários na área, a saber, mas três arrendatários de invernadas para gado: Bernadino Gonçalves, Jair Winkler e Gabriel Menezes, cuja situação foi por ele regularizada." (Lopes 1995:34)

“Em meados dos anos de 1970, a AI Nonoai se encontrava tomada por não-índios, quer na condição de pretensos proprietários, arrendatários, invasores, ou ocupantes. O DGPI – Departamento Geral do Patrimônio Indígena da FUNAI realizou um controle da situação dos arrendatários de pequenas glebas de terra, quando um total de 361 foi identificado (Brasil, FUNAI/DGPI 1974). A área ocupada por estes arrendatários era de 2994,37 ha (id.:8). Chegou a haver uma mobilização das autoridades no sentido de um reassentamento destes arrendatários, mas nada de concreto foi viabilizado neste caso. E, como a renovação dos contratos de arrendamento tinha sido proibida pelo Estatuto do Índio, tais arrendatários não mais pagaram a renda, tendo permanecido na área na condição de invasores, até a expulsão feita pelos indígenas em 1978”.

Ocorre que, após o conflito em 1978, com a expulsão dos colonos, sem mais arrendatários na terra indígena, os Kaingang ficaram a mercê de sua própria produção durante dois anos. De acordo com o relato do laudo antropológico, “durante este período as comunidades passaram fome, aumentando o índice de desnutrição entre as crianças, o que fez com que este[s] optassem em retornar com a prática de arrendamento, agora com o nome de parcerias”.

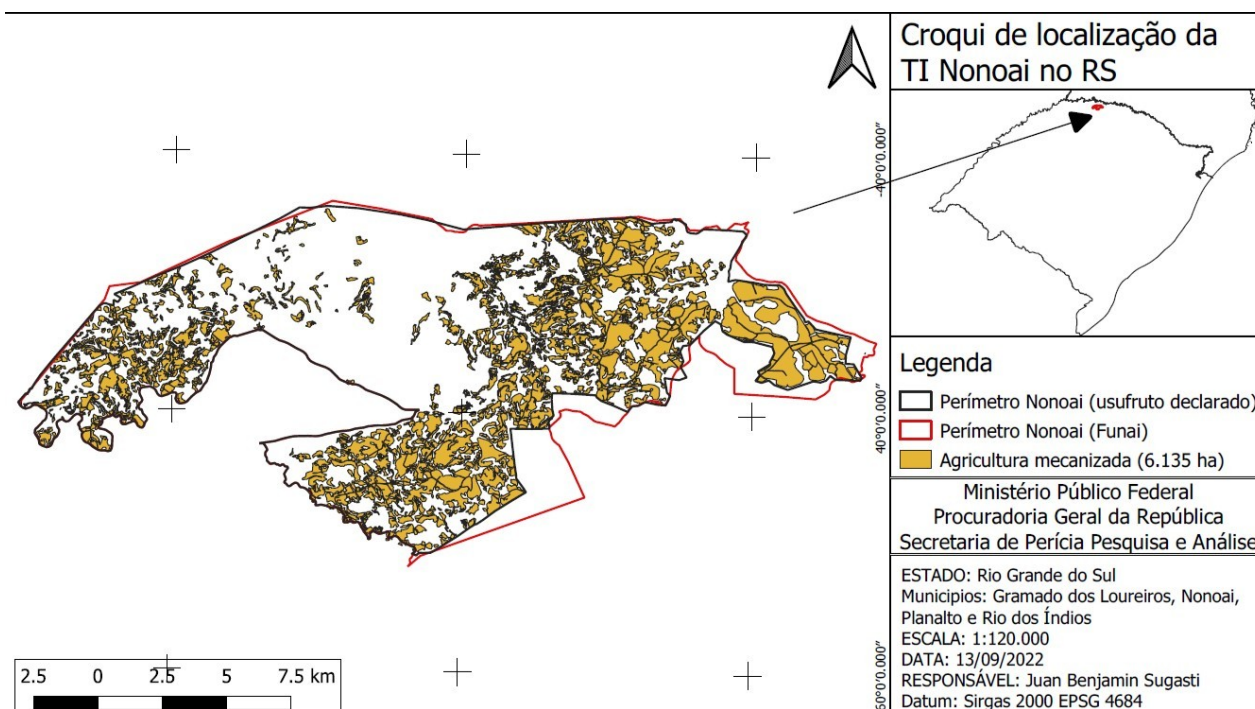
Deste modo, ficou constatado, através do processo n. 5001736-33.2022.4.04.7118 que o sistema de parceria seguia a mesma estrutura de exploração do arrendamento, mas, com outro nome, com o intuito de burlar eventuais represálias de órgãos de fiscalização da lei, tal como o Ministério Público Federal. E, na prática o funcionamento da cooperativa ocorre pela intermediação das parcerias.

Para se ter uma noção dos valores que a TI Nonoai pode arrecadar com o arrendamento de terras, o antropólogo do Ministério Público Federal, Leonardo Leocádio da Silva, em pesquisa de campo, informa em seu parecer técnico:

“a essência do funcionamento da cooperativa indígena é sua vinculação com a cooperativa local de não indígenas, pois estes vendem o insumo e parte da estrutura de maquinário. Até certa medida, não se sabe ao certo qual é percentual da produção que é pago a cooperativa, tanto indígena, quanto a dos brancos, mas calcula-se que seja em tomo de 30 sacas, das 55 a 70 que são produzidas por hectares, em algumas situações [há] relatos que as sacas destinadas por família sejam 8 sacas anuais, ou mesmo que o cacique absorve 30% da troca de lucro. De toda maneira, a média de lucro por família, na hipótese de 4 hectares plantados anualmente é cerca de R\$ 7.200, sem considerar a parte absorvida pela cooperativa e considerando apenas o custo pago em insumo e maquinários.

Seguindo esta mesma linha de cálculo e considerando o montante o valor médio de R\$ 55,00 por saca de soja e que um hectare produz, em média, 60 sacas, o valor total que a Terra Indígena de Nonoai movimenta anualmente é R\$ 19.800.000,00.”

Disputas internas envolvendo as lideranças indígenas tanto em Nonoai como na Serrinha, que tinham como pano de fundo o controle da exploração das TIs e dos recursos econômicos gerados com os projetos de transição, vieram à tona durante o ano de 2020 e se agravaram ao ponto da ocorrência de um duplo homicídio na TI Serrinha⁷⁰ em outubro de 2021, seguido de novo homicídio na TI Nonoai⁷¹ um mês mais tarde. De mais a mais, é possível verificar que a região concentra um grande número de áreas agricultáveis, contrastando com a preservação ambiental pretendida pela Constituição:



Fonte: Parecer Pericial n. 18/2014 do Ministério Público Federal

Para se compreender a dificuldade em identificar arrendatários de terras indígenas, veja-se o cumprimento de sentença n. 5006890-13.2018.4.04.7105, cuja demanda inicial foi proposta em 27.01.1994 e sentenciado em primeiro grau, no ano de 1999 e até hoje não foi cumprida a sentença. Trata-se de cumprimento de sentença na TI Guarita, a maior do Estado do Rio Grande do Sul, com 23.406 hectares⁷², com cerca de 5 mil indígenas das etnia Kaingang e Guarani.

70 <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/10/18/disputa-por-terra-motivou-assassinatos-na-serrinha-dizem-indios-expulsos-de-reserva-no-rs.ghtml>

71 <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2022/03/29/operacao-da-pf-apura-homicidio-em-terra-indigena-no-norte-do-rs.ghtml>

72 <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3680>

Até o momento, a FUNAI e a União não conseguiram identificar os arrendadores que, a partir de uma visão do Google Earth, é possível verificar a invasão da referida TI, nos quadrantes noroeste e sul, sendo o norte e nordeste ainda preservados.



Imagens de satélite da TI Guarita e avanço do desmatamento acessada pelo Google Earth na data de 20.06.2022.

No referido cumprimento de sentença da ação civil pública, um fato curioso ocorreu. O cumprimento de sentença tinha como objeto a identificação por parte da União e da FUNAI dos invasores da TI Guarita, além de declarar nulos os contratos de arrendamento. Com a demanda inicial, haviam sido identificados 196 agricultores a encerrarem arrendamentos de terra na área da reserva indígena do Guarita, sendo que a sentença foi proferida há mais de 20 anos, mas o trânsito em julgado ocorreu em 2018.

Chegada a época da colheita da soja, por volta de outubro/novembro, o então cacique, Carlinhos Alfaiate, pediu sua admissão no processo, após saber que o Ministério Público Federal havia pedido o confisco da soja arrendada. A informação de que o então cacique continuava com o arrendamento era fato notório, sendo objeto de diversas denúncias no órgão ministerial.

Quanto à inclusão do Cacique como interessado, foi ele incluído, mesmo com objeção ministerial. O fato é que dias depois, um conflito na TI Guarita foi deflagrado, com a disputa pelo cacicado na eleição que não foi reconhecida. Com a sua inclusão em juízo, reconhecendo o representante da comunidade, estaria o Poder Judiciário Federal decidindo quem era o cacique,

objeção feita pelo Ministério Público Federal. Contudo, para além da discussão da legitimidade do cacique como terceiro interessado, seria interessante notar, que, a partir da leitura do art. 109, XI da Constituição Federal, poderia o Poder Judiciário ser demandado a decidir uma eleição indígena?

Ainda, o Poder Judiciário Federal, na ocasião, o Juízo de Palmeiras das Missões, permitiu que o cacique fizesse a colheita da lavoura de soja, no ano de 2021, alegando que não haveria provas de que haveria arrendamento, sendo que o objeto da ação era justamente que: a) os indígenas não detinham o controle dos meios de produção dentro da Terra Indígena; b) havia determinação sentencial para identificar e expulsar os arrendatários. Com essa infeliz decisão judicial, perdeu-se a oportunidade de se quebrar a cadeia produtiva criminosa do arrendamento, não se permitindo o confisco e a destinação dos valores à comunidade indígena de mais de 5 mil habitantes.

Na TI Ventarra, de 772 hectares⁷³, localizada em Erebango-RS, a situação envolveu o inadimplemento do contrato de arrendamento.

No processo n. 5001940-51.2020.4.04.7117, a ASKARM (ASSOCIAÇÃO KAINGANG RE MAG – ASKARM) ingressou com ação contra os arrendatários alegando o inadimplemento do contrato de parceria. ASKARM, presidida pelo então cacique Gilmar Sales, nada mais era que uma tentativa de mimetizar o sistema de cooperativa. Contudo, como a associação não deve ter fins lucrativos, o meio utilizado é ilícito, nos termos do art. 53 do Código Civil. a associação foi fraudulentamente constituída para gerir interesses dos próprios sócios. Ela possui finalidade lucrativa e não atua como representante da comunidade, antes, abusa desta e serve aos propósitos de seus gestores – o cacique e seu grupo.

De acordo com o Parecer Técnico 756/2022, elaborado pela Engenheira Agrônoma, Daniela Damaceno Xavier Ferro, do Ministério Público Federal, com o objetivo de identificar as áreas de agricultura e desmatadas na Terra Indígena Ventarra foi realizada a sobreposição do perímetro da terra indígena com as imagens disponíveis no software Google Earth Pro.

O perímetro da TI Ventarra foi obtido por meio de download de arquivos do sítio eletrônico da Fundação Nacional do Índio – Funai. De forma complementar, foram observadas as imagens do satélite PlanetScope. Disponíveis na Plataforma do Programa Brasil M.A.I.S, que possuem uma resolução espacial de 03 metros, o que permite observar com maiores detalhes as áreas de interesse. A capacidade de recobrimento de todo o Brasil várias vezes ao longo de 30 dias com o mesmo tipo de sensor, permite o monitoramento detalhado da dinâmica de ocupação ao longo de cada mês.

A TI Ventarra possui 772,95 ha, destes 500,54 ha estão sendo utilizados com agricultura,

73 <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/4051>

56,54 ha foram desmatados, mas ainda não foram convertidos em área para produção agrícola e a área estimada de 32,61 ha está ocupada com destinação doméstica ou **construções diversas**.

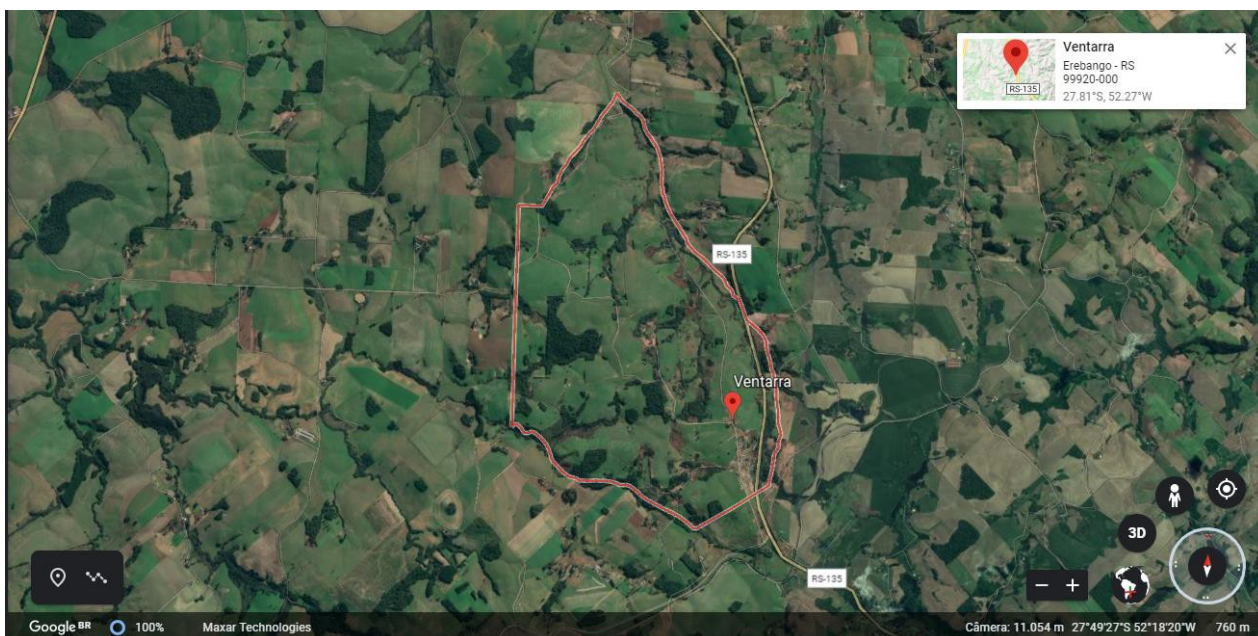


Imagem: TI Ventarra retirada do Google Earth em 20.06.2022

Com isso, no processo e n. 50033825220204047117, movido pelo Ministério Público Federal, foram demandados além da União e da FUNAI que deveriam zelar pela correta destinação da terra indígena, na forma prevista pelo art. 231 da Constituição Federal, os arrendadores, arrendatários e também as empresas cerealistas que, a partir de uma visão da cadeia de consumo da soja, deveriam saber de onde o cereal, a fim de não financiar ou ter em depósito, cereais decorrentes de arrendamentos em terras indígenas.

Este é um objetivo, inclusive do Grupo de trabalho de Gestão Territorial e Autossustentabilidade vinculado à Câmara de Coordenação e Revisão de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais – 6ª CCR do Ministério Público Federal, que aos moldes do projeto Carne Legal, estuda a cadeia de produção de soja e tenta, por meio de acordos, fazer com que as empresas não adquiram ou financiem as atividades que geram conflitos, mortes, fome e desmatamento, em total afronta aos dizeres constitucionais.

Isso porque a soja é uma das principais *commodities* mundiais, dela derivam-se grãos para a alimentação humana, o farelo como importante ingrediente para nutrição animal e o óleo na produção de bens de consumo para cozinha, medicamentos e biodiesel.

Desde a safra 2019/2020 o Brasil passou a ter a liderança na produção mundial de soja, ultrapassando os Estados Unidos. Enquanto a produção brasileira foi de 135,409 milhões de

toneladas, um recorde, segundo levantamento feito pela Conab em maio de 2021, a americana possui uma estimativa de 121,05 milhões de toneladas, segundo o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos (USDA)⁷⁴, sendo o Rio Grande do Sul o segundo maior produtor do país, atrás somente do Mato Grosso.

Desta forma, é necessário criar mecanismos de rastreamento da soja, a fim de verificar se ela provém de terras indígenas oriundas de arrendamentos, que frise-se, são ilegais.

Veja-se o modelo adotado pelo Projeto Carne Legal, que desde 2009, o Ministério Público Federal - MPF busca atuar de forma a regularizar a cadeia produtiva da pecuária na região amazônica.

O programa baseia-se na assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta – TACs firmados entre o MPF e as principais empresas compradoras de gado situadas na Amazônia Legal. Ao firmarem o TAC, as empresas se comprometem a não adquirir gado criado em áreas com desconformidades ambientais, de forma a impedir que o gado oriundo dessas áreas seja comercializado junto com gado criado em áreas regulares. Os TACs também buscam contribuir para a regularização fundiária e ambiental das propriedades fornecedoras de gado situadas na Amazônia Legal.

Algumas diferenças devem ser levadas em consideração, tendo em vista que a origem do gado pode ser constatada pela nota fiscal e pelas Guias de Trânsito Animal – GTA e a rastreabilidade da soja seria baseada apenas na nota fiscal emitida pelos produtores às entidades armazenadoras e/ou compradoras, ou seja, com base em mera declaração, com dificuldade de rastreamento da área, sendo assim necessário, ao menos exigir, para fins de controle, além da Nota Fiscal, a inscrição do vendedor da soja no Cadastro Ambiental Rural para fins de verificar se sua área plantada é compatível com a sua produtividade⁷⁵.

Ao que se percebe, os líderes das terras indígenas Kaingang, sabendo da alta produtividade de soja no norte do Rio Grande do Sul e também da diminuição dos custos pelo uso das terras, em vez de promover a adequada distribuição de recursos, acabam se locupletando em

74Disponível em <https://www.embrapa.br/soja/cultivos/soja1/dados-economicos> e <https://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/usda/299813-usda-aumenta-expressivamente-producao-e-estoques-finais-de-soja-dos-eua.html#.YZeLV9DMKM8>

75A sugestão encaminhada ao Grupo de trabalho seria a adoção de algo parecido com Protocolo Verde de Grãos do Pará, envolvendo os municípios que possuem Terras Indígenas na abrangência de seus territórios. Dessa forma o poder público local poderia articular a divulgação junto aos compradores locais de grãos os objetivos do programa e incentivar as empresas e cooperativas a aderirem ao programa. Além disso, para que o programa atinja uma capilaridade é de extrema relevância que seja realizada uma articulação com as associações representativas do setor produtivo. A nível nacional pode-se destacar, Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais – ABIOVE e Associação Nacional dos Exportadores de Cereais ANEC e a nível da região sul do país pode-se destacar a Associação de Cerealistas do Rio Grande do Sul – ACERGS.

face dos demais que acabam por viver em situações precárias.

A título de comparação, na TI Votouro, convivem Guarani e Kaingang. É nítida a diferença de tratamento da disposição da terra, a partir de uma constatação de imagens.



Imagem: TI Votouro-Guarani retirada do Google Earth em 20.06.2022

Enquanto a TI Votouro-Guarani detém maior parte de área verde, a TI Votouro-Kaingang está marcada por uma grande quantidade de áreas voltadas para o cultivo da soja, conforme se vê abaixo:

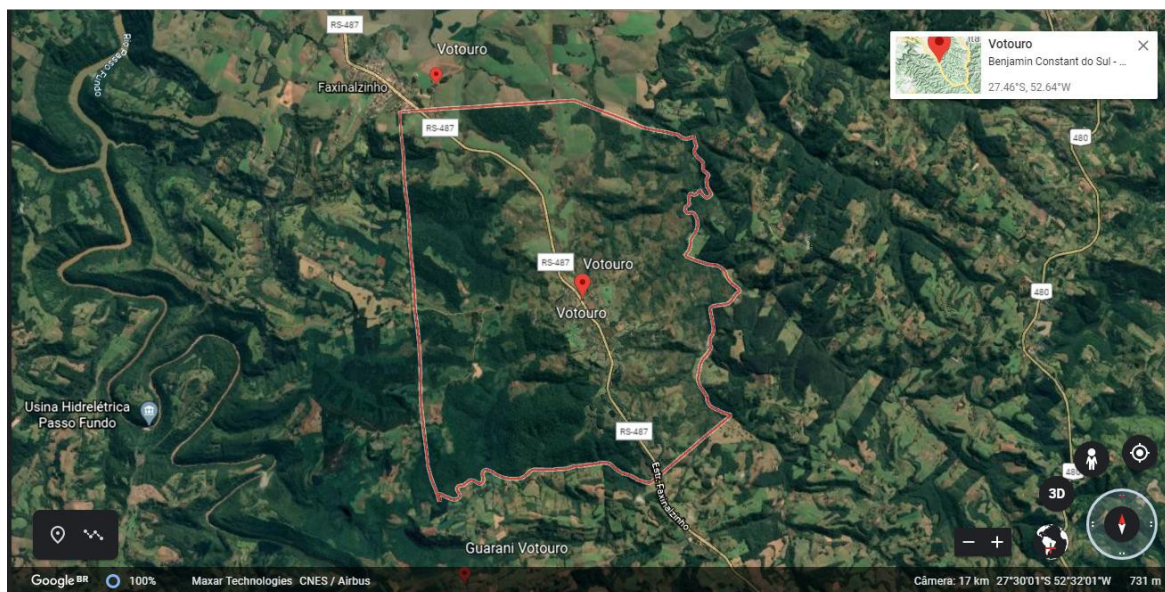


Imagem TI Votouro- Kaingang retirada do Google Earth em 20.06.2022

Deste modo, é necessária ruptura com a estrutura e modelo da atividade econômica ilegal, cujas consequências geram, intensificam e perpetuam a concentração econômica que beneficia grupos minoritários, a desigualdade socioeconômica no seio da comunidade, bem como um conjunto de violências associadas e utilizadas para manutenção da prática do ilícito.

Em verdade, o arrendamento nas terras indígenas Kaingang no Rio Grande do Sul vem causando efeitos extremamente deletérios às relações estabelecidas no seio da comunidade indígena, pois ele não veio acompanhado de uma repartição mais equânime ou menos desigual das riquezas obtidas com essa prática: o cacicado argumenta que somente eles administram o que é dos demais e que devem ser remunerados por isto.

Isso gerou a concentração de riqueza e poder nas mãos da liderança, havendo vários fatos concretizados de atos de violência (colocação em cadeia indígena e até mesmo de transferência/expulsão para outras áreas), isso sem falar na prática de agressões físicas e homicídios⁷⁶, que, na maioria das vezes, guardam alguma relação com os arrendamentos e controle de recursos econômicos por ele gerados), em prejuízo daqueles que se insurgiam contra isso.

Houve, portanto, uma banalização da aplicação de tais penalidades, as quais, no sistema jurídico Kaingang, deveriam ser utilizadas como última alternativa.

O que se verifica é que, não só para ampliação, mas para a própria manutenção da prática do arrendamento, no contexto do sul do país, o êxodo de indígenas da terra indígena é necessário, independentemente de sua modalidade (saída, expulsão ou transferência), variando o grau do expurgo, a depender dos dados demográficos da população indígena, do tamanho da área da terra indígena e da condução do poder político. Como o arrendamento gera concentração de terras nas mãos de poucos, acaba também por estimular indiretamente o deslocamento de indígenas a diversas cidades em busca de melhores condições de vida.

E, considerando que raras são as vezes em que, de fato, opera-se uma transferência para outras terras indígenas, no sentido originário da pena tradicional, e que essas terras indígenas, em sua grande maioria, também sofrem com a mesma prática do arrendamento, a consequência do êxodo é a mesma: formação de novos acampamentos, com o acirramento de conflitos fundiários, aumento do número de ações de reintegrações de posses, aumento do preconceito contra essas comunidades, além da condição de vulnerabilidade inerente à vida precária dos acampamentos.

76TI Passo Grande do Rio Forquilha em 2015: <<https://racismoambiental.net.br/2017/11/23/mpf-obtem-condenacao-dos-oito-envolvidos-em-conflito-indigena-na-aldeia-passo-grande-do-rio-forquilha-rs/>>;

TI Ligeiro em 2017: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/conflito-entre-indigenas-forca-saida-de-400-pessoas-de-reserva-do-ligeiro-em-charrua.ghtml>>;

TI Votouro em 2018: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/confronto-entre-indigenas-deixa-um-morto-e-oito-feridos-no-norte-do-rs.ghtml>>;

TI Ventarra em 2018: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/conflito-em-reserva-indigena-de-erebango-deixa-uma-pessoa-morta.ghtml>>;

TI Guarita em 2019: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/10/disputa-de-poder-coloca-indios-gauchos-em-pe-de-guerra-no-norte-do-estado-ck26hm3ee09s501r2p4jm3e2q.html>>;

TI Passo Grande do Rio Forquilha em 2020: <<https://lagoafm.com.br/regiao/cacique-doble-novo-conflito-entre-indigenas-deixa-varios-feridos/>>;

TI Carreteiro em 2020: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/08/area-indigena-no-norte-do-rs-registra-mais-de-70-conflitos-em-dois-meses-cke2wqnx002w01470xaez8rl.html>>;

TI Inhacorá em 2020: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2020/11/policia-federal-abre-inquerito-para-investigar-conflito-em-reserva-indigena-no-norte-do-rs-ckhmk2efk005s017020ntlf9.html>>;

TI Carreteiro em 2021: <<https://www.onacional.com.br/regiao,17/2021/09/01/mpf-denuncia-envolvido-em-confli,118407>>;

TI Serrinha em 2021: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/10/18/disputa-por-terra-motivou-assassinatos-na-serrinha-dizem-indios-expulsos-de-reserva-no-rs.ghtml>>;

TI Nonoai em 2021: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/11/15/indigena-e-baleado-e-morto-durante-manifestacao-no-norte-do-rs-diz-policia.ghtml>>;

TI Guarita em 2022: <<https://sul21.com.br/noticias/geral/2022/03/videos-expoem-escalada-da-violencia-na-ti-guarita-defensora-alerta-para-gravidade-da-situacao/>> acessos em 27/11/2022.

A questão do financiamento das atividades indígenas não é empecilho, pois a própria Resolução do Banco Central do Brasil nº 140, de 15 de setembro de 2021 dispõe que não será concedido crédito rural a empreendimento cuja área esteja total ou parcialmente inserida em terra indígena. E ainda complementa que “isso não se aplica aos casos em que o proponente pertença aos grupos tribais ou às comunidades indígenas ocupantes ou habitantes da terra indígena na qual se situa a área do empreendimento”.

Logo, como se vê, não é possível que os bancos e instituições financeiras financiem empreendimentos terras indígenas por arrendatários, bem como, existem instituições que fazem os devidos financiamentos para a produção dos indígenas, inclusive com recursos do PRONAF.⁷⁷

Ainda, necessário que haja, por parte da FUNAI, uma política de gestão da ocupação do solo, para se garantir a segurança alimentar e evitar a desnutrição indígena. Isso porque a União tem o dever de formular uma política pública exclusiva para as comunidades indígenas: a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), instituída pelo Decreto nº 6.040/2007. De acordo com o artigo 1º do Anexo do Decreto nº 6.040/2007, as ações e atividades voltadas para o alcance dos objetivos da PNPCT deverão ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada e sistemática, a fim de garantir, justamente, a segurança alimentar e nutricional da comunidade indígena.

Com o objetivo de lidar com esse tipo de desafio é que foi instituída a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI (Decreto nº 7.747/2012), preconizando um sistema articulado de monitoramento territorial e ambiental para garantir e promover a proteção, a recuperação, a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas.

Com efeito, o povo indígena foi explicitamente indicado como um dos beneficiários da Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária (PNATER) – que tem como principal instrumento de implementação o Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária (PRONATER) –, conforme artigo 5º, inciso I, da Lei nº 12.188/2010.

E é a partir da gestão da terra indígena que se podem evitar os conflitos fundiários que atormentam a segurança, tanto dos kaingang do Rio Grande do Sul, quanto do aparato policial que é demandado para conter a beligerância dos indígenas.

Em Santa Catarina, o mesmo fenômeno é descrito nos estudos de Carlos Humberto Prola Jr (2016, p. 205-206):

77 <https://blog.cresol.com.br/tudo-que-voce-precisa-saber-sobre-o-pronaf/>

“O arrendamento de áreas para produtores rurais não indígenas no Oeste de Santa Catarina tem ocorrido principalmente na Terra Indígena (TI) Xapecó, a mais populosa do estado, com cerca de 5,5 mil índios. Sua demarcação administrativa foi homologada pelo Decreto nº 297/91, assegurando ao povo Kaingang uma área de 15,6 mil hectares, localizada atualmente nos municípios de Ipuauçu e Entre Rios, no Estado de Santa Catarina.

No centro de muitos dos conflitos ocorridos naquela área indígena está a questão da terra, objeto de interesse do agronegócio – produtores rurais vizinhos –, que veem na TI Xapecó uma oportunidade para ampliação de suas lavouras de soja transgênica e obtenção de lucro, sem qualquer preocupação com a preservação da cultura e das tradições do povo Kaingang nem com a preservação ambiental das áreas exploradas.

(...) lideranças indígenas são cooptadas, mediante o pagamento de parcela do resultado da produção obtida, e os benefícios acabam sendo usufruídos por uma minoria dos índios, aquelas famílias que, em decorrência do processo histórico interno, acabaram sendo agraciadas com áreas da terra tradicional, denominadas pelos Kaingang como “sítios”. Esses detentores de “sítios”, em regra, são as famílias mais tradicionais da terra indígena, relacionadas às atuais e antigas lideranças.

A imensa maioria dos indígenas, contudo, permanece alijada desse processo e, não dispondo de áreas nem mesmo para uma atividade agropecuária de subsistência, tem que buscar fontes de renda trabalhando nos serviços públicos de educação e saúde dentro da terra indígena, ou nas agroindústrias da região, ou, ainda, como empregados dos produtores rurais vizinhos”

E conclui o colega e membro do Ministério Público Federal (2016, p. 211):

“Tal discussão, contudo, perde sentido no caso específico da TI Xapecó, onde foi constatada uma clara situação de dominação e opressão, em que a ampla maioria da comunidade vê seu direito à terra solapado por parte de lideranças, produtores rurais, consultores e alguns poucos indígenas beneficiados”

No mais, para fins de retratar os efeitos penais desses arrendamentos, somente na Justiça Federal, como decorrência da aplicação do art. 109, XI da Constituição Federal, sem contar a Justiça Estadual que possui alguns rescaldos de investigações que tratam de problemas como extorsões de servidores estaduais e federais que prestam serviços em Terras Indígenas, bem como de questões envolvendo a Lei Maria da Penha, citam-se os seguintes conflitos, de natureza coletiva, para fins de atração da competência da justiça especializada federal da 4ª Região, após pesquisa pelo sistema EPROC:

TRF4 – 5033943-75.2017.4.04.0000	Ação penal instaurada para apurar corrupção ativa e passiva pelos réus Elton Paulo Talian, Leonel Caetano Chaves e Mauro Luis Wagner.
JFRS – 5000425-93.2001.4.04.7117	Inquérito Policial instaurado para apuração dos crimes de estelionato (art. 171) e de usurpação de propriedade da União, em razão do acréscimo patrimonial incompatível com a renda auferido pela liderança indígena de Ventarra e pelo técnico agrícola Mauro.

JFRS – 5000488-79.2015.4.04.7117	Inquérito policial instaurado para apurar a ocorrência de homicídio qualificado (art. 121, parágrafo 2º, inciso IV) em um conflito na Terra Indígena de Ventarra.
JFRS 2009.71.17.001507-1	– Inquérito Policial instaurado para apuração dos crimes de ameaça (art. 147), violação de domicílio (art. 150, parágrafo 1º) e porte ilegal de arma de fogo (art. 14, Lei nº 11.343/06), em razão do conflito ocorrido entre o indígena Lídio Laurindo e o Cacique Leonel Caetano Chaves de Ventarra/RS.
JFRS 2006.71.17.001377-2	– Inquérito Policial instaurado para apuração do delito de disparo de arma de fogo (arts. 14 e 15 da Lei 10.826/03) ocorrido na Terra Indígena de Ventarra/RS.
JFRS – 5002934-50.2018.4.04.7117	Inquérito Policial instaurado para apuração dos delitos de incêndio (art. 250, parágrafo 1º, alínea “a”) e de disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei 10.826/03) na Terra Indígena de Ventarra/RS.
JFRS – 5005691-22.2019.4.04.7104	Inquérito Policial instaurado para apuração dos delitos de incêndio (art. 250, parágrafo 1º, alínea “a”) e de disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei 10.826/03) na Terra Indígena de Ventarra/RS.
JFRS/PFU – 5001686-15.2019.4.04.7117	Inquérito Policial instaurado para apurar expulsão de domicílio e roubo ocorrido em Ventarra Alta, Erebangó/RS, ocorridos no contexto de perseguição de desafetos que ocorre na TI Ventarra.
JFRS – 5000406-43.2018.4.04.7117	Inquérito Policial instaurado para apurar os crimes de ameaça(s), porte e disparo(s) de arma de fogo, furto(s), lesão corporal por grupos de indígenas armados, ocorridos no contexto de disputa de poder entre grupos rivais que ocorre na TI Ventarra.
JFRS – 50004598-24.2019.4.04.7104	Representação criminal por crime de ameaça entre grupos indígenas rivais, ocorrido no contexto de disputa de poder entre grupos rivais que ocorre na TI Ventarra.
JFRS – 5007666-79.2019.4.04.7104	Inquérito Policial instaurado para apurar o crime de ameaça, ocorrido no contexto de disputa de poder entre grupos rivais que ocorre na TI Ventarra.
JFRS – 5001956-73.2018.4.04.7117	Inquérito Policial instaurado para apurar os crimes de tentativa de homicídio, posse, porte e disparo(s) de arma de fogo, lesão corporal, ameaça, atentado, formação de milícia por grupos de indígenas armados, ocorridos no contexto de disputa de poder entre grupos rivais que ocorre na TI Ventarra.
JFRS – 5001702-66.2019.4.04.7117	Inquérito Policial instaurado para apurar os crimes de tortura qualificada, porte de arma de uso permitido e restrito e disparo de arma de fogo por grupos de indígenas armados, ocorridos no contexto de disputa de poder entre grupos rivais que ocorre na TI Ventarra.
JFRS – 5004579-81.2016.4.04.7117 e TRF4 5004579-81.2016.4.04.7117-ACR	Ação Penal. Denúncia de formação de um grupo armado, indígena, na Terra Indígena de Ventarra, com o fito de praticar homicídios, ameaças, dentre outros crimes de extrema gravidade.
JFRS – 5004915-17.2018.4.04.7117	Inquérito Policial instaurado para apurar os crimes de rixa qualificada, roubo e constituição de milícia privada, em tese praticados por grupos de índios rivais da COMUNIDADE VENTARRA, localizada em EREBANGO/RS, os quais, em disputa de liderança, saquearam diversas casas, utilizando-se de armas de fogo, inclusive de um fuzil.
JFRS- 5004577-14.2016.4.04.7117 e TFR4 5004577-14.2016.4.04.7117-ACR	Ação Penal. Denúncia da prática do crime de homicídio qualificado, praticado por indígenas, na Terra Indígena de Ventarra/RS. Condenados os réus em 1º grau, restam pendentes de julgamento os recursos de apelação.
JFRS - 5001481-53.2019.4.04.7127	Cuida-se de ação de reintegração de posse ajuizada por DELANISE SALES SCHUMANN contra VILSON FERRAZ e DIEGO FERRAZ, sob a alegação de que os requeridos teriam esbulhado sua posse no imóvel de 46 hectares de terra, localizado no Setor da Estiva, Terra Indígena do Guarita, município de Redentora

JFRS – 5000677-15.2019.404.7118	Cuida-se de ação de reintegração de posse ajuizada por indígenas em face da OTAVINO REMOR que ocupava ilegalmente a TI Serrinha. “De todo modo, cabe observar que a FUNAI já propôs a Ação Civil Pública nº 5001689-64.2019.4.04.7118 em face de OTAVINO REMOR postulando que se retire da área indígena, de modo que será solvida naquele feito a questão. Pelo exposto, concluo que os indígenas carecem de legitimidade ativa na presente ação possessória”.
JFRS - 5000263-17.2019.4.04.7118/RS	Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada por indígenas objetivando a reintegração dos autores na posse de áreas situadas dentro da terra indígena da Serrinha. Alegaram que são integrantes da comunidade da terra indígena da Serrinha e receberam há 15 anos, uma área de terras com 40 hectares. Informaram que, no ano de 2013, firmaram com o Banco do Brasil S.A., assistidos pela FUNAI, contrato de financiamento, com vigência até o ano de 2024. Noticiaram que, no ano de 2018, após o comando da área passar ao novo cacique os requerentes foram impedidos de utilizar a terra. Tomaram posse da área dos demandantes, que foi arrendada a diversos colonos. Referiram que a perda da posse, trouxe ao requerente <i>Itacir</i> , sérios problemas financeiros com o BB.

Seguindo a pesquisa, foram encontrados diversas reportagens e matérias de jornalísticas que reproduzem a violência dos fatos ocorridos nas Terras Indígenas do Norte do Rio Grande do Sul que refletem inúmeras disputas pelo cacicado:

Link	Resumo da notícia
https://globoplay.globo.com/v/3987426/	Trata-se de reportagem transmitida pelo Jornal do almoço relatando a morte de um indígena e que 5 casas teriam sido incendiadas na TI de Ventarra em Erebangó/RS em razão da disputa pela liderança da aldeia.
http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/jornal-do-almoco/videos/t/erechim/v/cerca-de-cem-indios-estao-desabrigados-em-erebango-rs/3987449/	Trata-se de reportagem relatando que cerca de cem índios estariam desabrigados em razão de um conflito ocorrido na TI de Ventarra visto que o cacique da aldeia não teria sido escolhido pela maioria.
https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/conflito-em-reserva-indigena-de-erebango-deixa-uma-pessoa-morta.ghtml	Índigena é morto em Ventarra/RS em razão de uma disputa pela liderança da aldeia em 2018.
https://www.jornalbomdia.com.br/noticia/28567/juri-federal-condena-reus-por-homicidio-na-reserva-do-ventarra	Júri condena réus por homicídio ocorrido em Ventarra/RS em 2015.
https://rduirapuru.com.br/justica/justica-federal-decide-que-indios-envolvidos-em-morte-no-votouro-vao-a-juri-popular/	Justiça Federal decide que os dez indígenas denominados “Polícia Índigena” envolvidos em um homicídio e duas tentativas de homicídio no Votouro vão à Júri Popular.
https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/falta-de-acordo-entre-indigenas-apos-conflitos-com-mortes-no-norte-do-rs-faz-com-que-familias-continuem-fora-de-reservas.ghtml	Conflitos em aldeias indígenas no norte do Rio Grande do Sul, em especial Ligeiro, Ventarra e Votouro, já provocaram ao menos três mortes em 2018 e ensejaram o êxodo de diversas famílias das aldeias.
https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/10/em-meio-a-conflito-entre-indios-funai-pede-intervencao-federal-na-maior-reserva-do-rs-ck20uyul086n01r20owdc49e.html	Atentado a tiros de fuzil e incêndios ocorre na Terra Indígena de Guarita em outubro de 2019, em virtude da disputa de poder entre as lideranças indígenas.
https://www.folhadonoroste.com.br/noticias/novo-conflito-e-registrado-na-terra-indigena-guarita/	Conflitos na Terra Indígena de Guarita entre os grupos favoráveis ao cacique e ao vice-cacique deixam um morto e pelo menos três feridos em 07/11/2019.
https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/conflito-entre-indigenas-forca-saida-de-400-pessoas-de-reserva-do-ligeiro-em-charrua.ghtml	Conflito marcado por disparos de arma de fogo, ameaças e incêndios resulta na saída de 400 indígenas da Terra Indígena de Ligeiro.
http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/rbs-noticias/videos/v/indios-sao-baleados-na-reserva-do-ligeiro-em-charrua-rs/362621/	Índios são baleados em conflito na Terra Indígena de Ligeiro.
https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia	Oito índios vão a júri por homicídio de indígenas rivais na Terra

/2015/09/oito-indios-vaio-a-juri-por-assassinatos-em-cacique-doble-4838099.html	Índigena Cacique Doble.
http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/11/acao-e-realizada-em-area-de-conflitos-entre-indigenas-e-agricultores-no-rs.html	Grupos de índios e agricultores são presos por extorsão e incêndio doloso, após disputas territoriais na Terra Indígena de Cacique Doble.
https://www.pib.socioambiental.org/pt/Not%C3%ADcias?id=176157	Índigenas presos em razão de conflito fundiário, decorrente do arrendamento de terras, na Terra Indígena de Passo Grande da Forquilha são postos em liberdade após decisão do STJ.

Como se percebe, trata-se de um problema crônico que aflige a segurança das comunidades indígenas, sem existir, por ora, um real projeto ou plano que garanta paz e o respeito aos direitos fundamentais dos indígenas. É necessário que as forças de segurança, juntamente com as áreas de educação, saúde e também o Poder Legislativo se debruçam sobre o problema e criem uma política pública adequada para a região norte do Rio Grande do Sul, ante as suas especificidades.

Como se verá, a seguir, os direitos do cacicado não podem suplantar os direitos fundamentais individuais dos indígenas. E nem mesmo o Estado pode delegar ao cacique os meios de punição e disposição das pessoas que residem nas Terras Indígenas, sob pena de responderem pela omissão.

3.2. Limites constitucionais aos direitos culturais: quando o direito tradicional é chamado para resolver conflitos indígenas

É diuturno que, dadas as características de algumas das lideranças políticas, é possível que, em determinados momentos, agindo de forma despótica e autoritária, sem o objetivo de apaziguar conflitos, mas de potencializá-los, envolvendo neles toda a coletividade, o que ocorre atualmente na região do norte do Rio Grande do Sul. Como já referido, a imposição de castigos cruéis pelos Kaingang tem estado intimamente vinculada às relações internas de poder, no mais das vezes descritas como de natureza autoritária. (SIMONIAN, 1994, p. 18)

Marcelo Neves (2009, p. 216-219) ao analisar nossa Constituição Federal – em especial os arts. 231 e 232 –, afirma que “o modelo brasileiro de integração constitucional dos indígenas dirige-se basicamente ao reconhecimento e proteção dos ‘direitos originários sobre as

terras””, não estabelecendo “um regime de autonomia institucional, com determinação de jurisdições ou unidades organizacionais próprias”. Conclui, então, por um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância, que possibilite “um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente ‘diferentes’”, pois a simples outorga unilateral de direitos humanos aos seus membros pode ter consequências destrutivas para os povos indígenas.

Sarmiento aduz (2016, p. 288) que:

“Com frequência, a pretensão de não incidência de direitos fundamentais sobre populações tradicionais, em nome do respeito à diferença, atinge justamente as pessoas mais vulneráveis daqueles grupos, despojando-as de proteção contra a opressão interna. Tem-se então um paradoxo: em nome da proteção de minorias, prejudicam-se exatamente aqueles que são as “minorias dentre as minorias”.

Como visto, descrições específicas sobre a prática de crueldades e de selvageria entre os Kaingang de séculos anteriores podem ser facilmente encontradas na literatura etnológica destes que praticavam ações cruéis contra seus inimigos, independentemente se indígenas ou não-índios. (SIMONIAN, p. 17. 1994)

Os Kaingang são um caso exemplar, pois para a resolução de conflitos internos também se utilizam dos tribunais estatais, na medida em que se reconhecem como “cidadãos brasileiros”, assim como defendem veementemente a legitimidade cultural de suas práticas jurídicas tradicionais, inclusive perante aqueles tribunais. O sistema Kaingang opera, então, conjugando: reciprocidade, segmentaridade, hierarquia, patrilinearidade, matrilinearidade, capacidades individuais. seus status, sua relação com as lideranças locais, que defenderão o seu ponto de vista — e uma série de outros fatores. Assim, o sistema jurídico Kaingang não é nem igualitário nem democrático. (RAMOS, 2008, p. 176).

Sarmiento (2016, p.289) questiona: “se o fundamento da justiça é apenas a cultura, que não pode ser julgada por parâmetros externos – como sustentam os relativistas –, como condenar a prática, também ela culturalmente fundada, de impor direitos humanos a grupos que têm outros valores?”. De uma premissa jurídica universalista, a dignidade tem valor absoluto moral. No campo jurídico, como veremos a seguir, diversos dos direitos fundamentais são violados. Contudo, para o professor “para evitar o etnocentrismo e enriquecer o conteúdo dos direitos, o melhor remédio é o emprego de diálogos interculturais na sua interpretação e

aplicação”, pois “é preciso não converter a dignidade humana e os direitos fundamentais em instrumentos de imposição forçada de paroquialismos morais dos grupos culturalmente hegemônicos”, sendo necessário um pressuposto moral do operador do direito: “tentar compreender as razões que estão por trás das práticas tidas como violadoras dos direitos humanos”:

“Um exemplo interessante ocorreu em decisão da Corte Constitucional da Colômbia, proferida em caso que envolveu a aplicação de pena corporal pela comunidade indígena *Paez*, imposta a um membro em razão da prática de homicídio. A pena era o *fuete*, que consiste em chicotadas desferidas na parte inferior das pernas do condenado. A Corte definiu, como premissa, que o reconhecimento constitucional da diversidade étnica e cultural na Colômbia demandava, em questões envolvendo povos indígenas, o recurso a “um diálogo intercultural que seja capaz de traçar *standards* mínimos de tolerância que cubram os diferentes sistemas de valores”. (SARMENTO, 2016, p. 290-291)

O diálogo intercultural serve como fonte de aprendizado para a sociedade envolvente, que permite tomar contato com valores e experiências alternativas. No mínimo, o diálogo intercultural amplia os nossos horizontes e repertório moral, tornando-nos menos provincianos e mais autocríticos. O diálogo, portanto, não é só um método para lidar com problemas de “estranhos morais”. Por exemplo, o caso do ubuntu na África do Sul no Direito Constitucional da África do Sul e a sua profunda influência na interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisdição do país. (SARMENTO, 2016, p. 290)

Contudo, há hipóteses de conflito real entre direitos fundamentais e a pretensão das culturas e tradições, que não têm como ser resolvidas apenas pelo recurso aos diálogos interculturais, pois nem sempre há como reinterpretar os direitos ou a cultura de forma a acomodá-los harmoniosamente: para um universalista tradicional deve-se priorizar os direitos em detrimento da cultura. Já a solução multiculturalista radical consiste no oposto: afastam-se os direitos em nome do respeito à cultura. (Sarmiento, 2016, p.295)

Nestes casos, necessário desenvolver um método que possa equacionar o conflito.

Muitas vezes os Kaingang adotam terminologia e práticas do sistema jurídico nacional internamente às suas TIs. Deste modo, nota-se que “o sistema jurídico nacional está, ao mesmo tempo, dentro e fora do sistema Kaingang; está fora, porque é outro sistema lógico e de significação, mas também está dentro porque os Kaingang o incorporaram como complementar ao seu próprio”, pois, para Ramos (2008, p. 193), isso não importa para os Kaingang e que não

tem sido problemática a adoção de filosofias e práticas exógenas, pois seu sistema cultural tem-se mostrado aberto.

De um faccionalismo inter-grupal que dominou principalmente no passado caracterizado por, violência generalizada, ou seja, por lutas fratricidas/*vendetta*, entre os diversos grupos Kaingang ou contra outras tribos (Simonian, 1994, p 19), em que "qualquer falta de desobediência ou dissidência traz para o chefe dissidente e sua tribo uma guerra de morte ...". transformou-se em um sistema de mimetização das instituições nacionais, tais como: polícias, acionamento do sistema judiciário, sistema de transferências e aplicações de penas e cadeias. Aliado a isso tudo, a causa social que tem como origem inúmeras disputas é a reprodução do sistema de arrendamento.

Com efeito, indígenas que ficam insatisfeitos com a forma de divisão de riquezas, com a diminuição forçada de suas áreas de plantio, com a obrigação imposta pela liderança de praticar o arrendamento, acabam tendo como única alternativa se retirar da terra indígena, já que a própria estrutura engendrada pela prática do arrendamento, que gera o poder político, associada à concentração econômica e às práticas de violência, dificulta o estabelecimento das condições necessárias para realizar o enfrentamento e o questionamento interno, pelas vias tradicionais da organização social Kaingang. Assim, para aquela minoria dos indígenas que eventualmente teve coragem de fazer o questionamento interno, as consequências são as mesmas, porém impostas com um maior grau de retaliação e violência: a prisão ou a expulsão.

Assim, existe uma gradação a ser realizada: primeiro busca-se a adequação e conformação pelo diálogo intercultural. Em caso de conflito entre direitos fundamentais e direitos culturais, deve-se verificar, se, principalmente, haverá a finalidade, de se proteger uma minoria reprimida pela cultura. Em caso afirmativo, verificar o grau de restrição e lesão do direito fundamental (por um juízo de proporcionalidade) e o grau de concretude do direito fundamental dentro do ordenamento (se regra, terá prevalência sobre o um princípio aberto).

Se de um lado existe o direito ao reconhecimento como conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, por outro há necessidade de se impor deveres à coletividade. Embora não reconhecido por Sarmiento (2016, p183), verifica-se uma face heterônoma do princípio conforme, de modo que a comunidade cultural, por meio do seu cacique, tem o dever de respeitar as individualidades fundamentais insculpidas no art. 5º da Constituição Federal, diante

da forma e da natureza dos bens jurídicos defendidos. Deste modo, a partir de uma leitura do mínimo existencial garantista, não pode negar-se prestações judiciais previstas na própria Lei Fundamental, decorrentes de garantias fundamentais individuais, inculpidas como regras, em face do abuso ocorrido dentro das áreas indígenas sob o manto do direito cultural.

a) Do Habeas Corpus Coletivo n. 5004876-20.2022.4.04.7104 em prol dos indígenas das cadeias de Votouro, Guarita e Cacique Doble.

Em 07.08.2020, chegou ao conhecimento do Ministério Público Federal⁷⁸ que cerca de quinze pessoas estariam sendo mantidas presas pelo cacique da TI Votouro, na cadeia indígena “boi preto”, por discordarem da atual liderança de Votouro, em Benjamim Constant do Sul. Segundo as denúncias, a cadeia existente dentro da TI possuía condições degradantes, torturas e violências a que seriam submetidos os indígenas detidos nesse local.

A “cadeia” localiza-se no porão da igreja católica, e que os indígenas são mantidos em condições desumanas, em local sujo e sem ventilação, com a presença de aranhas, formigas e ratos, e que, por vezes, as necessidades são feitas no chão, já que só podem sair uma vez para ir no banheiro e fazer uma refeição por dia”.

A situação era de patente insalubridade. Além disso, ficou caracterizado que cadeia "boi preto" localizada na TI de Votouro possui: a) parca iluminação e ventilação naturais, o que compromete gravemente a saúde de indígenas; b) inexistência de sanitários nas celas, com parcas condições de higiene, restando os presos, muitas vezes, sujeitos a utilizar o chão de suas celas como vaso sanitário.

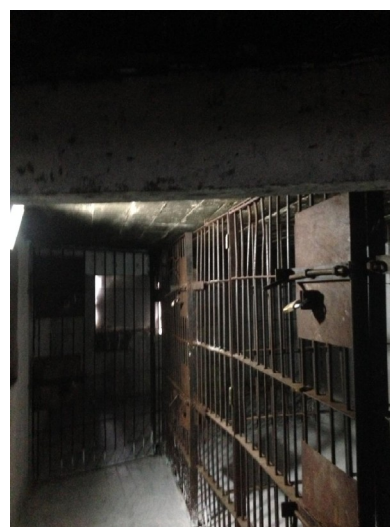
Assim, verificou-se que o cacique da TI Votouro, determinou, de forma absolutamente ilegal⁷⁹, a prisão daqueles que não concordam com seus atos ou de sua liderança, de forma a

78 Notícia de fato que deu origem ao Inquérito Civil n. 1.29.018.000560/2020-53

79De acordo com a Certidão de Ocorrência nº 103/2020 registrada na Delegacia de Polícia Federal de Passo Fundo/RS, o ex-cacique da TI Votouro, relata que diversos indígenas foram presos ao pedir uma prestação de contas do atual cacique: Diversos indígenas foram até o cacique para que este fizesse a prestação de contas, que segundo o noticiante, não é feita há pelo menos dois anos. Desta forma, por terem ido cobrar a prestação de contas ao cacique, estas pessoas foram levadas para a prisão da TI.

reprimir e censurar os atos de oposição, bem como prisão por discriminação de gênero (mulheres indígenas que queriam se divorciar), com violação massiva de direitos fundamentais.

As imagens encaminhadas pelos próprios indígenas mostram um lugar escuro com celas, no porão de uma igreja, com mais de seis mulheres presas, aglomeradas, impedidas de receber visitas, sem fonte de água ou iluminação, restringidas a comer uma vez por dia, em um ambiente absolutamente incapaz de oferecer qualquer condição humana a qualquer pessoa.



Imagens: cadeia Votouro de De acordo com a Certidão de Ocorrência nº 103/2020 na Polícia Federal

Em outro caso, em estudo de campo, no caso da TI Cacique Doble, ao longo do trabalho de campo do antropólogo Sérgio Brisac, foram apresentadas “reiteradas denúncias de violência, arbitrariedade e abuso de poder por parte do cacique e de suas lideranças contra os seus opositores”. Segundo Brisac (2020, p.17-18):

“Pude constatar pessoalmente as condições totalmente precárias da cadeia da TI Cacique Doble. Conforme se pode observar nas fotos aqui apresentadas, não há instalações sanitárias, nem camas. Segundo nos informaram, quando chove, mina água das paredes e as pessoas têm de permanecer de pé, já que o chão fica encharcado. Considero que aqui há uma situação evidente de violação aos direitos humanos. Observo que na Certidão 222/2019, de 17 de junho de 2019, o servidor do MPF Rodrigo Felipe Rossetto atesta que na mesma data fez contato telefônico com o Cacique Valdir e este informou o motivo da prisão de quatro

indígenas na cadeia da TI, sendo que um deles, Diogo Ferreira Doble, estava preso “por transitar pela aldeia depois das 22 h”.



Imagens: As duas celas, feminina e masculina, da cadeia da TI Cacique Doble. Foto de Sérgio Brissac, 20 de setembro de 2019.

Por fim, a Defensoria Pública Estadual do Rio Grande do Sul entrou em contato com o MPF para informar que dois indígenas teriam sido presos indevidamente e em condições degradantes na terra indígena de Guarita, Setor Missão, em Redentora/RS. Conforme narrado pelos indígenas ilegalmente presos pelo cacique e sua liderança, na prisão "não haveria condições mínima de respeito à dignidade ou direitos humanos, sendo insalubre, sem local adequado para fazer as necessidades – efetivamente realizando-as no chão, na própria “cela”, dentro da qual também dormem no chão, além de que não teriam lhes alcançado alimentação suficiente ou água, e embora o local seja coberto, em dias de chuva há entrada de água", as enfermidades e o mal-estar gerado ensejaram a fuga dos indígenas.

No termo de declaração da indígena, extrai-se o relato de que outro indígena tentou submetê-la a relações sexuais com o uso da força, e que para defender-se acabou golpeando-o

com uma faca. Em razão do ocorrido, foi presa, sem comida, sem água, dormindo no assoalho e fazendo as necessidades no chão, durante os quatro dias.

As punições são determinadas pelo cacique e cumpridas pelo capitão indígena. No mais, é de se rememorar do caso recente na Terra Indígena de Serrinha, em Ronda Alta, RS, onde três homens e uma mulher morreram em um incêndio que atingiu a cadeia da terra indígena.⁸⁰

Diante do cenário exposto, o Ministério Público Federal impetrou o Habeas Corpus Coletivo n. 5004876-20.2022.4.04.7104, de forma preventiva e repressiva, contra os caciques das TI referidas e contra o agente da FUNAI que, mesmo tomando conhecimento dos fatos, permaneceu inerte. A decisão do Juízo Federal da 3ª Vara federal de Passo Fundo acolheu os fundamentos ministeriais e determinou a soltura dos indígenas presos.

Isso porque, ficou comprovado liminarmente que os atos não estão dentro das prerrogativas dispostas no art. 57 da Lei n. 6.001/73⁸¹, e que a possibilidade de aplicação de sanções contra os membros da comunidade não deve abranger penas revestidas de caráter cruel ou infamante. Isso porque existe um limite constitucional: os costumes e tradições indígenas devem ser respeitados, desde que não afrontem direitos e garantias individuais. Em se tratando de pessoas de origem indígena, tais atos de opressão têm recebido respaldo estatal, ao fundamento de que “os povos possuem livre determinação e independência para a autogestão.”

Como se pode notar, existem limites constitucionais para as punições: as regras constitucionais fundamentais que são supertrunfos contra arbitrariedades, sejam praticadas pelo Estado ou dos particulares, quando haja manifesta conivência. Assim, a partir do momento que você relativiza a dignidade para certas pessoas fica difícil sustentar, porque se requerem melhores condições de cadeias no sistema penitenciário nacional, como requerido na ADPF 347, mas se aceitam condições piores nas cadeias indígenas.

b) Da vedação à pena de expulsão da TI: processo n. 5000368-36.2015.4.04.7117/RS

80 <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/04/21/incendio-em-reserva-indigena-deixa-mortos-em-ronda-alta.ghtml>

81 Art. 57. Será **tolerada** a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, **desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.**

No processo n. 5000368-36.2015.4.04.7117/RS indígenas demandaram o cacique, vice-cacique e capitão da aldeia indígena de Ventarra, interior do município de Erebango/RS, postulando a obtenção de tutela inibitória com o escopo de que os demandados se abstenham de (1) promover a remoção compulsória do autor e de sua família da aldeia indígena em que residem, (2) apropriar-se da residência, bens móveis e plantações de posse do autor e de (3) promover qualquer ato que atente à liberdade e incolumidade física do autor e de sua família, inclusive mantendo “distância de segurança”. Representa, ademais, pela persecução criminal pelo suposto crime de esbulho (artigo 161 do Código Penal). Relatou que membros da Liderança Indígena, com o escopo de se apropriarem dos bens do demandante, comunicaram-lhe, no dia 9 de fevereiro de 2015, da decisão de expulsá-lo, assim como sua família, da aldeia indígena, concedendo-lhe o prazo de 24 horas para deixar voluntariamente o local.

Em audiência realizada, restou esclarecido pela advogada dos réus, que também pertence à etnia kaingang, ser do costume indígena transferir opositores políticos quando estes não aceitam a autoridade da liderança e passam a impor óbices ao bom funcionamento da comunidade. A propósito disso, impõe-se esclarecer que, de fato, é costumeiro das comunidades indígenas kaingang da região aplicar a penalidade de transferência para grupos opositores às lideranças, quando tais grupos impõem barreiras à autoridade da liderança posta, dificultando o exercício do cacicado.

De acordo com a parecer técnico da antropóloga do Ministério Público Federal juntado nos autos:

“Penas de transferência só se aplicam em casos de infrações especialmente sérias e que coloquem em risco a vida de algum membro da comunidade, ou da própria comunidade. Roubo grave, golpes políticos movidos por interesses escusos e particulares, assassinatos e estupro com riscos de represália por parte da família atingida, brigas e desentendimentos familiares agudos, geralmente envolvendo bebidas alcoólicas, são, tradicionalmente, punidos com a transferência. E para garantir o funcionamento desse sistema, há um acordo entre caciques das várias áreas Kaingang inter-relacionadas por laços de parentesco e políticos. E quem escolhe o destino não é o réu; ele pode sugerir, mas essa é uma decisão que cabe à liderança, após entendimento prévio com o cacique anfitrião, justamente para garantir que o transferido e sua família tenham condições dignas de residência e de reprodução social e econômica na nova área. Evidentemente, causa transtorno, pois a pessoa estará longe de seu lugar, parentes e amigos. De todo modo, a área de destino geralmente é escolhida entre aquelas que o réu possui algum vínculo de parentesco. Em geral, só é expulso aquele sobre o qual recai alguma suspeita de pertencimento.

(...)

Tal como prescrita pela tradição, a transferência não é considerada crueldade ou ato desumano como pode parecer para nós. É a pena corretiva mais dura aplicada a um Kaingang, porém, tida como mais eficaz e menos pungente que a cadeia. Na perspectiva dos índios, manter a pessoa fechada, sem liberdade nem contato social, e muitas vezes submetida a condições subumanas como o frio, a dor e a fome, além de extremamente penoso, não transforma seu comportamento nem seu sentimento. Ao contrário, ela pode sair ainda mais revoltada e rebelde. Já na transferência, a pessoa vive livre, com todas as condições para estar bem. Mas só estará bem se mudar o comportamento. Por isso a transferência é considerada eficaz, pois, diferente da cadeia, seu alvo não é o castigo, mas a mudança. Pode ser humilhante, porque a pessoa transferida carrega essa marca, mas com o tempo passa, até ser totalmente eliminada. E depois, esse é o objetivo, porque para os Kaingang a humilhação é um ingrediente importante na mudança de conduta.

A finalidade da transferência é, portanto, transformar a pessoa e corrigir sua conduta, vista, inclusive, como uma oportunidade de reparar erros e refazer a vida. Pode, e deve, ter um efeito depurador e apaziguador. Muitos depoimentos de transferidos revelaram esse efeito sobre suas vidas. De fato, tal como os ritos, as penas entre os Kaingang, seja cárcere, transferência ou outras, têm certo sentido de purificação e transformação. Tanto é assim que após seu cumprimento a pessoa não carrega nenhum estigma ou qualquer constrangimento. Porém, deve dar mostras contundentes que mudou, e se o fizer, no caso da transferência pode, inclusive, voltar antes do prazo. Tudo dependerá do seu comportamento. Mas se o infrator não é capaz de gestos de humildade e reconhecimento do próprio erro diante das autoridades, dificilmente poderá voltar. A insubordinação, como dissemos, é muito mal vista pelos Kaingang e, certamente, trará problemas.(...)”

Diante de tais considerações, no caso em concreto, o Judiciário Federal de Erechim-RS, resolvendo uma questão interna indígena, nos termos do art. 231 e do art. 109, XI da Constituição Federal, não deferiu a medida liminar, muito menos a tutela final, ao argumento que se tratava de direito cultural que não tinha caráter cruel ou degradante. De acordo com AMORIM (2020, p. 25):

Mencionada nas etnografias como recurso punitivo extremo, a transferência só é aplicada em casos também extremos, como são a insurgência e o desacato às autoridades; ou quando há risco iminente de represália por parte das vítimas, a exemplo dos episódios de morte ou estupro em que se sobrepõe o desejo de

equiparação dos danos. É a pena corretiva mais dura aplicada a um Kaingang, porém, considerada mais branda e bem menos pungente que a chamada “cadeia do branco”; e mais eficaz. Na perspectiva do grupo, manter a pessoa fechada, sem liberdade nem contato com a família por períodos tão longos como ocorre no nosso sistema prisional, além de extremamente penoso, não transforma seu comportamento nem seu sentimento. Pelo contrário, pode revoltar e torná-la ainda mais rebelde. Ao passo que na transferência, a pessoa vive livre, com todas as condições para estar bem. Mas para isso é preciso que mude o comportamento. É este o objetivo da pena: a mudança. Pode ser humilhante porque o transferido carrega uma marca, mas com o tempo passa até ser totalmente eliminada. E depois, os Kaingang acreditam que a humilhação é elemento imprescindível para a mudança.”

Para garantir o funcionamento do sistema, existe atualmente um acordo entre os caciques das várias áreas Kaingang, inter-relacionadas por laços de parentesco e políticos, conforme já mencionado por RAMOS (2008, p. 192)

“(…) os caciques que transferem famílias, geralmente, lhes garantem a acolhida em outra TI, mediante negociações com os caciques destas, sendo que o grupo extraditado pode opinar sobre o seu novo destino, preferindo aqueles contextos onde se encontram seus parentes mais próximos. Este grupo pode, ainda, ele próprio, negociar a sua transferência ou ser auxiliado por um parente do local para onde pretende ir. Por fim, constata-se que, na maioria das vezes, esta pena é vista como legítima pelas comunidades Kaingang; refiro-me aqui ao ideal, pois podem ocorrer abusos.”

Contudo, se o juízo fosse verificar a regra prevista no art. 5º, XLVII, ‘d’ da Constituição Federal, verificaria que existe um direito fundamental de não existir pena de banimento, pois, nas próprias palavras da Antropóloga, “evidentemente, causa transtorno, pois a pessoa estará longe de seu lugar, parentes e amigos”, além de ser considerada humilhante. Além disso, sabe-se que, da década de 1940 até meados da de 1980, foram os chefes de postos que aplicaram essa pena. (RAMOS, 2008, p. 191), de modo que, assim como a cadeia indígena, assimilaram as punições decorrentes do contato com o não-índios.

Como visto, os indígenas aplicam uma espécie de direito consuetudinário onde o crime seria um “erro muito grande” que causa a comoção da comunidade indígena, passando a ser passível de punição. O cacique passou a exercer grande influência e a acumular poder no interior da aldeia, cabendo a ele decidir se o fato constitui crime e qual a punição adequada.

Todavia, é possível a realização do controle interno, por meio das facções opositoras, e externo, por meio do sistema jurídico nacional. Nesse toar, pontua a existência da interlegalidade, coexistindo as normas consuetudinárias indígenas e as positivadas vigentes no território nacional, cabendo à “lei interna” a resposta a algumas ações criminosas menos graves e a “lei de fora” a resposta a ações criminosas mais graves (estupros e homicídios por exemplo).

As decisões desses chefes políticos tornam-se inquestionáveis, em uma situação de “desequilíbrio das forças internas”. Logo, regras morais são totalmente ignoradas por chefes políticos que governaram para si, como qualquer ser humano que não encontra limites jurídicos para seus abusos. Apesar de a Convenção garantir que as normas internas de repressão aos delitos cometidos pelos indígenas sejam respeitadas, ela coloca o sistema jurídico nacional e os direitos humanos reconhecidos internacionalmente acima dos direitos culturais. A Convenção 169 da OIT, no artigo 9º estabelece o seguinte:

1. Desde que compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos a que tradicionalmente recorrem esses povos para a repressão dos delitos cometidos por seus membros.
2. As autoridades e tribunais chamados a se pronunciar sobre questões penais deverão levar em consideração os costumes desses povos sobre a matéria.

Para os universalistas, os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto valor intrínseco à condição humana, defendendo, nessa perspectiva, a aplicação das normas para todos os grupos sociais indistintamente. Por outro lado, para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, social, cultural, moral e social vigente em determinada sociedade, visto que cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais. Santos (2010) propõe a efetivação de uma política emancipatória de direitos humanos, na qual diferentes culturas dialogam valendo-se de uma abertura para o outro e de um olhar crítico sobre sua própria incompletude.

Isso só mostra que, talvez, exista uma romantização da cultura indígena como se fosse alheia à realidade que circunda os Kaingang do norte do Rio Grande do Sul.

c) Métodos de interpretação dos direitos fundamentais nos casos de punições indígenas: ponderação, proporcionalidade e compatibilidade

O exercício da jurisdição indígena em seus territórios ocorre muitas vezes sem a ciência da sociedade envolvente, sendo tolerada pelo Estado brasileiro, como decorrência do direito à organização social desse povo. Contudo, diante do quadro narrado, mostra-se necessário evitar que, sob o manto de suposta tradicionalidade, perseguições e arbitrariedades sejam praticadas por caciques e lideranças, impondo punições que não encontram respaldo nas tradições e nos costumes dos kaingang.

A fim de compatibilizar o direito cultural com o direito fundamental, deve-se ter em mente que punição pelo cacicado deve ser encarada como pena disciplinar cultural (tais como a de embriaguez que gera importunação da comunidade Kaingang) e não de cunho penal, pois é incabível a privação da liberdade sem o devido processo legal e determinação da autoridade competente (CF, art. 5º, LIII e LIV). Ensina NOVAIS (2010, p. 26) que:

“De natureza pré e supra-estatal da liberdade e da idealizada separação Estado/sociedade decorre o chamado princípio de distribuição ou de repartição (Vertellungsprinzip), teorizado por SCHMITT, segundo o qual a liberdade individual é assumida como um dado anterior ao Estado e, como tal, em princípio ilimitada, enquanto que a faculdade de o Estado a invadir será em princípio limitada”.

Existem modelos (métodos) para se fundamentar a limitação dos direitos fundamentais: teoria interna (imane) dos direitos fundamentais, teoria externa dos direitos fundamentais e a teoria dos direitos fundamentais como princípios.

Na teoria interna ou dos limites imanentes dos direitos fundamentais desaparece a figura da restrição legítima. É que os interesses de liberdade do indivíduo só são constitucionalmente relevantes quando se mantêm dentro dos limites imanentes dos direitos fundamentais, isto é, dos limites inerentes à sua função social e natureza institucional conformadas pela necessidade de respeito dos direitos dos outros. Assim, tudo o que o legislador ordinário pode fazer é, ou conformar ou direito fundamental ou violá-lo. (NOVAIS, 2010, p.18)

Já a teoria externa parte do pressuposto da distinção clara entre conteúdo e limites dos direitos fundamentais: os limites são configurados como algo que, vindo de fora, afeta restritivamente o conteúdo originário dos direitos fundamentais, sendo que é o próprio texto

constitucional que, mediante um sistema diferenciado de reservas apostas às normas de direitos fundamentais, autoriza os poderes constituídos a intervir restritivamente no conteúdo dos direitos fundamentais. (NOVAIS, 2010, p. 25)

Dentro da teoria externa, NOVAIS apresenta seu método de controle de justificação:

“i) uma fase de **interpretação** (em que se apura interpretativamente o âmbito de protecção do direito fundamental em causa, a existência de uma afectação desvantajosa e a natureza da vinculação imposta pela norma constitucional de garantia do direito);

(ii) uma fase de **controlo da justificação** invocável pelo poder público responsável pela afectação (esta fase torna-se necessária quando, tratando-se de direito fundamental susceptível de cedência, se comprovou existir um verdadeiro problema de afectação desvantajosa e só é dispensável quando a Constituição já autorizou expressamente a restrição);

(iii) a última fase de **controlo da observância dos limites aos limites** (que se verifica nos casos em que a Constituição autorizou expressamente a restrição ou, nos restantes casos, sempre que, na tese anterior, a justificação invocável não foi liminarmente rejeitada).” (NOVAIS, 2010, p. 213)

Segundo Alexy, os limites aos direitos fundamentais nem seriam criações dos poderes constituídos, nem seriam concretizações dos limites imanentes já inscritos nos direitos fundamentais, como entendia a teoria interna. A possibilidade de limitação decorreria da própria natureza das normas de direitos fundamentais enquanto princípios que fundamentaria e justificaria a possibilidade de afetação ou de não satisfação da realização dos direitos. (ALEXY, 2015, p.281)

Assim, os direitos fundamentais surgem inicialmente como “direitos *prima facie* que, aspirando, por natureza e definição, a uma realização maximizada, só se convertem em direitos definitivos quando e na medida em que, no referido processo de maximização/optimização”, se acomodarem de forma definitiva como resultado do processo de ponderação com os princípios contrapostos”. (ALEXY, 2015, p.285)

Para o professor Alemão: “Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia

constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais”. (ALEXY, 2015, p. 286)

Resumindo, para a teoria interna, todas as restrições são inconstitucionais; o direito é fixado na norma constitucional e qualquer restrição que incida sobre esse conteúdo é inconstitucional; o direito tem, sim, os seus próprios limites imanentes, mas não admite ulteriores restrições. Para a teoria externa, as restrições aos direitos fundamentais podem ser legítimas ou ilegítimas e o trabalho da justiça constitucional é, perante uma restrição, apurar se, à luz da Constituição, a restrição é ou não inconstitucional. Por sua vez, para a teoria dos princípios, todas as restrições são, por definição, constitucionais. Para esta teoria, restrições são normas conformes à Constituição que colocaram um não-direito definitivo onde antes existia um direito *prima facie*.

Assim, para a teoria de Alexy (dos direitos fundamentais como princípios) toda a justificação deveria, como método, ser realizada a partir de uma ponderação⁸², o que pode acarretar em uso da ponderação em espaços de subsunção, além de propiciar subjetivismos e decisionismo.

E isso acabou sendo percebido nesta pesquisa, por exemplo: enquanto o juízo federal de Erechim-RS admitia a possibilidade de se manejar os interditos proibitórios em caso de expulsão da TI Ventarra (processo n. 5000368-36.2015.4.04.7117), o Juízo Federal de Carazinho não admitia a legitimidade ativa dos indígenas de sindicarem a decisão do cacique (processos n. 5000677-15.2019.404.7118 e 5000263-17.2019.4.04.7118/RS).

De igual forma o Estado brasileiro tem se calado diante das arbitrariedades praticadas pelos caciques, ignorando o direito fundamental à liberdade, que deveria ser garantido a todos

⁸²Novais critica a chamada "fórmula do peso" desenvolvida por ALEXY a partir de 2002. Não porque se trata de uma ferramenta que pretendesse determinar a solução de uma colisão de bens, como um instrumento de racionalização e de objetivização do raciocínio jurídico subjacente a uma ponderação corretamente conduzida, proporcionando, dessa forma, mais racionalidade, segurança e verificabilidade intersubjetiva do procedimento face às críticas de subjetivismo e de intuicionismo. (NOVAIS, 2010, p. 78) Mas porque não se pode realizar a comparação/ponderação de intensidade e importância, sendo grandezas distintas sem um terceiro termo de comparação, é insusceptível de ser traduzida em linguagem matemática. Intensidade só é comparável com intensidade e a importância só é ponderável com importância. Além disso, para o autor português (2010, p.97), “numa colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros princípios, o facto de num dos lados do conflito haver uma concorrência ou um concurso de direitos (princípios) e, no outro lado, apenas um direito (princípio) não pode significar, por si só, a garantia da prevalência do primeiro lado”. Além disso, dada a tendência muito pronunciada para se gerar um empate, a teoria dos princípios acaba por remeter para a variável referente ao peso concreto que cada um dos princípios assume na situação em causa o sentido decisivo da ponderação.

sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, CF), o dever de proteção e a necessidade de fazer cumprir a lei e resguardar os direitos dos cidadãos indígenas.

Há na verdade um nítido afastamento da aplicação do art. 5º da CF dentro das Terras Indígenas. Com efeito, o que se percebe é uma deferência demasiada do Poder Judiciário à coletividade em detrimento dos direitos fundamentais individuais: não se trata de determinar o meio de condução do cacicado, mas de garantir o pleno exercício de direitos fundamentais a cidadãos indígenas, como de qualquer outro brasileiro.

E não se pode admitir afastar o direito individual do indígena transformando-os em cidadãos de segunda ordem, pois a deferência não deve ser ao cacique, mas à Constituição. Como ensina NOVAIS (2010, p. 236):

“não podem ser admitidos enquanto fundamento legítimo de restrição de direitos fundamentais: (ii) razões que põem em causa a igual dignidade ou a independência ética do titular do direito quanto à forma e sentido com que se pretende responsabilizar pelas condições e planos da própria vida ou razões que induzem a desvalorização social das próprias escolhas, dado que a dignidade da pessoa humana em que assenta o Estado de Direito exclui esse tipo de justificações”.

Deveria o Estado executor, quando notificado, proibir em qualquer território sob sua jurisdição atos que constituam tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), ou a aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), garantir a preservação da integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX), o contraditório, ampla defesa e devido processo legal (art. 5º, LV e LIV), impor a adequação do local de cumprimento da pena conforme a idade e natureza do delito (art. 5º, XLVIII).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, por sua vez, no artigo 8º, 2, preconiza que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:”

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Se não bastassem os referidos fundamentos, as condições de encarceramento relatadas violam ainda as normas que garantem a dignidade e a integridade nos diplomas adotados no âmbito dos sistemas internacional e regional de direitos humanos, entre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seus artigos 3º e 5º; Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas, em seus arts. 1º e 7º; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, em seus arts. 7 e 10; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seus arts. 5; a Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, em seu artigo 16.

Por exemplo, é nítida a violação ao sistema acusatório (art. 129, I, CF) em que os caciques continuam a violá-lo frontalmente, pois a um só tempo o cacique é acusador, juiz e executor da punição.

Veja-se que ao se analisar os dispositivos fundamentais violados, chega-se à conclusão de que regras constitucionais, no caso concreto, foram expurgadas em face de um pretense costume cultural.

Na diferenciação entre regras e princípios, Ávila (2021, p. 104), assim leciona:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (...) Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se

demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Filosoficamente, os direitos fundamentais são direitos de todos e não apenas das minorias. Trata-se de garantias constitucionais invocáveis por todos que se encontrem na situação tipificada na previsão da norma de direito fundamental e, nesse sentido, valem face e contra os poderes públicos, incluindo os poderes sustentados no apoio democraticamente expresso pela maioria da população. (NOVAIS, 2010, p. 147)

Os direitos fundamentais são trunfos, como afirma Dworkin, pois derivam materialmente da dignidade da pessoa humana, bem como possuem supremacia formal e força vinculativa constitucional (NOVAIS, 2010, p. 177-178)

Portanto, quando se está diante de uma punição cultural além dos limites constitucionais, leia-se, violando-se disposições expressas e textuais, principalmente do art. 5º da CF, deve-se dar prevalência a estes últimos, sob pena de se transformarem os indígenas em cidadãos de segunda classe e a terra indígena em um sistema de controle pela regra do mais forte, que se traduzirá em autoritarismo e desencadeará conflitos.

No mais, se de fato os sistemas jurídicos dos povos indígenas são reconhecidos, a resposta, com base na própria legislação penal brasileira, deve ser negativa, pois, conforme o princípio do *non bis in idem*, ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Ocorre que a punição no âmbito cultural equivale a uma punição disciplinar. Seria o mesmo que alegar que quem é punido em sua família, ou na comunidade, ou por meio da sua religião, já estivesse livre da punição criminal.

A percepção de que os kaingang tem acerca do sistema penal como lento, burocrático e ineficaz não é exclusiva dessa cosmovisão, pois, no Brasil, esta é uma percepção que atinge a todas as camadas da população. A partir daí, para atos disciplinares da vida cultura kaingang, as punições pelos caciques são legítimas, pois a sua autoridade deve ser respeitada e a ordem na comunidade, também.

Contudo, havendo regras constitucionais claras, traduzidas como direitos fundamentais, que não podem ser ignoradas com base “cheque em branco” da autodeterminação dos povos indígenas (art. 231 da CF), haja vista que, conforme excelente lição de Humberto

Ávila, no embate entre regra constitucional e princípio constitucional aberto, a proeminência é da primeira:

“(...) as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, que na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí porque as regras só podem ser superadas (defeasibility of rules) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade, adiante analisado. A expressão “trincheira” bem revela o obstáculo que as regras criam para sua superação, bem maior do que aquele criado por um princípio. Esse é o motivo pelo qual, se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a função eficaz de trincheira das regras. (...)

Sendo assim, mais reprovável é descumprir aquilo que “se sabia” dever cumprir. Quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão.” (Grifei). (ÁVILA, 2021, p. 131)

Pois, segundo Alexy, o método de superação de uma regra é distinta da de um princípio⁸³:

“As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter prima facie que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados "princípios formais". Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter prima facie de suas regras”.

A teoria dos direitos fundamentais como princípios denota, segundo Schlink, que "direitos fundamentais [são] regras sobre ônus argumentativo". (ALEXY, 2015, p. 107).

83 “Princípios são sempre razões prima facie e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas”. (ALEXY, 2015, p.107)

Certas decisões legislativas são expressas em forma de regras, e não de princípios. Quando isso ocorre, o intérprete da lei não pode substituir a regra por um princípio e, em seguida, equilibrar esse princípio com outros princípios em conflito para encontrar uma solução adequada para o caso em questão. Isso ocorre porque a criação da regra pelo legislador constitui uma escolha específica, que já exclui outras opções. Em resumo, a escolha de uma regra significa a escolha de um meio específico para alcançar um objetivo, e não permite que o intérprete substitua essa escolha por um princípio para alcançar o mesmo objetivo (ÁVILA, 2021, p. 95)

Deste modo, uma regra fixa o conteúdo da decisão de um caso concreto e apenas pode ser afastada se se demonstrar que, nesse caso, sobrevém um princípio contraposto cuja relevância o deva fazer prevalecer. Não basta, para o princípio prevalecer, possuir um maior peso relativo, porque a regra já contém uma prescrição que foi criada dentro das margens do fática e juridicamente possível, a sua *prima facie* é normativamente mais consistente, já que o princípio oposto, para a fazer ceder, terá, ainda, que se sobrepor àquelas razões e princípios formais que conferem uma mais-valia à regra a partir da separação de poderes, do Estado de Direito democrático, e do controle do subjetivismo judicial, que jogam a favor da aplicação da regra, independentemente do respectivo conteúdo. (NOVAIS, 2010, p.47)

Incabível, pois, permitir, após um juízo de ponderação que os indígenas pacientes continuem ilegalmente presos, em total desrespeito à Carta Constitucional, sob pena de se legitimar a censura e tortura praticada pelas autoridades indígenas, sob o manto da “livre determinação”. E não se pode confundir o juízo de ponderação com proporcionalidade, pois:

“a ponderação compara bens, direitos, grandezas e, em função do respectivo peso, pretende determinar a respectiva prevalência; já o controlo de proporcionalidade procura determinar se uma medida é inapta, desnecessária ou desproporcionada, ou seja, se, tendo em conta o fim visado (benefício) e o sacrifício imposto (no caso, a afectação de um direito fundamental), a referida medida é excessiva (inconstitucional). Com a ponderação procura chegar-se a melhor solução quanto à questão da preferência ou prevalência entre os dois termos colocados em relação; com o controlo de proporcionalidade, pretende-se filtrar e eliminar as medidas excessivas, desproporcionadas” (NOVAIS, 2010, p. 138)

O juízo de proporcionalidade analisa se houve o excesso, bem como busca eliminar medidas restritivas inaptas, desnecessárias, desproporcionadas. Ele não descobre um resultado otimizado ou maximizado, mas identifica o inadmissível. (NOVAIS, 2010, p. 141)

E se, ainda assim for necessário, a fim de compatibilizar-se (por meio do método da concordância prática) as regras de punição Kaingang com os direitos fundamentais individuais é necessário que o Estado crie mecanismos, instrumentos e meios de comunicação de violações penais dentro das TI do Norte do Rio Grande do Sul, evitando-se, ao máximo a eclosão de conflitos, pois, é possível, por exemplo, entender que os fatos disciplinares devam ficar aos cuidados do cacique, para a manutenção da ordem dentro da comunidade indígena, assim como ocorre aos agentes sujeitos a regimes de poder diferenciados (como os militares e servidores públicos).

Desta forma, em caso de crimes cometidos dentro das TI Kaingang, deveriam as punições serem realizadas pelo juízo, dentro dos ditames constitucionais, bem como, propiciar a sindicabilidade das decisões de transferências compulsórias por parte dos caciques, a fim de se aferir se os direitos individuais dos indígenas foram afetados pela decisão albergada pela norma aberta cultural.

d) Faccionalismo e laudos antropológicos

O faccionalismo, apontado pela antropologia, da organização política dos Kaingang interfere de diversos modos nas relações de cunho jurídico, sendo que as penas de expulsão e exílio (*êmã ã ra jênê*), aplicadas a grupos que tentam promover a segmentação política interna, são uma clara expressão dessa relação no presente etnográfico, prática penal já fora registrada no século XIX, por Mabilde (1983).

Como aponta a antropóloga Luciana Ramos (2022, p.36), em notas de campo:

“as práticas jurídicas não Kaingang penalizam mortes e lesões, bem como sabem que os Kaingang se sujeitam a essas leis externas e que, para essas violações, sequer há, no ordenamento jurídico costumeiro dos Kaingang atuais, penas que deem conta delas de modo satisfatório para as vítimas, sendo típicas de casos em que os caciques pouco podem atuar, apenas evitando danos maiores, mas remetendo suas resoluções às instâncias jurídicas nacionais”.

Portanto, o faccionalismo não pode ser usado como anteparo para justificar homicídios, ou eliminar a potencial consciência da ilicitude, pelo erro culturalmente condicionado. Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2006, 554-555):

“Não se pode exigir de todos o mesmo grau de compreensão da antijuridicidade. [...] pode haver casos em que o sujeito conhece a proibição e a falta de permissão, e, sem embargo, não lhe seja exigível que entenda a regra que conhece. Nestes casos, estaremos diante de um erro de proibição invencível, na forma de erro de compreensão [...] que eliminará a culpabilidade da conduta [...]. Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade de nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias.”

Aqui, vale a pena trazer duas críticas aos laudos antropológicos uma vez que: a) não se entrelaçam com questões psicológico-comportamentais dos seres humanos; b) não adentram na justiça das normas Kaingang. Deste modo, é necessário debater as conclusões que são estabelecidas pelos experts e que influenciam, e muito, os julgamentos de muitos dos tribunais dos júris, em caso de crimes dolosos contra a vida.

Veja-se que em *The Economic Approach to Human Behavior* (1968) Gary S. Becker explicita o que sua teoria assume quanto à matriz psicológica das pessoas, isto é, aquilo que ele chama da existência de preferências fundamentais. Não se trata, para a economia, a questão de como estas preferências são formadas, apenas assume-se que estas sejam estáveis e uniformes entre diferentes culturas. Não se pretende entrar aqui na análise da teoria econômica do crime de Gary S. Becker, mas é necessário salientar que os indígenas, como qualquer ser humano, fazem o cálculo custo-benefício para o cometimento desses atos.

Veja-se o exemplo do Laudo Pericial nº 815/2020/Sppea no bojo do processo penal n.º 5000309-09.2019.4.04.7117 e n. 5004444-98.2018.4.04.7117 em que se verificou os aspectos socioculturais presentes no contexto e nas condutas praticadas pelas lideranças da etnia Kaingang acusadas pela prática, com foco nos crimes de homicídio, tentativa de homicídio e cárcere

privado praticados e formação de milícia privada, na Terra Indígena Votouro, no Município Benjamin Constant do Sul/RS.

Veja-se que para a antropóloga Eliane Amorim (2020, p. 3) “garantir o equilíbrio social e o respeito à integridade humana é pauta comum a todas sociedades, porém, cada qual desenvolve conceitos e constrói itinerários de justiça específicos para lidar com o tema. As noções de justiça e de dignidade, assim como as respostas dadas às suas violações, não são verdades universais, mas construções culturais que variam no tempo e no espaço”.

No caso em concreto, ficou diagnosticado pelo laudo antropológico que “O episódio foi internamente definido como ‘briga de família’, uma rixa entre membros de um mesmo grupo doméstico, irmãos, por causa da disputa e rivalidade dos filhos adultos do sexo masculino.

Resumidamente, um dos lados era formado por membros da polícia indígena, filhos de uma liderança, designadamente do vice-cacique Alípio Lopes. Enquanto do outro lado, estavam seus sobrinhos, filhos de seu irmão Neri Francisco. Como houve agressão violenta, os responsáveis, integrantes da própria polícia indígena, tiveram de ser punidos. Porém, a pena aplicada: apenas alguns dias na cadeia, do ponto de vista dos agredidos foi por demais branda para o dano causado, contrariando o princípio da equidade. Com uma pena considerada aquém da ofensa, os agredidos passaram a contar com o apoio de parte da parentela, cunhados, primos e tios, solidários no desejo de reparação para equilibrar o que, também para eles, não teria sido uma troca nem justa nem equitativa de danos. Sobretudo porque, nessa divisão desigual, a parte privilegiada estava do lado de quem decretou a sentença: a própria liderança, fato interpretado como um abuso de poder. Com isso, ativou-se o mecanismo da vingança por parte de Alípio.

Para a antropóloga Eliane Amorim (2020, p. 14), a vingança faz parte do contexto cultural, pois “Trata-se de um valor, fundamento de justiça constituinte da matriz cultural do grupo na base dos conflitos em Votouro”. O que era apenas uma briga entre parentes, passa a ser uma disputa com e contra a liderança, resultando em desacato e desobediência às autoridades e suas regras, o que, na estrutura política Kaingang, configura falta grave, pois o respeito à autoridade “é condição *sine qua non* para se viver em uma aldeia Kaingang. Comportamento altamente provocativo, a insubordinação pode realmente inviabilizar a vida coletiva de uma pessoa, e todo cacique tende a ser intolerante com ela, no que normalmente é respaldado pela comunidade”. (p. 24)

A antropóloga ainda complementa (2020, p. 18):

“A sociedade Kaingang não é uma democracia, certamente, mas segue sendo igualitária e exige-se tratamento o mais equitativo possível. Em campo, dizia-se que, do cacique, se requer a arte do equilíbrio, mesmo quando se estão em pauta disputas violentas. E se há danos recíprocos, a punição também o deve ser. O objetivo é justamente impedir o acionamento da vingança, princípio de justiça que, em última instância, não busca outra coisa senão equiparar danos. O estopim de inúmeras brigas e cisões entre os Kaingang é precisamente quando a liderança, ao arbitrar um conflito, penaliza um lado e não o outro (geralmente o seu), causa imediata de revolta em qualquer aldeia”

Esse aspecto estrutural e positivo da segmentação social foi também destacado pelo antropólogo Ricardo Cid Fernandes (1998, p. 43) para os Kaingang, mecanismo que entre eles se mantém latente, só emergindo em situações de conflito.

Como se percebe, não existe uma só linha crítica, com base em estudos da psicologia, ao comportamento faccionalista kaingang por se entender que se trata de um traço cultural imutável. Isso é verificado em todos os laudos antropológicos que não somatizam esse aspecto sociológico-comportamental.

Isso porque, é necessário descobrir quais regras governam as escolhas das pessoas entre diferentes apostas simples e coisas seguras. As apostas representam o fato de que as consequências das escolhas nunca estão certas. Toda escolha significativa vem acompanhada de alguma incerteza.

A abordagem para o problema ia no espírito de um domínio da psicologia chamado psicofísica, que foi fundado e batizado pelo psicólogo e místico alemão Gustav Fechner (1801-1887). Contudo já, em 1738, o cientista suíço Daniel Bernoulli antecipou o raciocínio de Fechner. Bernoulli observou que a maioria das pessoas não aprecia o risco (a chance de receber o menor resultado possível) e se lhes for oferecida uma escolha entre uma aposta e uma quantia igual ao valor esperado dela, elas vão pegar a coisa segura. (KAHNEMANN, 2011, p. 192)

Na verdade, um tomador de decisão avesso ao risco escolherá uma coisa segura que é menos do que o valor esperado, na prática pagando um ágio para evitar a incerteza. Contudo, a depender das circunstâncias que o indivíduo se encontra, ele buscará o risco. Isso porque a perda certa é muito aversiva, e isso impulsiona o indivíduo a correr o risco:

“A variável que está faltando é o ponto de referência, o estado anterior relativo ao qual ganhos e perdas são avaliados. Na teoria de Bernoulli você precisa saber apenas o estado de riqueza para determinar sua utilidade, mas na teoria da perspectiva você precisa saber também o estado de referência”. (Kahnemann, 2011, p. 197)

Se de um lado, os kaingang entendem questões de equidade como justiça, por outro lado, a questão deixada a desejar nos laudos antropológicos é a verificação se realmente existe um costume jurídico kaingang sólido que respeite o comportamento de um ser humano apto a considerar uma norma como justa.

O jurista norte-americano Lon Louvois Fuller (2022) criou uma conhecida narrativa metafórica que ilustra oito principais formas de como mesmo uma lei bem-intencionada pode falhar em seu propósito.

Resumidamente a versão conta a história do Rei Rex que subiu ao trono com a intenção de reformar completamente o ordenamento jurídico de seu reino. De pronto, revogou todas as leis então vigentes e passou a escrever um novo código. No entanto, logo percebeu que a sua capacidade de generalização e abstração era deficiente, então decretou que ele mesmo resolveria todas as disputas do seu país, confiando em sua intuição. Seus julgamentos, porém, eram pautados por regras não-públicas e aplicadas retroativamente.

Diante das reclamações populares, Rex finalmente redigiu um código, mas extremamente obscuro, cujas regras não eram compreendidas por ninguém. Diante de novas reclamações, o rei foi forçado a buscar a ajuda dos melhores juristas do reino para redigir um novo código, com a instrução de que tornassem as suas regras mais claras, mas sem alterar sua substância. O novo código de fato era muito claro, mas cheio de contradições, forçando o rei, que já tinha perdido a paciência, a criar um outro código, claro, livre de contradições, mas extremamente draconiano: o prazo para se apresentar perante o rei fora reduzido de dez dias para dez segundos e o ato de espirrar, tossir ou soluçar na frente do rei fora tornado crime capital, e assim por diante.

A crueldade das penas e a impossibilidade de se cumprir algumas das disposições quase fez estourar uma revolução, então o rei foi forçado a criar mais um código, este sim livre de toda obscuridade, contradição ou impossibilidade fática ou jurídica. Infelizmente, porém, o longo período de tempo entre a revogação do ordenamento anterior à redação final do código fez com

que a situação cultural e econômica do reino já não fosse a mesma, forçando o código a passar por revisões constantes, gerando uma enorme insegurança jurídica. Por fim, descobriu-se que o rei e os oficiais encarregados de aplicar as novas regras não as seguiam, então os súditos passaram a também desrespeitá-las. Para o rei, isto foi demais, e ele sofreu uma crise nervosa, afastando-se da criação de leis por recomendação médica.

A narrativa criada por Fuller serve para ilustrar as oito principais formas de como mesmo uma lei bem-intencionada pode fracassar: por lhe faltar generalidade e abstração; por não tornar público o que espera que seus destinatários façam; por retroagir a atos e fatos passados; por falta de clareza em sua redação; por contradizer a si mesma; por demandar o impossível; por ser alterada frequentemente; e por haver discrepância entre o seu texto e a sua real aplicação.

Do que se percebe, em nenhum dos laudos analisados verificou-se se o costume kaingang pode ser encarado como uma lei justa para os indígenas, até porque, muitos recorrem ao sistema jurídico do branco para fazer valer seu direito subjetivo.

Assim, talvez, dogmaticamente, o “faccionalismo”, se comprovado, nos casos de crimes dolosos contra a vida, pudesse ser usado como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal ou até, a depender do contexto, como causa de privilégio, para a diminuição da pena, nos termos do art. 121 §1º do Código Penal, como previsto pelo Artigo 10.1 da Convenção 169 da OIT: *“Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais”*, mas jamais como uma espécie de erro cultural ou de ausência de dolo, que levaria à atipicidade da conduta.

3.3. Omissões constitucionais e deveres de proteção em conflitos indígenas: vedação ao deficit de proteção

A omissão das autoridades estatais, sob o argumento de não interferência, a pretexto de respeitar a “livre determinação” ou a “autonomia” das organizações sociais dos povos indígenas, acaba por enfraquecer ainda mais as vítimas da violação de direitos.

É necessário estabelecer políticas públicas voltadas à proteção dos direitos fundamentais individuais dos menos desfavorecidos dentro das terras indígenas.

Conceitualmente, as políticas públicas são “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (...) um arranjo complexo, como conjunto ordenado de atos visando à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se esperam os resultados”. (BUCCI, 2006, p. 14-15)

Na região do Alto Uruguai, os municípios que contêm terras indígenas na região de Erechim, Palmeira das Missões e Passo Fundo dependem de atendimento da Polícia Federal que se localiza ou em Passo Fundo ou em Santo Ângelo/RS.

Segundo as informações transcritas na Ação Civil Pública n. 5004040-47.2022.4.04.7104, a partir dos fatos narrados no IC n. 1.29.018.000065/2021-25⁸⁴, em 16 de outubro de 2021, a ineficiência da forma de atuação da Polícia Federal pode ser assim relatada: no conflito entre grupos rivais na Reserva Indígena Serrinha, em Ronda Alta/RS e coube primeiro à Brigada Militar e depois à Polícia Civil, fazer o papel de Estado e assegurar a segurança pública na área, após eclosão de confronto que vitimou duas pessoas. E este não foi nem o primeiro nem o último conflito indígena em que a segurança pública não se fez presente⁸⁵. Assim, em que pese

84Na data de 13 e 14 de julho de 2020, houve conflito generalizado na Terra Indígena Votouro-Kandóia, localizada no município de Benjamin Constant do Sul, em função de briga pelo cacicado. Em decorrência do conflito, diversas famílias tiveram que se afastar do local e chegaram a se embrenhar nas florestas da região. Conforme posteriormente foi informado ao Ministério Público Federal “2 – No dia do conflito, havia apenas 3 policiais na região, de modo que, por falta de segurança, não intervieram; – No dia do conflito, registraram uma ocorrência e remeteram-na para a Polícia Federal de Passo Fundo, bem como informaram sobre a existência de indígenas feridos que deram entrada no hospital em Nonoai. Os ferimentos, segundo relato, foram leves e decorrentes de pauladas e pedradas; – Os policiais da Brigada Militar retiraram o cacique tratando-o como vítima do ocorrido;” (Certidão 453/2020 – IC 1.29.018.000531/2020-91). Os referidos policiais da Brigada Militar, únicos três brigadianos da região, tiveram que conduzir o cacique da Terra Indígena, Darci Borges, até a Polícia Federal em Passo Fundo/RS, deixando toda a região sem policiamento e prestando-se ao trabalho de courier do cacique, para que este pudesse prestar queixa, deixando de atender a população da cidade de Benjamin Constant do Sul. Ato contínuo, foi feito contato com a Polícia Federal em Passo Fundo/RS. De lá, o Agente da Polícia Federal prestou as seguintes informações: “2 – As ocorrências relacionadas ao conflito instaurado na TI Votouro foram registradas no livro de plantão; – Ainda não foi instaurado um inquérito policial sobre o caso; – Não é função da Polícia Federal fazer intermediação entre grupos rivais nem atuar diplomaticamente. Esta função cabe à FUNAI. Somente após a FUNAI verificar que não é possível resolver a situação pacificamente é que é feita a intervenção da polícia.(...)” (Certidão 453/2020 – IC 1.29.018.000531/2020-91).

85Com efeito, as Terras Indígenas de Guarita, Rio dos Índios, Kaingang de Iraí e Goj Veso, distam, respectivamente, 164km, 250km, 247km e 247km da sede da Polícia Federal de Santo Ângelo; Já as Terras Indígenas de Campo do Meio, Carreteiro, Passo Grande do Rio Forquilha, Ligeiro, Votouro, Ventarra, Serrinha, Caseiros, Nonoai, Gramado dos Loureiros, distam, respectivamente, 55km, 56km, 91km, 72km, 122km, 60km, 97km, 94km, 137km e 124km da sede da Polícia Federal de Passo Fundo. E, apesar da distância, não há nenhum meio de contato célere e efetivo para a formalização e encaminhamento de notícias de crimes pelas comunidades indígenas.

a expressa previsão de regra constitucional que tanto assegura direitos quanto impõe deveres, fato é que a União está com desempenho muito aquém do mínimo esperado no atendimento de demandas das populações indígenas na região do Alto Uruguai.

Diversas são as ocorrências criminais que são registradas nos órgãos de segurança Pública Estaduais.

Documento	Remetente	Objeto
PRM-ERE-RS- 00008398/2021	Delegacia de Polícia de Redentora/RS	comunicação de ocorrência nº 660/2021/152433, registrada na delegacia de polícia de redentora, na qual carlinhos alfaiate, cacique da terra indígena do guarita, cpf 980.013.610-04, relata estar sendo ameaçado por valdonês joaquim, cpf 000.300.190-36, por interposta pessoa conhecida como "preta", pertencente ao grupo de valdonês, dizendo que vão pegar o cacique neste fim de semana, amarrá-lo e colocá-lo em uma caminhonete, assim como fizeram com o policial militar no assalto a banco ocorrido em miraguaí, em 2017, e circular pela terra indígena com ele amarrado. relata, ainda, que há rumores de que ocorrerá eleições para o cacicado no dia 19.12.2021, com potencial risco de confronto entre grupos políticos rivais, especialmente o grupo capitaneado por valdonês, o qual estaria circulando livremente pela área indígena fazendo campanha, conforme fotos postadas no facebook, apesar de estar em regime de prisão domiciliar. por fim, declara estar sendo realizado trabalho interno na comunidade com vistas as eleições para o cacicado, prevista para dezembro de 2022, como teria sido acordado com o mpf, e que deseja concorrer à reeleição, bem como que teme pela sua vida, integridade física, e de sua família. deseja representar.
		comunicação de ocorrência nº 853 /

PRM-ERE-RS- 00008261/2021	Delegacia de Polícia de Redentora/RS	2021 / 152429, registrada junto à delegacia de polícia de miraguai, na qual consta que zaqueu kei claudino, cpf 601.125.060- 20, teria ameaçado edmilson sales alfaiate, cpf 018.716.610-21, amarillo eliazer alfaiate, cpf 045.831.740-39, e argeu sales, cpf 022.235.630-82, proferindo os seguintes dizeres: "eu tenho um recado pra vocês, que não se metam na política por quê vai sobrar pra vocês". que zaqueu estava acompanhado por maurício claudino sales, cpf 038.426.990-77, e gilmar fagvêja claudino. as supostas vítimas desejam representar contra o(s) autor(es) do fato.
PRM-ERE-RS- 00008088/2021	Delegacia de Polícia de Redentora	comunicação de ocorrência 625 / 2021 / 152433, na qual carlinho gojra camargo, cpf 012.379.860-44, relata, em suma, ter sido ameaçado por ricardo chójrej sales, cpf 012.379.860-44, em 1º.12.2021, por volta das 15:15h, em razão da disputa pelo poder na terra indígena do guarita. segundo carlinho gojra camargo, suposta vítima, ricardo chójrej sales teria dito que iria ao setor missão estimular a realização de eleições ainda este ano, e que se o declarante não autorizasse a campanha política no setor missão, o grupo de ricardo iria "pegar" o declarante e invadir sua casa, e se ganhassem a eleição iriam transferir o declarante e o atual cacique para reserva distante
PRM-ERE-RS- 00007933/2021	Delegacia de Polícia de Redentora/RS	comunicação de ocorrência nº 610/2021/152433, registrada na delegacia de polícia da cidade de redentora, na qual carlinhos alfaitate, cacique da terra indígena do guarita, e marines sales, sua companheira, relatam ameaças contra ambos, por parte de indígenas que se opõe ao cacique, as quais teriam relação com a disputa de poder na referida terra indígena, sendo que alguns indígenas estariam se armando, com

		vistas a formar um milícia, no intuito de intimidar o cacique, o que poderia desencadear um confronto armado entre indígenas.
PRM-PFU-RS- 00010529/2019	Delegacia de Polícia de Portela/ RS de Tenente	encaminho a vossa excelência, com fins de conhecimento e adoção de medida legal cabível na esfera de atribuição/competência federal, as ocorrências 2355, 2371, 2373,2379,238 1 e 2382/2019-152445. importante salientar que as ocorrências encaminhadas estão relacionadas ao conflito existente pela liderança da terra indígena do guarita. informamos ainda que as armas e munições descritas na ocorrência 2373 foram encaminhadas à polícia federal, enquanto as munições descritas na ocorrência 2385 foram encaminhadas para a delegacia de polícia de redentora(local do fato), para promover o respectivo destino.

A Constituição Federal não deixa a liberdade dos particulares desprotegida, na medida em que se reconhece que incumbe ao Estado e a todos os seus poderes, do legislador ao juiz, uma obrigação ou um dever constitucional de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. (NOVAIS, 2018, p. 13)

Nesse sentido, o art. 5º, §1º da Constituição da República estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Sem segurança pública, os cidadãos ficam sujeitos às arbitrariedades por parte de agentes privados. Como se vê, nas aldeias, além das prisões ilegais e penas de banimento, os indígenas sofrem constantemente com o medo de represálias dos caciques e lideranças armadas.

A ideia de existência, nas sociedades dos nossos dias, de poderes sociais ou de poderes privados com capacidade de exercerem sobre outros particulares uma posição dominante de autoridade e de imposição unilateral de condições, mesmo quando essa dominação vem oculta sob o manto do consentimento e da liberdade contratual, é, de há muito, uma verificação quase trivial e reconhecimento indiscutível. (NOVAIS, 2018, p. 136)

Um questionamento pertinente: podem os direitos fundamentais ser trunfos contra outros particulares?

Há uma certa polêmica doutrinária acerca da incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo a posição largamente dominante nos Estados Unidos, não apenas a Constituição tem como único destinatário o Estado, como também se entende que das normas constitucionais sobre direitos fundamentais não decorrem quaisquer específicos deveres para os particulares, salvo no caso na doutrina da *state action*, ou seja, se a atuação de um privado alegadamente violadora de um direito fundamental de outro particular puder ser caracterizada como materialmente análoga a uma atuação estatal (NOVAIS, p. 61).

Dogmaticamente, a atuação do cacicado poderia ser vista, nesta exceção, através de uma conduta permissiva e incentivada pelo Estado brasileiro, que, diante da história, trocou o agente responsável pela ordem dentro da TI: se antes, com o SPI, ficaria ao encargo do chefe do Posto Indígena, agora, seria o cacique.

Se não aceito o referido argumento, poder-se-ia reconhecer que as ameaças aos direitos fundamentais são provenientes do poder progressivamente incontrolado dos caciques. De tal forma, a partir da verificação da existência das ameaças, riscos e lesões que os particulares e as entidades privadas podem fazer incidir sobre direitos e liberdades individuais, a resposta sustentada seria a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais⁸⁶, que teria como consequência dogmática, a criação de deveres fundamentais aos particulares. (SARMENTO, 2010, p. 229).

Assim, por exemplo, ao cacique que possui o direito de comandar, também tem o dever de respeitar. Esses deveres fundamentais, no plano constitucional, são qualificados como aqueles vinculados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois concentram os valores da comunidade em relação ao Poder Público, já que a concepção dos direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado exprime a relação entre Poder Público e cidadãos. (DUQUE; PEDRA, 2013, p. 150)

Assim, o dever de solidariedade insculpido no art. 3º da Constituição é:

86 A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50. (SARMENTO, 2010, p. 228)

“um dever moral e jurídico que impõe ao cacique o respeito aos direitos e garantias fundamentais de seus administrados. Assim, na tentativa de relacionar a autonomia com os deveres, no que diz respeito à horizontalidade dos deveres fundamentais, pode-se identificar no constitucionalismo uma ideia simples, a saber: quem possui direitos deve também possuir deveres” (DIMOULIS & MARTINS, 2011, p. 339)

Ocorre que a tese da aplicação imediata gera uma situação de insegurança jurídica entre os particulares, além de limitações à autonomia privada, com um novo lema: “tudo o que não estiver proibido é permitido a não ser que afete um direito fundamental.” (NOVAIS, 2018, p.127). E complementa o autor português:

“Estender essa compreensão a todos os supostos destinatários directos dos direitos fundamentais e não já apenas ao Estado, como seria a decorrência natural da tese da aplicabilidade directa, teria consequências práticas inoportáveis. Teríamos, no fundo, toda a vida privada transformada num complexo mundo de deveres e os particulares investidos na qualidade de virtuosos *funcionários* dos direitos fundamentais, jurídica mente obrigados a proteger e a promover o acesso dos seus concidadãos ao ambiente, à saúde, a integridade física, à criação artística, ao associativismo, ao desenvolvimento da personalidade.”

Além disso, é necessário lembrar que uma das garantias dos direitos fundamentais em Estado de Direito, como requisito formal para a intervenção, é a exigência de que a invasão restritiva do âmbito do direito fundamental protegido só possa ser feita, a não ser em circunstâncias excepcionais, com base em lei. (NOVAIS, 2018, p. 176-177)

No âmbito material, quando o Estado deseja restringir um direito fundamental, deve apresentar razões suficientemente fortes para restringir um direito constitucional e, em segundo lugar, se as restrições assim justificadas observarem os limites constitucionais (limite dos limites). Já nas relações entre particulares, não é possível usar o direito fundamental como trunfo, pois do outro lado existe outro que o neutraliza. (NOVAIS, 2018, p. 155)

Há necessidade de fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois se envolve um problema de ponderação com a autonomia privada, com a necessidade da fundamentação das decisões e com respeito a standards que para Sarmiento (2010, p. 283-284) passa pelo grau de desigualdade fática: quanto maior, mais

deferência ao direito fundamental e menor para a autonomia privada, principalmente, quando se está de questões existenciais. Para tanto, complementa:

“Finalmente, cumpre destacar que, num estado plural como o brasileiro, que, rejeitando o etnocentrismo, conferiu explícita proteção constitucional aos ‘modos de criar, fazer e viver’ dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, inciso ii, CF), a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas trava das no interior de comunidades étnicas e culturais minoritárias, não poderá prescindir de considerações acerca da identidade destas comunidades”. (SARMENTO, 2010, p. 294)

Embora o professor não aceite a visão etnocentrista, há de se reconhecer que foi essa visão que incorporou a fundamentalidade dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos coletivos culturais. Ora, como se reconhece a fundamentalidade do direito cultural, mas não a do direito individual do cidadão indígena que vive na comunidade? Ele não deixará de ser “menos índio” por fazer valer a aplicação de direitos fundamentais individuais dentro da terra indígena, até porque, como se viu, a cultura não é estanque e pode ser sempre aprimorada.

No caso do Kaingang, por exemplo, ficou provado por meio dos laudos antropológicos que a interação do grupo com o mundo não-índio fez com que a cultura assimilasse os meios dominantes externos, contudo, em nenhum momento se questiona o motivo pelo qual o poderio do cacicado não incorpora direitos existenciais como ser humano provido de dignidade.

Além disso, ao contrário do que sustenta a tese da aplicabilidade imediata, a validade dos direitos fundamentais nas relações entre privados não é idêntica à que se verifica nas relações entre indivíduo e Estado.

Nas relações entre privados, a proteção dos direitos fundamentais decorre não diretamente enquanto direitos subjetivos oponíveis a outros particulares, mas mediamente, através do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que se convencionou chamar da teoria dos deveres de proteção⁸⁷. (SARMENTO, 2010, p. 240)

⁸⁷Canaris, por exemplo, sustenta que na ordem jurídica alemã, os direitos fundamentais vinculam diretamente apenas os Poderes Públicos, e não os sujeitos de Direito Privado. Contudo, ele sustenta que o estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares. Para designar estas duas funções distintas dos direitos fundamentais – defensiva e protetiva – ele emprega as denominações “proibição de intervenção” e “imperativo de tutela” ou “imperativo de proteção”. (SARMENTO, 2010, p. 241)

Isso porque é possível limitar a atuação privada, com base na tese dos deveres de proteção, em função da necessidade de proteger e promover a igualdade enquanto exigência constitucional, desde que a atuação estatal esteja dirigida a proteger esses fins de igualdade. Assim deve o Estado observar exigências constitucionais aplicáveis às intervenções restritivas, incluindo a respectiva compatibilização com outros princípios igualmente aplicáveis, estando sob o crivo do controle por meio da proibição do excesso. (NOVAIS, 2018, p. 168)

Nesta toada, a implementação do dever de proteção pode realizar-se através de múltiplas vias cuja escolha das políticas públicas incumbe ao poder público primariamente legitimado, ou seja, o legislador democraticamente eleito. No mais, o dever estatal de proteção está sujeito especificamente a uma reserva do adequado ou oportuno, como é o caso da proteção das comunidades indígenas kaingang.

E como aferir o controle da omissão? A tarefa fica facilitada nas situações em que a Constituição impõe uma regra com enunciado suficientemente definido, a realização de deveres específicos. Quando não houver, o caso deverá ser analisado a partir do controle da proibição do déficit de proteção a partir de dois elementos: a) (i) a garantia de realização de um mínimo, ou seja, garantia da dignidade da pessoa humana, e (ii) a proibição de desrazoabilidade, quando deixa os cidadãos afetados numa situação pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito. (NOVAIS, 2018, p. 345-348)

O poder público dispõe normalmente de várias possibilidades constitucionalmente admissíveis de proteger um direito fundamental. A sua atuação não se limita a não agir sem abuso, mas também compreende uma proibição de atuação deficiente:

“A ideia de proporcionalidade como proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que **tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros**. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais = mesmo os de matriz liberal -, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013. p. 481)

Veja-se que, de acordo com o art. 2º, incisos V e IX, da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos, garantia de sua permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso, bem como, nos termos da Constituição, a garantia de sua posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Ao lado da UNIÃO e demais entes federativos, a FUNAI é titular precípua desse dever de proteção⁸⁸. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil, sendo-lhe atribuída a possibilidade do “exercício do poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio” (art. 1º, inciso VII, da Lei nº 5.371/1967). Importante registrar que, posteriormente, o Decreto nº 9.010, de 23 de março de 2017⁸⁹, reestruturou a entidade, contudo, trouxe em seu texto a confirmação do exercício do poder de polícia como uma das finalidades da FUNAI.

O art. 5º da Instrução Normativa 005/PRES, de 27 de outubro de 2006, ainda, dispõe que a FUNAI poderá solicitar aos órgãos de segurança pública cooperação, quando as atividades necessárias à proteção das comunidades indígenas forem próprias da competência dos órgãos de

⁸⁸Nos termos do artigo 1º, inciso I e VII, da Lei nº 5.371/1967, foram estabelecidas, como finalidades da FUNAI: Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada “Fundação Nacional do Índio”, com as seguintes finalidades: I – estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:(...)b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;(...)VII – exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

⁸⁹Os dispositivos acima descritos foram regulamentados pelo art. 1º, incisos I a V, da Instrução Normativa nº 005/PRES, de 27 de outubro de 2006, que estabelece as medidas de polícia passíveis de serem tomadas pela fundação: Art. 1º – Compete à Funai exercer o poder de polícia na defesa e proteção dos índios e suas comunidades, bem como de sua cultura, organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, terras e patrimônio, material e imaterial, podendo: – interditar, por prazo determinado, prorrogável, as terras indígenas, para proteção do território e das comunidades indígenas que o habitam; – restringir a entrada de terceiros nas terras indígenas e delas retirá-los se houver evidência de prejuízo ou risco para as comunidades indígenas que as habitam e seu patrimônio; – apreender veículos, bens e objetos de pessoas que estejam explorando as riquezas naturais existentes nas terras indígenas ou violando direitos e patrimônios indígenas; – adentrar propriedades particulares e ocupações irregularmente instaladas em terras indígenas a fim de realizar levantamento, laudos e vistorias em qualquer etapa do procedimento de identificação e demarcação de terras indígenas tradicionalmente ocupadas; – interditar obras e suspender atividades que coloquem em risco a vida, saúde, cultura e crenças dos povos indígenas e aquelas que afetem direta ou indiretamente seu habitat, meio ambiente e terras.

segurança⁹⁰. Em um mesmo sentido, consta do art. 34, do Estatuto do Índio, que a FUNAI “(...) poderá solicitar a colaboração das Forças Armadas e Auxiliares e da Polícia Federal, para assegurar a proteção das terras ocupadas pelos índios e pelas comunidades indígenas”.

Somente no período de 2017 a 2022, a União gastou, somente com diárias dos policiais militares da Força Nacional, quase de R\$ 5 milhões de reais⁹¹, para a proteção das TI de Ligeiro, Guarita, Serrinha, Nonoai, Votouro, Cacique Doble e Passo Grande do Rio Forquilha em períodos diminutos e que não garantem a liberdade dos indígenas que vivem nestas áreas, pois, quando saírem, o medo pode voltar a imperar.

Do que ficou constatado, empiricamente, a presença contínua da Força Nacional permite uma sensação de segurança dentro das Terras Indígenas, o que mostra que a presença do Estado é necessária para garantir a paz e a tranquilidade naquelas comunidades. Um dos efeitos, por exemplo, da falta de segurança é a falta de atendimentos de serviços públicos de saúde⁹² e de educação, principalmente das crianças, dentro das escolas indígenas.

E qual seria o papel do Judiciário neste caso? Embora exista uma preferência à autocontenção com a deferência à cultura dos kaingang, como foi feito no caso do afastamento da família da TI Ventarra, há de se lembrar a real dimensão da proteção dos direitos fundamentais, como meio de diálogo de legalidade para com a cultura referida, de modo a propiciar uma interação e proteção da “minoridade dentro da minoria.” Isso porque, “o juiz deve poder actuar, mesmo na ausência de lei ou na sua insuficiência, quando essa intervenção, ainda que restritiva, decorra da necessidade de suprir um déficit de protecção inconstitucional apurável segundo parâmetros tão objectivos quanto possível” (NOVAIS, 2018, p. 190).

90Art. 5º A FUNAI poderá solicitar aos órgãos de segurança pública, especialmente à **Polícia Federal, Forças Armadas e auxiliares**, a cooperação necessária à proteção das comunidades indígenas, sua integridade física e moral e seu patrimônio, quando as atividades necessárias a essa proteção forem próprias da competência dos órgãos de segurança pública. [grifei]

91Conforme informações da SENASP ao MPF.: ofício 8929/2022 no procedimento 1.29.000.003894/2022-30

92Em fevereiro de 2022, o cacique da TI Guarita impediu a realização do certame para contratação de profissionais da saúde da SESAI. O mesmo cacique é investigado por cobrar mensalmente valores dos servidores de forma ilegal. É visível a ingerência dos caciques Kaingang nas contratações de pessoal para prestação de serviço na TI Guarita, baseado em critérios políticos e indicações arbitrárias de lideranças indígenas, em detrimento de critérios técnicos. as indicações políticas e as ingerências arbitrárias de lideranças indígenas na escolha dos ocupantes de funções nas comunidades indígenas não representa apenas uma violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade, mas também ao princípio da eficiência, comprometendo especialmente a qualidade na prestação desses serviços. Com isso, o Ministério Público Federal, em Erechim-RS, a partir da Recomendação n. 1/2022, determinou que a Polícia Federal e a Brigada Militar garantissem a realização do certame sem a interferência do cacicado.

Deste modo, a insuficiência generalizada de políticas públicas de segurança pública para a garantia de direitos fundamentais que acabam gerando penas cruéis, degradantes, de banimento, na forma prevista do art. 5º, XLVII da Constituição Federal, acaba por imprimir a sua complementação pela atuação do Poder Judiciário, quando há conflitos generalizados nas TI Kaingang da região norte do Rio Grande do Sul.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda coletividade portadora de uma cultura diferenciada passa por mudanças, algumas forçadas – como as trazidas pelo contato interétnico -, outras porque costumes são abandonados por se tornarem obsoletas, outras, ainda, porque passam a ser contestadas por parte dos seus membros. O relevante para a continuidade dos grupos humanos culturalmente diferenciados são os elementos que o próprio grupo elege e percebe como definidor de si; estes traços, com o tempo, também se transformam e vão sendo resignificados conforme as realidades do presente, de modo que nada é permanente ou estanque quando a referência é o humano.

As mudanças e os elementos inseridos no sistema jurídico Kaingang não foram aleatórios nem totalmente exógenos, pois os próprios Kaingang atuais os interpretam como tradicionais. A atualização sociocultural da juridicidade e do sistema jurídico vem ocorrendo por meio da aprendizagem das novas situações inseridas pelo processo histórico, até porque alguns “símbolos dominantes” externos, serviram como ferramentas de ação e reação dos Kaingang face ao sistema nacional envolvente, a tal ponto que hoje sejam argumentados por eles como tradicionais e próprios.

No caso dos Kaingang, faz sentido abordar as suas práticas jurídicas de uma perspectiva histórica e mediada pelas relações de poder, principalmente porque as relações com a sociedade envolvente desencadearam uma juridicidade particular.

Nesse sentido, observa-se que muitos elementos presentes na atual expressão da juridicidade dos Kaingang estiveram originalmente vinculados a eventos históricos e a agentes

externos com maior poder com os quais foram obrigados a interagir, sobretudo, a partir do século XX, quando houve a sua “integração” forçada nos sistemas administrativos, pelo SPI, e jurídico nacional, pelo Código Civil, de 1916.

Para os Kaingang., as guerras intra e intertribais e o contrato interétnico fizeram com que seus sistemas sociais e simbólicos realizassem um constante movimento de centrifugismo, pela inclusão do outro e dos seus elementos. Desde de que se tem registros escritos sobre os Kaingang, algumas características têm sido constantemente observadas, entre as quais: 1) a forma de residência preferencial pós-marital ser uxori ou matrilocal (que implica em que o homem passa a viver na casa dos pais da mulher e sob as ordens e autoridade do pai desta); 2) o seu sistema de descendência ser patrilinear (dado que os filhos pertencem ao mesmo clã/metade que o pai); 3) a centralidade de suas lideranças principais (os *põ'i bang*); 4) o treinamento de guerreiros; 4) a poligamia como prática comum no passado, especialmente entre os caciques principais e os guerreiros.

Assim, para compreender suas práticas e concepções de direitos, é fundamental observar a estrutura sociopolítica que organizou os seus líderes no passado e que os organiza no presente. Isto porque sobre os caciques se concentra a maioria das funções relacionadas à vida jurídica deste povo, tais como as relativas aos direitos familiares de permanência junto à tribo – ou ao grupo político mais amplo –, à distribuição de funções e obrigações entre seus liderados, assim como às punições.

É necessário abordar as representações e práticas que o Estado nacional brasileiro sustentou e sustenta sobre seus “outros internos”, assim como discutir as possibilidades de um pluralismo jurídico prático, uma interlocução entre a Antropologia e o Direito, mas sem se desgarrar dos limites constitucionais aos direitos culturais, uma vez que não há direitos absolutos e a ausência de limites acaba por gerar tiranias nas TI. Até porque o Estado constitucional foi capaz de aglutinar, em si, todas as outras manifestações jurídicas existentes, justamente, pelo consenso da lei.

O Brasil é uma sociedade plural, onde se respeitam todos os grupos étnico-culturais e cada grupo étnico-cultural constitui uma coletividade com modos próprios de fazer, criar e viver.

Esses grupos têm, em comum, uma relação especial com o território, relação esta que tem que ser protegida, porque indissociável da identidade.

A identidade do grupo apenas por este é definida.

O direito a manter essa relação com o território, porque de natureza fundamental, é de aplicação imediata. Não sendo possível o deslocamento desses grupos de seus territórios tradicionais, salvo situação de absoluta excepcionalidade, garantido o seu retorno tão logo cesse a causa que o determinou. Assim, qualquer atividade a ser desenvolvida por terceiros, no âmbito desses territórios tradicionais, depende do consentimento informado do grupo.

A cultura, porque definida enquanto modo de viver, criar e fazer de um grupo, é um processo dinâmico, que se renova dia a dia. Acabam-se as categorias aculturado/selvagem, e nenhum grupo é obrigado a ficar imobilizado no tempo para ter direitos decorrentes de sua identidade/cultura. Desta forma, o direito nacional, em face desses grupos, há de ser aplicado tendo em vista as suas especificidades, sendo assegurado aos seus membros que possam entender e fazer-se entender nas suas atuações políticas, jurídicas e administrativas.

Como se percebe, busca-se primeiro a compatibilidade entre os direitos culturais e o direito pátrio.

Ocorre que a pessoa tem de ser reconhecida como sujeito e não pode ser coisificada, degradada à condição de mero objeto da atuação do poder estatal ou de quem lhe faça às vezes.

Cada pessoa deve ser tratada com igual consideração e respeito, devendo-lhe ser garantido um quadro mínimo de segurança jurídica e de respeito pelas suas legítimas expectativas, bem como um mínimo de proteção e de promoção do acesso aos bens fundamentalmente protegidos. Desta forma, são inadmissíveis quaisquer restrições ou afetações dos direitos fundamentais que não observem essas garantias jurídico-constitucionais.

Não pode o cacicado impor penas cruéis, degradantes, de degredo.

Como se viu, a cosmovisão kaingang é muito adaptável e internaliza com facilidade, como suas, direitos que passam a serem vistos como seus. Não à toa, existe uma considerável demanda nas esferas estaduais e federais, com a judicialização por parte dos próprios indígenas.

Do mesmo modo que adquiram com facilidade a implantação de punições advindas do sistema do panelão, do tronco e o afastamento das Terras Indígenas, também o fizeram com as

facilidades advindas do arrendamento de soja, no norte do Rio Grande do Sul. Essa atividade altamente lucrativa é o combustível para os conflitos indígenas.

Do que se percebe é que coletivização da terra indígena acaba por impor um modo de vida totalmente dissociado da realidade que eles enfrentam. O modo com que a sociedade envolvente quer determinar o modo de vida dos indígenas, por meio de uma filosofia romantizada, acaba por manter os indígenas em uma situação indigna.

Os problemas gerados pelo arrendamento de terras no norte do Rio Grande do Sul acaba por se estabelecer a seguinte dúvida: necessária a regularização ou a criminalização do ato? Pergunta esta que deve ser respondida pelo Parlamento nacional, assim como já o fez nas regularizações de faixas de domínio, favelas e outros espaços de terra que geravam conflitos fundiários.

Verifica-se que o faccionalismo Kaingang não é o único motivo para os conflitos kaingang. Existem questões de psicologia comportamental que não são enfrentadas nos laudos antropológicos e que podem explicar o motivo pelos quais a disputa pelo poder não é exclusiva daquela comunidade, de modo que os caciques abusam do poder como qualquer outro ser humano que não encontra limites.

Assim, constatou-se que as punições são usadas para perseguição da oposição dentro das terras indígenas, sendo o direito costumeiro cultural usado como anteparo para encobrir a violação de direitos individuais fundamentais.

Os laudos antropológicos produzidos pelos peritos ministeriais comprovam que há perseguição do cacicado dentro das terras indígenas com punições que acarretam o degredo cultural, a privação de liberdade, o cerceamento da autonomia individual e o desenvolvimento de um sistema democrático nas localidades.

Desta forma, mesmo quando legítima, ou seja, mesmo se expressamente autorizada pela Constituição ou se justificada pela necessidade de prossecução de outros bens igualmente dignos de proteção, as punições indígenas kaingang, como modo costumeiro, será inconstitucional se a concreta medida restritiva adotada pelo cacique, que, naquele momento, faz às vezes de Estado, já que por ele legitimado e instigado, violar as exigências básicas fundamentais de Estado de Direito previstas nas regras fundamentais do art. 5º da Constituição Federal.

E, caso o Estado não garanta esse mínimo existencial fundamental incorrerá na violação da proibição do deficit, pois perpetuará o abuso de poder, a desigualdade e impedirá o florescimento da verdadeira autonomia dos cidadãos indígenas kaingang que vivem naquela comunidade, já que a eles são negados os direitos mais básicos, como a liberdade e propriedade.

Deste modo, a romantização das ideias trazida por uma parte da academia durante mais de 50 anos vem conduzindo a população indígena kaingang para uma situação de miséria, totalmente desconexas com a realidade que as circunda.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antonio Armando. **Multiculturalismo e o direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Florianópolis, 2003. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. p 108. Acesso em nov. 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106553>

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015

AMBROSETTI, Juan B. ([1894] 2006) **Os índios Kaingang de San Pedro (Misiones)**. Campinas: Ed. Curt Nimuendajú.

AMORIM, Elaine Teixeira de. **Laudo Pericial nº 815/2020/Sppea**. Brasília, 2020. Processo Judicial n. 5000309-09.2019.4.04.7117. 75p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Teoria do Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARBOSA, Marco Antônio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001

BECKER, Itala.I.B. (1976[1995]) **O Índio Kaingang no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo, RS: Ed.Unisinos.

BORBA, Telêmaco. **Actualidade indígena**. Curitiba : Imprensa Paranaense, 1908.

BRASIL. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Nota Técnica: A PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas. 2013.** Acesso em out. 2022. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2013/nota-tecnica-mpf-pec-215.pdf>

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. Petição n. 3.388/RR. Julgado em 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRISAC, Sérgio. **PARECER TÉCNICO Nº 312/2020-CNP/SPPEA.** Brasília, 2020. Inquérito Civil nº 1.29.018.000130/2019-06 e Inquérito Civil nº 1.29.018.000197/2019-32. 24p

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Tradução: Info Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003

CID FERNANDES, Ricardo. (1998) **Autoridade Política Kaingang: A Construção da Legitimidade Política entre os Kaingang de Palmas, Parana.** Florianópolis: Dissertação de Mestrado: PPGAS, UFSC.

_____ (2003) **Política e Parentesco entre os Kaingang: uma Análise Etnológica.** Tese de Doutorado, PPGAS, USP.

_____ (2004) Uma Contribuição da Antropologia Política para a Análise do Faccionalismo Kaingang. In: TOMMASINO, K. & MOTA, L. T. & NOELLI (orgs.) 2004. Novas Contribuições aos Estudos Interdisciplinares dos Kaingang. Londrina, PR: Ed. UEL.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado.** Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1978.

COLAÇO, Thais Luzia. **Elementos de antropologia jurídica.** 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMAZIO, Eloise da Silveira Peter. **Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o Direito e o Pensamento Decolonial.** Coleção Pensando o Direito no Século XXI. Volume IV. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012

CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). **História dos Índios no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.

CURI, Melissa Volpato. **Antropologia Jurídica: um estudo do direito Kamaiurá.** São Paulo: 2011. Dissertação de Mestrado. Pontífice Universidade Católica.

DAL POZ NETO, João. **Antropólogos, peritos e suspeitos: questões sobre a produção da verdade judicial.** In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lúcia; HELM, Cecília Maria Vieira. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: UFSC, 1994.

D'ANGELIS, W.; FOKAE V.F. (1984). **Toldo Chimbangue: historia e luta Kaingang em Santa Catarina.** Xanxere-SC: Cimi Regional Sul.

_____(1989). **Para uma História dos Índios do Oeste Catarinense.** Cadernos do CEOM. Chapeco-SC: Fedeste, n. 6, p.1-91.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

DUQUE, Bruna Lyra. PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas.** In. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/345>. Acesso em julho de 2022

DUPRAT, Deborah. **O estado pluriétnico.** Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentose-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.

DUPRAT, Deborah. *O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade.* Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_plurietnicidade_multiculturalidade.pdf Acesso em: 27 nov. 2022.

FOUCAULT, Michel. A Governamentalidade. In: **Microfísica do Poder.** 11ª Ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p.281.

FULLER, Lon Louvois. **A moralidade do Direito.** Tradução: Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. Contracorrente: São Paulo, 2022

FUNAI. **Índios do Brasil / Índios Hoje.** Disponível em: www.funai.gov.br. Acesso em: de novembro de 2022.

FUNAI. *História e Política Indigenista.* Disponível em: www.funai.gov.br. Acesso em: agosto de 2022

GARCÉS, Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos indígenas.** Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 167-192

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

_____, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. **Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas**. São Paulo: Café com Lei, 2015.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994

HAYEK, Friedrich von. **O caminho da servidão**. Tradução: Anna Maria Capovilla, José italo Stelle, Liane de Moraes Ribeiro. 6ª Edição. Instituto Ludwig von Mises Brasil: São Paulo, 2010.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997 (Coleção Pensadores).

HORTA BARBOSA, L.B. (1947) O problema indígena do Brasil. Conferência realizada no Atheneu de Montevidéo, a 1. de abril de 1925. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. Publicação n. 88 da Comissão Rondon.

IBGE. **O Brasil indígena**. Disponível em <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>. Acesso em dezembro.2022

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cassio de Arantes Leite. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAYSER, Harmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea: una introducción**. Barcelona: Ariel, 1995, p. 227.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998

LAS CASAS, Bartolome (1550[1992]) **Princípios para Defender a Justiça dos Índios**. In C.F.MARES DE SOUZA FILHO (org.). *Textos Classicos sobre o Direito e os Povos Indigenas*. Curitiba, Juruá/NDI.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. 1952. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wpcontent/uploads/Ra%C3%A7a-e-Hist%C3%B3ria-L%C3%A9vi-Strauss.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LIBERATO, Ana Paula. RANGEL GONÇALVES, Ana Paula. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos Povos Indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p.97-114.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. **O Governo dos Índios sob a Gestão do SPI**. In: CUNHA, Manuela Carneiro (Org.). **História dos Índios do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.

MABILDE, Pierre E.A.B. (1983) **Apontamentos sobre os Indigenas Selvagens da Nacao Coroados dos Matos da Província do Rio Grande do Sul (1836-1866)**. IBRASA/FNPM. Sao Paulo

MALINOWSKI, B. (1926[2003]) **Crime e costume nas sociedades Selvagens**. Tradução de DIAS, M.C.C. Coleção Antropologia, ed. UNB.

_____ [1922(1978)] **Os Argonautas do Pacífico Ocidental**. São Paulo: Ed. Abril, 1978.

MONTOYA, Antonio Ruiz de (1985) **Conquista Espiritual**. Porto Alegre: Martins Livreiro.

MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **A Política Indigenista Brasileira durante o Século XIX**. Tese de Doutorado, Departamento de Antropologia, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Rio Claro, Rio Claro, SP, 1971

MOTA, Lucio T. (1994) **A Guerra dos Índios Kaingang: uma História Épica dos Índios Kaingang no Paraná (1969-1924)**. Ed. UEM. Maringá, Parana.

_____ (2002) **Os índios Kaingang e seus territórios nos campos do Brasil meridional na metade do século XIX**. In: MOTTA, Lucio T., NOELLI, Francisco F. &

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 216-219

NIMUENDAJU, Curt. (1987) **Mapa Etno-histórico**. IBGE: Rio de Janeiro.

_____ (1913 [1993]) **Etnografia e Indigenismo: Sobre os Kaingang, os Ofaie-Xavante e os Índios do Para**. Campinas: Ed. Unicamp.

NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos Direitos Fundamentais: Fundamentos, justificação e controlo.** Coimbra (ES): Edições Almedina, S.A, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: Do dever de proteção à proibição do défice.** Coimbra: Almedina, 2018

OIT, CONVENÇÃO 169. **Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, 7 de julho de 1989.** In: MAGALHÃES, E. D. (Org.). *Legislação Indigenista brasileira e Normas Correlatas*, 2ª edição, Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. **Índios Livres e Índios Escravos.** In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Tradução: Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 9ª edição. São Paulo. Editora Cultrix: 2001

PROLA JR. Carlos Humberto. **Antropologia, história e filosofia política: um olhar sobre os direitos do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina.** Brasília, UCB. 2016. Dissertação de Mestrado.

RAMOS, Luciana Maria de Moura. **VENH JYKRE e KE HA HAN KE: Permanência e Mudança do Sistema Jurídico dos Kaingang no Tibagi.** Brasília, UNB. 2008. Tese de Doutorado.

_____, **Parecer Técnico nº 606/2020/SPPEA/ANPA: Recorrência de conflitos e de situações de violência na TI Ligeiro.** Brasília, 2020. Processos judiciais n. 5004626-84.2018.4.04.7117 e 5003390-05.2019.4.04.7104. 50p.

_____, **Parecer Técnico nº 696/2022/SPPEA/ANPA: Mortes e lesões em conflitos entre grupos políticos e de parentes Kaingang na TI Fág Ty Ka, ou Mato Castelhana, em torno do poder e da terra.** Brasília, 2022. Processo n. 5001000-96.2018.4.04.7104. 46p.

RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a Civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno.** Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1997.

_____. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **O Processo Civilizatório: etapas da evolução sociocultural.** São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. (2003) *Nos Confins do Direito: a antropologia jurídica na modernidade.* São Paulo: Martins Fontes.

_____. org. (2004) *Direitos das Minorias e dos Povos Autóctones.* Brasília: Ed.UNB.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores

SAHLINS, Marshall. (1985[2003]) **Ilhas de Historia**. Rio de Janeiro: Zahar.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SANTOS, Anderson Marcos dos. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos Povos Indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p.13-34.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4).

_____. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2003.

_____ (Org.). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. 2a edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 251/314

_____. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 376 p.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

SCHADEN, Francisco S.G. (1948) O cacique Doble e sua Horda. *Revista de Sociologia*. São Paulo: Escola Livre de Sociologia e Política da USP, vol. X, p 272-282.

_____. (1972) Xokleng e Kaingang: notas para um estudo comparativo. In: SCHADEN, Egon (org) *Homem, Cultura e Sociedade no Brasil*. Petropolis: Vozes.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**, 2010. Martins Editora.

SHIRLEY, Robert W. **Antropologia Jurídica**. São Paulo, Saraiva, 1987.

SILVA, Alexandra Barbosa da. **A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade**. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direito indígena, Direito coletivo e Multiculturalismo**. Acesso em nov. 2020. Disponível em <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83425>

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, J. (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição Federal**. Porto Alegre: NDI, Sérgio Fabris, 1993. p. 45-50.

SIMONIAN, Ligia (1994) **Castigos Cruéis na AI Votouro, Rio Grande do Sul: Resistências: Culturais ou Novas Práticas?** Laudo Antropológico. Belém: PGR-N.0478/82-41

_____. (1994) Os Indígenas de Ventarra e seus Direitos Territoriais. Laudo Antropológico. Brasília, Funai.

_____. (1994) Toldo Monte Caseros, RS: Terra de Índio. Laudo Antropológico Fundiário. São Paulo: Consultoria CTI.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. **A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais**. Curitiba: Letra da lei, 2011

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SANTOS, Rodrigo Miotto dos. **Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento. Uma Análise Constitucional do Direito dos povos indígenas ao reconhecimento**. Revista Eletrônica da UFPR. Curitiba. Acesso em nov. 2020. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7050/5026>

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KRETZMANN, Carolina Giordani. Antropologia, multiculturalismo e direito: o reconhecimento das comunidades tradicionais no Brasil. *In*. COLAÇO, Thais Luzia. **Elementos de antropologia jurídica**. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 93-124

TAYLOR, Charles. **The Ethics of Authenticity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1991.

_____. **Argumentos filosóficos**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Carl R. **Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Tradução: Angelo Lessa. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019

TYLOR, Edward. A ciência da cultura *In*: CASTRO, Celso (Org.). **Evolucionismo cultural: textos de Morgan, Tylor e Frazer**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 69-99.

TOMMASINO, K. & MOTA, L. T. & NOELLI (orgs.).2004. *Novas Contribuições aos Estudos Interdisciplinares dos Kaingang*. Londrina, PR: Ed. UEL

_____. 2002. *Uri e Waxi: Estudos Interdisciplinares dos Kaingang*. Londrina, PR: Ed.UEL.

TOMMASINO, Kimiye. **A História dos Kaingang da bacia do Tibagi: uma sociedade Jê Meridional em movimento**. Tese de Doutorado, USP, São Paulo, 1995.

TORRE RANGEL, Jesus Antônio de la. **Pluralismo Jurídico enquanto Fundamentação para a Autonomia Indígena**, *in*: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2004, pp. 311-326.

URBAN, Greg. (1998) **A História da cultura brasileira segundo as línguas nativas**. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro (org) *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras.

VEIGA, Juracilda. *Revisão Bibliográfica Crítica sobre a Organização Social Kaingang*. Cadernos do CEON. Ano 6. N.8. Chapeco, SC.

_____ (1994) Organizacao Social e Cosmovisao Kaingang: Uma Introducao ao Parentesco, Casamento e Nominacao em uma Sociedade Je Meridional. Tese de Mestrado, PPGAS, Unicamp.

_____ (2000) Cosmologia e Praticas Rituais Kaingang. Tese de Doutorado, PPGAS, Unicamp.

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

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do índio**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

WACHOVICZ, Ruy C. (1987) Norte Velho, Norte Pioneiro. Curitiba: Grafica Vicentina

WIESEMANN, Ursula (1978) **Os dialetos da lingua Kaingang e Xokleng**. Arquivos de Anatomia e Antropologia. Rio de Janeiro, v.3, p.197-217.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralidade Jurídica na América Luso-Hispânica, in Direito e Justiça na América Indígena**. WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 75-93.

_____. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2006