

**AS CONDUTAS CRIMINAIS DE INDÍGENAS ISOLADOS NA AMAZÔNIA: O
TRANSJUDICIALISMO E A REAPROPRIAÇÃO DOS SABERES LOCAIS COMO
OPÇÃO DE JUSTIÇA**

Franklin Vieira dos Santos¹
Inês Moreira da Costa²

Recebido em: 30 nov. 2017
Aceito em: 04 dez. 2017

Resumo: Na região amazônica vivem grupos indígenas ainda isolados, sem contato com as sociedades nacionais, que circulam livremente desconhecendo as limitações geográficas de fronteiras entre os países. Quando uma conduta que possa ser considerada ilícita é praticada em uma dessas fronteiras, sem que seja possível especificar com clareza o local onde o crime aconteceu para se delimitar o Direito de qual país deva ser aplicado, é possível que recebam um tratamento que contraria, até mesmo, preceitos universais, dada a soberania que cada país tem de impor suas regras. A transjudicialização aponta para a necessidade de uma flexibilização na aplicação do direito, possibilitando a aplicação de normas universais, ou aplicadas em outras cortes estrangeiras, que estejam em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana ou representem a reapropriação dos saberes locais. Assim, é possível o reconhecimento de sanções diversas da prisão a essas comunidades isoladas da região amazônica em substituição àquelas previstas no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Soberania. Comunidades Indígenas Isoladas. Dignidade da Pessoa Humana. Transjudicialismo.

**THE CRIMINAL CONDUCT OF INDIGENOUS PEOPLE ISOLATED IN THE AMAZON:
TRANSJUDICIALISM AND REAPPROPRIATION OF LOCAL KNOWLEDGE AS A
CHOICE OF JUSTICE**

Abstract: In the Amazon region, indigenous groups are still isolated, without contact with national societies, which circulate freely, ignoring the geographical limitations of borders between countries. When a conduct that may be considered illegal is practiced on one of these borders, and it is not possible to clearly specify the place where the crime occurred in order to delimit the law of which country should be applied, they may receive treatment that contradicts universal precepts, given the sovereignty that each country has to impose its rules. The transjudicialization points to the need for flexibility in the application of the law, allowing the application of universal norms or applied in other foreign courts that are in accordance with the

1 Doutorando em direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Mestre em Poder Judiciário pela FGV-Rio, MBA em Poder Judiciário, pela FGV-Rio, Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ULBRA de Porto Velho, Professor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON; Professor da Faculdade São Lucas de Rondônia, Juiz de Direito no Estado de Rondônia, titular da 3ª Vara Criminal de Porto Velho. E-mail: franklinvs27@gmail.com.

2 Doutoranda em direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Mestre em Poder Judiciário pela FGV-Rio, MBA em Poder Judiciário, pela FGV-Rio. Juíza de Direito no Estado de Rondônia, titular da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho. E-mail: ines@tjro.jus.br.

principle of the dignity of the human person or represent the reappropriation of local knowledge. Thus, it is possible the recognition of sanctions different from the prison to these isolated communities of the Amazon region in substitution to those foreseen in the juridical order.

Keywords: Sovereignty. Isolated Indigenous Communities. Dignity Of The Human Person. Transjudicialism.

1 INTRODUÇÃO

Em abril de 2015, com a chamada “Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio”³ a imprensa nacional noticiou, com grande alarde, o julgamento realizado perante a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. Na oportunidade, levou-se a estrutura do tribunal do júri para apreciar um episódio envolvendo três índios da Etnia Macuxi, fato acontecido no Município de Uiramutã/RR.

A novidade foi a circunstância de o júri ter sido formado exclusivamente com índios da própria reserva. Todavia, todo o procedimento obedeceu ao previsto na legislação processual, com o tribunal do júri presidido por um juiz de direito.

Nada além disso.

Como veremos no curso deste artigo, havia a possibilidade de ir além, com base na transjudicialização.

Pretende-se abordar nesse artigo a formação dos estados nacionais para compreender o que isso representa para as comunidades isoladas da Amazônia. Em seguida, será abordado o tratamento que é dado aos indígenas que praticam condutas criminais e a importância de um novo pensamento na aplicação do Direito, com a transjudicialização e a possibilidade de aplicação de decisões de cortes estrangeiras, que estejam baseadas em valores universais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, sem deixar de levar em consideração, ainda, os saberes locais dessas comunidades.

A relevância do estudo deste tema reside no fato de que a globalização rompeu as fronteiras econômicas e socioculturais, impondo uma nova reflexão sobre o papel do Direito, onde emergem novas formas de aplicação da justiça, e a transjudicialização é um desses fenômenos que vem ganhando importância na atualidade. O método de estudo é o bibliográfico, consistente na análise de doutrina sobre Teoria do Estado, Direito Ambiental e Direito Constitucional. O tratamento da matéria será realizado pelos métodos dedutivo e argumentativo.

3 COSTA, Emily. Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio. Reportagem do site **g1.globo.com**, publicada em 24/04/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>; acesso em fevereiro/2017.

2 A DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS PELOS ESTADOS NACIONAIS.

O homem é um ser social. Aristóteles (384-322 a.C), em sua obra *A Política* já reconhecia a sociabilidade como uma propriedade essencial do homem. Essa é uma constatação inafastável e, descartando algumas excepcionalidades, até mesmo com motivação patológica, emerge a necessidade de estar em grupo.

Inicialmente esta necessidade se justificava pela sobrevivência já que a agressão de animais ou até de mesmos outros grupamentos eram bastante comuns. Nessa época, a formação do grupo se fundava em vínculo de proximidade, normalmente consanguíneos.

O avanço da história na civilização trouxe-nos até a formação de grupos mais numerosos que extrapolavam os vínculos familiares. A religião teve um importante papel nessa formação. Conforme Coulanges⁴, na Grécia antiga (entre 1500 – 338 a.C.), a religião doméstica proibia a união de duas famílias, mas era possível que várias famílias se unissem, sem sacrificar sua religião particular, para a celebração de outro culto de um antepassado em comum. Assim, surgiram alguns grupos, que no grego foram chamados de “*fratria*” e, no latim, “*cúria*”. A sociedade cresceu e muitas cúrias formaram as tribos, que depois formaram as cidades.

A partir do momento que os grupos ficam maiores, com agregação de pessoas estranhas à consanguinidade, o amálgama que mantém a reunião entre os membros também fica complexo. Na busca de fundamentos para justificar a proximidade entre os membros, além da religião, encontram-se a identidade de língua, identidade de costumes e proximidade espacial, que passam a ser componentes essenciais para ver-se reconhecido e integrante de um grupamento social.

Após um longo período histórico, chega-se, então, à formação dos Estados Nacionais. De acordo com Bobbio⁵, a palavra “Estado” foi difundida pelo prestígio do Príncipe, obra de Maquiavel, na qual afirma que “todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados”⁶ e após esclarecer o que se entende por república e principado, fala do modo de governar as cidades e as atitudes que os governantes devem ter para serem bem-sucedidos.

Mas é o próprio Bobbio quem esclarece que o nascimento do Estado, entendido como ordenamento político de uma coletividade, decorre da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares, em razão da necessidade de sobrevivência interna (o sustento) e externa (a defesa)⁷.

Os fundamentos que justificaram a construção de uma noção de nação, não se verificaram de

⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma; tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: REMUS, 1975, p. 101.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**; tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 65.

⁶ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**; tradução de Pietro Nasseti – São Paulo: Martins Claret, 2004, Cap. I.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**, p. 73.

forma semelhante entre os primeiros Estados formados. Como esclarece José Afonso da Silva⁸, houve, por largos séculos, uma organização meramente social, sem que se pudesse vislumbrar nela o poder político, fenômeno cultural caracterizador das sociedades politicamente organizadas, e a civilização humana teria passado por três estágios: o do selvagerismo, o da barbárie e o civilizado.

Miguel Reale⁹ em sua teoria tridimensional sustenta que em todo Estado há sempre três elementos conjugados ou co-implicados, nenhum deles podendo ser compreendido plenamente sem os outros dois: o *fato* de existir uma relação permanente e de Poder, com uma discriminação entre governantes e governados; um *valor* ou um complexo de *valores*, em virtude do qual o Poder se exerce; e um complexo de *normas* que expressa a mediação do Poder na atualização dos valores de convivência. E embora cada um desses aspectos possa ser identificado individualmente, somente a unidade desses três fatores é suficiente para caracterizar o Estado.

Chevallier¹⁰, por sua vez, afirma que no Estado moderno o indivíduo é colocado no centro da organização social e política, tornando-se referência suprema, tanto na esfera particular quanto pública. Em seguida, apresenta as características desse novo modelo estatal:

Assim, características essenciais do modelo estatal são a tradução dos valores subjacentes à modernidade: a *institucionalização do poder*, quer dizer, a inscrição das relações de dominação política num quadro geral e impessoal; a produção de um *novo quadro de submissão*, a “cidadania” sendo concebida como uma ligação excludente, incompatível com a existência de submissões paralelas ou concorrentes; o estabelecimento do *monopólio da força*, o Estado sendo entendido, dentro das “fronteiras” delimitantes do campo de sua “soberania”, a única fonte do direito e a única habilitada a fazer uso dos meios de coerção; a consagração de um *princípio fundamental de unidade*, unidade de valores resultante da pertinência a uma esfera pública posta como distinta do resto da sociedade, unidade do direito estatal, apresentando-se como uma totalidade coerente, uma “ordem” estruturada, unidade do aparelho encarregado de colocar em operação o poderio do Estado.

A evolução da ideia de Estado também revela a importância que se deu, ao longo do tempo, aos seus elementos. Dantas¹¹ esclarece que a *polis* grega e a *civitas* romana acentuavam a importância do elemento humano, enquanto no sistema feudal a importância recaiu sobre o território, o que explica as lutas para a conquista de espaço geográfico, além da produção e acumulação de riquezas.

A história confirma que muitas dessas aquisições se deram à custa da exploração dos povos mais frágeis. A colonização espanhola, no século XVI, pode ser um desses exemplos. Em 1531 o México foi devastado e a população asteca praticamente dizimada. Nessa mesma época, o império Inca, no Peru, também foi fonte de exploração, tanto dos indígenas quanto das riquezas, principalmente através da extração de metais preciosos. Ao final do século XVI a Espanha já havia tomado posse de grande parte de sua colônia americana, o mesmo ocorrendo com Portugal em relação

⁸ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional** – São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51.

⁹ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 374-375.

¹⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 14-15.

¹¹ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104.

à colonização do Brasil. A colonização inglesa e francesa na África também se deu da mesma forma.

Especificamente no caso brasileiro, Sarmiento faz uma constatação enfocando a agressão sobre a população original:

Os povos tradicionais sujeitaram-se, em geral, a graves injustiças em sua trajetória, às quais pode ser em parte debitada a situação de exclusão em que se encontram no presente, não só do ponto de vista de inferioridade socioeconômica, como também na perspectiva de subordinação cultural. Veja-se o caso dos ossos povos indígenas. Os índios brasileiros foram, ao longo do tempo, dizimados pela violência dos brancos e pelas doenças que estes trouxeram, expulsos da maior parte das suas terras, expostos a práticas etnocidas, de invisibilização e assimilação forçada. É necessário reajustar para bases mais equitativas as relações entre os povos indígenas e os “brancos” e não há como fazê-lo ignorando o passado de tamanha injustiça intergrupais. Esse reequilíbrio das relações intergrupais não envolve apenas redistribuição, mas também reconhecimento, pois as injustiças históricas deixaram profundas cicatrizes no universo simbólico-cultural. Argumento similar pode ser formulado para outras comunidades tradicionais, como os quilombolas brasileiros, cuja identidade étnico-cultural foi forjada na resistência à opressão racial¹².

O que se constata, objetivamente, é a constituição de unidades territoriais centralizadas, construção normalmente motivada pela busca de poder e riqueza pelas comunidades mais fortes, através de guerras com outros povos e territórios. Os territórios e povos explorados, como forma de defesa, e até mesmo por imposição das nações exploradoras, também se viram compelidos a formarem estados-nações nem sempre com a necessária identificação entre os povos componentes daquele grupamento formado.

A dominação de novo território correspondia à formação de uma nova unidade, na condição de colônia que, mais à frente, acabava se desvinculando do invasor, formando um novo Estado nacional, agora já com a cultura do país dominante adotado pelo costume local, seja na sua língua, religião, pouco deixando dos povos originais.

Mas é a partir do surgimento do Estado que seus elementos – território, população e poder político soberano – ficam no mesmo plano.

De qualquer sorte, no atual estágio da civilização, já não se vislumbra território que não pertença a uma nação.

3 O TRATAMENTO DOS INDÍGENAS DA AMAZÔNIA NAS CONDUTAS CRIMINAIS

A limitação das fronteiras pelos Estados nacionais ocorreu à revelia de grupamentos que não a reconhecem, como é o caso de grupos isolados que circulam livremente por todo o território amazônico, que sequer tem conhecimento de limitações estabelecidas.

Ainda assim, as condutas desses povos isolados acabam por ser avaliadas por um direito e

¹² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, 1ª edição, 1ª reimpressão. - Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 279-280.

organismos que eles desconhecem, sem levar em consideração as normas de caráter punitivo da própria comunidade, o que se revela indevido, conforme se verá no decorrer deste artigo.

Interessa anotar que na imensidão da Floresta Amazônica existe um expressivo número de povos isolados que, por sua natureza nômade circulam pela região que se estende pelo território de vários países como Brasil, Peru, Bolívia, Equador, Venezuela, Guiana, Guiana Francesa e Suriname.

O trabalho que pretende destacar a vida dos povos isolados no Brasil e Bolívia¹³ aponta que os agrupamentos isolados são uma realidade nos países que integram a Bacia Amazônica, do qual se inclui o Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela. O estudo em questão informa que existem pelo menos 30 povos isolados no território brasileiro.

Para não ficar apenas na teoria, uma reportagem da BBC Brasil trouxe em Dez/2016 uma chamada que destacava “Fotógrafo faz registro raro de tribo isolada em floresta no Acre”¹⁴. Segundo a reportagem¹⁵, trata-se de um grupamento de aproximadamente 300 pessoas, que recebeu a denominação de “Índios do Maitá”. Como os povos destacados existem outros grupos que vivem na região sem contato com as sociedades nacionais, alguns sequer identificados.

Característica comum de alguns desses povos isolados é a vida nômade, deslocando-se por territórios em busca de alimentos e em conformidade com as mudanças climáticas.

Descrevendo a vida do que denominou ser um dos últimos grupos nômades das Américas, Pessoa¹⁶, descreve como era a vida dos Awá-Guajás:

São homens que ainda vivem como há muitos milhares de anos: não conhecem a agricultura, caçam com arco e flecha, amamentam e criam os filhotes de animais como se fossem seus filhos e preferem andar nus, circulando pela mata sem moradia fixa em aldeias.

Vivendo em deslocamento não é difícil imaginar que transitam no território de vários países, posto não conhecerem as limitações acordadas pelas sociedades que lhes são exteriores e, na visão destas, mais organizadas.

Diante da soberania que possibilita a cada Estado-nacional determinar sua legislação, um questionamento que pode surgir diz respeito ao cometimento de ilícitos penais praticados na fronteira desses Estados, sem que seja possível especificar com clareza o local em que o crime aconteceu a fim de se precisar qual o direito a ser aplicado.

O estudo que aborda as “Políticas de proteção aos povos indígenas isolados no Brasil e na

13 COMEGNA, Maria Angela. **Políticas de proteção aos povos indígenas isolados no Brasil e na Bolívia**. Disponível em <http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/89.htm>; acesso em abril/2017.

14 **BBC Brasil**. Fotógrafo faz registro raro de tribo isolada em floresta no Acre. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38399604>; acesso em fevereiro/2017;

15 **Notícias UOL**. Conheça povos, tribos e lugares isolados no mundo. Disponível em: <https://noticias.bol.uol.com.br/fotos/entretenimento/2016/05/21/conheca-povos-tribos-e-lugares-isolados-no-mundo.htm?fotoNav=83#fotoNav=86>; acesso em fevereiro/2017.

16 **PESSOA**, André. **Filhos da Floresta**. Disponível em <http://rollingstone.uol.com.br/edicao/54/filhos-da-floresta#imagem0>; acesso em abril/2017.

Bolívia”¹⁷ aponta os vários dispositivos supranacionais que visam a proteção dos povos isolados, relacionando-os.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho – (OIT) – das Nações Unidas (1989);
Convenção sobre Diversidade Biológica (1992);
Convenção sobre Prevenção e Sanção do Genocídio (1948);
Declaração Universal sobre Diversidade Cultural da UNESCO (2001);
Convenção de Paris sobre Proteção do Patrimônio Intangível (2003);
Recomendação 3056 sobre Povos Indígenas que vivem em Isolamento Voluntário na Região Amazônica e do Chaco da União Mundial pela Natureza (2004);
Chamamento do Seminário Regional de Santa Cruz de La Sierra sobre Povos Indígenas em Isolamento e em Contato Inicial da Amazônia e do Gran Chaco (2006)

Todavia, no que se refere ao cometimento de crimes, existe uma concreta possibilidade de os indígenas terem tratamento diferenciado, em conformidade com o território onde o fato ocorrer, pois cada país tem soberania para impor suas regras, algumas vezes até desrespeitando preceitos universais.

Em relação ao Brasil, a legislação penal atual não é suficientemente clara, havendo uma tendência para se reconhecer a imputabilidade em conformidade com a compreensão da ilicitude do fato, circunstância a ser apreciada concretamente.

Nesse sentido, Santos Filho¹⁸ afirma que o art. 231 da Constituição veicula o direito à alteridade, o princípio do respeito à diversidade étnica e cultural dos índios:

Disso resulta inválida qualquer conclusão fundada em premissa relacionada ao grau de integração do índio aos padrões de cultura e de comportamento da sociedade não indígena para apuração da imputabilidade. Para a aferição da imputabilidade penal dos indígenas não importa se o índio mantém contato perene ou esporádico com membros da cultura preponderante, é necessário apenas aferir se o índio possuía ao tempo do fato, de acordo com a sua cultura e seus costumes, condições de entender o caráter ilícito previsto da lei posta pelos não-índios. Caso apurada a imputabilidade do índio, emergirá impositiva a observância das disposições constantes do art. 6 e parágrafo único do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), onde estabelecida hipótese de necessária atenuação da pena, e que as penas de reclusão e de detenção deverão ser cumpridas em regime especial de semiliberdade, na sede da FUNAI mais próxima da habitação do condenado. Vale consignar, para análise da imputabilidade penal dos índios é necessário tão-somente perquirir se de acordo com a sua cultura e seus costumes o indígena tinha condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente.

Analisando o comportamento das autoridades judiciais na Colômbia, Calvache¹⁹ também aponta a incompatibilidade denunciada:

17 COMEGNA, Maria Angela. **Políticas de proteção aos povos indígenas isolados no Brasil e na Bolívia.**

18 SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Índios e a imputabilidade penal.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8924/indios-e-imputabilidade-penal>. Acesso no dia 20/03/2017

19 CALVACHE, Juan Carlos Quintero. El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica. Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 11, No. 1 2011-1 pp. 75-103 ISSN 1657-3978 p. 79

Ahora, si la actitud del funcionario judicial en el tratamiento del asunto desconoce la aplicación de la norma internacional, se ponen em evidencia los abusos de poder por omisión del sistema judicial colombiano con relación a los procesos criminales que se siguen contra miembros de comunidades indígenas (García, 2006: 158), no obstante que, precisando el caso, los crímenes se hayan cometido por fuera del territorio y contra miembros de sus propios pueblos.

E essa preocupação não é desarrazoada.

Moreira²⁰ destaca a parte da doutrina dos Estados Nacionais que, embora reconheçam a existência do fenômeno da internacionalização dos Direitos Humanos e do conseqüente fortalecimento do Direito Internacional, resistem em aceitar uma norma que não foi construída alicerçada em sua soberania:

Inicialmente, alegam que essa evolução não afeta substancialmente a primazia dos Estados nacionais, que continuam dispondo de um poder de coerção invencível no interior do respectivo país. Dessa forma, o Estado permanece a principal força protetora dos Direitos Humanos, que encontram respaldo constitucional positivo, transformando-se em direitos fundamentais, ou seja, normas jurídicas supremas dentro do Estado que vinculam todas as autoridades constituídas.

É bem verdade que existe todo um mecanismo de pressão internacional para tentar limitar o Poder Estatal que pretender estabelecer regras diferentes das universais, mas ao adentrarmos nos fatos concretos, vislumbramos a possibilidade de agressões ao direito das comunidades mais frágeis.

Todavia, a questão não se encerra nesta avaliação.

É importante reconhecer que organismos internacionais também exercem pressões para universalização de comportamentos, visando objetivos nem sempre nobres, normalmente justificados por conjuntura econômica. Em outras palavras, ao mesmo tempo que se pressiona o Estado nacional à obediência a preceitos universais também se força à universalização de comportamentos, agora com objetivos econômicos.

Santos²¹ ressalta o enfraquecimento dos Estados nacionais como parte da estratégia da globalização:

Fala-se, também, de uma humanidade desterritorializada, uma de suas características sendo o desfalecimento das fronteiras como imperativo da globalização, e a essa ideia dever-se-ia uma outra: a da existência, já agora, de uma cidadania universal. De fato, as fronteiras mudaram de significação, mas nunca estiveram tão vivas, na medida em que o próprio exercício das atividades globalizadas não prescinde de uma ação governamental capaz de torná-las efetivas dentro do território. A humanidade desterritorializada é apenas um mito. Por outro lado, o exercício da cidadania, mesmo se avança a noção de moralidade

20 MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição brasileira – Natal, RN: EDUFRN, 2015. Originalmente apresentado como dissertação do autor (mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Norte). p. 26

21 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Editora Record. Rio de Janeiro, 2003, p. 21

internacional, é, ainda, um fato que depende da presença e da ação dos Estados nacionais.

O mesmo pensamento é compartilhado por Warat²², quando faz uma analogia da globalização com a construção da Torre de Babel, na sua tentativa de unificar os processos tornando-os universais, mas sempre com o desiderato de perpetuação no poder.

Continuando com meus devaneios afirmarei que: hoje ressurgem uma pretensão bastante parecida à da Torre de Babel originária chamada globalização. Seria a terceira tentativa de construção da Torre. Para esse sonho neoliberal caberia a mesma metáfora bíblica, com uma diferença. Tudo parece indicar que esta terceira expectativa pode ter êxito e os donos do poder podem tocar o céu com as mãos, e ainda ocupar o lugar de Deus. Atingir o infinito do poder. Os representantes visíveis do Império tentam a construção da terceira Torre de Babel para retirar-se de cima, para sempre, as possibilidades da diferença. É uma torre que tem consciência (seus construtores), que o êxito da empresa depende da possibilidade de contar com um pensamento único, um estado de ânimo uniforme e um universalismo de conceitos. Os senhores visíveis do Império sabem que para que este conserve seu poder têm que construir a Torre de pensamento único, globalizar as ideias, que é a última versão do universalismo, a nova forma de assegurar a continuidade da razão abstrata. A terceira torre de Babel representa o desejo do poder de se perpetuar eternamente, é a torre que pretende construir rumo ao infinito do céu a eternidade do poder, a eterna perpetuação do mesmo e com as mesmas caras e as mesmas pretensões.

Neste cenário as regras de mercado extrapolam as fronteiras nacionais, recebendo um tratamento acima do conceito de soberania nacional, transnacional, portanto, e decorrente direto do fenômeno da globalização.

Chevallier²³ sustenta que a internacionalização não teve apenas uma dimensão econômica e em razão do desenvolvimento dos meios de comunicação e de troca, assistiu-se a uma homogeneização progressiva dos estilos de vida, dos modelos de consumo, dos padrões culturais e a imposição progressiva do modelo cultural americano no mundo ocidental.

Por outro lado, a internacionalização se traduziu também pela difusão de certos valores: a adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, completada em 1966 pelos dois Pactos, relativos um aos direitos civis e político e o outro aos direitos econômicos e sociais – Pactos completados por convenções particulares e instrumentos regionais – marca uma virada quanto a isso; trata-se da primeira tentativa de construção de uma base de valores comuns para além das diversidades dos regimes políticos.

Reconhecendo o contexto atual, Cruz e Bodnar²⁴, apontam a necessidade de um pensamento jurídico também transnacional com “flexibilização progressiva” do paradigma moderno em favor da “ascensão de uma consciência cosmopolita para orientar o direito, necessária devido ao caráter transnacional dos desafios da pós-modernidade e à importância da articulação dela decorrente”:

Durante toda a época moderna prevaleceu apenas um conceito de justiça destinada a manter

22 WARAT, Luiz Alberto. **A Rua Grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

23 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**, p. 33.

24 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]; participação especial Gabriel Real Ferrer. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012

a estrutura liberal capitalista, com suas vertentes puramente liberais relativizadas com os modelos de bem-estar e atualmente aquelas afeitas ao neoliberalismo. O que se está considerando é exatamente a diversidade jurídica. Povos e países de várias partes do mundo estão carentes de justiça em suas formas mais rudimentares. Essa necessidade de justiça, na esteira do que escreve Gustavo Zagrebelski, significa que há exigências por justiça que transcendem o estado nacional.

No mesmo sentido, ressaltando que o fenômeno da globalização revela a fragilidade dos Estados Nacionais, em sua compreensão tradicional, para resolver desafios que emergiram depois de sua criação, Vieira²⁵, aponta a transnacionalização como um novo componente para enfrentar a dura realidade.

A transnacionalização nasce no contexto da globalização, portanto não são fenômenos diferentes. A globalização tem natureza econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento dos Estados-nacionais e pela emergência de novos focos de poder transnacional, apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transporte. A globalização é fenômeno envolvente e a transnacionalidade é fenômeno reflexivo porque cria uma terceira dimensão social, política e jurídica que vai além do espaço nacional, mas é diferente do espaço internacional.

Além do surgimento desses novos direitos avindos da transnacionalização de produtos, serviços e estilos de vida que tentam padronizar culturas, Leff²⁶ sustenta que com o processo de globalização os saberes indígenas converteram-se em fonte de riqueza no processo de “capitalização da biodiversidade e não só de conhecimento de uma cultura sobre seu meio”, de modo que os usos culturais das plantas não são só discutidos pelas etnociências, mas são exigidos pelo mercado. Assim, esses saberes indígenas são cautelosamente observados pelas empresas de biotecnologia para serem apropriados, por meios legais e mediante estratégias de pesquisa e desenvolvimento tecnológico.

Assim, o reconhecimento da transnacionalização não apenas das regras econômicas, mas também do direito, implementando normas universais que se sobreponham a qualquer sistema jurídico interno, é uma medida não somente necessária, mas imprescindível para uma resposta justa.

Ao largo disso, também se deve reconhecer e valorizar os saberes apropriados, dando-se prestígio a quem o produziu e não apenas a quem o propaga.

Leff afirma que a apropriação dos saberes indígenas com a “mestiçagem” das tecnologias modernas, leva a uma “hibridação” do conhecimento moderno com o saber tradicional, e isso exige o respeito às identidades étnicas e aos sentidos culturais que os saberes indígenas imprimem na natureza, num processo de “reapropriação de seu patrimônio natural e cultural das comunidades”²⁷. Dentre os saberes, denomina como empíricos das comunidades tradicionais aqueles sobre os quais as

25 VIEIRA, Patrícia Elias. Estado contemporâneo e sociedade: há possibilidade do direito contratual solidário? **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo**, n. 20/2014. Disponível em <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/viewFile/22/18>. acesso em 22/05/2017

26 LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**, tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth, 11ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 263.

27 LEFF, Enrique. **Saber ambiental**, p. 263-264.

próprias comunidades “não sabem”, como se fossem extensões de seus aparelhos biogenéticos e culturais e que expressam diversas formas de “autoconsciência”. Estes incluem conhecimentos e técnicas indígenas, mitos e rituais, comportamentos e práticas que respondem a uma função adaptativa ao meio e reguladora da reprodução cultural, representando o *habitat*, o lugar onde se constrói e define a territorialidade de uma cultura, a espacialidade de uma sociedade e de uma civilização, onde se constituem os sujeitos sociais que projetam o espaço geográfico apropriando-se dele, habitando-o com suas significações e práticas, com seus sentidos e sensibilidades, com seus gostos e prazeres²⁸.

Nessa perspectiva, propõe a reapropriação cultural dos saberes:

A reapropriação cultural da natureza no contexto da globalização, das lutas de emancipação das populações indígenas, da complexidade ambiental na qual se inscrevem, implica a questão da volta ao ser desses povos e de seus direitos culturais e de suas estratégias de poder para voltar a ser, para chegar a ser o que são. O ser humano não é um ser genérico; não é apenas um ser para a morte ou um ser diante da finitude da existência, como pensara Heidegger. *O ser humano é um ser diferenciado pela cultura*; cada ser cultural é um ser humano, mas um ser humano diferente²⁹.

Milton Santos, por sua vez, estabelece a necessidade de se considerar as relações subjetivas, partindo do pressuposto de que uma dada situação não pode ser plenamente apreendida se, “a pretexto de contemplarmos sua objetividade, deixamos de considerar as relações intersubjetivas que a caracterizam”:

G. Berger já nos lembrava de que “o caráter humano do tempo da ação é inter-subjetivo”. E Bakhtin, mais perto de nós, afirma que a arquitetura concreta do mundo atual dos atos realizados tem três momentos básicos: o Eu-para-mi mesmo; o outro-para-mim; o Eu-para-o outro. É desse modo que se constroem e refazem os valores, através de um processo incessante de interação³⁰.

Appadurai³¹ sugere que sejam consideradas culturais apenas as diferenças que exprimem, ou servem de fundamento, à mobilização de identidades de grupo. Sugere, assim, uma abordagem “adjectiva da cultura que reforça as suas dimensões contextual, heurística e comparativa e nos orienta para a ideia de cultura como diferença, diferença especialmente no domínio da identidade de grupo”.

Portanto, a reapropriação dos saberes locais proposta por Leff, e a consideração das diferenças culturais, propostas por Milton Santos e Appadurai, deve levar ao reconhecimento que práticas culturais de sociedades tradicionais devem ser levadas em consideração na esfera de punibilidade de seus membros.

Pode-se pensar, em princípio, em um paradoxo, na medida em que se defende o direito à

²⁸ LEFF, Enrique. **Saber ambiental**, p. 266 e 283-284.

²⁹ LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**; tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010, p. 93.

³⁰ SANTOS, Milton. **A natureza do espaço. Técnica e Tempo. Razão e Emoção**, 4ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006, p. 214.

³¹ APPADURAI, Arjun. **Dimensões culturais da globalização: a modernidade sem peia**; tradução de Telma Costa. – Lisboa: Editorial Teorema, 2004, p. 27.

igualdade e, ao mesmo tempo, o direito à diferenciação. No entanto, essa contrariedade se desfaz quando se leva em consideração que o direito à igualdade não equivale ao tratamento igual de todas as pessoas, mas sim, como diz Sarmiento³², ao respeito de cada um *como um igual*. “E tratar pessoas como iguais implica reconhecer e respeitar suas diferenças identitárias, que muitas vezes demandam proteções jurídicas diferenciadas”.

O princípio de igualdade é um dos componentes de outro princípio que tem sido considerado de grande importância no ordenamento jurídico mundial: o princípio da dignidade da pessoa humana. Sarmiento³³ afirma que esse princípio é composto de cinco elementos:

O valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros, ou de metas coletivas; a *igualdade*, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a *autonomia*, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o *mínimo existencial*, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o *reconhecimento*, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas.

Mas ressalta, no entanto, que como a igualdade já é contemplada constitucionalmente, não lhe parece metodologicamente adequado apresentá-la como apenas mais um elemento básico da dignidade humana. Assim, ele propõe a retirada da igualdade dos componentes acima, permanecendo apenas quatro elementos, que devem ser analisados de forma complementar, pois todos convergem para a proteção integral da pessoa:

A dignidade da pessoa humana envolve o reconhecimento do direito à autonomia das pessoas. A autonomia consiste no direito de os indivíduos fazerem as suas escolhas de vida e de agirem de acordo com elas (autonomia privada), bem como participarem da formação da vontade coletiva de sua comunidade política (autonomia pública). A premissa básica, em ambos os casos, é a de que as pessoas devem ser tratadas como agentes, capazes de tomar decisões e com o direito de fazê-lo³⁴.

Portanto, além do direito posto, forçoso também reconhecer como válido o costume estabelecido no seio da comunidade, ainda que diverso dos grupos dominantes.

4 O TRANSJUDICIALISMO COMO OPÇÃO DO JUSTO

Com as mudanças implementadas a partir da globalização, o reconhecimento da existência e validade de regras transnacionais, ainda que em clara afronta ao direito interno, também o direito de punir do Estado reclama uma atualização.

No sistema brasileiro atual, para a imputação é suficiente a mera adequação formal da norma à conduta do agente. Em outras palavras, em regra, se o fato for típico, antijurídico e culpável, a

³² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 269.

³³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 92.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 93.

imposição de pena é medida de direito.

Todavia, fazendo uma avaliação do que é justo, deve-se exigir que o julgador vá além, buscando analisar até que ponto a Jurisdição criminal deve ser instada.

O juiz com competência criminal é parte do Estado e não pode vê-lo como uma ameaça. Todavia, deve se enxergar como um protetor do cidadão ante a força descomunal do Estado. Embevecido pela presunção de inocência, deve acompanhar a imputação como injusta até quando for convencido do contrário.

Falando sobre o magistrado idealista, compromissado com a mudança do mundo para melhor, Bodnar e Cruz³⁵, sustentam que o julgador deve afastar-se da generalização imposta pela norma. Nesse sentido, argumentam:

Assim cabe aos magistrados, enquanto peças chaves para o aprimoramento da democracia, protagonizar em cada ato a transformação da sociedade, cada vez mais plural e diversificada no novo milênio. O magistrado idealista precisa acreditar que pode contribuir na mudança do mundo para melhor, abandonar a ética egoísta e disseminar ética solidária e ambientalmente adequada.

Nesse panorama, emerge a transjudicialização, qual seja, a busca de soluções mais justas aplicáveis em outros sistemas, como uma ferramenta na busca do equilíbrio, permitindo que se busque soluções jurídicas além do direito posto nacionalmente.

Lupi³⁶ sustenta que o termo “transjudicialismo” é ainda pouco frequente na doutrina brasileira, e teria surgido nos Estados Unidos, em artigo de Anne-Marie Slaughter sobre as possibilidades de comunicação entre cortes de sistemas jurídicos diferentes.

Sobre esse surgimento, Benvinisti³⁷ esclarece que as cortes concordaram em aplicar direito internacional inclusive em questões que não dizem respeito a assuntos externos. Assim, como exemplo, o direito internacional dos direitos humanos tornou-se particularmente influente em questões tratadas no âmbito interno dos tribunais, de modo que a referência nacional às decisões de outros tribunais provou ser um instrumento altamente eficaz no que ele denominou “fertilização cruzada” (*cross-fertilization*).

Para Benvinisti, Anne- Marie Slaughter sugeriu que "as cortes podem muito bem sentir um vínculo comum particular no julgamento de casos de direitos humanos [...] porque tais casos envolvem uma função judicial essencial em muitos países ao redor do mundo". E além dos

35 BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da Jurisdição Ambiental. SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati e ROBL FILHO, Ilton Norberto. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Itajaí: Ed. da Univali, 2016. p. 239

36 LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 4. N. 3, 2009.

37 BENVINISTI, Eyal. **Reclaiming Democracy**: the strategic uses of foreign and international law by National Courts. *American Journal of International Law*, vol. 102, n. 2, p. 241-274, April 2008.

julgamentos sobre direitos humanos outras questões têm sido analisadas por juízes que se dispõem a esse diálogo “interjudicial”, como litígios civis transnacionais que não levantam aspectos que os governos geralmente consideram sensíveis, responsabilidade de empresas aéreas, e questões de jurisdição sobre provedores de serviços de internet, invocando “cortesia interjudicial” (*interjudicial comity*).

Allard³⁸ confirma que nos últimos anos tem-se assistido iniciativas de juízes em consultar decisões judiciais estrangeiras, quando não há nada que os obrigue a isso, “ou elaboram uma espécie de costume judicial para colmatar os silêncios do direito positivo”, e geralmente isso ocorre em processos considerados muito difíceis, ou *hard cases*. Denomina isso de “comércio entre juízes”, mas exige-se que a confiança gerada pela metáfora do comércio, seja conquistada ou “inspirada”, já que não se institui por decreto:

A mundialização da justiça funciona, por conseguinte, como um princípio de estabelecimento de relações no termo do qual nenhum tribunal poderá permanecer indiferente aos seus homólogos, sem que, para tal, intervenham quaisquer vínculos ou instâncias físicas de coordenação, normalmente considerados aos critérios de juridicidade. As relações assim induzidas não têm nada a ver com um sistema: não é necessário organizar ou ordenar estas ligações, que, nesse caso, perderiam indubitavelmente muito da sua força e flexibilidade inerentes. Não se espera que os juízes e os tribunais sejam, como se verifica num sistema, os agentes passivos de uma ordem jurídica, mas sim, pelo contrário, os intervenientes activos num comércio em constante evolução³⁹.

Interessante e inovadora foi a solução apresentada no caso que envolveu o indígena Denilson Trindade Douglas, fato apreciado pelo juiz Aluizio Ferreira Vieira, cuja solução, aparentemente, deixou de observar as regras dispostas no sistema jurídico processual brasileiro. Todavia, uma avaliação mais profunda permitirá avaliar que a solução encontrou base na Carta Constitucional.

No caso⁴⁰, o juiz deixou de receber a denúncia por considerar ausente o direito de punir do Estado, em face do julgamento realizado pela comunidade indígena. O fato teria ocorrido em 20/06/2009, na comunidade indígena do Manoá, no Município de Bonfim, Estado de Roraima: o índio Denilson, após ingerir bebida alcoólica, desferiu facadas na vítima, outro índio, de nome Alanderson, seu irmão, ocasionando-lhe a morte. Após o ocorrido, reuniram-se Tuxauas e os membros do conselho da comunidade indígena do Manoá, no dia 26/06/2009, e após oitiva do acusado, de seus pais e de outras pessoas, concluíram pela imposição de várias sanções, dentre as quais uma casa para a esposa da vítima, além da proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos Tuxauas.

Contudo, no dia 6 de abril do ano corrente, reuniram-se novamente as lideranças indígenas, Tuxauas de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá, Wai Wai, e servidores da Funai, estes últimos apenas presenciaram a reunião com o fito de “...de apoiar na orientação no decorrer do procedimento, porém a decisão será das lideranças indígenas de ambas as

³⁸ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**; tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 19, 23 e 28.

³⁹ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**, p. 35-36.

⁴⁰ Sentença disponível no site <http://blogsemjuizo.com.br/indio-punido-pela-comunidade-ausencia/>. Acesso em 20/03/2017

regiões...” (fl. 185). Após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON as seguintes penalidades, conforme consta na ata de fls. 185/187: 1. “*O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento; 2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai; 3. Participar de trabalho comunitário; 4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade; 5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua; 6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua; 7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua; 8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai. 9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão.*”

A sentença foi objeto de apelação pelo Ministério Público, não sendo acolhida. Na oportunidade, o Relator reconheceu que “a hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio *non bis in idem*”.

Esse julgamento revela a possibilidade de aplicação de normas não-repressivas mesmo não estando devidamente positivadas em um determinado ordenamento jurídico. Embora um dos elementos do Estado seja o poder de soberania, que se estende, inclusive, sobre a criação de seu próprio ordenamento, a aplicação de uma norma amparada em costumes oriundos de povos tradicionais poderá ocorrer sem que haja ofensa à soberania de determinado país, considerando que os saberes locais e o princípio da dignidade humana fornecem o substrato jurídico para essa tese.

Nesse sentido, abordando o julgamento em pauta, sustentam Flores e Ribeiro⁴¹ que a cultura é o elemento que dá identidade a determinado agrupamento humano que passa a se revestir de comunidade, a qual, organizando-se sistematicamente, assume natureza de sociedade:

A cultura baseia-se em valores que padronizam o comportamento humano. O crime é um dos desvios deste comportamento, ao que a sociedade impõe um castigo, chamado de pena. Assim, crime e castigo são consequências de valores culturais, instituídos para garantir a paz social. Há, pois, valores tão variados e peculiares quanto várias são as comunidades, especialmente no vasto território brasileiro, abrigo de grande número de tribos indígenas de cultura anterior ao próprio Estado. A aplicação do sistema jurídico estatal positivado tem entrado em conflito com o sistema consuetudinário típico das comunidades indígenas.

Ao falarmos sobre direito de aplicação legislativa diferenciada a comunidades tradicionais, como o caso do indígena aqui citado, pode-se argumentar que esse direito estaria abrangido tanto pelo elemento do *valor intrínseco da pessoa*, na medida em que se possibilita que seja julgado por membros de sua própria etnia, que conhecem sua cultura e costumes, bem como pelo *reconhecimento*, com o respeito à sua identidade individual e coletiva, ambos elementos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Magalhães⁴² aduz que o compromisso do Estado é o de sempre que agir levando em

41 FLORES, Andrea. RIBEIRO, Lamartine Santos, **Crime e castigo: o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena**

42 MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos, **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

consideração o bem comum, orientado pela dignidade da pessoa humana:

O art. 1º da Constituição Federal declara quais são os fundamentos do Estado Democrático de Direito, isto é, aquilo que é o seu alicerce e, portanto, nesse momento começa a materialização do espírito constitucional que os constituintes indicaram no Preâmbulo, pois ganha sua racionalidade, estabelecendo os princípios pelos quais o Estado brasileiro se pautará no seu agir. Entre eles está o princípio da dignidade humana, o mais importante, pois constitui o núcleo de toda a ação estatal, já que o Estado tem como último escopo proporcionar o bem comum, que é a promoção da dignidade humana.

Sarmiento⁴³ assevera que a Constituição Federal brasileira não assegura um “direito ao reconhecimento”, tal como proposto pelo sociólogo canadense Charles Taylor, embora existam preceitos que revelam a preocupação com injustiças praticadas na esfera cultural, a exemplo da criminalização do racismo (art. 5º, XLII), proteção estatal às culturas indígenas e afro-brasileiras (art. 215, § 1º). Mas isso não seria um empecilho à admissão do reconhecimento intersubjetivo como categoria constitucional justamente porque o princípio da dignidade é uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. “Por isso, se o reconhecimento é essencial à integridade moral da pessoa, ele é amparado pelo referido princípio”. E afirma:

Partindo-se de uma premissa antropológica realista, sabe-se que a cultura e o grupo são indispensáveis para a personalidade dos indivíduos. Daí tem-se o melhor fundamento para a proteção das culturas e grupos – a garantia da dignidade humana das pessoas reais, encarnadas e enraizadas, que os integram. Da mesma forma que os direitos sociais não visam à proteção da “classe”, mas das pessoas humildes que compõem os extratos sociais subalternos, os direitos culturais, ligados ao reconhecimento, não têm como objetivo central a tutela da “cultura” ou do “grupo identitário”, mas a defesa da dignidade dos indivíduos que pertencem às coletividades não hegemônicas. Trata-se do que Habermas designou de “inclusão com sensibilidade para as diferenças”⁴⁴

Forçoso reconhecer que, em relação ao indígena Denilson, a solução do direito formal inevitavelmente estabeleceria uma pena de prisão e, pelo sistema atual, a criação de mais um criminoso contumaz.

No entanto, a imputação encontrada pela própria comunidade, e reconhecida válida pelo Judiciário, acabou sendo a mais justa, pois ao mesmo tempo que implementou uma sanção, evitou gastos estatais com o cárcere e, mais importante, mantendo a força de trabalho que todos devem ao Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mapa político-geográfico mundial foi redesenhado a partir das colonizações ocorridas principalmente a partir do século XVI. Fronteiras foram delimitadas à custa da exploração dos povos colonizados, e os territórios assim ocupados assimilaram a cultura do país que os dominou. No entanto, ainda existem comunidades que vivem isoladas das sociedades nacionais, a exemplo de

⁴³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 255.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 272.

alguns povos indígenas que habitam a região amazônica, que não conhecem a delimitação dessas fronteiras territoriais.

Em análise ao julgamento do caso do índio Denilson, bem como o tratamento potencialmente estabelecidos aos indígenas isolados da Amazônia, o trabalho apresenta circunstâncias concretas que permitem concluir a existência de espaço para afastamento de imputações inadequadas, ainda que o direito nacional aparentemente determine soluções outras, normalmente injustas por não levarem conta as características de vida desses povos e nem sua cultura e seus saberes.

Para tanto, basta uma visita às respostas dadas por cortes estrangeiras e, com fundamento na dignidade da pessoa humana, pressuposto da Constituição Brasileira e, portanto, orientador de todas as normas que venham a partir do art. 3º da CF, que se encontrará justificativa para utilização da decisão também dentro do nosso país sem questionamentos acerca da soberania. Portanto, a transjudicialização, com possibilidade de aplicação de normas universais e de decisões de outras cortes estrangeiras, que se apresentem consentâneas com o princípio da dignidade da pessoa humana e levem em consideração as características e os saberes dessas comunidades, é uma opção de justiça.

6 REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**; tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

APPADURAI, Arjun. **Dimensões culturais da globalização: a modernidade sem peia**; tradução de Telma Costa. – Lisboa: Editorial Teorema, 2004.

BBC Brasil. Fotógrafo faz registro raro de tribo isolada em floresta no Acre. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38399604>; acesso em fevereiro/2017;

BENVINISTI, Eyal. Reclaiming Democracy: the strategic uses of foreign and international law by National Courts. **American Journal of International Law**, vol. 102, n. 2, p. 241-274, April 2008.

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

BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da Jurisdição Ambiental. SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati e ROBL FILHO, Ilton Norberto. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Itajaí: Ed. da Univali, 2016.

CALVACHE, Juan Carlos Quintero. El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica. **Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 11, No. 1 2011-1 pp. 75-103 ISSN 1657-3978**

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**; tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMEGNA, Maria Angela. **Políticas de proteção aos povos indígenas isolados no Brasil e na**

-
- Bolívia.** Disponível em <http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/89.htm>; acesso em abril/2017.
- COSTA, Emily. Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio. Reportagem do site **g1.globo.com**, publicada em 24/04/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>; acesso em fevereiro/2017.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma; tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Remus, 1975.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012.
- DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FLORES, Andrea. RIBEIRO, Lamartine Santos. Crime e Castigo: o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena. **Revista Thesis Juris** – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.2, pp. 481-504, Mai.-Ago. 2016. Disponível em <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/462/pdf>. Acesso no dia 20/03/2017
- LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth, 11ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
- LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**; tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 4. N. 3, 2009, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, 2009.
- MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos, **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**; tradução de Pietro Nasseti – São Paulo: Martins Claret, 2004, Cap. I.
- MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal, RN: EDUFRN, 2015.
- Notícias UOL.** Conheça povos, tribos e lugares isolados no mundo. Disponível em: <https://noticias.bol.uol.com.br/fotos/entretenimento/2016/05/21/conheca-povos-tribos-e-lugares-isolados-no-mundo.htm?fotoNav=83#fotoNav=86>; acesso em fevereiro/2017.
- PESSOA, André. **Filhos da Floresta**. Disponível em <http://rollingstone.uol.com.br/edicao/54/filhos-da-floresta#imagem0>; acesso em abril/2017.
- REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2000.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Índios e a imputabilidade penal**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8924/indios-e-imputabilidade-penal>. Acesso no dia 20/03/2017
-

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

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço. Técnica e Tempo. Razão e Emoção**, 4ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, 1ª edição, 1ª reimpressão. - Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional** – São Paulo: Malheiros, 2014

VIEIRA, Patrícia Elias. Estado contemporâneo e sociedade: há possibilidade do direito contratual solidário? **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo**, n. 20/2014. Disponível em <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/viewFile/22/18>. acesso em 22/05/2017

WARAT, Luiz Alberto. **A Rua Grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.