



## **A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INDÍGENA E O DIREITO HEGEMÔNICO ESTATAL NO BRASIL: APROXIMAÇÕES E PROBLEMAS**

Bruna Baggio Crocetta<sup>1</sup>

Leandra da Silva Sousa<sup>2</sup>

**RESUMO:** A prática do infanticídio em algumas tribos indígenas no Brasil ocorre em detrimento da cultura desses povos, mas que atualmente gera uma dualidade no que diz respeito ao universo jurídico, ou seja, o conflito entre o Direito à vida e a liberdade cultural. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo analisar se o Direito dos povos originários é autônomo, refletindo uma tradição histórica própria ou se é subordinado, derivando de uma concessão do Estado. Tomando como ponto de partida serão trazidas as discussões levantadas por alguns autores, dentre eles: Pierre Clastres (1978), Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1988; 1992; 2006) e Antônio Carlos Wolkmer (1995; 2001), para analisar a adequação de qualificar-se o Direito indígena como adjetivação de ser consuetudinário e pesquisar como ocorre a relação entre Direito Indígena e o Direito estatal: se é uma relação de subordinação, de autonomia ou de interação.

**Palavras-Chaves:** Direito consuetudinário; Direito indígena; Diversidade cultural; Estado; Infanticídio.

**ABSTRACT:** The practice of the infanticide in some indigenous tribes in Brazil occurs to the damage of the culture of these people, but nowadays, it creates duality in the legal universe, that is, the conflict between the Right to life and cultural freedom. In this sense, the objective of this article is to analyze whether the law of the original people is autonomous, reflecting in historical traditions of its own or

<sup>1</sup> Tabeliã e Registradora Civil concursada Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; Bacharel em Direito, Mestre em Desenvolvimento Socioeconômico pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC) e Mestranda em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: brunacrocetta@hotmail.com.

<sup>2</sup> Oficial Registradora concursada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; Mestranda em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC); Pós graduada em Direito Civil pela Universidade Anhanguera de São Paulo, UNIAN/SP; Pós Graduada em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Arthur Thomas – FAAT; Pós graduada em Direito Imobiliário pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: leandra.rcurussanga@hotmail.com

subordinated, coming from a concession of the State. Taking as starting point the discussions raised by some authors, among them: Pierre Clastres (1978), Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1988, 1992, 2006) and Antônio Carlos Wolkmer (1995, 2001), to analyze the adequation to qualify indigenous law as an classifying of being customary and to investigate how the relationship between Indigenous Law and State law occurs: whether it is a relationship of subordination, autonomy or interaction.

**Keywords:** Common law; Indigenous rights; Cultural diversity; State; Infanticide.

## **Introdução**

A sociedade brasileira é composta por uma vasta diversidade étnica e cultural, sendo notável a sua heterogeneidade de acordo com os grupos sociais que a compõem. Tais grupos possuem direitos e deveres a serem cumpridos e como filhos de uma “pátria” deveriam se sentir como tais.

Dentro dessa diversidade encontram-se grupos étnicos extremamente distintos entre si, divididos a partir do tronco linguístico a que pertencem e posteriormente de acordo com a tribo em si, as quais funcionam como uma comunidade ou grupo social: os indígenas. Apesar das semelhanças, comparando esses grupos étnicos é possível perceber diversidades de tribos e de costumes sociais, sendo que algumas possuem uma ligação com os grupos urbanos e/ou com o Estado, e outras não.

A cultura indígena não é homogênea, de forma que cada etnia e cada povo apresenta suas singularidades tanto nas ações do cotidiano, quanto nos ritos e/ou práticas culturais, como a do infanticídio indígena, a qual será abordada no presente estudo.

A prática do infanticídio indígena no Brasil é um dos temas que atualmente melhor representam o desafio entre se assegurar o respeito à diversidade cultural, por um lado, e a proteção dos direitos humanos mais fundamentais, como o direito à vida, por outro.

Práticas como a referida são variantes culturais, uma vez que os grupos e comunidades, dentro de suas nuances e singularidades, possuem suas próprias

formas de organização social. Nesse sentido, diante das características que diferem o direito consuetudinário do direito positivo (Estado) “[...] já se percebeu que, quase sempre, as sociedades arcaicas são determinadas de maneira negativa, sob o critério da falta: sociedades sem Estado, sociedades sem escrita, sociedades sem história” (CLASTRES, 1978, p.133).

A pessoa humana é um ser social por natureza e para que os homens possam conviver em harmonia é necessária a imposição de regras e normas a serem seguidas. Dentro desse convívio social deve haver o respeito aos direitos considerados fundamentais à pessoa humana, quais sejam, os direitos humanos, no sentido de que a efetivação desses direitos configura uma pretensão moral que transcende qualquer norma positivada pelo sistema para tentar justificar a sua existência.

O presente artigo pretende, assim, realizar um estudo sobre o direito indígena, a fim de compreender como este deve ser compreendido diante do direito estatal. Para tanto, far-se-á uma análise dessa dualidade de direitos, com ênfase no direito consuetudinário e no direito positivo e suas particularidades.

## **2 Infanticídio indígena e dualidade de direitos: direito estatal e direito consuetudinário**

A prática de infanticídio esteve presente em diversos povos por diferentes motivos culturais e sociais. Ao longo da história, encontra-se variações não apenas na forma das diferentes sociedades conceberem o infanticídio, mas também a maneira de puni-lo. A palavra infanticídio tem origem do latim *infanticidium* e pode ser compreendida como dar morte a uma criança nos primeiros anos de vida, em especial dos recém-nascidos.

O termo “infanticídio” indígena, cuja palavra infanticídio foi grafado entre aspas propositalmente, ficou conhecido e é utilizado inadequadamente, já que segundo a doutrina e o código penal brasileiro (art. 123) “para que haja infanticídio, e não homicídio, a mãe deve matar o filho sob a influência do estado puerperal, isto é, deve a conduta ser praticada em razão da perturbação psíquica decorrente do puerpério (relação de causa e efeito)” (SALIM; AZEVEDO, 2017, p. 88).

Essa prática que ficou conhecida como infanticídio indígena é executada por algumas tribos indígenas não somente pela mãe e não necessariamente no estado puerperal. No entanto, como não é esse o foco do estudo, esclarece-se desde já que, em que pese inapropriado, será utilizado o termo infanticídio indígena.

Segundo Colaço (1998, p. 129), a prática cultural do infanticídio indígena por alguns povos indígenas da América do Sul justificava-se pelo fato de o nascimento de uma criança envolver “uma série de preceitos supersticiosos e de sobrevivência do grupo, em que prevaleciam os interesses coletivos sobre os individuais” (COLAÇO, 1998, p. 129).

O infanticídio era uma prática muito comum pelos povos indígenas da América Pré-colonial, sendo que para eles “o ideal era que os filhos nascessem com um intervalo de 7 a 8 anos, para garantir a vida das crianças até esta idade, quando seriam mais resistentes e independentes” (COLAÇO, 1998, p. 129).

Os números referentes a casos de infanticídio indígena no Brasil permaneceram uma incógnita até pouco tempo atrás, já que não eram computados nas estatísticas de violência e de saúde pública, e, por isso mesmo, ficavam desconhecidos para a maior parte da sociedade. Muitas das mortes por infanticídio vêm mascaradas nos dados oficiais como morte por desnutrição ou por outras causas misteriosas (causas mal definidas - 12,5%, causas externas - 2,3%, outras causas – 2,3%). Outrossim, o infanticídio ocorre muitas vezes nas tribos mais afastadas e com menor contato com a “sociedade branca”. (SANTOS, p. 6).

O infanticídio indígena pode ser motivado pelo fato de a criança nascer com alguma deficiência física ou mental, em caso de nascimento de gêmeos, filho de mãe solteira, ou gerado em uma relação de adultério. Importante elucidar que tais motivos estão intimamente ligados a tradições e costumes antigos, repassados a cada geração.

A atual população indígena brasileira, segundo dados do Censo Demográfico realizado pelo IBGE em 2010, é de 817,963 mil indígenas. De acordo com a pesquisa, foram identificadas 305 etnias que falam 274 línguas. Os Povos Indígenas estão presentes nas cinco regiões do Brasil, sendo que a região Norte é aquela que concentra o maior número de indivíduos, 342,8 mil, e o menor no Sul, 78,8 mil. Do total de indígenas no país, 502.783 vivem na zona rural, e corresponde a 0,47% da população do país. (IBGE).

Cada uma dessas comunidades indígenas representa civilizações autônomas e com características culturais, políticas e sociais próprias e diversificadas, que coexistem de forma harmoniosa e ajudam a formar a diversidade cultural brasileira.

Falar sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil é um assunto delicado. O tema possui grande relevância jurídica e conseqüentemente social, mas o foco será utilizar essa prática como exemplo de uma prática cultural ligada ao direito indígena e sua relação com o direito estatal.

Analisando a história das constituições do Brasil, vê-se que o máximo de garantia que os povos autóctones receberam foi em relação à posse de suas terras, não havendo tutela em relação a sua cultura e seus costumes.

Após a Constituição Federal de 1988, muito se modificou no cenário brasileiro, pois as culturas existentes no país, dentre elas a indígena, passaram a ser mais valorizadas e aos indígenas foram direcionados alguns direitos. Direitos esses que perpassam a ideia de preservação e demarcação de território, mas sim em prol da defesa de direitos sociopolíticos, culturais, entre outros, como bem afirma Marcos Mendonça Gonçalves Jesus e Erick Wilson Pereira (2017, p. 357):

A Lei Federal nº 6.001/1973 trouxe grandes avanços para o âmbito indígena ao protegê-los não só em relação à posse das terras que habitavam, mas também em relação as suas tradições, prevendo ainda o exercício de direitos civis e políticos, bem como a tutela da União sobre eles. [...] Esse progresso só se configurou na Constituição Federal de 1988, que não somente corroborou com a inalienabilidade das terras em que habitam, mas também conferiu a eles o rol de direitos sociais, civis e políticos dos quais todos os cidadãos brasileiros são titulares.

Como se vê, a Constituição Federal de 1988 modificou o paradigma pré-existente estabelecendo uma nova relação entre o Estado e os povos indígenas.

A cultura constitui a identidade nacional, pessoal e coletiva; diariamente os indivíduos estão em contato com diversas culturas e elas são extremamente importantes para a formação identitária do país, que é um processo de construção e reconstrução. A tendência natural do homem é de se relacionar, assim:

O homem, enquanto realidade histórico-social, tende a criar e a desenvolver, no contexto de um mundo natural e de um mundo valorativo, formas de vida e de organização societária. A espécie humana fixa, na esfera de um espaço e de um tempo, tipos e expressões culturais, sociais e políticas, demarcadas pelo jogo dinâmico de forças móveis, heterodoxas e

antagônicas. Cada indivíduo, vivendo na dimensão de um mundo simbólico, linguístico e hermenêutico, reflete padrões culturais múltiplos e específicos. Sendo a realidade social o reflexo mais claro da globalidade de forças e atividades humanas, a totalidade de estruturas de um dado grupo social precisará o grau de harmonização deste (WOLKMER, 1995, p. 61).

Os diversos povos indígenas possuem diferentes crenças e costumes entre si e ainda mais distantes dos vividos pelo homem branco. Muitas dessas práticas são criticadas pela sociedade organizada principalmente no sentido de serem ultrapassadas, primitivas, arcaicas, outras por serem flagrantemente contrárias ao ordenamento jurídico interno e outras ainda por irem de encontro às normas supranacionais, ou seja, aquelas que devem ser garantidas no plano internacional, como são os direitos humanos.

É nesse contexto que algumas práticas culturais como a do infanticídio indígena atingem de maneira drástica o direito à vida, consagrado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988)<sup>3</sup>.

Nesse sentido, o “primeiro direito do homem consiste no direito à vida, condicionador de todos os demais. Desde a concepção até a morte natural, o homem tem o direito à existência, não só biológica como também moral” (CARVALHO, 2009, p. 738). Trata-se de um direito fundamental e, conseqüentemente, irrenunciável e inviolável, cabendo, portanto, ao ordenamento jurídico e ao Estado protegê-lo.

Assim, é possível notar que há uma colisão que a prática do infanticídio indígena gera em relação ao direito à cultura e ao direito à vida. Diante disso, surge uma discussão a qual coloca em destaque o papel do Estado e o seu posicionamento com relação a essas práticas.

A princípio, cabe salientar que, de acordo com Clastres (1978), o fato que enuncia as sociedades é o Estado, o qual é necessário para toda e qualquer sociedade sendo ela primitiva ou não. Assim, “[...] a verdadeira sociedade se

---

<sup>3</sup> Documento eletrônico. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 17 jan. 2018.

desenvolve sob a sombra protetora do Estado [...]” (CLASTRES, 1978, p. 135).  
Ainda de acordo com o autor:

[...] O que de fato se enuncia é que as sociedades primitivas estão privadas de alguma coisa – o Estado – que lhes é, tal como a qualquer outra sociedade – a nossa, por exemplo – necessária. [...] não se pode imaginar a sociedade sem o Estado, o Estado é o destino de toda sociedade” (CLASTRES, 1978, p. 132).

Dessa forma, ao colocarmos essa diversidade não apenas do ponto de vista quantitativo, mas organizacional e cultural, acaba-se, de certa forma, impondo a estes grupos que se adaptem ao que o Estado estabelece. Todavia, outro questionamento que surge é o de que, considerando que muitos desses grupos estão privados desse Estado, por que razão o sistema jurídico deve ser igualitário para todos?

O Brasil é um país composto por diversos grupos sociais, indígenas ou não. Dessa forma, mesmo possuindo uma diversidade considerável de grupos sociais extremamente distintos entre si, considerando o modo como o país se organiza atualmente, é uma tarefa complexa aplicar sistemas jurídicos diversos a fim de abranger de forma única cada um destes. Assim, na maioria das vezes, o direito estatal acaba sendo único e onipresente.

Thomas Hobbes, um dos formadores da teoria do monismo jurídico ocidental, declarou que

[...] só o Estado prescreve e ordena observância daquelas regras a que chamamos leis [...] [O] Estado, ou seja, o soberano, é o único legislador [...] Ninguém pode fazer leis a não ser o Estado, pois nossa sujeição é unicamente para com o Estado” (1979, p. 161-164).

De outro lado, as nações indígenas possuem as suas próprias regras, o seu próprio direito, que são conhecidos dentro do seu povo, como ocorre nas relações de família, casamento, ilícitos, entre outros, sendo que a própria comunidade estabelece o processo social de acordo com as suas necessidades e tais atos são tidos como costumeiros entre esses grupos. Essas sociedades tradicionais “[...] oferecem numerosos exemplos em que a ausência do Estado não tem como corolário a anarquia e o reinado da violência cega” (ROULAND, 2003, p.

96). Assim, pode-se dizer que o direito costumeiro não é totalmente contrário ao direito estatal.

É interessante pensar, também com base nessa diversidade, que em uma sociedade que não é una, fica difícil moldar-se a apenas um direito (SOUZA FILHO, 2006). Além disso, os próprios povos indígenas possuem identidades distintas entre si e um conjunto de características que os diferenciam uns dos outros, sendo que a população em geral costuma tratá-los como categoria única:

A dimensão do preconceito, discriminação e etnocentrismo está clara nesta tentativa de unificar a religião, a língua, a cultura e o direito, negando a diversidade. É evidente a existência de línguas, culturas, religiões e direitos diferentes que até hoje sobrevivem, a duras penas é verdade, na sociedade brasileira (SOUZA FILHO, 1992, p. 149).

No Brasil, existem centenas de grupos que praticam essas diferenças e que se organizam com regras que são divergentes ao direito estatal, pois são a expressão de uma sociedade sem Estado, nas quais as formas de poder são legitimadas por instrumentos distintos dos oficiais do Estado (SOUZA FILHO, 1992). Contudo, o direito estatal “não pode admitir que este conjunto de regras que organiza e mantém organizada uma sociedade indígena seja efetivamente Direito e, muito menos, que o Estado o acate, sem abalar sua estrutura de Direito único e fonte única de Direito” (SOUZA FILHO, 1992, p. 149).

Numa linha de reconhecimento da existência do direito costumeiro, o artigo 6º da Lei brasileira nº 6.001/73 – Estatuto do índio, dispõe que:

Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.  
Parágrafo único. Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei (BRASIL, 1973)<sup>4</sup>.

Dentro da perspectiva de diferenciar o direito estatal do direito consuetudinário dentro das práticas culturais indígenas, o Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966, que promulgou a Convenção nº 107 sobre a Proteção a Integração

---

<sup>4</sup> Documento eletrônico. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>. Acesso em 25 jan. 2018.

das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes, estabeleceu em seu art. 7º:

Artigo 7º.

1. Ao serem definidos os direitos e as obrigações das populações interessadas, será preciso levar-se em conta seu direito costumeiro.
2. Tais populações poderão conservar seus costumes e instituições que não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional ou os objetivos dos programas de integração.
3. A aplicação dos parágrafos precedentes do presente artigo não deverá impedir que os membros daquelas populações se beneficiem, conforme sua capacidade individual, dos direitos reconhecidos a todos os cidadãos do país e de assumir as obrigações correspondentes (BRASIL, 1966)<sup>5</sup>.

Para compreender melhor essa diferenciação é interessante observar o que apontado na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais, no item 2, do art. 8º, que estabelece:

Art. 8º.

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.
3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes (BRASIL, 2004)<sup>6</sup>.

Dessa forma, é possível perceber que o acolhimento que o direito estatal dá ao direito indígena é o de usos e costumes em um plano secundário do direito. Nas palavras de Souza Filho (1992, p. 150): “o Direito Indígena, mesmo nos territórios e na convivência da comunidade, é apenas uma fonte secundária do Direito Estatal, tolerada quando a lei for omissa ou desnecessária”.

Ainda, Souza Filho (1988, p. 55): “Vale dizer, o Direito indígena não é Direito nem sua fonte, mas quando a Lei, que se confunde com o Direito não tratar ou não for clara ou não for necessária, aplicar-se-á a regra costumeira”.

---

<sup>5</sup> Documento eletrônico. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58824.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58824.htm)>. Acesso em 25 jan 2018.

<sup>6</sup> Documento eletrônico. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm)>. Acesso em 25 jan. 2018.

Santos (2005) aponta que o direito moderno, alegando a igualdade e a cidadania, suprimiu as diferenças étnicas e culturais e mais: “tentou o direito formal burguês igualar os diferentes, o que o levou a – em muitos casos – destruir a identidade de povos inteiros” (SANTOS, 2005, p. 8).

O Brasil já foi criado em cima da ideia de uma única nação, com um único direito, o positivo. Assim, formar um consenso geral, no qual sejam consideradas as diferenças, não é uma tarefa fácil. O fato é que as leis e o direito positivo como prevalentes são uma realidade, na qual não é mais possível retroceder. Nas palavras de Paolo Grossi:

O direito – e menos ainda o direito moderno – não pode abdicar da sua dimensão formal, fornecendo categorias à incandescente fluidade dos fatos sociais e econômicos, mas deve fazê-lo com a consciência sempre viva de que aquelas categorias dão forma e figura a um saber encarnado, a uma história vivente (GROSSI, 2004, p. 97).

Todavia, tratando-se dessas particularidades, as quais são intrinsecamente importantes para a sociedade, tanto na afirmação política, civil e cultural dos grupos, quanto para a afirmação identitária do país enquanto multicultural e miscigenado, é importante “[...] evidenciar que, num espaço público descentralizado, marcado pela pluralidade de interesses e pela efetivação real das necessidades humanas, a juridicidade emerge das diversas formas do agir comunitário [...]” (WOLKMER, 2001, p. 119). Nesse sentido, o direito de acordo com suas variantes assume uma função social de suma importância, sendo que devem ser consideradas as diferenças e a diversidade cultural dos povos.

Xabier Etxeberria (2006, p. 63) fala que a expressão direitos dos povos indígenas sugere um particularismo coletivo concreto diante da expressão direitos humanos universais e tudo vai depender de como inserir esse particularismo no horizonte da universalidade. E mais:

Este é o momento de sublinhar a nossa condição comum humana universalmente compartilhada, da qual emergem direitos, não deve ser perdida, embora tenha que ser articulada dialeticamente com a relevância da particularidade e o que ela implica - a diferença - para evitar suas armadilhas e limitações. (Tradução nossa)<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> No original, em espanhol: “Este momento de subrayado de nuestra común condición humana universalmente compartida de la que emergen derechos, no deberá ser perdido, aunque tendrá que

Para compreender melhor a relação entre o direito consuetudinário e o direito estatal, mostra-se importante conceituá-los.

O direito consuetudinário pode ser conceituado como aquele composto por regras criadas naturalmente pela comunidade e que se transformaram em tradição, regras estas que não foram escritas e nem codificadas. “O verbete “consuetudinário” significa algo que é fundado nos costumes, por isso chama-se essa espécie de direito também como direito costumeiro” (CURI, 2012, p. 231).

Já o direito positivo é aquele “direito cuja força vinculatória deriva da possibilidade de que seja exercido em sua defesa o poder coativo pertencente de maneira exclusiva ao soberano” (BOBBIO, 1987, p. 18), ou seja, ao Estado.

Nas palavras de Wolkmer:

O positivismo jurídico, que prosperou a partir da metade do século XIX e acabou se impondo como principal doutrina jurídica contemporânea, estendendo-se em diversas áreas do Direito, constitui-se na mais vigorosa reação às correntes definidas como jusnaturalistas, que buscavam definir a origem, a essência e o fim do Direito na natureza, ou mesmo na razão humana. A ideologia positivista procurou banir todas as considerações de teor metafísico-racionalista do Direito, reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais em vigor (WOLKMER, 1995, p. 151).

Assim, a diferença existente entre o direito consuetudinário e o direito positivo é a de que este provém de “uma autoridade política constituída, o Estado, do qual emana todo o seu poder, vigora e opera independentemente da existência dessa autoridade” (CURI, 2012, p. 231).

Assim, levando em consideração o que foi apresentado pelos autores, é necessário que seja traçado um paralelo entre esses dois tipos de “direitos” de acordo com o que as leis brasileiras apresentam. Nesse caso, ao observar alguns pontos que a compõem, pode-se perceber que o direito consuetudinário acaba sendo colocado em um lugar de subordinação, uma vez que este só entra em vigor a partir do momento em que não se distancia do que é apresentado pelo direito estatal.

De outro lado, é possível perceber ainda que o direito consuetudinário é dependente do direito estatal, pois “o direito costumeiro, nesse sentido, só existe em oposição ao direito positivo e seu próprio conteúdo é, parcialmente ou por contraste, informado pela presença do Estado” (CURI, 2012, p. 231).

Assim, embora exista um contingente de leis e de informações que apontem a importância do direito consuetudinário, na maioria das vezes, principalmente quando vai de encontro ao direito positivo, como é o caso da prática do infanticídio indígena, aquele ficará em segundo plano. De qualquer forma, a partir das previsões legais referidas, pode-se dizer que o direito positivo não é a única fonte do Direito, tendo o direito consuetudinário relevância.

Dessa forma, nota-se que a aplicação do direito consuetudinário é algo variável, prevalecendo de maneira autônoma em algumas comunidades indígenas, principalmente naquelas em que o Estado não chega. Todavia, em uma situação de conflito entre esses direitos, será necessária uma análise do caso concreto para se chegar a uma solução de pacificação.

### **3 Conclusão**

Alguns costumes ou crenças de determinadas sociedades indígenas brasileiras nem sempre estão ligados à ideia do desejo/querer, ocorrendo de diferentes formas e em distintos contextos. A preocupação desses grupos em efetuar tais tipos de ritos está ligada ao bom andar da tribo e a sua preservação, considerando, em especial, a presença da religião.

A prática do infanticídio em alguns grupos indígenas brasileiros está relacionada à crença do grupo em geral, nem sempre alcançando todos os seus componentes. Ocorre de a prática ocorrer sem o consentimento dos pais da criança, mas por considerarem uma necessidade do grupo, o qual segue seus costumes construídos em tempos anteriores e que assim permanecem.

Os grupos indígenas possuem uma distância dos demais grupos sociais em seus comportamentos, sua forma de organização, suas regras internas, e, conseqüentemente, uma distância do próprio Estado. Ao observar e relacionar o que acima foi apresentado, juntamente com o panorama brasileiro, tanto no que diz respeito às relações sociais, quanto à ação do Estado diante desses grupos étnicos,

é preciso considerar que o país Brasil corresponde à uma nação regida por um único Estado.

Apesar de ter sido tratado o direito consuetudinário como oposto ao direito estatal em algumas circunstâncias, a existência do direito costumeiro está condicionada ao direito positivo e, por essa razão, não se pode concebê-lo como autônomo ao Estado.

Compreender os direitos de acordo com as suas diferenças e semelhanças, nos permite criar a possibilidade de gerenciamento da diferença. Tal compreensão pode tornar possível a viabilização de existência de uma autonomia jurídica desses povos, criando a possibilidade de transformação desse Estado que atualmente atua como homogêneo em um Estado Plural, englobando, conseqüentemente, essas demandas étnicas sem ofuscar as suas identidades.

Essa fonte de diversidade cultural é caracterizada pela coexistência tanto de identidade quanto de direito dentro de um mesmo Estado. Ao levar em conta apenas o direito estatal e que apenas o Estado produz o direito, o Brasil, enquanto nação, acaba deixando muitas comunidades indígenas silenciadas, colocando-as como uma comunidade histórica, mais ou menos completas institucionalmente, que ocupam um território determinado e que compartilham uma língua e uma cultura diferenciada.

Se assim for, o direito estatal negará toda a importância e qualidade dessa pluralidade, dando ao direito indígena um lugar marginal, de usos e costumes, como fonte secundária do direito. Daí que um país que contenha dentro de seu território mais de uma nação, não pode ser dirigido por um Estado único, mas deve ser conduzido por um Estado plural.

É preciso considerar como plenamente viável a convivência pacífica entre o direito estatal e o direito consuetudinário em um mesmo território, como o Brasil, até porque o país admite os usos e costumes como fontes do direito expressamente em determinadas situações e tacitamente em outras, além das leis, princípios, doutrina e jurisprudência. De outro norte, a aplicação ampla do direito consuetudinário se mostra dificultosa quando colidir com os direitos fundamentais e direitos humanos, quando devem ser observados alguns limites a depender do caso concreto.

## Referências

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** por uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm)>. Acesso em 25 jan. 2018

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966.** Promulga a Convenção nº 107 sobre as populações indígenas e tribais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58824.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58824.htm)>. Acesso em 25 jan 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>. Acesso em 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **IBGE. Censo Demográfico 2010.** Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-poblacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia.htm>>. Acesso em 25 jan. 2018.

CARVALHO, K. G. **Direito constitucional:** teoria do estado e da constituição - direito constitucional positivo. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**: pesquisas de antropologia política. Tradução de Theo Santiago. 2 ed. Rio de Janeiro, F. Alves, 1978.

COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América Indígena**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 111-142.

CURI, Melissa Volpato. O Direito Consuetudinário dos Povos indígenas e o Pluralismo Jurídico. **Espaço ameríndio**, Porto Alegre: v.6, n.2, p. 230-247, edição jul./dez., 2012.

ETXEBERRIA, Xavier. **La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua**. In: BERRAONDO, Mikel. (Coord.). Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad d Deusto, 2006. p. 63-83.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. 152 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2ª ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979.

JESUS, Marcus Mendonça Gonçalves; PEREIRA, Erick Wilson. **Infanticídio indígena no Brasil**: o conflito entre o direito à vida e à liberdade cultural e religiosa dos povos indígenas. Fortaleza: Pensar, fortaleza, v.22, n. 2, 353, jan/abr. 2017.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 407 p.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal**: parte especial – dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família. Coleção Sinopses para Concursos. (org) Leonardo de Medeiros Garcia. 6 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, 571 p.

SANTOS. Natália de França. **O Infanticídio Indígena no Brasil:** o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. Disponível em: [file:///C:/Users/Acer/Downloads/Dialnet-OInfanticidioIndigenaNoBrasilOUiversalismoDosDire-5497970%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/Dialnet-OInfanticidioIndigenaNoBrasilOUiversalismoDosDire-5497970%20(1).pdf). Acesso em 27 jan. 2018.

SANTOS, Rodrigo Mioto dos. **Pluralismo, multiculturalismo e reconhecimento:** Uma análise constitucional do Direito dos povos indígenas ao reconhecimento. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba: v. 43, n. 0, p. 1-25, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Índios e direito:** o jogo duro Estado. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 9, jun., 1988.

\_\_\_\_\_. **O direito envergonhado:** O direito e os índios no Brasil. Revista IIDH, San José, Costa Rica: v.15, p. 145-164, 1992.

\_\_\_\_\_. **O Renascer dos Povos para o Direito.** Curitiba: Juruá, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 207 p.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.