

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS NA AMAZÔNIA**

VICTOR MELO FABRICIO DA SILVA

**O FUNDAMENTO DA AUTODETERMINAÇÃO E A TUTELA PENAL INDÍGENA
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Manaus - AM

2021

VICTOR MELO FABRICIO DA SILVA

**O FUNDAMENTO DA AUTODETERMINAÇÃO E A TUTELA PENAL INDÍGENA
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA MÔNICA NAZARÉ PICANÇO DIAS

Manaus - AM

2021

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

S586f Silva, Victor Melo Fabrício da
O fundamento da autodeterminação e a tutela penal indígena no ordenamento jurídico pátrio / Victor Melo Fabrício da Silva . 2021 120 f.: il. color; 31 cm.

Orientadora: Mônica Nazaré Picanço Dias
Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas.

1. Povos indígenas. 2. Direito indígena. 3. Jurisdição indígena. 4. Autodeterminação. I. Dias, Mônica Nazaré Picanço. II. Universidade Federal do Amazonas III. Título

VICTOR MELO FABRÍCIO DA SILVA

**O FUNDAMENTO DA AUTODETERMINAÇÃO E A TUTELA PENAL INDÍGENA
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Aprovada em 20 de julho de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a MÔNICA NAZARÉ PICANÇO DIAS
Orientadora
Universidade Federal do Amazonas

Prof. Dr. FERNANDO ANTONIO DE CARVALHO DANTAS
Universidade Federal de Goiás

Prof. Dr. ADRIANO FERNANDES FERREIRA
Universidade Federal do Amazonas

Dedico a realização do presente sonho à minha Esposa Maria Andreia e à minha Filha Ádria – as duas principais razões e inspirações de e para tudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela graça da vida.

Aos meus pais José Paulo e Marlene, e aos meus irmãos Simone e Francisco – por tudo que fizeram para que eu chegasse até aqui.

À Professora Doutora Mônica Nazaré Picanço Dias, minha orientadora, a quem tenho grande consideração, respeito e carinho e, principalmente, a quem mui respeitosamente considero como uma grande amiga – por me guiar neste caminho acadêmico digno da importância da Universidade Federal do Amazonas.

À Universidade Federal do Amazonas – pela oportunidade de ser seu aluno e fazer parte da história desta secular Instituição de Ensino, como integrante da primeira turma de Mestrado em Direito.

A todos os parentes e amigos que acompanharam esta e outras jornadas, que sempre me ajudaram e que torceram por mim e por minha família.

A agonia do Estado moderno repõe discussões fundamentais aos povos indígenas, especialmente a relação povo/Estado, porque em uma nova lógica de Estado começa a não ficar tão absurda a reivindicação de que os indígenas exerçam jurisdição sobre seu território, aqui entendido não apenas o espaço geográfico, mas a força de suas leis a todos os considerados como integrantes de povo. (SOUZA FILHO, 2018, p. 192).

RESUMO

No presente trabalho são abordados, sob uma perspectiva hodierna e descolonialista, fatos e aspectos pretéritos e atuais da temática indígena julgados relevantes para entender o tema principal ora pesquisado: o fundamento da autodeterminação e a tutela penal indígena no ordenamento jurídico pátrio. O termo “tutela indígena”, no presente trabalho, é equivalente a “jurisdição indígena” e “justiça indígena”, e pode ser entendido como o sistema jurídico baseado em usos e costumes transmitidos oralmente por séculos dentro das sociedades indígenas, sendo enfatizado na presente pesquisa o seu viés penal. A partir dessa perspectiva, buscou-se contextualizar a pesquisa sob o enfoque indígena, despertar o interesse da academia para a temática, relacionar os povos indígenas ao conceito de autodeterminação e desconstruir falácias históricas perpetuadas durante séculos, além de (re)descobrir o protagonismo indígena pretérito e atual, conferindo-lhe seu merecido lugar na história. Outrossim, utilizando-se das concepções do pluralismo jurídico e do direito comparado – por meio da análise dos ordenamentos jurídicos de países latino-americanos representantes dos movimentos, lutas e resistências de viés descolonialista –, pretendeu-se atingir o objetivo de demonstrar a existência e a validade do Direito Indígena e sua aplicação, para enfim situar a jurisdição indígena no ordenamento jurídico brasileiro. Tal abordagem se fez necessária pois desde a chegada em nosso País no século XVI, o europeu impôs seu Direito sobre os povos originários indígenas, iniciando-se, desde então, a política genocida que persiste até os dias atuais, o que vai de encontro ao contexto constitucional latino-americano atual, no qual não há que se admitir a supressão ou não efetivação de direitos constitucionalmente e internacionalmente previstos, a exemplo do exercício da jurisdição indígena própria pelos povos indígenas, sendo necessária, portanto, a implementação desse direito em nome da autodeterminação desses povos, uma vez que não há atualmente o seu reconhecimento pacífico pelo Estado brasileiro, cujos alicerces ainda se encontram arraigados no monismo jurídico de viés eurocentrista. Com a finalidade de solucionar essa problemática, procurou-se demonstrar, utilizando-se de pesquisa exploratória bibliográfica e documental por meio do raciocínio dedutivo com caráter qualitativo – dialogando com o passado por meio de uma perspectiva histórica e voltando-se aos ordenamentos jurídicos de outros países latino-americanos –, como vem ocorrendo o reconhecimento da jurisdição indígena nos países do Sul na atualidade, para ao final chegar-se às melhores soluções a serem aplicadas no Brasil em proveito dessa jurisdição e do seu exercício pelos povos indígenas – como fundamento da tão almejada autodeterminação a que todos os povos fazem jus. Pôde-se então concluir que uma possível solução para a uniformização do reconhecimento da jurisdição indígena no Brasil se inicia por meio do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas por parte da sociedade majoritária – sob uma perspectiva pluralista e igualitária, vendo o outro como o seu igual, mas com direitos diferenciados – e, a partir daí, converge para uma atuação jurisdicional contundente e profícua por parte de nossa Corte Constitucional – o Supremo Tribunal Federal –, da mesma forma que ocorre na congênere colombiana, cuja atuação, à luz de suas decisões, coloca-a na vanguarda das Cortes dos países ora estudados no que se refere à jurisdição indígena, servindo de exemplo para os demais países latino-americanos.

Palavras-chave: povos indígenas; Direito Indígena; jurisdição indígena; autodeterminação.

ABSTRACT

The present work addresses, from a modern and decolonial perspective, past and current facts and aspects of the indigenous theme deemed relevant to understand the main theme being researched: the foundation of self-determination and indigenous penal protection in the Brazilian legal system. The term "indigenous guardianship" in the present work is equivalent to "indigenous jurisdiction" and "indigenous justice", and can be understood as the legal system based on uses and customs transmitted orally for centuries within indigenous societies, is emphasized in the present research the criminal law view. From this perspective, it was sought to contextualize the research from an indigenous perspective, arouse the interest of academia in the subject, relate indigenous peoples to the concept of self-determination and deconstruct historical fallacies perpetuated over the centuries, in addition to (re)discovering the past and present indigenous protagonism, ensuring their deserved place in history. Furthermore, using the conceptions of legal pluralism and comparative law - through the analysis of the legal systems of Latin American countries representatives of the movements, struggles and resistances of a decolonial bias -, it was intended to achieve the objective of demonstrating the existence and the validity of the Indigenous Law and its application, in order to finally situate indigenous jurisdiction in the Brazilian legal system. Such an approach was necessary because, since arriving in our country in the 16th century, the Europeans imposed their Law on the native indigenous peoples, starting since then the genocidal policy that persists to the present day, which goes against the constitutional context in the current Latin American region, there is no need to admit the suppression or non-effectiveness of rights constitutionally and internationally a solution, an example of the exercise of indigenous jurisdiction by indigenous people, therefore, it is necessary to implement this right in the name of their self-determination. Since there is currently no peaceful recognition of them by the Brazilian State, relative foundations still stand out rooted in legal monism with a Eurocentrist bias. With the solution of solving this problem, it is expected to demonstrate, to use bibliographical and documentary research through the deductive method with a qualitative character – dialoguing with the past through a historical perspective and focusing on the legal systems from other Latin American countries - such as the recognition of indigenous jurisdiction in Southern countries today, in order to finally achieve the best solutions to be applied in Brazil for the benefit of this jurisdiction and its exercise by indigenous peoples - as foundation of the long-awaited self-determination to which all peoples are entitled. It can then be concluded that a possible solution for the standardization of the recognition of indigenous jurisdiction in Brazil starts with the recognition of the rights of indigenous peoples by the majority society – from a pluralist and egalitarian perspective, seeing the other as its equal, but with different rights – and, from there, it converges to a forceful and fruitful jurisdictional action on the part of our Constitutional Court – the Federal Supreme Court –, in the same way that occurs in the Colombian Court, whose performance, in light of its decisions, it places it at the forefront of the Courts of the countries studied here with regard to indigenous jurisdiction, serving as an example for other Latin American countries.

Keywords: indigenous peoples; Indigenous Law; indigenous jurisdiction; self-determination.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SIGLA OU ABREVIATURA	NOME POR EXTENSO
ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros
ABRASCO	Associação Brasileira de Saúde Coletiva
a.C.	antes de Cristo
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANAM	Asociación Nacional de Municipalidades de la República de Guatemala
A.P.	Antes do Presente
APIB	Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
art., arts.	artigo, artigos
CEJ	Centro de Estudios Judiciales (Paraguai)
CERIAJUS	Comisión Especial para la Reforma de la Administración de Justicia (Peru)
CF	Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988)
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CODISRA	Comisión Presidencial Contra la Discriminación y el Racismo Contra los Pueblos Indígenas en Guatemala
COFJ	Código Orgánico de la Funcion Judicial
CP	Código Penal
d.C.	depois de Cristo
Dec.	Decreto
EMBRAPA	Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
Exp.	Expediente
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IGHBA	Instituto Geográfico e Histórico da Bahia
ISA	Instituto Socioambiental
LOPCI	Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas
MI	Mandado de Injunção
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PUC-SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Res.	Resolução
Sent.	Sentença
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
TPI	Terra Preta de Índio
UERR	Universidade Estadual de Roraima
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL – ASPECTOS GERAIS DE ONTEM E DE HOJE	16
1.1 O “achamento” do Brasil	16
1.2 A conquista do Brasil	18
1.2.1 Os habitantes de Pindorama antes da invasão portuguesa	19
1.2.1.1 A cultura e seus aspectos conceituais e antropológicos	21
1.2.1.2 A riqueza cultural dos povos indígenas	23
1.2.1.2.1 A arte e a ocupação do território	24
1.2.1.2.2 Breves apontamentos sobre política, guerra e antropofagia	28
1.3 A autodeterminação dos Povos Indígenas	30
1.4 Da invisibilidade ao protagonismo	33
1.5 Quem é indígena hoje no Brasil?	37
1.6 Quem é “o índio” hoje no Brasil?	41
2 O DIREITO IMANENTE AOS POVOS INDÍGENAS	43
2.1 Pluralismo jurídico	44
2.2 A existência e a validade de um Direito Indígena	51
2.3 O Direito Penal Indígena e sua aplicação	54
2.3.1 Dos delitos e das penas	54
2.3.2 A jurisdição indígena	57
2.4 A culpabilidade dos indígenas no Direito estatal	61
2.5 O lugar da jurisdição indígena	64
3 A JURISDIÇÃO INDÍGENA NA AMÉRICA LATINA	66
3.1 Breves apontamentos sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano	66
3.2 Os ciclos do Constitucionalismo Pluralista na América Latina	67
3.3 O reconhecimento da jurisdição indígena na América Latina	68
3.3.1 Guatemala	68
3.3.2 Nicarágua	72
3.3.3 Colômbia	74
3.3.4 México	76
3.3.5 Paraguai	79
3.3.6 Peru	81
3.3.7 Argentina	84
3.3.8 Venezuela	86
3.3.9 Bolívia	89
3.3.10 Equador	92
3.3.11 Brasil	95
3.4 Entre a lei e a jurisprudência: o que é mais promissor para a jurisdição indígena na América Latina e no Brasil?	98
Tabela 1 - Quadro síntese da jurisdição indígena na América Latina	102
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	109

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe ressaltar que o presente trabalho buscará, utilizando o procedimento de viés histórico, abordar alguns aspectos da temática indígena julgados relevantes para entender o tema principal ora pesquisado: o fundamento da autodeterminação e a tutela penal indígena no ordenamento jurídico pátrio. Outrossim, o termo “tutela indígena”, no presente trabalho, é equivalente a “jurisdição indígena” e “justiça indígena”, e pode ser entendido como o sistema jurídico baseado em usos e costumes transmitidos oralmente por séculos no seio dos povos indígenas e utilizado para dirimir seus conflitos internos, sendo enfatizado na presente pesquisa o seu viés penal.

Dessa forma, no primeiro capítulo pretende-se demonstrar, sob uma perspectiva hodierna e descolonialista, quem verdadeiramente ocupou, por primeiro e de forma legítima, o território que hoje é conhecido como o Brasil, trazendo os principais fatos relacionados ao “antes” e ao “depois” da chegada dos portugueses, com o objetivo de contextualizar a pesquisa sob o enfoque indígena, despertar o interesse da academia para a temática, relacionar os povos indígenas ao conceito de autodeterminação e desconstruir falácias históricas perpetuadas durante séculos, além de (re)descobrir o protagonismo indígena pretérito e atual, conferindo-lhe seu merecido lugar na história.

Tal abordagem se faz necessária pois desde a chegada em nosso País no século XVI, o europeu impôs seu Direito sobre os povos originários, predisposto a ocupar as terras em nome da coroa portuguesa, apropriar-se de todos os bens disponíveis (de tudo que fosse possível auferir lucro, preferencialmente metais preciosos) e, em nome da Igreja Católica, realizar a conversão ao cristianismo dos povos que aqui se encontravam, iniciando-se então, a partir do primeiro desembarque português, a violência ao indígena e à sua identidade, a qual persiste até os dias atuais.

Em seguida, o segundo capítulo abordará o pluralismo jurídico como concepção filosófica, com o objetivo de demonstrar a existência e a validade do Direito indígena e sua aplicação, trazendo relevantes aspectos de viés penal e processual indígenas para enfim situar a jurisdição indígena no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso se faz necessário porque, nesse interregno de pouco mais de 521 anos, observa-se, em sua quase totalidade, a aplicação do “Direito Indigenista” em detrimento do “Direito Indígena”. Diz-se isso diante da política genocida de conversão religiosa, aculturação e integração dos povos indígenas brasileiros desde o ano de 1500 até o ano de 1988, quando

finalmente a atual Constituição Federal – rompendo a tradição das Cartas políticas anteriores¹ (que tão somente impuseram o direito indigenista e visaram proteger as terras ocupadas como patrimônio da União) – instituiu formalmente direitos indígenas em seu art. 231.

Assim, pode-se constatar que até a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)², os povos indígenas não passavam de mais uma propriedade do Estado brasileiro, sem consciência e “sem alma”, servindo tão somente para justificar a propriedade de terras pela União sem o risco de questionamento da comunidade internacional e da sociedade majoritária brasileira. Para reforçar tal argumento, o Estado agregava a tais títulos de propriedade suas políticas públicas precárias, que, além de não contribuir para a dignidade humana desses povos, ainda lhes retirou boa parte da sua autodeterminação³.

Contudo, mesmo reconhecendo alguns avanços na efetivação dos direitos dos povos indígenas no Brasil, verifica-se que em grande parte permanece letra morta o previsto na alínea “b)” do número “2.” do art. 2º da Convenção, em que se determina aos governos que: “promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições”.

Por fim, por intermédio do terceiro e último capítulo, serão visitados os ordenamentos jurídicos dos países considerados diretamente envolvidos no constitucionalismo pluralista latino-americano – inaugurado nos países do Sul a partir da penúltima década do século passado – e, por sua vez, os países considerados como os principais expoentes do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, cujas conquistas representam a força motriz necessária para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na atualidade.

Nesse sentido, a escolha dos dez países latino-americanos como parâmetro de comparação e estudo na presente pesquisa – Guatemala, Nicarágua, Colômbia, México,

¹ A primeira constituição brasileira previu direitos “indigenistas” em seu Ato Adicional de 1834, determinando-se no § 5º do art. 11 do Ato a atribuição às Assembleias Legislativas Provinciais de realizar “a catechese, e civilização dos indígenas”. A Carta de 1891 nada previa acerca dos indígenas (BRASIL, 1824; BRASIL, 1891).

² Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Povos Indígenas e Tribais adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Este diploma foi revogado pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, tornando a Convenção nº 169 da OIT o anexo LXXII do diploma revogador, sendo mantida sua vigência para o Brasil a contar de 25 de julho de 2003.

³ Segundo teor dos arts. 3º, 4º e 5º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a autodeterminação consiste em determinar livremente sua condição política e buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, podendo assim exercer o direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, além de poderem conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais (ONU, 2007).

Paraguai, Peru, Argentina, Venezuela, Bolívia e Equador – deve-se não só ao seu contexto geográfico (como membros dos chamados “países do Sul”), mas também ao seu contexto histórico, social e político, representando os territórios invadidos e os povos subjugados pela colonização europeia que agora se levantam de forma mais contundente em busca de uma total libertação, por meio de movimentos, lutas e resistências, com destaque para os esforços de inovação constitucional acima referidos.

Nesse mesmo norte, no predominante contexto latino-americano atual, não há que se admitir supressão de direitos constitucionalmente e internacionalmente previstos (ou sua não efetivação) diante da inoperância burocrática dos Estados (ou simplesmente seu desinteresse), ou ainda as interferências obscuras motivadas por interesses financeiros e/ou estatais de viés aparentemente desenvolvimentista.

Trazendo tais inferências ao contexto constitucional brasileiro, um desses direitos indígenas flagrantemente desrespeitados desde o desembarque lusitano em nosso País e intrinsecamente ligado à autodeterminação é o direito de exercer a jurisdição indígena na resolução de seus conflitos – foco principal da presente pesquisa. Assim, vislumbrando-se a existência de ao menos dois sistemas de Direito válidos em nosso País – o estatal e o indígena –, resta buscar a implementação deste último em nome da autodeterminação desses povos, uma vez que não há atualmente o seu reconhecimento pacífico pelo Estado brasileiro. Eis, portanto, a delimitação do tema no presente estudo: o direito de julgar sob a jurisdição indígena e, dessa forma, exercer uma relevante expressão do Direito Indígena frente ao direito estatal.

Nesse diapasão, há algum tempo o Poder Judiciário em todo o País tem enfrentado casos que expressam esse conflito, podendo-se citar como exemplos dois casos de homicídio praticados por indígenas no Estado do Paraná (SANTOS, 2005, p. 18) e um caso de aplicação da justiça indígena referente a uma tentativa de homicídio junto ao povo Xukuru do Ororubá em Pernambuco (LÔBO, 2017, p. 152).

No âmbito Amazônico – cujo âmbito territorial se faz relevante diante da maior incidência populacional indígena na Região (IBGE, 2012, p. 11) –, têm-se como exemplos julgamentos realizados no Estado de Roraima referentes a crimes praticados por indígenas e julgados pela própria sociedade indígena: os casos Basílio – etnia Macuxi (THEODORO; CURADO FILHO, 2014, p. 17) – e Denílson – etnia Manoá (SILVEIRA; CAMARGO, 2017, p. 24). Em ambos os casos, houve o homicídio contra outro indígena, sendo, no primeiro aplicado o *non bis in idem* pelo judiciário e, no segundo, declarada pelo juízo a ausência do direito de punir estatal, diante do julgamento e aplicação de sanções anteriores pelas sociedades

indígenas. Restou reconhecida, portanto, a autoridade do julgamento realizado pela sociedade originária.

Ressalta-se, ainda, que essas inovadoras intervenções judiciais também podem ocorrer de forma temperada, como o Júri realizado em 2015 na Comunidade Maturuca, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Na ocasião, os irmãos indígenas da etnia Macuxi, Valdemir e Elsio, foram julgados por um Júri popular formado exclusivamente por indígenas (quatro homens e três mulheres das etnias Macuxi, Ingaricó, Patamona e Taurepang) pela tentativa de homicídio ocorrida em 2013 contra outro indígena da mesma etnia, de nome Antônio, sendo o julgamento presidido pelo Juiz da Comarca de Pacaraima – RR (UERR, 2015). Mas seria tal modalidade a solução para a aplicação da justiça indígena ou mais uma hipótese de supremacia do direito estatal?

Pode-se observar, do exposto, tentativas esparsas de instituições estatais – Judiciário, Ministério Público e Advocacia-Geral da União – no sentido de preservar e valorizar a cultura e tradições indígenas, por meio do acatamento e respeito das decisões de sua própria jurisdição, o que demonstra a essencialidade do tema para a realidade indígena nacional e amazônica.

Desse modo, a justificativa para o presente trabalho reside no encontro dessas tentativas com a previsão legal do Direito Indígena no arcabouço jurídico nacional, conforme se observa no art. 231 da Constituição Federal, art. 57 da Lei 6.001/73 e arts. 8º a 10 da Convenção nº 169 da OIT. Entretanto, as instituições brasileiras arraigadas numa tradição constitucional de cunho historicamente oligárquico e positivista, não admitem outro sistema jurídico no País, ignorando, dessa forma, a realidade presente no interior das sociedades indígenas e, por consequência, violando o direito de autodeterminação desses povos, o que torna o tema “jurisdição indígena” de suma importância não só no contexto acadêmico – diante da relevância da temática indígena na atualidade –, mas também no contexto social e político brasileiro, constantemente permeado por conflitos entre a sociedade majoritária e as sociedades indígenas, estando estas frequentemente lutando por direitos que já deveriam estar pacificados.

Assim, deve-se perguntar: se a nossa sociedade pindoramense é de fato organizada e democrática, vivendo-se, como se diz, num “estado democrático de direito”, como se pode admitir que direitos expressamente previstos e reconhecidos ainda sejam ceifados de seus destinatários?

Dessa forma, não havendo um movimento articulado do Estado brasileiro no sentido de reconhecer a jurisdição indígena – diferentemente do que ocorre em outros países a exemplo de Bolívia, Colômbia e Equador –, exsurge como problema da presente pesquisa se seria possível,

no âmbito de nosso País, a uniformização dessa jurisdição frente à jurisdição estatal e a equiparação de ambas, com supedâneo na autodeterminação dos povos indígenas.

Com a finalidade de solucionar essa problemática – dialogando com a história e o direito comparado –, almeja-se alcançar como objetivo geral a uniformização, perante o Estado brasileiro, do reconhecimento e da aplicação da jurisdição indígena de viés penal, considerando-se o que esses povos entendem como sendo de sua competência, de acordo com seus usos, costumes e tradições. Como objetivos específicos, buscar-se á, além de trazer para o âmbito acadêmico um pouco da história e da cultura indígenas, encontrar uma possível solução para a implementação da jurisdição indígena no Brasil.

Para tanto, nesse diálogo com o passado e com os ordenamentos jurídicos de outros países latino-americanos, por meio de pesquisa exploratória bibliográfica e documental a partir de fontes primárias – oriundas da legislação e autores que tratam da jurisdição indígena/aplicação do Direito Indígena –, e secundárias – originadas de artigos, estudos não publicados e outros trabalhos derivados das fontes principais, produzidos por pesquisadores desses temas –, será empregado o raciocínio dedutivo, por meio do qual, de acordo com o entendimento clássico, parte-se do geral e, a seguir, desce-se ao particular.

Assim, conforme Severino (2017, p. 78), passa-se “das leis às teorias ou destas aos fatos”, o que vai ao encontro da lição de Freitas e Prodanov (2013, p. 27) no sentido de que “a partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica”.

A escolha pelo referido método ocorre diante da necessidade de partir-se do geral (princípios, leis e teorias concernentes à jurisdição indígena nos ordenamentos jurídicos de determinados países latino-americanos), utilizando-se da premissa ou argumento geral (também denominado “antecedente”) de que “a jurisdição indígena é um direito imanente aos povos indígenas, ligado à sua autodeterminação”, e premissas ou argumentos intermediários no sentido de que “a autodeterminação dos povos indígenas encontra-se expressa na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, sendo o Brasil um de seus signatários” e “assim como em outros países latino-americanos, no Brasil há a previsão, em seu ordenamento jurídico, da jurisdição indígena”.

Com tais premissas acima delineadas, pretende-se chegar ao particular (a uniformização do reconhecimento da jurisdição indígena no Brasil) com base na lógica de que “se o Brasil declara que reconhece os direitos indígenas em sua Carta política, reconhece o que é autodeterminação e possui em seu ordenamento jurídico a jurisdição indígena” logo, deve-se concluir que “o Brasil deve reconhecer a jurisdição indígena”.

Outrossim, convém ressaltar que a utilização do procedimento histórico (referido no primeiro parágrafo desta introdução) deve-se ao fato de que em tal técnica “o foco está na investigação de acontecimentos ou instituições do passado, para verificar sua influência na sociedade de hoje”, conforme Freitas e Prodanov (2013, p. 36).

Nesse sentido, a utilização da técnica de procedimento histórico também se faz necessária na presente pesquisa em virtude de o não reconhecimento da jurisdição indígena – assim como ocorre com vários outros direitos indígenas – estar relacionado ao histórico discurso de negação de direitos indígenas que permeia todos os tipos de violência a que esses povos foram submetidos desde a invasão europeia ao continente americano e que persistem e influenciam diretamente tais violações até os dias de hoje.

Por fim, urge esclarecer na presente pesquisa a utilização da abordagem qualitativa, considerando-se a existência de uma relação dinâmica entre a violenta realidade enfrentada há séculos pelos povos indígenas e seus modos específicos de enfrentá-la, não havendo como traduzir esse fenômeno e suas consequências em números, contrapondo-se, portanto, à abordagem quantitativa nos ensinamentos de Freitas e Prodanov (2013, p. 70).

1 OS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL – ASPECTOS GERAIS DE ONTEM E DE HOJE

Inicialmente, buscar-se-á contextualizar o presente trabalho no cenário indígena brasileiro, trazendo elementos histórico-antropológicos pretéritos e atuais, demonstrando o caminho percorrido por esses povos desde antes da chegada dos europeus até os dias de hoje, adentrando os detalhes acerca de sua riqueza cultural, o direito à autodeterminação e o protagonismo alcançado, tudo com vistas a demonstrar a relevância da temática indígena nos panoramas jurídicos internacional e brasileiro, além de buscar desconstruir falácias históricas a respeito desses povos.

1.1 O “achamento” do Brasil

Como leciona Fausto (2006, p. 30), desde o século XIX há grande controvérsia se o desembarque no Brasil foi realmente por acaso. Discute-se se foi realmente ocasionada pelas correntes marítimas ou se já havia o conhecimento anterior do “novo mundo”, e Cabral estaria de fato incumbido de uma espécie de “missão secreta”. De qualquer forma, como diz o autor, tal controvérsia interessa pouco à atualidade, correspondendo mais à curiosidade histórica do que à compreensão dos processos históricos.

A tese da “missão secreta” ganha força ao se considerar que apenas alguns meses após o retorno de Vasco da Gama em julho de 1499, partia do rio Tejo, em Lisboa, o maior aparato militar-náutico até então – formado por treze navios – em direção às “Índias” (FAUSTO, 2006, p. 30), porém terminou por avistar alguns meses depois justamente a costa do continente que havia sido dividido alguns anos antes com a Espanha, por meio da assinatura do Tratado de Tordesilhas⁴ (1494).

Essa suspeita é confirmada por Costa (1896, p. 158). Segundo o autor, desde aquela época havia quem afirmasse que Dom Manoel teria dado instruções reservadas a Cabral com a finalidade de

⁴ Firmado em 1494, estabelecia que à distância de 370 léguas para o ocidente das ilhas de Cabo Verde, no último ponto que acabassem essas léguas, estender-se-ia uma linha imaginária de norte a sul, que rodeando o globo terrestre o dividisse em duas partes iguais, ficando à coroa de Castella a parte que cabe para o ocaso, e à Portugal a que fica ao nascente (COSTA, 1896, p. 277).

não melindrar o monarca hespanhol, a quem cabia de preferencia os descobrimentos de terras compreendidas na linha divisória, estabelecida pelo Papa Alexandre VI⁵, e que por isso estava no seu empenho de fazer crer que o Brazil tinha sido descoberto por acaso!

Ademais, como observa Souza Filho (2018, p. 27), as novas terras da América foram “achadas” em momento de expansão europeia, sendo provável que já se sabia não só de sua existência, como também da presença de homens e mulheres, já que os primeiros relatos não expressam surpresa na presença dessas gentes, mas sim com seus costumes, beleza e mansidão.

Nesse sentido, conforme Iglésias (1992, p. 24, apud NOGUEIRA, 2016, p. 59), antes de os europeus aportarem no continente americano, já se tinha notícias de possíveis incursões dos nórdicos às terras do Atlântico Norte e até mesmo à América.

Tal afirmação vai ao encontro do que diz Costa (1896, p. 18), considerando haver indícios de que, pelo menos 5 séculos antes de Colombo, as ilhas e costas setentrionais da América haviam sido exploradas por normandos e escandinavos. Após, já em 1380, os venezianos Antonio e Nicolau Zeno teriam visitado o continente americano em meio a navegações realizadas ao norte, por águas já navegadas pelos escandinavos. Refere ainda o autor (1896, p. 43), que nas “Memorias da marinha franceza”, de autoria do Padre Georges Fournier⁶, normandos e bretões já conheciam o Brasil antes de Cabral.

O fato é que a terra que hoje se chama Brasil foi avistada em 21 de abril daquele ano de 1500, uma terça-feira, havendo desembarque em terra somente dois dias depois, no dia 23 de abril, sendo o primeiro contato conduzido, por determinação de Pedro Alvares Cabral, por Nicolau Coelho, capitão de uma das embarcações (IGHBA, 1900, p. 74).

Independentemente de qualquer controvérsia a respeito das intenções de Portugal, o certo é que o Brasil não foi “descoberto”, como se ouve dizer ainda hoje em alguns bancos escolares, havendo em nosso território a presença humana de, pelo menos 5 a 6 milhões de pessoas (CUNHA, 1998, p. 14, apud NOGUEIRA, 2016, p. 74; SALES, 2015, p. 25).

⁵ Pela bula *Inter Coetera* o Papa Alexandre VI concedeu à Espanha a posse das terras descobertas e por descobrir, situadas a oeste do meridiano que passava a cem léguas a ocidente das ilhas de Cabo Verde e Açores (SOUZA, 2005, p. 84).

⁶ Conforme referência da *Bibliothèque Diderot de Lyon*, Georges Fournier (1595-1652) foi um padre jesuíta francês, capelão militar, astrônomo, matemático, geógrafo, escritor e navegador. Sua obra mais conhecida é *Hydrographie* (composta entre 1641-1643), considerada a primeira enciclopédia marítima francesa. Os livros V, VI e VII de *Hydrographie* trazem a história da marinha francesa e suas instituições. Disponível em: <https://bibulyon.hypotheses.org/12319>.

1.2 A conquista do Brasil

Conforme Sales (2015, p. 46-47) a historiografia tradicional traz como marco do “nascimento” do Brasil a carta escrita por Pero Vaz de Caminha em 1500, a qual fala em “achamento”, conforme trecho abaixo:

Senhor, posto que o Capitão-mor desta vossa frota, e assim os outros capitães escreveram a Vossa Alteza **a nova do achamento** desta vossa terra nova, que se ora nesta navegação achou, não deixarei também de dar disto minha conta a Vossa Alteza, assim como eu melhor puder, ainda que, para o bem contar e falar, o saiba peior que todos fazer; porem tome Vossa Alteza minha ignorância por boa vontade a qual bem certo creio, que, por aformoseutar nem afeiar haja de pôr mais que aquillo que vi e me pareceu (...) e assim seguimos nosso caminho, por este mar de longo até terça-feira, oitava da Paschoa, que foram 21 de Abril, que topamos alguns signaes de terra, sendo da dita ilha, segundo os pilotos diziam, obra de seiscentas e sessenta ou setenta léguas, os quaes eram muita quantidade de hervas compridas a que os mareantes chamam botelho, e assim outras, a que também chamam rabo de asno; e á quarta-feira seguinte, pela manhã, topamos aves, a que chamam furabuchos; e neste dia, á horas de vespera, houvemos vista de terra, a saber: primeiramente de um grande monte mui alto e redondo e de outras serras mais baixas ao sul delle, e de terra chan com com grandes arvoredos; ao qual monte alto o Capitão poz nome o Monte Paschoal, e á terra o de Vera Cruz⁷. (IGHBA, 1900, p. 73; grifo nosso).

Entretanto, tal entendimento atualmente é bastante questionado como delineado alhures. Como se falar em “achamento” – ou “descobrimento”, como se tem ouvido há séculos – de uma terra que já tinha sido ocupada e modificada durante milênios, desde que os primeiros grupos humanos chegaram aqui, tendo os portugueses se deparado com milhões de pessoas que falavam centenas de línguas diferentes?

Nesse sentido, deve-se concordar com o lecionado por Nogueira (2016, p. 59) no sentido de que o Brasil não foi descoberto. Ele foi conquistado sob os auspícios das *terras nullius* ou *res nullius*⁸ de origem no direito romano, segundo as quais as “terras de ninguém” estariam aptas a serem apropriadas (NOGUEIRA, 2016, p. 66).

Essa conquista empreendida pelos portugueses é a retratada por Souza Lima (1995, p. 47), cujo princípio motriz baseia-se na diferenciação entre o “eu” (o português conquistador) e o “outro” radicalmente distinto (os povos indígenas conquistados), sob panorama em que aquele duvida da humanidade deste, oscilando sua interação desde as relações de violência – características de toda guerra – às relações de poder, distinguindo-se, portanto, da “descoberta”,

⁷ A obra citada, datada de 1900, traz a carta de Pero Vaz de Caminha em três versões: versão original (em “Fac Simile”), em português de Portugal do ano de 1500 e em português do Brasil do ano de 1900. Aqui foi utilizada a última versão, devido à importância histórica do documento.

⁸ *Res nullius*: “Em sentido amplo, coisas que não tem dono. Coisas que nunca tiveram dono (*res nullius* em sentido estrito) ou porque seu dono as abandonou (*res derelictae*). Expressão latina” (SOIBELMAN, 1981, p. 315).

ato que se dirige à natureza, aos espaços desconhecidos, não sendo seu foco central as relações entre seres humanos.

Nesse sentido, não há dúvidas de que os portugueses empreenderam, em face dos povos indígenas originários do Brasil, uma verdadeira “guerra de conquista”, modalidade de guerra amplamente utilizada pelos conquistadores europeus nas Américas e na África, direcionando a acumulação de riquezas e poder para a Europa, ao mesmo tempo em que infligiam aos povos conquistados a aniquilação ou a plena absorção – pela via da violência, ao menos em seu primeiro momento (SOUZA LIMA, 1995, p. 50-51).

1.2.1 Os habitantes de Pindorama antes da invasão portuguesa

Quando os europeus chegaram ao continente americano e entraram em contato com os povos originários, chamaram-nos pelo nome genérico de “índios”, em virtude de pensarem estar chegando às Índias Orientais – ao menos é o que se afirma pela teoria do descobrimento/achamento.

Porém, a utilização desse termo é no mínimo inadequada, como ressalta Sales (2015, p. 22), primeiro porque teria origem em uma noção geográfica equivocada, como anteriormente referido, e depois porque o rótulo “índio” aplicado aos povos indígenas dá a impressão de que todas as culturas originárias eram iguais ou parecidas, o que não representa a verdade, diante da grande variedade de línguas, sistemas socioculturais, políticos e econômicos evidenciados.

Além disso, como será observado adiante, os vestígios encontrados nos sítios arqueológicos brasileiros demonstram a grande diversidade cultural dos povos indígenas mesmo antes da chegada dos portugueses. Desses vestígios, segundo Sales (2015, p. 23), pôde-se observar grupos nômades que viviam da caça e da coleta, bem como outros que acampavam em certas regiões para cultivar suas roças; grupos que produziam ferramentas de pedra lascada, bem como outros que usavam ferramentas de pedra polida e outros que utilizavam ambas as formas; grupos que produziam cerâmica e outros que não produziam.

Nesse sentido, o que se sabe nos dias de hoje é que os povos indígenas que habitam o Continente Sul-americano descendem de populações que aqui se instalaram há dezenas de milhares de anos, ocupando virtualmente todo o continente e desenvolvendo diferentes modos de uso e de manejo dos recursos naturais e diferentes formas de organização social (NEVES, 1995, p. 171).

Essas populações pertencem à espécie da qual descendem todos os seres humanos, o *Homo sapiens* cuja origem se deu na África há cerca de 100.000 anos, podendo-se afirmar,

portanto, que o continente americano passou por pelo menos dois processos distintos de ocupação humana, sendo o primeiro quando o continente ainda desabitado recebeu as migrações dos ancestrais dos povos indígenas, e o segundo correspondente à conquista europeia (NEVES, 1995, p. 178).

Outro aspecto relevante a se ressaltar é que além destas terras serem habitadas, elas também possuíam nomes próprios, de acordo com cada povo originário, a exemplo de Tawantinsuyu (região do atual Peru, Equador e Bolívia, principalmente) e Anahuac (região do atual México e Guatemala, principalmente). Os Tupis chamavam suas terras – o Brasil – de Pindorama (PORTO-GONÇALVES, 2009, p. 28).

Por sua vez, para o povo Kuna – originário da Serra Nevada, no norte da Colômbia, tendo habitado a região do Golfo de Urabá e das montanhas de Darien e vivendo atualmente na costa caribenha do Panamá, na Comarca de Kuna Yala (San Blas) – o nome destas terras seria “Abya Yala”, que na língua Kuna significa “terra madura”, “terra viva” ou “terra em florescimento”. Este nome – Abya Yala – vem sendo cada vez mais utilizado pelos povos originários latino-americanos como uma autodesignação – em oposição à América –, objetivando construir um sentimento de unidade e pertencimento (PORTO-GONÇALVES, 2009, p. 26).

De qualquer forma, a chegada dos europeus a Abya Yala – e especificamente a chegada dos portugueses a Pindorama – trouxe consigo a submissão, a violência cultural, as epidemias e a morte. Conforme Fausto (2006, p. 40) o termo adequado para designar o destino da população indígena no Brasil com a chegada dos portugueses é “catástrofe”. Para não se submeterem, a saída para esses povos era o isolamento por meio de deslocamentos forçados para pontos mais distantes do território, ou aliar-se aos portugueses nas guerras travadas contra outros povos indígenas – as guerras justas ou de apresamento –, o que não deixava de ser também uma forma de violência, tanto para si, quanto para os outros povos.

Aliando a ganância estatal à ambição religiosa, os portugueses buscaram apropriar-se do território e de suas riquezas, ao mesmo tempo em que tentaram subjugar os indígenas por considerá-los inferiores e, por isso, carecedores da cristianização – conforme os relatos dos primeiros cronistas na Colônia, segundo os quais eles eram gentes sem Deus e sem Lei (SOUZA FILHO, 2018, p. 29).

A partir daí, é notório o desfecho dessa história: séculos de escravização, violência cultural, discriminação racial e exploração que perduram até os dias atuais, quando cresce, a partir das últimas décadas do século passado, a tentativa de renascimento desses povos com as

inovações trazidas essencialmente pela Convenção nº 169 da OIT e pela Constituição Federal de 1988.

Na busca pela mudança desse cenário, cabe ao presente trabalho demonstrar, dentre outros aspectos, que os povos que aqui viviam antes da chegada dos europeus possuíam um desenvolvimento próspero como sociedade organizada e, se não lhes tivessem arrancado a plenitude da vida (o *Sumak Kawsay*⁹ dos povos andinos), hoje integrariam uma grande nação – a Abya Yala.

Nesse sentido, para o futuro do presente estudo, faz-se necessário trazer à lume alguns aspectos da cultura indígena enquanto fatores predominantes para o reconhecimento da jurisdição indígena, tema nevrálgico da corrente pesquisa; não sem antes, porém, abordar o conceito geral de cultura com a finalidade de introduzir e melhor situar a temática indígena.

1.2.1.1 A cultura e seus aspectos conceituais e antropológicos

Ressaltando a importância fundamental do conceito de cultura para fundamentar a necessidade dos conhecimentos tradicionais amazônicos, bem como a “invisibilidade” e o conseqüente interesse tardio no estudo desses povos, Dias (2013, p. 33) leciona que o termo “cultura” apresenta várias dimensões, dentre as quais se destacam a histórica-etimológica e a cognitiva.

A dimensão histórica-etimológica parte da origem do latim *colere*, cujo significado é o de cultivar, cuidar, semear a terra. Posteriormente, esse significado passou a relacionar-se ao local de habitação daquele que cultivava a terra de onde provinha o seu sustento, além do hábito de prestar honras aos deuses e amigos. Foi o senador romano Cícero (106 a.C. – 43 a.C) quem causou a ruptura com essa raiz etimológica, passando a empregar o termo cultura no sentido de trato e aprimoramento do espírito – *cultura animi* (cultivo do espírito) (SANTANA; OLIVEIRA, apud DIAS, 2013, p. 34).

Partindo desse significado, cultura passa a se contrapor ao adjetivo “inculto”, servindo de instrumento para taxar as sociedades não europeias de bárbaras, daí decorrendo as noções de civilização e de barbárie, ou ainda da dualidade “superior *versus* inferior” (DIAS, 2013, p. 34).

⁹ Segundo Esperanza Martínez, o “bem viver” para os índios é mais do que viver melhor, ou viver bem: é viver em plenitude – “*sumak Kawsay*” (*sumak* = plenitude; *kawsani* = viver). O *Sumak Kawsay* é, ainda, conjugado no plural, sendo a plenitude construída na comunidade, *In*: SBARDELOTTO, Moisés, Nem melhor, nem bem: viver em plenitude. Entrevista especial com Esperanza Martínez em 23 Julho 2010. *Revista IHU online*, São Leopoldo, n. 340, ano X, p. 22-24, ago. 2010, p. 22.

Quanto à dimensão cognitiva, Dias leciona que a partir do século XVIII a cultura passa a ser objeto da Antropologia, denotando-se assim a sua gama de conceitos e abrangência, dos quais destaca o conceito de Keesing, segundo o qual cultura é “a totalidade do comportamento ou ‘costume’ adquirido e socialmente transmitido” (1972, p. 47, apud DIAS, 2013, p. 35).

Nesse contexto, segundo Sales (2015, p. 16), até os anos 1960 a cultura era entendida como “o conjunto de hábitos, comportamentos e regras comuns aos membros de um povo”. Assim, cada grupo transmitiria seus traços culturais a partir do nascimento, determinando com isto o comportamento de seus indivíduos. Por outro lado, a preservação de cada cultura dependeria de seu isolamento, a fim de se evitar o contato entre grupos de culturas diferentes que poderia conduzir à “aculturação”, ou seja, à desagregação e à perda da identidade cultural do grupo “mais fraco”, com a imposição da cultura do grupo “mais forte”.

Tal pensamento, contudo, resta superado na atualidade pelo diálogo empreendido entre a Antropologia e a História, em virtude de as trocas culturais sempre ocorrerem na história da humanidade e, mesmo quando houve um grupo “mais forte” ou “conquistador”, a cultura do grupo “dominado” tem resistido, misturando-se à cultura do outro grupo, resultando numa situação cultural nova para ambos os grupos (SALES, 2015, p. 15-16).

Assim, conclui Sales (2015, p. 16) que não há, nem nunca houve uma cultura “pura”, devendo a cultura ser entendida como um processo em movimento,

como um conjunto de traços culturais maleáveis, flexíveis e transitórios, e de expressões variadas de novas e velhas características nas maneiras de vestir, comunicar, relacionar, cultivar..., em constante mudança. (BOAS, 2004; SAHLINS, 1997; CUCHE, 2002, apud SALES, 2015, p. 16).

Porém, ainda que a cultura indígena tenha sofrido trocas culturais na interação desses povos com os europeus no decorrer desses 521 anos, deve-se reconhecer sim a cultura indígena como pura. Pureza não no sentido de “ingenuidade” ou “primitividade”, mas sim no sentido de identidade legítima e voluntária que persiste até os dias atuais. Prova disso é que a cultura europeia não obteve êxito em prevalecer sobre a indígena. Houve, por certo, alterações e interações culturais, mas somente depois da chegada predatória dos portugueses. Dessa forma, permite-se afirmar que jamais o Índio deixou de ser Índio e, principalmente nos dias atuais, mais do que nunca pretende sê-lo.

Nesse sentido, Souza Filho (2018, p. 158-159), ao tratar da cultura como direito, afirma que “os direitos culturais não são apenas os ligados ao respeito ao exercício de suas tradições,

festas, alimentação, mais do que isso é o Direito a que as informações sobre o povo não sejam recobertas por manto de preconceito, desprezo e mentiras”.

Sendo um dos objetivos do presente trabalho contribuir para “desfazer” esse manto, será demonstrado a seguir como são ricas a cultura e a história dos povos indígenas brasileiros.

1.2.1.2 A riqueza cultural dos povos indígenas

Segue trecho escrito por Cândido Costa no ano de 1896, em sua obra “O descobrimento da América e do Brasil”, referenciada ao final deste trabalho:

Devemos crer que alguma grande comoção da natureza, algum temeroso tremor de terra, tal como aquelle que outr’ora se attribuia a submersão da formosa Atlantida, tenha envolvido em seu circulo destruidor os habitantes do novo continente? Foi o terror profundo experimentado pelos desgraçados escapos desta terrivel calamidade que, transmittindo-se sem diminuir de intensidade, ás gerações seguintes, perturbou a sua razão, obscureceu a sua intelligencia e endureceu seu coração? (COSTA, 1896, p. 70).

Do acima exposto, percebe-se como é difícil dissertar acerca da cultura dos povos indígenas brasileiros por vários motivos. O principal deles é que há pouco tempo esses registros só interessavam a historiadores, antropólogos e aos próprios indígenas. A sociedade e os governos, desde o Brasil Colônia, sempre optaram por deixar esses povos à margem da vida e da história. Foram primeiro tratados como selvagens, depois como coisas e, atualmente, ora como crianças órfãs, ora como incapazes, ora como bichos.

De qualquer forma, à luz das obras e pesquisas utilizadas no presente estudo, sempre à vista da escassez de dados e documentos fidedignos – conforme apontado pelos doutos historiadores, antropólogos e juristas ao final referenciados –, obtiveram-se informações e ensinamentos que ora se julga importante compartilhar.

Nesse diapasão, ressalta-se que o presente trabalho não tem a pretensão de abordar todos os povos indígenas que ocupavam o Brasil à época da invasão portuguesa. O que se busca é tão somente trazer uma parte da cultura indígena, demonstrando sua riqueza e importância, bem como contradizer a versão da primitividade desses povos, além de despertar o interesse da comunidade acadêmica para a sua verdadeira história.

1.2.1.2.1 A arte e a ocupação do território

Conforme Oliveira e Freire (2006, p. 21), pesquisas dirigidas pela arqueóloga Ana Roosevelt¹⁰ na Amazônia (1992) apontaram para a complexidade e a sofisticação das sociedades indígenas que ocuparam a região, tanto no que se refere ao seu desenvolvimento tecnológico (cerâmicas), quanto em relação à sua organização social (cacicados), servindo – assim como outras investigações posteriores – para questionar as antigas hipóteses de povoamento baseadas na existência de “sociedades pequenas e simples, de caçadores e coletores, caracterizadas por uma alta mobilidade e o uso de materiais perecíveis, como cestarias”.

Nesse sentido, segundo Sales (2015, p. 25), verifica-se que a produção e o acúmulo de bens na história das sociedades indígenas do Brasil deveriam respeitar a medida do suficiente para o grupo viver e crescer num ritmo que não esgotasse os recursos naturais, demonstrando, portanto, o conhecimento das condições locais de onde viviam e uma consciência harmoniosa e inteligente em relação ao meio ambiente. Como dizer, pois, quem é (ou foi, à sua época) mais evoluído – indígenas ou europeus? Logo, demonstra-se totalmente equivocada a ideia de primitividade desses povos.

Pensar que todas as sociedades indígenas eram iguais é outro erro. Nesse contexto, Sales (2015, p. 25) ressalta que à luz de vestígios arqueológicos, verifica-se que as sociedades indígenas da Amazônia eram diferentes entre si, bem como viviam de modos distintos e tinham uma cultura material diversificada, falando até os dias de hoje uma grande variedade de línguas.

Nesse contexto, as datações arqueológicas de cerâmicas associadas aos Tupi-Guarani remontam aos séculos II a X d. C., encontradas nos Rios Uruguai, Ivaí e Paranapanema na região dos Guarani, e no baixo Tietê e no litoral fluminense na região dos Tupinambá. Esse tronco seria originário da Bacia Amazônica, de onde teriam partido em movimentos migratórios em direção ao sul (Guaranis) e à foz do Amazonas, expandindo-se em seguida pelo litoral (Tupinambás) (FAUSTO, 2010, p. 71-73; COLAÇO, 1998, p. 14).

Partindo mais para o norte do País e adentrando o contexto amazônico, estudos realizados nos anos 1980 por Anna Roosevelt, na ilha de Marajó, tornaram a região

¹⁰ Anna Curtenius Roosevelt é norte-americana e possui Graduação em Arte, História, Letras Clássicas e Antropologia pela Universidade Stanford (1968) e Doutorado em Antropologia pela Universidade Columbia (1977). É professora de Antropologia na Universidade de Illinois, em Chicago (ZORZETTO, 2020, p. 30).

arqueologicamente conhecida por grandes tesos em sua porção centro oriental¹¹, os quais parecem ter sido erguidos em estágios sucessivos até o século XIII-XIV. Nesses locais, a arqueóloga sugere que sobre os sítios maiores erguiam-se vilas de 1 a 5 mil habitantes, chegando a 10 mil onde existia múltiplos aterros articulados entre si, sendo a estimativa total de população na área na casa dos 100 a 200 mil habitantes (FAUSTO, 2010, p. 26).

Ainda conforme Fausto (2010, p. 27), o mais impressionante dessa cultura é sem dúvida a magnífica cerâmica marajoara, cujo refinamento e sofisticação não tem paralelo na Amazônia indígena. Nos cemitérios localizados em alguns tesos foram encontradas cerâmicas policrômicas (nas cores vermelho, preto e branco), ricamente decoradas, com grafismos pintados ou incisivos, além de apliques em alto relevo com representações de homens e animais. Porém foi na região de Santarém que foram encontrados os restos cerâmicos mais antigos das Américas, datados de cerca de 1 a 1,5 mil anos antes das encontradas em San Jacinto, na Colômbia¹², e em Valdivia, no Equador¹³.

Descendo mais ao sul da Região Amazônica e com o auxílio das crônicas da época, Fausto (2010, p. 42-44) traz esses poucos escritos disponíveis (entre 1541 e 1698), os quais, apesar de separados por décadas, dão conta de uma ocupação descontínua ao longo do Rio Amazonas, com aldeias tanto nas margens, quanto nas ilhas, variando em tamanho e número de habitações. Algumas dessas aldeias tinham dimensões consideráveis, havendo referências a 7 quilômetros de extensão ao longo do Rio, com numerosa população, possuindo por vezes estruturas públicas – possivelmente de caráter político-cerimonial –, como praças com oratórios e casas de adoração.

Nessa região, estudos recentes têm fornecido valiosos dados que permitem demonstrar a riqueza da cultura indígena, possibilitando postular uma continuidade entre o passado e o presente desses povos. Em uma dessas áreas, localizada nos formadores do Rio Xingu, constituiu-se um sistema multiétnico e multilinguístico, culturalmente homogêneo, composto atualmente por cerca de 3 mil índios, dispersos em mais de uma dezena de aldeias, de 10 grupos distintos¹⁴, construindo-se um conjunto multilocal internamente pacífico, articulado por rituais, trocas de bens de valor e relações matrimoniais (FAUSTO, 2010, p. 52-53).

¹¹ Os Tesos na ilha de Marajó são terrenos artificiais construídos em campos inundáveis, com fins habitacionais, cerimoniais e/ou funerários. Elevam-se de 3 a 20 metros acima da atual planície, tendo média de 7 metros de altura, a maioria possuindo área de 1 a 3 hectares, podendo ser maiores (FAUSTO, 2010, p. 26).

¹² A cerâmica encontrada em Jacinto, Colômbia, dataria de 3750 e mais ou menos 430 a.C. (OYUELA-CAYCEDO, 2019, n.p.).

¹³ A cerâmica encontrada em Valdivia, Equador, dataria entre 4050 e 4450 A.P. (PEÑA, 2014, p. 7).

¹⁴ De língua Karibe: Kuikuro, Kalapalo, Nahukwá e Matipu; da família Arawak, os Waurá, Mehinaku e Yawalapiti; do tronco Tupi, os Kamayurá e Aweti; e os Trumai, cuja língua é considerada isolada (FAUSTO, 2010, p. 53).

Ainda segundo Fausto (2010, p. 53-55), essa história cultural dos povos xinguanos, reconstruída por Michael Heckenberger¹⁵, tem início com a chegada de uma população de língua Arawak no final do primeiro milênio (por volta do ano 900 d. C.), fato este marcado pelo surgimento das primeiras aldeias circulares na região e de uma cerâmica similar à produzida hoje pelos Waurá e Mehinaku. Posteriormente, por volta de 1400, as aldeias se tornam maiores e passam a ser circundadas por grandes estruturas defensivas, com fossos de cerca de 10 metros de largura e 1 a 3 metros de profundidade, que se estendem por 2 quilômetros em torno da área de habitação – o que sugere a existência de guerra em larga escala, possivelmente contra os Tupi e os Jê, e a interação regional ampla entre as aldeias xinguanas. Infelizmente, essas aldeias fortificadas desaparecem no século XVI, possivelmente em consequência do impacto da conquista europeia.

Além disso, há de se destacar que as características da cultura xinguanas identificadas pelo citado pesquisador, como hierarquia, regionalidade, sedentarismo e acomodação interétnica, são positivamente relacionadas a grupos de língua Arawak em diversas partes do continente sul-americano, inclusive no Alto Rio Negro, onde também existe um sistema de interdependência regional multilinguístico e multiétnico (FAUSTO, 2010, p. 59).

Como ressalta o autor, as pesquisas no Alto Xingu nos ensinam que, apesar de toda a violência e ruptura da colonização europeia, suas ações não lograram impedir os processos de reconstrução e recriação cultural conduzidos pelos povos indígenas, demonstrando que a cultura indígena não é estática, muito pelo contrário, está sempre em movimento (FAUSTO, p. 57).

Por fim, ainda no contexto amazônico, Sales (2015, p. 24-25) refere estudos que apontam a atuação antrópica na Amazônia, considerando que as primeiras populações indígenas ao longo dos séculos teriam transformado a floresta amazônica, de modo a apresentar a imensidão que revela hoje, através da domesticação do cultivo de certas plantas e da dispersão de mudas de árvores e da fertilização do solo. Tal atuação explicaria a chamada “terra preta”¹⁶ amazônica, encontrada em áreas de antigas ocupações indígenas, fruto de um processo intencional de melhoria do solo ou um subproduto das atividades agrícolas.

¹⁵ Michael Heckenberger possui Graduação em Antropologia pela *University of Vermont*, 1988, e em Estudos Latino-Americanos, pela *University of Pittsburgh*, 1995. É Ph.D. em Antropologia pela *University of Pittsburgh*, 1996, e Professor na Universidade da Flórida - Departamento de Antropologia. Disponível em: <http://www.editora.ufrj.br/autor/146/michael-heckenberger>.

¹⁶ A “terra preta” amazônica é caracterizada pela cor escura e presença de fragmentos de cerâmica, de grande fertilidade, com alta concentração de nutrientes e grande capacidade de reter carbono (SALES, 2015, p. 25). Também conhecida como Terra Preta de Índio (TPI), também se caracterizam por apresentarem artefatos cerâmicos pré-colombianos, corroborando sua origem antrópica (EMBRAPA, 2014, n.p.).

Direcionando o presente estudo para a região centro-oriental do Brasil, verifica-se o desenvolvimento dos Jê, os quais foram durante muito tempo taxados de primitivos. Porém, em pesquisas arqueológicas recentes, verificou-se que a horticultura remonta há alguns milênios, podendo ter sido praticada antes mesmo do aparecimento da cerâmica, em torno de 500 a.C. A cerâmica primeva, conhecida como Una, dominou a pré-história do centro-oeste até o século IX, sendo a partir daí substituída por outras tradições associadas ao surgimento de aldeias em formato de anel (FAUSTO, 2010, p. 63-64).

Prosseguindo nos estudos de Fausto (2010, p. 64-65), essas aldeias aneliformes foram associadas a duas tradições cerâmicas distintas, Aratu e Uru – produtos de migrações e influências diversas. A primeira teria origem no nordeste brasileiro – território tradicional dos grupos macro-jê –, enquanto a segunda seria proveniente da Amazônia.

As aldeias circulares Aratu estiveram presentes no Brasil central entre aproximadamente 800 e 1500 d.C., principalmente nas regiões das cabeceiras dos rios Tocantins e Paranaíba, com dimensão de cerca de 7 hectares e com diâmetro pouco menor do que 300 metros, enquanto as aldeias Uru seriam menores (com área medindo menos de 4 hectares e diâmetro de 230 metros), ocupando os campos do cerrado e a oeste dos sítios Aratu, ocorrendo até uma data mais tardia (FAUSTO, 2010, p. 65).

De qualquer forma, pode-se afirmar que, na época da conquista europeia, a região era dominada por povos indígenas que viviam em aldeias circulares, compostas por um a três anéis de casas envolvendo uma praça central, provavelmente com função político-cerimonial, possuindo dimensões superiores às das aldeias atuais, o que sugere uma população de 800 a 2000 pessoas (FAUSTO, 2010, p. 65).

Por fim, ressalta-se que essas disposições geográficas e sociais pelas sociedades indígenas são importantes, nos dias de hoje, não só por seu contexto histórico e cultural, como também para se chegar a conceitos antropológicos e sociais atualmente relevantes para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas: “territorialização”, “territorialidade” e “territorialidade específica”. Isso se faz necessário porque, conforme será observado adiante, a ligação desses povos com a terra em que vivem e onde viveram seus antepassados é elemento fundamental à sua autodeterminação – sendo o território compreendido como “produto das relações sociais, podendo se estender para além do lugar, ligando outros pontos que podem ser alcançados por uma rede de relações” (SHIRAISHI NETO, 2013, p. 125).

Assim, para Oliveira (1998, p. 71), há diferença entre “territorialização” (processo social deflagrado pela instância política) e “territorialidade” (estado ou qualidade inerente a cada cultura), sendo este último conceito o responsável por destacar, naturalizar e colocar em termos

atemporais a relação entre cultura e meio ambiente. Ademais, segundo Almeida (2008, p. 28), a territorialidade “funciona como fator de identificação, defesa e força, mesmo em se tratando de apropriações temporárias dos recursos naturais, por grupos sociais classificados muitas vezes como ‘nômades’ e ‘itinerantes’”.

Por sua vez, a partir deste último conceito, Almeida (2008, p. 29) chega ao de “territorialidade específica”, no contexto de uma noção prática para nomear “as delimitações físicas de determinadas unidades sociais que compõem os meandros de territórios etnicamente configurados”, nos quais os povos indígenas – e outros povos tradicionais – exercem seus modos de viver, de ocupação e de uso comum dos recursos naturais – assim como ocorria livremente séculos atrás –, mas que até a Carta de 1988 não tiveram qualquer reconhecimento legal e, por essas e outras mazelas impostas a esses povos, não puderam ser exercidas por muito tempo.

Concluindo este tópico, aspecto relevante a se destacar refere-se à dimensão e riqueza cultural da ocupação territorial dessas sociedades à luz das descobertas arqueológicas anteriormente descritas: se não fosse o genocídio contumaz perpetrado contra os povos indígenas pindoramenses no decorrer dos últimos 5 séculos, hoje essas populações estariam na casa de dezenas de milhões de indivíduos, com a sua cultura definitivamente arraigada no seio da sociedade brasileira, ocupando o lugar merecido diante de sua importância para a história do País.

1.2.1.2.2 Breves apontamentos sobre política, guerra e antropofagia

À medida que se estuda a cultura indígena e se descobre a sua riqueza, não se pode olvidar de trazer, ainda que de forma breve, alguns aspectos que rondavam o imaginário europeu à época da colonização – e que persistem até os dias de hoje – relacionados à guerra e à antropofagia (esta última bastante presente em alguns povos, a exemplo dos Tupinambá e dos Guarani), conseqüências de complexas inter-relações políticas e sociais indígenas. Nesse sentido, transcreve-se a seguir trecho da obra de Von Martius, baseada em seus estudos realizados no Brasil entre 1817 e 1820:

A guerra cria a necessidade do chefe. Este é sempre o mais forte, o mais bravo, o mais apto para guiar os seus companheiros na luta. Essa autoridade, que se faz sentir, com todo o seu peso discricionário, sobre a tribo nos empreendimentos belicosos, não se permitindo a desobediência, nem a pusilanimidade, se torna, aos poucos, necessária, na paz. É assim que, entre os nossos selvícolas, o chefe organiza e dirige as caçadas, as pescarias, escolhe os sítios para a taba e para a lavoura, convoca o conselho dos

anciãos e dos guerreiros e exerce também função de juiz. É a mesma assembléa quem decide da guerra. Não ha outro poder, na época de paz, para julgar os criminosos, entregues, nos delitos de sangue, á vingança dos parentes das vitimas. As praticas usuais da guerra deram nascimento ao que chama apropriadamente Metraux, o estatuto do prisioneiro que afronta, sem medo nem pesar, a morte no terreiro com o séquito de horrores da antropofagia ritual, porque é vergonha poupar-se ao sacrificio e voltar á tribu vencida de que já está desligado e que não recebe um covarde. (VON MARTIUS, 1938, p. 146).

Dessa forma, quanto à guerra e ao ritual antropofágico – importantes aspectos inter-relacionais e culturais desses povos –, verifica-se que, quanto aos Tupinambá, ambos eram pontos principais na articulação dos conjuntos multicomunitários, ocupando uma posição que em outros povos caberia à circulação de bens de prestígio e utilidades (FAUSTO, 2010, p. 79-80). Da mesma forma, os Guarani¹⁷, essencialmente belicosos, faziam uma grande festa no dia da execução dos inimigos, convidando as aldeias vizinhas e os demais membros da aldeia para devorá-los (COLAÇO, 1998, p. 46).

Nos traços gerais do canibalismo tupinambá trazidos por Viveiros de Castro (2015, p. 109), verifica-se um “elaborado sistema de captura, execução e devoração cerimonial de inimigos”. Os prisioneiros de guerra – os quais frequentemente eram oriundos de povos de mesma língua e costumes – podiam viver bastante tempo na aldeia antes de serem executados, sendo costume receberem mulheres do grupo captor como esposas.

Ao final do ritual – com a execução solene do cativo –, todos os presentes podiam comê-lo (os anfitriões e os convidados das aldeias aliadas) à exceção do seu executor, o qual além de não comer o cativo, entrava em reclusão funerária (uma espécie de luto), entregando-se a um “processo de identificação com o ‘contrário’ a quem acabara de executar”. Por outro lado, o ato para o oficiante-executor tinha valor iniciatório, obtendo com isso um novo nome, o direito de se casar e de ter filhos, de discursar em público e de aceder ao paraíso postumamente (VIVEIROS DE CASTRO, 2015, p. 109-110).

Para o prisioneiro, entretanto, seu destino estava longe de ser uma tragédia, tanto que não era necessário vigiá-lo, pois mesmo ficando em liberdade na aldeia não tentava escapar. Se fugisse seria considerado covarde e não aceito pelo seu grupo originário (COLAÇO, 1998, p. 46).

No que se refere às inter-relações políticas e sociais, enquanto nos Tupinambá não havia, de modo geral, um poder concentrado num Chefe supralocal (havendo, contudo, aldeias com um só chefe e outras em que cada maloca possuía o seu), entre os Guarani, por outro lado,

¹⁷ A própria palavra “guarani” significa guerreiro. In: COLAÇO, Thais Luzia. *O direito Guarani pré-colonial e as Missões Jesuíticas: a questão da incapacidade indígena e da tutela religiosa*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1998, p. 39.

poderia haver a divisão em províncias submetidas a um cacique principal (FAUSTO, 2010, p. 77).

Em relação aos Guarani, entretanto, Ramos (1988, p. 66, apud COLAÇO, 1998, p. 31) fala em grupos liderados por chefes com poder limitado e fundamentado na persuasão (e não na coerção). Esses chefes possuíam mais obrigações do que privilégios, com suas decisões pautadas na cultura e não na sua vontade (CHASE-SARDI, 1990, p. 85, apud COLAÇO, 1998, p. 32).

Em relação aos Jê, estudos recentes identificaram o quão complexas foram suas relações sociais no Brasil central, fugindo aos modelos tradicionais de desenvolvimento sociopolítico. Utilizando tecnologia simples e organização social provavelmente complexa, habitavam grandes aldeias anelares, interligadas entre si e reunindo grande população (FAUSTO, 2010, p. 68).

Ainda segundo Fausto (2010, p. 67), essa complexidade institucional e política dos Jê não possui paralelo na floresta tropical, estando sua estrutura intimamente associada à morfologia aldeã, a qual se manteve inalterada na região pelos últimos 1200 anos, reunindo o que deveria estar separado – sendo móveis e possuindo grandes aldeias –, com tecnologias de subsistência simples, porém com adornos corporais elaborados; não havia chefes supremos, embora houvesse uma economia política de prestígio, com desenvolvimento notável de instituições comunitárias e cerimoniais, porém basicamente não hierárquicas (FAUSTO, 2010, p. 67).

1.3 A autodeterminação dos Povos Indígenas

Segundo Souza Filho (2018, p. 68), especialmente a partir da 2ª Guerra Mundial os povos passaram a ter direitos reconhecidos internacionalmente, mas, para exercê-los necessitavam estruturar-se em Estados, convencendo-se chamar esse instituto de autodeterminação dos povos – o que em verdade, para o autor, significa a autodeterminação dos Estados.

Esse contexto é melhor explicado pelo autor na medida em que ao final do século XIX não se podia admitir um território ou povo sem a tutela do Estado, sendo que este por sua vez seria reconhecido internacionalmente se possuísse uma Constituição que assegurasse direitos individuais. Assim, os povos ou territórios que não possuíssem Cartas nacionais deveriam ser tutelados por outros. A partir desse discurso de que não poderia haver povo nem território sem

Estado, o direito à autodeterminação dos povos passou a ser o direito a constituir-se em Estado (SOUZA FILHO, 2018, p. 76-77).

Tal panorama começa a mudar em relação aos povos indígenas no final dos anos 1980, quando nasce a Convenção nº 169 da OIT. Esse Diploma trouxe avanços para a temática da autodeterminação como direito inerente à cidadania indígena (BURGUETE; RUIZ, 1994, apud NOGUEIRA, 2016, p. 109).

Posteriormente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, no ano de 2007, trouxe em seus arts. 3º, 4º e 5º¹⁸ a autodeterminação de forma mais contundente, consistindo no direito desses povos em determinar livremente sua condição política e buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, podendo assim exercer o direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, além de poder conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais (ONU, 2007).

Tal previsão vai ao encontro do previsto nos artigos 4º¹⁹ e 231²⁰ da nossa Carta Magna (BRASIL, 1988), de modo que se pode entender que os referidos dispositivos asseguram o direito à autodeterminação desses povos. Porém, não é esse o entendimento do Estado brasileiro, persistindo em tratar os indígenas como “invisíveis”, como delineado anteriormente.

Assim, à luz dos diplomas acima descritos e considerando-se o raciocínio dedutivo na presente pesquisa, verificam-se verdadeiras as premissas concernentes à jurisdição indígena como direito imaneente aos povos indígenas e intrinsecamente ligado à sua autodeterminação, possuindo sua previsão expressa em âmbito internacional e doméstico – o que leva à conclusão lógica dedutiva de que o Brasil deve reconhecer a jurisdição indígena.

Reforçando esse dever do Estado brasileiro, recorre-se aos ensinamentos de Nogueira (2016, p. 115-116). Ao tratar da autodeterminação das sociedades tradicionais, a autora ressalta a resistência dessas sociedades na luta por seus direitos contra o Estado que pretendia ser

¹⁸ Artigo 3: Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural; Artigo 4: Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a dispõem dos meios para financiar suas funções autônomas; e Artigo 5: Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado (ONU, 2007).

¹⁹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] III - autodeterminação dos povos (BRASIL, 1988).

²⁰ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (BRASIL, 1988).

superior e universal, demonstrando inequivocamente serem povos soberanos, eis que anteriores ao Estado e resistentes a ele. Essa resistência, seja por meio de enfrentamento físico, seja de modo invisível²¹, é fundamental para se entender a autodeterminação dos povos indígenas:

As formas de resistência são entendidas por esta pesquisa como formas de exercício da autodeterminação, enfatizando aos indígenas seu caráter de povo etnicamente diferenciado, com resistência da identidade étnica, ainda que tocadas pelo processo de aculturação.

Como consequência direta da abordagem acima, o direito à autodeterminação é um direito dos povos indígenas e compreende na liberdade da manifestação da vontade coletiva dos povos em decidir sobre sua forma de organização política, social, jurídica e suas relações entre si e com a natureza, com base em suas tradições e cultura. (NOGUEIRA, 2016, p. 116).

Outrossim, conforme delineado anteriormente, a ligação desses povos com a terra em que vivem e onde viveram seus antepassados merece especial destaque. Conforme Costa (2014, p. 106-107), a ligação com a terra também é elemento fundamental à autodeterminação, por ser esse vínculo essencial para o livre desenvolvimento do índio e principal instrumento para a autonomia indígena.

Não à toa o constituinte buscou enaltecer a força desse vínculo, prevendo o reconhecimento do direito desses povos sobre as terras por eles ocupadas, porém olvidou de reconhecer (intencionalmente, ou não) as terras pertencentes aos seus antepassados e que, assim como as atualmente ocupadas, são “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”, conforme prevê o § 1º do art. 231 da Carta brasileira (BRASIL, 1988).

Como pode ser observado, a Constituição de 1988 representou grande avanço no sentido de reconhecer e promover a autodeterminação dos povos indígenas, porém muitos de seus dispositivos ainda representam letra morta no ordenamento jurídico nacional.

A fim de alterar esse cenário, os povos indígenas do Brasil devem buscar seus direitos, de modo a assumirem seu lugar como protagonistas na História brasileira.

²¹ Conforme nota de rodapé da autora, a “resistência invisível” ocorria mediante a simulação praticada pelos povos indígenas pela qual fingiam estar derrotados e aderidos ao cristianismo, quando em verdade continuavam a praticar sua religiosidade ancestral sem o conhecimento dos dominadores (SILVA, 2004, p. 3, apud NOGUEIRA, 2016, p. 115).

1.4 Da invisibilidade ao protagonismo

Fruto da adaptação contínua e criativa desses povos e do sentimento de comunhão étnica, Almeida (2019, p. 119) ressalta sua coesão demonstrada na atualidade, transformando etnias rivais de outrora em parceiros nas lutas de hoje. Dentre os fatores dessa coesão, destacam-se a ação política comum e a construção de uma memória coletiva que os unifica e fortalece em busca dos direitos assegurados com base nas identidades étnicas.

Nesse contexto, percebe-se nos dias de hoje a multiplicação de movimentos de reafirmação étnica deflagrados por inúmeros povos indígenas em vários países a partir do Sul, incentivados pelas constituições de países como Bolívia, Equador e Colômbia²², as quais têm se preocupado em devolver ao indígena seus direitos, em especial o direito à terra (ALMEIDA, 2019, p. 119).

Aspecto relevante a ressaltar nesses movimentos de viés descolonial é a chamada “Filosofia da Libertação” como teoria filosófica organicamente comprometida com o processo de ruptura do povo, como um contradiscurso – uma filosofia crítica – “que nasce na periferia (e a partir das vítimas, dos excluídos) com pretensão de mundialidade”, com a consciência expressa de sua perifericidade e exclusão, mas ao mesmo tempo com a pretensão de mundialidade (DUSSEL, 2000, p. 73). Assim, segundo Enrique Dussel, a Filosofia da Libertação

seria um movimento amplo, uma aliança estratégica do pensamento crítico, que se define em função prática, em vista da libertação das nossas nações e classes oprimidas. Esta filosofia não se define por uma opção teórica, mas prático-política. Permite uma diversidade teórico-filosófica, a partir de uma **unidade** prática. A filosofia da libertação deve saber pensar os temas conjunturais definidos desde o processo estratégico de onde assume sua fisionomia. (DUSSEL, 1977, p. 217; grifo no original).

No caso do Brasil, Dantas (2014, p. 344) leciona que a história dos povos indígenas é marcada por processos e formas de injustiças e violências institucionalizadas: inicialmente negando sua humanidade; transitando em longo tempo pela negação de sua cultura e, chegando aos dias atuais, ainda a limitar o exercício de direitos e, conseqüentemente, da cidadania. Esse itinerário, conforme o autor, “é caracterizado pelo ocultamento e invisibilização da diversidade étnica e cultural, portanto, da negação da pluralidade de povos e culturas configuradoras da sociedade complexa e multicultural”. Nesse contexto, Souza Filho (2018, p. 85) afirma que a

²²Essas constituições serão abordadas adiante, no capítulo 3, quando serão tratados dos direitos indígenas no direito comparado.

invisibilidade dos direitos indígenas foi uma opção clara do Estado contemporâneo, negando-se os direitos coletivos tais como os dos povos indígenas.

Foi ao final da década de 1980 que o País voltou seus olhos ao protagonismo indígena, fruto de um esforço coletivo envolvendo militantes indígenas e intelectuais, principalmente, nas áreas de Antropologia e História, com o objetivo de colocar os indígenas no centro dos processos estudados, passando-os de vítimas passivas e engessadas a verdadeiros sujeitos ativos da história nacional (DORNELLES; MELO, 2015, p. 192-193).

Nesse contexto histórico, social e político, além da inserção do art. 231 na Constituição Federal (BRASIL, 1988), nasce no âmbito das Nações Unidas a Convenção nº 169 da OIT (BRASIL, 2019a), trazendo de forma explícita os direitos dos povos indígenas, urgindo daí a necessidade de maior atenção por parte do Estado brasileiro e a adoção de medidas visando concretizar esses direitos.

Esse reconhecimento constitucional veio a corrigir cinco séculos em que a presença das diferenças étnicas dos povos indígenas esteve invisibilizada nos planos social e jurídico – respectivamente por meio do preconceito e da desconsideração das pessoas e sociedades diferenciadas (DANTAS, 2014, p. 345).

Dessa forma, como ressalta Dantas (2014, p. 362), a Constituição de 1988 – do ponto de vista jurídico-formal – vem a provocar uma ruptura no regime de ocultamento e invisibilidade das pessoas indígenas e suas sociedades, concebendo que esses povos configuram diferenças étnico-raciais, por meio do “reconhecimento dos índios, suas organizações sociais, usos, costumes, tradições, direito ao território e capacidade postulatória”.

Porém, como ressalta o autor, o transcurso dessa mudança ainda não venceu o preconceito: superado o racismo clássico baseado em códigos biológicos – a partir do conceito contemporâneo de raça –, o foco do preconceito passa a ser a cultura dos povos indígenas, atuando nesse sentido a ideologia implícita de homogeneização cultural presente no processo de globalização que impõe necessidades e modelos universais – favorecedores da expansão do mercado (DANTAS, 2014, p. 345).

De todo modo, pode-se verificar que a historiografia brasileira tem passado por importantes transformações nas últimas décadas, sendo um fator de destaque a inclusão da temática indígena no currículo oficial da rede de ensino brasileira por meio da Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008 (BRASIL, 2008).

Por meio dessa inovação, busca-se alterar a narrativa nos bancos escolares acerca da formação do povo brasileiro, cuja história anterior colocava a Europa como local de nossa gênese e centro de interesse sociocultural, misturando os sonhos lusitanos representados pelas

grandes navegações e suas conquistas coloniais com nossos próprios sonhos nacionalistas representados nas lutas pela independência e pela união entre branco, negro e índio.

Era sob essa narrativa anterior eurocentrista, como leciona Coelho (2019, p. 151), que a narrativa didática fazia sentido, explicando-se o tráfico negreiro pelo interesse comercial no mercado atlântico; a Inconfidência Mineira pelo Iluminismo; o fim da Escravidão e a Independência pelos interesses ingleses, e assim por diante.

O não reconhecimento dessa diversidade cultural pelos europeus em geral, seja por dificuldade na percepção, seja por omissão, contribuiu para se chegar à equivocada conclusão, perpetuada durante muito tempo de nossa história, de que os indígenas brasileiros eram primitivos (SALES, 2015, p. 23).

Essa falsa noção de primitividade – que ainda hoje se faz presente –, traz reflexos negativos aos povos indígenas, dentre os quais podem ser destacados a impressão de supremacia de um povo sobre o outro e a falácia de que eram ou são menos evoluídos, contribuindo para a discriminação e o não reconhecimento dos direitos desses povos.

Assim, a referida Lei nº 11.645/08 não deve ser vista como uma mera alteração curricular obrigatória com a inclusão da história da África, da Cultura Afro-brasileira e da história dos Povos Indígenas nos currículos escolares, mas principalmente deve-se vislumbrar o redimensionamento da Memória e a alteração da orientação do currículo da história ensinada nas escolas, para enfim estender a outros agentes e espaços a importância e o protagonismo merecidos, permitindo-nos aprender e reconhecer que nossa história está submetida a diferentes orientações que não exclusivamente a europeia (COELHO, 2019, p. 152-153).

Mas ainda há algumas barreiras a serem transpostas: como observou Coelho (2019, p. 154), a partir da vigência da citada Lei, verificou-se maior atenção aos povos indígenas nos livros didáticos, dispensando-lhes por vezes capítulos inteiros, entretanto, manteve-se a mesma abordagem restrita a esses povos com ênfase no período colonial, com apenas menções esparsas e superficiais de sua participação nos eventos ocorridos nos séculos XIX, XX e XXI, sendo ainda retratados como agentes secundários e sem relevância na narrativa histórica, ou seja, meros pacientes, estáticos, só havendo mudanças efetivas na história quando chegam os agentes europeus, passando-se então à edificação do Brasil como ele é hoje.

Para reverter tal situação, faz-se necessário reformular os processos de formação de professores de História para que venham a conhecer e se adequar às demandas sociais e às necessidades da atualidade, bem como reorientar a narrativa didática presente nos livros escolares nacionais, que ainda preza pela perspectiva eurocêntrica (COELHO, 2019, p. 162-163).

Portanto, a perspectiva a ser adotada deve ser mais realista em relação à formação do País e do povo brasileiro, trazendo para a sala de aula, na mesma proporção, a história de europeus, índios e negros – cada qual com suas origens, valores, culturas, tradições e lugar de relevo na história e sendo esses três povos os pilares do Brasil de ontem e de hoje.

Ao tratar dos desafios que se apresentam para historiadores e antropólogos no exercício da pesquisa interdisciplinar da atualidade, Almeida (2019, p. 112) afirma que, nas últimas décadas, a história indígena tem se renovado significativamente a partir dos diálogos entre esses dois ramos da ciência, permitindo-se repensar não apenas as trajetórias de vários povos indígenas no Brasil, mas também de vários temas da nossa história, incluindo as amplas e complexas relações de contato entre esses povos e as sociedades envolventes, buscando especialmente compreender suas transformações étnicas e culturais, além de suas atuações e interesses próprios continuamente transformados na dinâmica de suas relações.

Nesse sentido, a autora leciona que a partir da ideia de transformação contínua das tradições e culturas indígenas, fruto de sua grande capacidade em se adaptar e reagir de forma criativa às situações adversas – incluindo-se nestas as violências de todos os matizes sofridas em seu contato com o europeu –, permite-se compreender os indígenas como sujeitos ativos dos seus processos de mudança (ALMEIDA, 2019, p. 113-114).

Pode-se afirmar, portanto, que os estudos da atualidade, desenvolvidos por historiadores e antropólogos, permitem alçar os povos indígenas a verdadeiros protagonistas na História do Brasil, possuidores de uma história própria que narra suas lutas nas quais jamais admitiram que portugueses e demais invasores europeus lhes colocassem grilhões.

Nesse mesmo norte, Sales (2015, p. 21) afirma a necessidade de se reconhecer o direito dos povos indígenas à sua própria história, para que, sob novo foco, a própria História do Brasil seja alterada significativamente.

Logo, em relação ao Brasil e o merecido protagonismo indígena, não há que se falar em “história” somente a partir de 1500, muito menos em “pré-história” antes disso, até porque, conforme Sales (2015, p. 20), o termo tem viés preconceituoso, que induz a pensar que esse povo é de “antes da história”, ou que esse povo é um povo “sem história”, excluindo-se, por consequência, esse grupo cultural da nossa história, da história da humanidade. A História do Brasil, portanto, é uma só.

Desse modo, conforme Sales (2015, p. 24), pensar ou afirmar que os povos indígenas são menos evoluídos desmerece toda a história de adaptação bem sucedida vivida por esses povos em nosso território – uma história fundamental que serviu de base para o estabelecimento de todas as outras sociedades humanas no nosso país.

Na tentativa de mudar esse panorama, surgiram nas últimas décadas figuras proeminentes no cenário nacional, na política, cultura ou simplesmente na luta por direitos indígenas, trazendo nomes como Mário Juruna, da etnia Xavante de Mato Grosso (cujo ativismo político a partir da década de 1970 permitiu eleger-se como Deputado Federal em 1982) e o Cacique Chicão, da etnia Xukuru de Pesqueira - PE (assassinado por causa de conflitos agrários em 1998) (SILVA FILHO, 2019, p. 140).

Já no contexto amazônico, destacam-se como importantes lideranças na atualidade: o Xamã Yanomami Davi Kopenawa – reconhecido no Brasil e no exterior por sua luta em defesa dos direitos do Povo Yanomami (Amazonas e Roraima), principalmente pelo seu engajamento no processo de demarcação da Terra Indígena dessa Etnia em 1992 e na luta contra a invasão de garimpeiros) –; o Professor e Escritor Daniel Munduruku (Amazonas, Pará e Mato Grosso), cuja etnia leva como sobrenome (Pós-Doutor em Linguística pela Universidade Federal de São Carlos, autor de diversos livros voltados à educação, com ênfase na Literatura infantil); e o Professor Doutor Gersem José dos Santos Luciano – mais conhecido como Gersem Baniwa (Amazonas), por pertencer a essa etnia (SILVA FILHO, 2019, p. 141-143).

Como lideranças femininas, destacam-se o ativismo da cantora Djuena Tikuna (Amazonas), indígena desta etnia, sendo a primeira mulher indígena a lançar um disco em língua materna no Teatro Amazonas (o Disco denominado Tchautchiane – “Minha Aldeia”, em português, que a tornou a primeira indígena da Amazônia brasileira indicada ao prêmio *Indigenous Music Awards*), e da Advogada e Deputada Federal Joênia Batista de Carvalho, da etnia Wapichana (Roraima), popularmente conhecida como Joênia Wapichana, tendo entre suas principais causas a participação à frente da demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, alvo de embate histórico entre indígenas e arroteiros (SILVA FILHO, 2019, p. 144-145).

1.5 Quem é indígena hoje no Brasil?

Por incrível que possa parecer, essa pergunta é deveras relevante atualmente no País.

Ao falar da “explosão da indianidade”, Eduardo Viveiros de Castro²³ (ISA, 2006, p. 43), refere que com o advento da Constituição de 1988, consagrou-se o princípio de que as comunidades indígenas se constituem como “sujeitos coletivos de direitos coletivos”,

²³ Eduardo Viveiros de Castro é Etnólogo americanista, com experiência de pesquisa na Amazônia. Doutor em Antropologia Social pela UFRJ (1984). Docente de etnologia no Museu Nacional/UFRJ desde 1978. Professor titular de antropologia social na UFRJ desde janeiro de 2012. Disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4783546H3>.

superando-se (ao menos aparentemente) o paradigma social da conversão do “índio em branco”, para, ao final, continuar a ser parte de uma minoria discriminada na sociedade nacional.

Assim, o índio tornou-se a “comunidade”, passando daquela dimensão individual para a relacional e a transindividual, e é a partir de então que reemergem sociedades indígenas que até esse momento se encontravam submersas em meio à negação estatal de sua identidade pela doutrinação social, política e religiosa (ISA, 2006, p. 43).

Porém, na esteira do ressurgimento dessas sociedades, percebe-se que pode ser interessante “ser índio”, decorrendo disso a banalização da ideia e do “rótulo de índio”. Logo, se “todo mundo” ou “qualquer um” (qualquer coletivo) autointitular-se índio, isso pode vir a prejudicar quem realmente é índio, fazendo com que a condição de indígena (jurídica, ideológica e cultural) perca seu sentido. Castro, contudo, rechaça essa preocupação, não a considerando possível ao afirmar que “ser índio é como aquilo que Lacan dizia sobre o ser louco: não o é quem quer. Nem quem simplesmente o diz. Pois só é índio quem se garante” (ISA, 2006, p. 44).

Entretanto, deve-se considerar a relevância de tal preocupação, especialmente ao se observar que, além de faltarem atualmente no Brasil critérios legais para a aplicação das ações afirmativas, também houve naturalmente uma grande miscigenação ao longo dos últimos 521 anos, o que dificulta sobremaneira a identificação dos indivíduos pertencentes a esses povos.

Nesse sentido, Carneiro da Cunha (2012, p. 90) leciona que “a antropologia social chegou à conclusão de que os grupos étnicos só podem ser caracterizados pela própria distinção que eles percebem entre eles próprios e os outros grupos com os quais interagem”, existindo enquanto se consideram distintos, “não importando se essa distinção se manifesta ou não em traços culturais”.

Outrossim, quanto ao critério individual de pertinência a tais grupos, a autora esclarece que depende tão somente de uma autoidentificação e do reconhecimento pelo grupo ao qual determinado indivíduo pertence, de modo que o grupo pode aceitar ou recusar mestiços ou adotar ou ostracizar pessoas – o grupo dispõe de suas próprias regras de inclusão e de exclusão. Assim, a identidade étnica de um grupo indígena ocorre exclusivamente em função da autoidentificação e da identificação pela sociedade envolvente (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 90-91 e 96).

De todo modo, como ressalta Villares (2009, p. 28), essa preocupação tradicional da Antropologia – em reconhecer e classificar um grupo de pessoas como indígena – na atualidade também interessa ao Direito, sendo importante para o Estado identificar um indivíduo como indígena com a finalidade de que as normas e políticas de proteção sejam concretizadas em

favor dos seus legítimos destinatários. De outro lado, reduzir a uma definição genérica como “índio” termina por não considerar o universo e a complexidade da alma humana presentes em cada indivíduo ou a diversidade de relações familiares ou comunitárias: indivíduos com histórias de vida, entendimentos do mundo, crenças e valores diversos, por vezes antagônicos. Enfim, reduzir todas essas características em um único termo termina por equivocadamente simplificar o que é complexo e criar um estereótipo:

O índio é visto de modo caricatural e estereotipado e absorvido culturalmente e massificadamente como indivíduo não pertencente à nossa realidade e vivência. Não é sem razão que a imagem que se faz do índio alterna-se ora na ideia romântica do homem despido de roupas e de malícia ora como aculturado e oportunista. (VILLARES, 2009, p. 317).

Porém, entende-se que, na verdade, não se trata de uma “redução”, mas sim uma “ampliação” do termo, generalizando, é verdade, mas o próprio indígena tomou para si a denominação, sendo dessa forma ideologicamente aceito pelos próprios interessados e destinatários da norma. Assim, apesar do estereótipo – mais uma xenofobia do que propriamente um elemento histórico – faz-se necessária essa “ampliação” do termo “índio” para identificar os povos indígenas e seus indivíduos. Entretanto, como se não bastasse a diversidade entre os vários povos indígenas, colocar em prática essa distinção no âmbito jurídico é igualmente difícil.

Os principais diplomas que buscaram circunscrever uma definição o fizeram de forma parcial, sendo necessária uma interpretação conjunta para delimitar quem é índio e quem não é, a começar pela Convenção nº 169 da OIT.

A Convenção, ao definir seu âmbito de aplicação, traz em seu art. 1º o seguinte:

1. A presente convenção aplica-se:

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

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

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

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional. (BRASIL, 2019a).

Assim, segundo Villares (2009, p. 29), pela alínea *a*) do item 1 acima, a Convenção 169 também abarcaria os Quilombolas, eis que representam povos tribais diferentes da coletividade nacional, que se regem por costumes e tradições vindas de seus antepassados e reinventadas no presente.

Ainda que na alínea *b*) acima a definição trate dos descendentes de populações que habitavam o país ou região geográfica anteriormente à conquista ou colonização – excluindo-se dessa forma os afro-brasileiros que não seriam originários do Brasil –, a partir da leitura da transcrição acima, percebe-se que os dispositivos não se excluem, pois o objetivo da norma é abarcar todos os povos indígenas no mundo, independentemente de onde sejam originários, numa generalização que intenta não deixar dúvidas de quem é índio, porém pode deixar dúvidas de quem não é. De qualquer forma, para ser índio abrangido pela Convenção, o critério fundamental é a autoidentificação como indígena, à luz do item “2.” anteriormente delineado.

É claro que, ao se fazer uma digressão histórica mais distante, poder-se-á afirmar que os Povos Quilombolas e Indígenas descendem do mesmo *homo sapiens*²⁴. Logo, ambos os povos são índios à luz da Convenção, pois que descendem das mesmas populações que habitaram os continentes americano e africano há milhares de anos, em período bem anterior à conquista de nosso País.

Por sua vez, a legislação brasileira vigente buscou definir quem é indígena, por meio da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – Estatuto do Índio, cujo art. 3º prevê como segue:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados. (BRASIL, 1973).

Do exposto, verifica-se que, para o supracitado Diploma, pode ser considerado índio o indivíduo de origem ou ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distingam da sociedade nacional.

²⁴ Conforme já estudado no item 1.2.1 deste Capítulo.

Porém, mesmo havendo o reconhecimento recíproco entre um indivíduo e determinado grupo no que se refere à sua ascendência pré-colombiana, se o mesmo não pertencer a essa coletividade, poderá não ser considerado indígena segundo o Estatuto (VILLARES, 2009, p. 30).

Dessa forma, a maior divergência do que é ser índio na atualidade se refere ao confronto entre a exigência somente da autoidentificação e, por outro lado, da autoidentificação somada ao reconhecimento da sociedade indígena e à preservação de características que o distingam dos demais. Isso ocorre porque tanto a Convenção 169, quanto o Estatuto do Índio definem que a origem histórica, a autoidentificação, a identificação pela sociedade indígena e a conservação de determinadas características culturais e institucionais são necessárias para definir o índio (VILLARES, 2009, p. 31).

De todo modo, à luz dos Diplomas anteriormente delineados, demonstra-se cristalino que se o índio não quiser ser índio, ele pode não ser, ninguém pode o obrigar a sê-lo. Isso por si só já é um aspecto positivo na atualidade, ainda que, na prática, a rotulação e a discriminação persistam. Ou seja, de direito, o índio pode deixar de ser índio, porém, de fato, jamais conseguirá.

1.6 Quem é “o índio” hoje no Brasil?

Se ser índio é não ser civilizado – segundo o imaginário europeu ainda arraigado na cultura nacional –, quem é o índio hoje no Brasil? Faz-se necessário tal questionamento porque na sociedade nacional majoritária – que se diz civilizada – o que se observa, dentre outras mazelas, é uma violência desmedida, a exploração do mais fraco, a corrupção em diversos níveis, a violação diuturna de direitos fundamentais e a guerra entre pessoas e instituições pelo poder. A vida humana não tem valor. Nesse sentido, pode-se afirmar que essas atitudes representam, na atualidade, um modo de viver que se encontra arraigado nas sociedades ao redor do mundo, incluindo-se, dentre elas, o Brasil.

Como se isso não bastasse, essas sociedades cultuam e disseminam essas atitudes por meio de redes sociais, de jogos eletrônicos, de programas de televisão ou de noticiários. Os crimes não impressionam mais: eles despertam o interesse e a curiosidade e dão lucro aos seus autores, criadores e perpetuadores.

Além disso, o meio ambiente em todos os seus matizes é degradado todos os dias, reflexo da falta de consciência social e ambiental e, principalmente, da ausência de um

sentimento de fraternidade e alteridade, não havendo qualquer consideração com o seu futuro e o de seus semelhantes.

Nesse sentido, Bóris Fausto traz importante lição – ainda que se equivoque quanto aos motivos pelos quais a atuação dos povos indígenas não tinha (e não tem até hoje) os efeitos devastadores na natureza –, eis que não tem nada a ver com o alcance das atividades ou com a falta de tecnologia, mas sim com a reconhecida consciência ambiental indígena:

De qualquer forma, não há dúvida de que, pelo alcance limitado de suas atividades e pela tecnologia rudimentar de que dispunham, estavam longe de produzir os efeitos devastadores da poluição de rios com mercúrio, ou da derrubada de florestas com motosserras, características das atividades dos brancos nos dias de hoje. (FAUSTO, 2006, p. 38).

Outrossim, o tratamento dispensado ao índio no Brasil é, na maioria das vezes, no mínimo contraditório, de um lado tratando-o como um incapaz no momento de exercer o direito sobre suas terras (que não são suas de fato, mas sim da União) e, de outro, considerando-o plenamente capaz no momento de aplicar-lhe a lei penal, desconsiderando seus direitos culturais constitucionalmente previstos. Deve-se perguntar, pois, se esse tratamento dispensado ao indígena pelo restante da sociedade, ao arripio da Lei, pode ser considerado civilizado. A despeito dos avanços da Carta de 1988, o índio continua a ser tratado como uma coisa – e não como uma pessoa –, restando presente, portanto, mais esse resquício do preconceito herdado dos conquistadores portugueses.

A esse respeito, remete-se à intrigante (e atual) pergunta de Francesco Carnelutti feita décadas atrás em sua obra “As Misérias do Processo Penal” (1957, trad. CARDINALLI, 1995, p. 7), para retratar o contexto das questões tratadas até aqui: “Considerar o homem como uma coisa: pode-se ter uma forma mais expressiva da incivilidade?”

2 O DIREITO IMANENTE AOS POVOS INDÍGENAS

Na defesa de um ideal de justiça que solucione os conflitos sociais dos povos indígenas, a presente pesquisa almeja trazer algumas das especificidades do sistema jurídico em desenvolvimento por esses indivíduos há várias gerações, eis que não se trata de um direito estático, mas sim, em constante movimento, como ocorre com os demais aspectos da cultura indígena, em constante processo de adaptação, resistência e renascimento frente ao colonialismo presente no Brasil e nos países vizinhos da América Latina desde a chegada dos europeus no final do século XV.

Nesse sentido, o significado de imanente – escolhido propositalmente para abrir este capítulo – está relacionado àquilo que é intrínseco, inerente, arraigado, íntima e fortemente ligado –, buscando demonstrar desde o início da presente etapa não só a importância do Direito para essas sociedades, mas também que a existência de um sistema jurídico em cada uma das sociedades indígenas mundo afora (especialmente na Amazônia), significa a sobrevivência dessas sociedades, motivo pelo qual elas (as sociedades indígenas) não podem subsistir sem ele (seu Direito).

Porém, antes de tratar do Direito Indígena propriamente dito, faz-se necessário permear as fronteiras do pluralismo jurídico com o fim de atestar a coexistência de sistemas jurídicos distintos – o estatal e o indígena –, passando-se inicialmente pelo pluralismo como concepção filosófica e chegando-se, ao final, ao viés penal desse ramo do Direito – juntamente com a jurisdição indígena.

Convém destacar, também, que no presente trabalho voltar-se-á mais especificamente para os vieses penal e processual do Direito Indígena, em virtude de sua relação com o ponto central do presente trabalho – no sentido de defender o direito dos povos indígenas de julgarem os delitos praticados por seus membros. Isso se faz necessário porque, como sabido, o Direito Penal é o ramo que adentra de forma mais contundente a esfera individual dos indivíduos que a ele estão submetidos, podendo interferir em bens dos mais caros para o homem – tais como sua vida e sua liberdade.

Por fim, esclarece-se que, ao adentrar o Direito Indígena, far-se-á uma divisão meramente didática por tópicos, com a finalidade de não tornar a leitura maçante e prestar-lhe uma roupagem lógica, porém, poderá ser observado que não há como separar (e nem o porquê de fazê-lo) dentro da sociedade indígena, o Direito de seu viés penal, nem este do processual, eis que na realidade indígena firmada no coletivo, não há, como leciona Souza Filho (2018, p.

161), uma separação “sofisticada” entre os ramos do direito, como se exige na sociedade majoritária erigida sobre os pilares do individualismo e do contratualismo.

2.1 Pluralismo jurídico

Antes de trazer aspectos relativos ao pluralismo jurídico, fundamentais para demonstrar a relevância do Direito Indígena, deve-se primeiramente diferenciar o chamado “Direito Indígena” do “Direito Indigenista”.

Segundo Amado (2016, p. 251), a expressão “direito dos povos indígenas” possui dois planos de abrangência no que se refere às questões relativas aos povos indígenas, fazendo-se necessário, portanto, distinguir o Direito Indígena e o Direito Indigenista, com vistas à sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, lembra o autor que, por ocasião da chegada dos europeus ao território – que anos mais tarde seria chamado de Brasil – existiam aqui várias sociedades indígenas, cada qual com sua língua, crença, costume, organização e sistema de resolução de conflitos, constituindo esses meios próprios utilizados por esses povos no chamado **Direito Indígena** (AMADO, 2016, p. 251).

Por sua vez, os colonizadores trouxeram consigo o seu Direito e a sua religião, impondo-os sem nenhum reconhecimento ao que aqui vigorava, pois acreditavam que os povos indígenas não possuíam Lei nem Deus. Esse Direito imposto e voltado aos indígenas é o chamado **Direito Indigenista**, caracterizando-se, portanto, pelo conjunto de normas elaboradas “pelos não índios para os índios”, citando-se como exemplos o Estatuto do Índio e a Convenção nº 169 da OIT (AMADO, 2016, p. 251).

Nessa esteira, Moreira (2011, p. 389) afirma que “o direito nacional relativo ao índio é um direito dos brancos para os povos indígenas, algumas vezes equivocadamente denominado de Direito Indígena”.

Quanto à validade desse Direito – o Indígena –, o autor observa que tanto o Direito Internacional, quanto o constitucional brasileiro, indicam a proteção da cultura indígena e, por consequência, apontam para a validação de um “direito indígena legítimo, eficaz e eficiente”, representado pelas normas costumeiras aplicadas às sociedades indígenas, dissertando que

é possível dar notícia que o conteúdo do direito indígena protegido no plano internacional e constitucional não são - somente - as normas de direito internacional dispostas nas Convenções **mas, sim, o direito subnacional ou transnacional praticado pelos povos indígenas.** (MOREIRA, 2011, p. 389; grifo nosso).

Outrossim, acerca do pluralismo jurídico – em cujos fundamentos pretende-se ancorar a legitimidade do Direito Indígena e respectiva jurisdição no decorrer do presente capítulo –, convém trazer à lume o pluralismo como concepção filosófica, bem como seus traços valorativos.

Assim, conforme Wolkmer (2015, p. 186), o pluralismo como concepção filosófica vem a reconhecer a vida humana como constituída por “seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade”. Ao mergulhar nessas “pluralidades”, o autor leciona uma série de pluralismos que abrangem a vida em sociedade – como o sociológico, o político, o econômico e o ideológico, dentre outros.

Esses pluralismos possuem como traços valorativos, conforme Wolkmer (2015, p. 189), a autonomia, a descentralização, a participação, o localismo, a diversidade e a tolerância.

Dessa forma, segundo o autor, a “autonomia” refere-se ao poder intrínseco que os sujeitos sociais coletivos ou associações (profissionais, econômicas, religiosas, familiares e culturais) possuem independentemente do poder governamental, manifestando-se não só diante do poder do Estado, mas no próprio interior dos vários interesses particulares, setoriais e coletivos; já a “descentralização” representa o deslocamento do exercício do poder político administrativo das instituições formais unitárias para as esferas locais e fragmentadas, mais intimamente relacionadas às múltiplas necessidades dos novos sujeitos coletivos e à maior “participação” das inúmeras identidades locais; o “localismo”, por sua vez, trata do exercício do poder local, buscando favorecer a produção direta e a movimentação de bens e serviços, com ênfase em processos decisórios alicerçados em técnicas de ação comunitária e participativa, o que termina por favorecer a tomada e a execução de ações coletivas de caráter regionalizado no interesse daquela comunidade; quanto à “diversidade” – elemento nevrálgico da ordem pluralista, ao lado da fragmentação e da diferença –, sua valoração representa o reconhecimento da existência de uma diversidade de seres, realidades, fenômenos e corpos sociais que coexistem e interagem entre si – mas jamais se sobrepõem uns aos outros –, admitindo-se, como corolário da diversidade, as exigências individuais e/ou coletivas bem como os conflitos daí decorrentes como condição de sua coexistência social; e, por fim, a “tolerância”, relacionada ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria – o direito de ser diferente dos demais –, implica no bom uso da razão e a predisposição em aceitar uma vida social caracterizada pela diversidade de crenças e pelo dissenso político de manifestações coletivas (WOLKMER, 2015, p. 189-191).

Tais traços valorativos trazidos pelo autor, característicos do pluralismo como concepção filosófica, podem ser observados em nossa Carta Magna, não somente nas 4 (quatro) vezes em que o radical “plural” está presente (Preâmbulo; art. 1º, V; art. 17 *caput*; e art. 206, III), mas também em outros vários dispositivos, a exemplo de trecho do Preâmbulo (valores participação, diversidade e tolerância), inciso VII do Parágrafo único do art. 194 (valores autonomia, descentralização e participação), inciso III do art. 198 (valor localismo) e incisos I e II do art. 204 (valores autonomia, descentralização e participação), conforme trechos transcritos a seguir:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a **liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade **fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na **harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

[...]

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

[...]

Parágrafo único (...)

[...]

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

[...]

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

III - participação da comunidade.

[...]

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. (BRASIL, 1988; grifos nossos).

O art. 216-A da Constituição, que trata do Sistema Nacional de Cultura, é o melhor exemplo da presença desses valores, trazendo em seu bojo todos eles – a autonomia, a descentralização, a participação, o localismo, a diversidade e a tolerância –, restando claro, portanto, que nossa Carta tem (ou ao menos deveria ter) viés pluralista. Já o art. 231 da Carta maior – especificamente voltado aos povos indígenas – demonstra a intenção do Constituinte em reconhecer em prol desses povos esses valores. Mas se isso é verdade, por que esses valores não são encontrados na realidade social brasileira?

Aqui abre-se um parêntesis, já adentrando especificamente no pluralismo jurídico e albergando-se num breve e hodierno contexto histórico: pode-se inferir que essa previsão constitucional – análoga a outras Cartas na América Latina em Países como Equador, Colômbia, Bolívia e Peru, conforme Torres (2015, p. 104-105) – é reflexo da retomada, após a Segunda Guerra Mundial, das propostas sociológico-jurídicas que melhor contribuíram para a construção teórica clássica de um autêntico e original pluralismo jurídico, com expoentes em Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch, cujas proposições nucleares, segundo Wolkmer (2015, p. 208 e 215), foram no sentido de que “Direito não se confunde com o Estado” e “toda sociedade compreende subgrupos, cada um com seu próprio sistema jurídico mais ou menos autônomo”.

É a partir dessas propostas que surgem antropólogos interessados em comparar práticas de pluralismo entre as modernas sociedades colonizadoras e nações colonizadas do terceiro mundo, resultando também numa retomada de estudos sobre o pluralismo jurídico, envolvendo o reconhecimento de ordens normativas dos povos indígenas (WOLKMER, 2015, p. 215).

Assim, concebe-se a partir de Ehrlich que cada associação humana cria internamente sua própria ordem jurídica, sem qualquer comprometimento com outras formas de organização (podendo haver, contudo, influência recíproca), sendo nessa ordem interna onde se revela a primeira e a mais fundamental forma do Direito, representando um “direito vivo”, eis que não se prende a doutrinas, dogma, norma de decisão ou prescrições estatais, mas sim na “vida concreta e diária das pessoas” (EHRlich apud WOLKMER, 2015, p. 208-209).

Já nos ensinamentos de Gurvitch, o Direito distingue-se em duas espécies: o direito social e o direito individual ou intergrupar. O primeiro tem sua fonte na coletividade organizada, na confiança e na participação de indivíduos que compõem os grupos em colaboração, sendo marcado pela integração e materializando-se a partir de dentro, eis que é imanente àquela sociedade. Já o segundo envolve formas restritas de sociabilidade bilateral entre grupos ou indivíduos, eis que advém do plano do ordenamento jurídico estatal, como resultante das condições sociais do liberalismo econômico (WOLKMER, 2015, p. 212-213).

Nessa esteira, postulando-se a universalidade do pluralismo jurídico a partir dos anos 1960, intensificam-se algumas dessas propostas de cunho antropológico, sociológico e jurídico, com destaque para John Griffiths e Boaventura de Sousa Santos. O primeiro traz fundamental contribuição em seu artigo *What is Legal Pluralism?* (1986), asseverando que a ideologia do centralismo jurídico – a qual concebe o Direito como ordem exclusiva, unificada e hierarquizada de imaginário positivista –, tem sido o maior obstáculo para o desenvolvimento da moderna teoria do Direito, representando um “mito, um ideal, um clamor e uma ilusão”, cabendo ao pluralismo jurídico desbancá-lo como melhor medida para redefinir o lugar do Direito na vida social, ainda que o Estado, segundo Griffiths, recorra a expedientes para conter e enfrentar o pluralismo jurídico, bem como resguardar a exclusividade da produção normativa (GRIFFITHS apud WOLKMER, 2015, p. 219-220).

Por sua vez, Boaventura de Sousa Santos, avançando para além de sua obra em torno da “Pasárgada” (nome fictício dado pelo autor português à Favela do Jacarezinho, localizada no Rio de Janeiro), vem a superar a expressão “pluralismo jurídico” pela de “pluralidade jurídica”. Enquanto naquele, como marco meramente teórico, volta-se mais para questões interclasses e as comparações (ou conflitos) entre o direito estatal e o não estatal, nesta é possível conservar, dentro de uma certa neutralidade valorativa e política, a análise das situações de pluralismo jurídico como estado das coisas, podendo-se assim revelar alguns rostos ocultos da opressão e, ao mesmo tempo, abrir caminhos de prática emancipatória (SÁENZ apud WOLKMER, p. 222-223).

Nesse mesmo norte, Segato (2006, p. 228) leciona acerca das recentes tendências renovadoras e pluralistas do Direito que buscam nos dias de hoje uma franca interlegalidade²⁵ – assim como na educação evoluiu-se do multiculturalismo para uma perspectiva intercultural e a própria missiologia católica radical já busca uma maior inter-religiosidade –, demonstrando-se assim que o outro (o indígena, no caso da presente pesquisa) atualmente deve ser considerado como verdadeiro protagonista do que a autora denomina de “um processo progressivo de inclusão”. A respeito desse processo, a autora ressalta o seguinte:

Esse processo esboça agora uma inversão. No caso do direito, o Estado nacional começa a render-se às modificações impostas pelas novas juridicidades legitimadas no interior das nações e se expõe ao impacto de uma nova concepção pluralista de nação. No caso da educação, as escolas e universidades, cada vez mais, abrem-se ao acesso dos *outros* da Nação, já não mais para transformá-los em sujeitos dóceis ao Ocidente e de mentalidade branqueada, mas para que eles retroalimentem e

²⁵ A interlegalidade compreende, sob uma visão pós-moderna do direito, a dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico, ocorrendo na interseção de fronteiras étnicas e jurídicas quando há uma relação complexa entre dois direitos – o direito estatal e o direito local (SANTOS, 1991, p. 25).

transformem as instituições educativas, mostrando o rumo em direção a uma instrução que não padeça de *fobia da localidade*. (SEGATO, 2006, p. 228; grifos no original).

De todo modo, o grande equívoco, quando se trata da coexistência entre sistemas jurídicos diversos – a exemplo da relação entre o direito estatal e o Direito Indígena –, reside em se buscar traços comuns a todas as nações de forma a uniformizar normas, desconsiderando-se dessa forma as profundas diferenças sociais e culturais de cada um desses povos (SOUZA FILHO, 2018, p. 73).

Enfim, fechando-se o parêntesis anteriormente inaugurado e partindo-se para a hipótese aqui defendida da existência e validade do Direito Indígena como expressão do pluralismo defendido em nossa Carta maior – cujas manifestações consequentemente exigem eco no mundo jurídico –, Wolkmer (2015, p. 238) destaca como ponto central na esfera do pluralismo jurídico na América Latina, as relações entre o direito e a justiça dos povos indígenas (povos originários) e o direito estatal predominante, no que se refere à autonomia, subordinação ou convivência dos sistemas jurídicos indígenas.

Quanto a esse aspecto, Cabedo Mallol e Moreira (2004, p. 91-93; 2009, p. 153 e ss., apud WOLKMER, 2015, p. 238) inferem que a relação entre o direito dos povos originários e o direito hegemônico estatal reside na combinação de resistências, confrontação e “adaptação mútuas” – um sincretismo jurídico.

Porém, esse sincretismo é marcado pela dificuldade por parte do sistema jurídico monista-estatal – arraigado numa lógica política eurocêntrica – em aceitar o Direito Indígena, sendo que, naturalmente, este direito originário se nutre das “propriedades fundamentais de um verdadeiro sistema jurídico equiparável ao direito do estado” (ARIZA HUGUIERA; BONILLA MALDONADO, 2007, p. 63-64; CORREAS, 2003, p. 26, apud WOLKMER, p. 239).

Nesse mesmo norte, ao tratar da relação dos povos indígenas com o Direito, Souza Filho (2018, p. 71) afirma que o Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de outros sistemas jurídicos, baseado na crença de que o direito estatal – sob a cultura constitucional – seria “único e onipresente”.

Ao par dessa afirmação, Torres (2015, p. 104) relembra que historicamente os povos indígenas foram excluídos do contrato social, o que, por sua vez, tornaria ilegítima a interferência do Estado em determinados assuntos, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, quando o Estado não se faz presente nas áreas habitadas pelos povos indígenas, as normas comunitárias desses povos são utilizadas com total liberdade, mesmo porque nada se espera do Estado nesse sentido. Não há dúvida, portanto, que nesses casos as

normas comunitárias – traduzidas como “regras de convivência reconhecidas como exigíveis e cuja violação importa em sanção”²⁶ – representam legítimas e absolutas normas de direito, abrindo-se espaço para uma consciência jurídica coletiva, resultando daí o seu cumprimento voluntário com a conseqüente e desejada pacificação social (BORJA JIMENEZ, 2001, p. 107, apud TORRES, 2015, p. 104).

Da mesma forma, Souza Filho (2018, p. 71) leciona que as relações internas numa sociedade indígena, voltadas às questões de família, propriedade, sucessão, casamento, definição de crime e conduta antissocial, são nitidamente reconhecidas por todos os seus integrantes, estabelecendo-se dessa forma um sistema jurídico complexo, com normas e sanções que derivam da própria sociedade indígena e provêm das necessidades daquele grupo.

Como será observado no presente trabalho, esses sistemas jurídicos existentes no seio das sociedades indígenas latino-americanas, mantêm-se em plena vigência há várias gerações, alcançando-se a desejada paz social, o que exige a mudança de paradigmas com vistas à aproximação do Estado com a imensa diversidade cultural e respectiva organização social e jurídica desses vários povos.

Porém, não é esse o entendimento do Estado Brasileiro, que apesar de reconhecer formalmente a autonomia dos povos indígenas, na prática mantêm uma política integracionista que termina por desconsiderar o Direito Indígena.

Ora, é notório que no Brasil a ausência do Estado – seja de forma consciente, seja devido às limitações burocráticas, de recursos ou mesmo geográficas – é bastante comum, não havendo que se elidir a existência e aplicação do Direito Indígena – especialmente em seu viés penal –, eis que este é o único a regular de forma legítima as regras de convivência interna dessas sociedades.

Pode-se perceber, portanto, que em seu texto a Constituição brasileira – assim como em outras Cartas que se apresentam como democráticas – reconhece o pluralismo, entretanto, nas palavras de Bacenas (2006, p. 103, apud TORRES, 2015, p. 103), são negados os instrumentos para que essa pluralidade – e seus consectários – se concretize na sociedade, ocorrendo o mesmo ao não se reconhecer, por exemplo, a autonomia e a validade de um direito penal indígena “apto a resolver as lides penais que envolvam os membros da comunidade indígena, de acordo com os seus princípios e procedimentos” (TORRES, 2015, p. 103).

Um desses instrumentos que exige concretização é encontrado na Convenção nº 169 da OIT, cujo art. 9º, “1.” prevê que “deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos

²⁶ Nas palavras de TORRES, Márcio Andrade, O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 14 – n. 46, p. 97-117 – Edição Especial, 2015, p. 104.

interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros”, desde que, como ressalta o dispositivo, seja “compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos internacionalmente reconhecidos” (BRASIL, 2019a).

Convergindo para essa concretização, Yamada e Beloque (2014, p. 124-125) destacam que a ideia de pluralismo como aceitação de um sistema ou ordem jurídica de povos indígenas não retira as características do ordenamento jurídico brasileiro de unidade estatal e aplicação da lei a todos, pelo contrário: a aceitação de normas jurídicas não estatais – alinhado à própria ideia de pluralismo prevista na Constituição e na Convenção nº 169 da OIT – significa o fortalecimento e a legitimação dos mecanismos de administração da justiça, “livrando-os de interpretações preconceituosas e em desfavor de povos culturalmente distintos que coabitam o território brasileiro”.

Nesse mesmo viés, Villares (2009, p. 23-24) assim escreveu:

O reconhecimento dos sistemas jurídicos dos povos indígenas e suas autoridades não é uma concessão do direito estatal. Trata-se do reconhecimento pelo Estado de que o desenvolvimento da sociedade inclui os povos indígenas, respeitadas as suas peculiaridades. O Estado é construído em bases mais sólidas se todas as culturas que o compõem se desenvolvem igualmente. Aceitar a pluriculturalidade não significa esfacelar a idéia de um Estado unitário, com a separação de territórios ou Estados indígenas, mas compreender que cada ser humano que o integra possa viver plenamente sua cultura.

Por fim, a pergunta a se fazer, segundo Torres (2015, p. 103), é se os métodos utilizados pelas sociedades indígenas para reprimir os delitos cometidos por seus membros são de fato um Direito (ou sistema normativo) e, em caso afirmativo, que lugar esse Direito ocupa em relação ao ordenamento jurídico estatal. Espera-se, no presente capítulo, responder a essa questão.

2.2 A existência e a validade de um Direito Indígena

Defendendo a existência de um Direito Indígena – ainda que utilizando termos depreciativos como “selvagem” e “bárbaro”, considerados normais à época –, José Francisco da Rocha Pombo²⁷, citado em artigo de Roberto Lyra, assim escreveu (SOUZA FILHO, 1992, p. 128):

Conhecimento semelhante – é forçoso reconhecer que é fruto mais de um conhecimento incompleto do verdadeiro estado social do selvagem do que, talvez, do

²⁷ Nasceu em Morretes/PR, em 4 de dezembro de 1857, e faleceu no Rio de Janeiro/RJ, em 26 de junho de 1933. Foi jornalista, professor, poeta e historiador. Dentre suas obras, destaca-se *História do Brasil* (10 vols.), 1905-1917.

preconceito que, contra este e em favor dos privilégios da civilização, gerava no ânimo de certos historiadores e filósofos, a propósito ilegítimo de tudo negar ao bárbaro. Seria bastante um exame mais cuidadoso da sociedade indígena para se lograr a certeza dessa noção: o direito entre os índios, quer na tribo quer na taba, quer mesmo na família, era um fenômeno tão real pelo menos, como o é entre os povos mais cultos. Apenas não havia, na sociedade rude das selvas, o direito escrito. Não quer isso dizer, no entanto, que se não achasse perfeitamente fixado, pois que, de fato, o estava na consciência, ou si prefere no instinto da coletividade. Todos os cronistas, e ainda melhor, os missionários (pois estes penetraram mais fundo na vida dos nossos íncolas) dão testemunho da regularidade com que fazia o convívio, sob uma mesma tenda, de muitas famílias, e, entre as tabas da mesma tribo, as múltiplas relações da vida social.

Além disso, Rocha Pombo, ainda citado por Lyra, ressaltou a existência de uma jurisdição indígena que, a despeito de relevante regulação em torno de um direito militar aplicável na sociedade indígena – como não poderia deixar de ser numa sociedade que valorizava a coragem e a guerra –, julgava, por assim dizer, as eventuais controvérsias privadas e a aplicação de penas aos infratores nos casos de crimes graves (SOUZA FILHO, 1992, p. 132):

Mas convém que se note ainda: não era somente o direito militar e o que se poderia chamar direito das tribus (equivalente ao direito das gentes entre os gregos e os romanos) - não eram somente esses aspectos de vida coletiva que se achavam fixados: o próprio direito civil estava pela tradição instituído: as relações entre o pai e o filho, entre o marido e a mulher, entre o senhor e o escravo, entre os membros da taba, entre as famílias da oca, etc. Além de um código penal que todos executavam, é preciso reconhecer mesmo um direito judiciário, isto, é, - a aplicação de penas por um juiz, e isto se dava sempre que o delito assumia proporções de certa gravidade ou importava mais que simples dano individual.

De todo modo, pode-se verificar na literatura ora estudada que há muito já é conhecido o Direito Indígena, mesmo antes da própria conscientização pluralista atual – especialmente a partir dos movimentos iniciados no final do século passado – acerca de sua relevância. Nesse sentido, Rezende (2009, p. 33) informa que “a existência de um direito indígena próprio, inclusive quanto aos aspectos penais, é relatada por diversas obras, dentre as quais podemos mencionar ‘O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimento do Brasil’²⁸, de João Bernardino Gonzaga”²⁹.

Assim, quanto a esse Direito – e seu viés penal, como será melhor abordado em seguida – Borja Jiménez (2006, p. 103) leciona que dentro de uma grande variedade de povos originários na América Latina (mas não em todos) é encontrado um sistema normativo que reprova e considera como muito graves uma série de comportamentos humanos similares aos

²⁸ Grifo no original.

²⁹ O autor foi Professor da USP e da PUC-SP, tendo publicado a citada obra em 1970, pela Editora Max Limonad.

que o direito ocidental³⁰ considera como “delitos”, aplicando a esses comportamentos antissociais determinadas sanções ou penas, por meio de um processo formal no âmbito do território das autoridades nativas, para se determinar a culpabilidade ou inocência do(s) implicado(s) e para estabelecer, caso demonstrada a respectiva autoria, a sanção correspondente. A competência dessas autoridades para dirimir conflitos e suas decisões são reconhecidas e acatadas por todos os membros da comunidade.

Nesse sentido, Souza Filho (2018, p. 71) leciona que nas sociedades indígenas, as relações jurídicas e as condutas antissociais são nitidamente reconhecidas por toda comunidade, estabelecendo-se com isso um sistema jurídico complexo, com normas e sanções originadas na própria comunidade e estabelecidas em seu processo social, de acordo com as necessidades do grupo, o que demonstra, de forma indubitável, a autodeterminação dessas sociedades relacionada à expressão jurídica.

Quanto à sua formalização, esse conjunto normativo – salvo raras exceções³¹ – não está escrito, decorrendo do costume, da tradição. Entretanto, tal condição não deve significar sinal de primitividade ou forma de classificar tal ordenamento como de “classe inferior” ou de “segunda categoria” frente às normas estatais, de modo que não se fale em direitos de primeira (normas escritas) ou de segunda ordem (normas consuetudinárias), pois tais normas apenas possuem fontes de criação distintas: em um caso a lei, noutra os costumes (BORJA JIMENEZ, 2006, p. 104).

Desse modo, afirma Borja Jiménez que os mecanismos de solução de conflitos no seio das populações indígenas são também jurídicos por serem obrigatórios, dependentes de um terceiro, previsíveis, racionais etc. Outrossim, se existe um Direito Penal Indígena, existe em primeiro lugar um “Direito”, pelo qual significa haver convivência pacífica e por vezes conflitiva, porém regrada e ela se opõe à imagem ocidental de que os indígenas se submetem cegamente a um poder tradicional regido por uma total arbitrariedade (BORJA JIMENEZ, 2006, p. 104).

Logo, não há que se falar na não existência de um Direito Indígena, ou pior, na sua subjugação por outro Direito. Ademais, levando-se em consideração o anteriormente delineado acerca do pluralismo no Brasil – no sentido de que ao menos há uma previsão constitucional de

³⁰ O autor chama de “direito ocidental” o direito de tradição europeia.

³¹ À guisa de exemplo, Silveira e Camargo (2017, p. 26) referem que algumas comunidades indígenas do Estado de Roraima vem concebendo os seus próprios códigos escritos de conduta e respectivas punições, segundo seus usos, costumes e tradições, com a finalidade de fazer frente às decisões judiciais estatais que fazem prevalecer o código penal brasileiro sobre “qualquer cidadão brasileiro, independentemente dos seus traços culturais e matizes étnicas”.

sociedade plural –; considerando-se também a previsão do reconhecimento de um Direito Indígena no art. 231 da Carta brasileira, combinado com o art. 57 do Estatuto do Índio e em conjunto com dispositivos da Convenção nº 169 da OIT; e, por fim, considerando-se o direito à autodeterminação desses povos, por que o Brasil não o reconhece efetivamente, já que se encontra inserido em seu ordenamento jurídico?

Nesse mesmo norte, Villares (2014, p. 15-16) ao constatar que cada povo e até mesmo cada sociedade indígena no Brasil possui um sistema normativo e autoridades para elaborar regras próprias, observa também ficar cada vez mais nítido o desrespeito na aplicação do Direito Penal brasileiro aos povos indígenas, na medida em que a crescente relação desses povos com o Estado e com outros grupos sociais acarreta uma maior criminalização de algumas de suas condutas até então despercebidas, a despeito da proteção estatuída no art. 231 da Constituição Federal no que concerne à sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições.

Assim, verifica-se por parte de alguns Estados – dentre eles o Brasil – a tentativa de frear o renascimento cultural e maior conscientização no seio dos povos indígenas, por meio da presença intempestiva onde sua necessidade foi suprimida por esses povos e pela atuação alheia aos direitos indígenas, sinalizando com isso persistir a resistência da cultura de cunho eurocêntrico e colonialista em não reconhecer outras culturas como iguais.

2.3 O Direito Penal Indígena e sua aplicação

Confirmada a existência e a validade do Direito Indígena – e sua fundamentação na autodeterminação dos povos indígenas –, julga-se oportuno trazer à lume as particularidades ora estudadas no que se refere à sua aplicação no âmbito penal, eis que esse ramo trata dos limites da liberdade de um indivíduo na vida comunitária (BITENCOURT, 2018, p. 62). Tratar-se-á, portanto, de aspectos acerca dos delitos, das penas e de como ocorre sua aplicação no âmbito das sociedades indígenas, por meio da jurisdição exercida no seio desses povos.

2.3.1 Dos delitos e das penas

Em sua célebre obra “Dos Delitos e Das Penas”, de 1764, Cesare Bonesana Beccaria (o Marquês de Beccaria) trata – dentre outros aspectos relacionados ao desenvolvimento e a aplicação de um Direito Penal mais justo – das origens das penas e do direito de punir, cujos princípios fundamentais se fazem presentes no coração humano, nos “sentimentos indelévels do homem” (BECCARIA, 1999, p. 28). Esses sentimentos indelévels se encontram presentes

nos corações dos membros de todas as sociedades ao redor do mundo, não sendo diferente no âmbito dos povos indígenas ao aplicarem o seu Direito Penal.

Nesse sentido, as principais condutas ilícitas previstas na sociedade estatal também são reprovadas nas sociedades indígenas, alterando-se, porém, o modo como essas condutas são encaradas e sancionadas – ou não – por esses povos. Como ressalta Villares (2009, p. 294), condutas reprovadas no direito estatal são identicamente reprovadas nas sociedades indígenas, porém a retribuição pode ser diversa da pena, como por exemplo a simples reprovação moral.

Desse modo, por mais que possam ser encontradas similaridades nos fatos considerados antijurídicos nos ordenamentos estatal e indígena – com algumas exceções que serão adiante apontadas –, o mesmo não se pode afirmar em relação às sanções aplicáveis diante desses comportamentos, na medida que os sistemas possuem fundamentos, princípios e fins distintos, expressando uma dimensão muito específica dos povos originários da América Latina (BORJA JIMÉNEZ, 2006, p. 137).

Sobre esse aspecto, Villares (2009, p. 294) aponta que condutas não previstas ou consideradas lícitas no direito estatal poderão ser consideradas reprováveis nas sociedades indígenas, gerando em algumas ocasiões retribuições extremamente gravosas ao infrator, como por exemplo o rompimento das relações clânicas, a traição e o assassinato. As penas previstas para essas ofensas graves, na grande maioria dessas sociedades, podem compreender o banimento, o ostracismo, a morte do ofensor e de seus parentes (VILLARES, 2009, p. 294).

Como exemplos, Borja Jiménez (2006, p. 133) destaca três comportamentos que na maioria dos povos originários da América são considerados como delitivos, não sendo necessariamente considerados ilícitos nos ordenamentos jurídicos ocidentais: o adultério, a ociosidade e a feitiçaria.

Quanto às sanções a serem aplicadas no seio das sociedades indígenas, podem ser citadas de acordo com Borja Jimenez (2006, p. 138-144):

1) Pena de morte – ainda que praticamente abolida na maioria dos países da América Latina, subsiste em certos povos ameríndios, a exemplo das comunidades Zápara (Perú/Equador) e Aymaras (Bolívia), sendo aplicada nos crimes mais graves (homicídio, agressões sexuais e tortura);

2) Penas corporais – são frequentes nos sistemas jurídicos ameríndios, sendo que algumas possuem significação transcendental tão importante que, apesar de seu caráter aflitivo, mostram uma natureza híbrida entre a pena e um elemento formal do processo. Como exemplo, tem-se o banho em água fria e o “urtigamento” (utilização de urtigas), muito frequentes nas comunidades indígenas da Serra do Equador, cuja finalidade não é de infligir dor e sofrimento,

mas sim a de realizar a limpeza espiritual do infrator, a purificação de seu corpo e seu sangue e a expulsão das forças internas que o fizeram cometer o delito. Não se trata, portanto, de uma pena em sentido estrito, mas sim de um elemento ritual do processo prévio à pena, de modo que o infrator confesse livremente e com isso recupere sua paz interior e a confiança e aceitação da comunidade. Por isso, depois do banho, pode-se ver a aplicação de alguma outra sanção, como a de chicotadas³² (BORJA JIMÉNEZ, 2006, p. 139) – estas, por sua vez, na maioria das culturas, devem ser aplicadas em número múltiplo de 3 (3, 6, 9...), devido ao número três, tanto na tradição indígena, quanto na cristã, possuir certa simbologia mágica ou sagrada;

3) Penas privativas de liberdade – têm muito pouca relevância nos ordenamentos jurídicos indígenas, a uma porque nas comunidades amazônicas não existem edificações e as cabanas comunitárias são em regra abertas, não havendo como manter uma pessoa presa. De outro lado, as comunidades são tão isoladas umas das outras e o indivíduo é tão dependente de seu entorno social e sua comunidade, que não tem qualquer pretensão nem possibilidade de escapar do âmbito geográfico no qual tem desenvolvido sua existência. Outro fator reside na ideia da manutenção da paz e o equilíbrio em cada sociedade indígena, sendo necessário, portanto, reintegrar o infrator a seu coletivo originário, associado ao fato de que há um convencimento generalizado de que o cárcere dos “brancos” só consegue isolar o sujeito de seu meio social tradicional, além de contagiá-lo com os vícios próprios da cidade e internalizar um forte sentimento de raiva e rebeldia que vem a causar, após o cumprimento da pena, vinganças pessoais, conflitos, guerras entre famílias e, por fim, a perda do equilíbrio e da paz social, valores fundamentais aos povos originários;

4) Trabalhos em benefício da comunidade – é uma sanção que se aplica com frequência em todos os sistemas punitivos indígenas. Quando o delito é de baixa gravidade, a sanção é estabelecida consultando-se o acusado e após um processo de mediação com a intervenção da vítima ou de seus parentes e as próprias autoridades indígenas. Já nos delitos mais graves, o consentimento do acusado é irrelevante e a pena se converte em trabalhos forçados. Esse tipo de sanção é muito utilizado pelas diversas comunidades indígenas porque responde claramente aos princípios sociais sob os quais esses povos se estruturam, não perdendo o réu o contato com seu entorno social e familiar, tão importante no mundo dos povos indígenas, além de sua reintegração social ocorrer concomitantemente ao cumprimento da pena;

³² Tradução nossa: “Nas comunidades do Equador, denomina-se sanção ou pena de ‘latigazos’; na Bolívia ‘chicotazos’ e na Colômbia ‘fuate’. É possível que esta sanção teve grande influência e origem no direito penal dos tempos da Colônia”. In: BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica. Derecho penal y pluralidad cultural. *Anuario de Derecho Penal*, 2006, p. 139.

5) Sanção pecuniária – também muito frequente, a indenização em favor da vítima é aplicada para delitos de baixa gravidade (injúrias, danos, pequenos roubos e furtos, lesões leves, homicídios involuntários etc), podendo ser também aplicada, em algumas comunidades, para os crimes graves como homicídio doloso e estupro. Na sua aplicação é frequente um processo de negociação entre o infrator e a vítima (ou suas respectivas famílias), com a mediação das autoridades indígenas, as quais devem aprovar o que foi acordado;

6) Por fim, a pena de expulsão (ou banimento, ou degredo) da comunidade é considerada a mais grave após a pena capital, sendo bastante lesiva aos direitos e interesses do condenado, já que significa o rompimento da sua ligação com seu entorno existencial – família, comunidade, a terra em que nasceu etc. É aplicada em casos graves, bem como na reincidência.

Acerca das penas ora tratadas, não se pode olvidar, porém, que a Carta brasileira veda a aplicação das penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, combinada com dispositivos do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar), de trabalhos forçados, de banimento e em todo caso, qualquer pena considerada “cruel”, conforme seu art. 5º, inciso XLVII (BRASIL, 1988):

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Ainda quanto às penas, Souza Filho (2018, p. 161) destaca que, ao se levantarem questões e posicionamentos acerca do que significa “penas cruéis e infamantes”, deve-se primeiramente perguntar se pode haver maior crueldade e infâmia do que destruir os sítios onde vivem os espíritos dos antepassados, como ocorreu por ocasião da represa de Tucuruí e como ocorre na extração clandestina de ouro e cassiterita nas montanhas yanomamis. A quem cabe classificar um crime como infamante ou cruel?

2.3.2 A jurisdição indígena

Quanto ao conceito de jurisdição indígena, remete-se à Sentença T-921, de 5 de dezembro de 2013, da Corte Constitucional da Colômbia, segundo a qual o foro indígena é o direito de que gozam os membros das comunidades indígenas de serem julgados pelas autoridades indígenas de suas comunidades, de acordo com suas normas e procedimentos e à

luz de seus costumes e tradições. Nesse sentido, constitui um mecanismo de preservação étnica e cultural da Nação colombiana, desde que as normas, costumes, valores e instituições dos grupos indígenas sejam preservados dentro da órbita do território em que vivem e enquanto não sejam contrários à ordem jurídica vigente³³.

Logo, pode-se denominar a jurisdição indígena como o sistema jurídico baseado em usos e costumes transmitidos oralmente por séculos no seio das sociedades indígenas, utilizado para prevenir e dirimir seus conflitos internos, com a previsão de tipos delitivos e a aplicação das respectivas sanções, por meio de suas autoridades e procedimentos próprios, representando relevante expressão da autodeterminação dos povos indígenas.

A jurisdição indígena está presente na Constituição Federal, em seu art. 231, na Convenção nº 169 da OIT em seus art. 8º, 2 e 9º, 1, bem como no Estatuto do Índio em seu art. 57, *caput*, conforme trechos transcritos a seguir:

Constituição Federal de 1988

[...]

Art. 231. São reconhecidos aos índios **sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições**, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Convenção nº 169 da OIT

[...]

Artigo 8º

[...]

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.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, **deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros**. (BRASIL, 2019a, grifos nossos).

Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio)

Art. 57. **Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros**, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. (BRASIL, 1973, grifo nosso).

³³ Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>.

Nesse sentido, nas palavras de Souza Filho (2018, p. 162), ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, a Constituição abre as portas para o reconhecimento da jurisdição indígena, ou seja, “ao reconhecimento das normas internas que regem as sociedades indígenas e os processos pelos quais se decidem os conflitos porventura ocorrentes”.

O reconhecimento de uma justiça especializada indígena também é defendida por Portella (2016, p. 31-35), haja vista as especificidades culturais desses povos, o que importa no reconhecimento pelo Estado da existência de cosmovisões distintas da cultura considerada oficial, reconhecendo-se igualmente suas instituições tradicionais e sistemas próprios de justiça, acompanhando amplo trabalho nesse sentido desenvolvido pela Defensoria Pública do Chile.

É inegável a necessidade de um trabalho similar no âmbito dos operadores do Direito no Brasil – já que os casos levados ao Poder Judiciário raramente respeitam as instituições indígenas –, porém não se deve confundir o termo “justiça especializada” – que de regra é conduzida por órgãos estatais, ainda que focada em uma temática específica – com uma verdadeira e própria justiça indígena alçada ao mesmo patamar do Direito estatal.

Nesse sentido, a autora trata desse ponto esclarecendo que ainda que haja um tratamento diferenciado aos povos indígenas pela justiça estatal, uma justiça especializada indígena – à luz do art. 9º, 1, da Convenção nº 169 da OIT – sempre seria mais favorável aos indígenas, considerando-se suas especificidades que os diferenciam do restante da população nacional (PORTELLA, 2016, p. 34).

Porém, como ela destaca, a despeito de no Brasil existir grande número de etnias indígenas (mais de 305, de acordo com a Fundação Nacional do Índio – FUNAI³⁴), o que ocorre é “uma ausência de sensibilidade para tratar das especificidades culturais destes povos e uma aplicação da justiça completamente defasada e anacrônica quando se tem em vista o paradigma constitucional de 1988” (PORTELLA, 2016, p. 34).

Dessa forma, quando se satisfazem determinados requisitos territoriais e pessoais, o indígena adquire direito a um foro próprio, ou seja, passa a ser titular do direito de ser julgado conforme as normas e procedimentos e pelas autoridades comunitárias que lhe são correspondentes (BORJA JIMENEZ, 2006, p. 108). Possuirá o direito, portanto, de ser julgado por seu povo e ser declarado inocente ou culpado e, nesse último caso, terá ainda o direito de receber a sanção correspondente ao delito praticado, tudo de acordo com os costumes da sociedade a que pertence.

³⁴ Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>.

No exercício desse direito, em muitos casos, conforme Borja Jiménez (2006, p. 126), a decisão da pena a ser imposta constitui verdadeira negociação que se abre em direções distintas: de um lado a assembleia em que se reúne toda a comunidade para mediar a culpa ou inocência do infrator, com a determinação da sanção, duração e forma de cumprimento mediante acordo entre os diversos grupos ou famílias, de modo a evitar as guerras ancestrais e manter a ordem na aldeia; de outro, ocorre a imposição da sanção pela comunidade por intermédio de suas autoridades, pretendendo-se por meio dessa nova transação que o próprio condenado concorde com a resolução da assembleia para a desejada manutenção da paz, da ordem e do equilíbrio entre todos – incluindo o próprio condenado.

Na maioria das situações em que ocorrem delitos de pequena gravidade (como furto, fraude, vias de fato ou outras pequenas infrações), a situação é resolvida pela(s) autoridade(s) comunitária(s) ou pelo conselho de anciãos. Por sua vez, os delitos mais graves cujas penas aplicáveis podem ser a morte, as penas corporais, a expulsão, ou trabalhos forçados, requer-se a aprovação por toda a comunidade em assembleia geral. Essa diferenciação de procedimentos – de acordo com a gravidade do delito – é um dos aspectos mais comuns do processo sancionador dos povos originários. Nesses processos, não há advogado, promotor ou juiz, sendo as próprias autoridades indígenas a aplicar suas normas e procedimentos (BORJA JIMÉNEZ, 2006, p. 144-145).

Por fim, aspecto importante a se destacar na lição de Borja Jiménez (2006, p. 128), versa sobre a importância da reabilitação ou reinserção social do condenado para o Direito Indígena e, conseqüentemente, para os povos originários latino-americanos.

Nesse diapasão, o autor ressalta o ideário indígena de que o sistema de justiça estatal não vela nem pelos interesses da sociedade, nem tampouco pelos do próprio condenado, exurgindo como uma das conseqüências de um sistema corrompido, lento e ineficaz, a transformação negativa do indivíduo – com sua despersonalização, exclusão da comunidade e “contágio criminal” (BORJA JIMENEZ, 2006, p. 128).

Ao ler-se essas afirmações do autor – cuja análise baseou-se em estudos relativos às sociedades indígenas latino-americanas –, verifica-se sua aplicação também ao Brasil, cuja realidade penal indígena – desde o desencadeamento da persecução penal até o encarceramento – traz todas as mazelas que a sociedade brasileira impõe ao Índio em nosso País, porém agravadas pela realidade carcerária nacional.

Dessa forma, a grande maioria das penas aplicadas pela jurisdição indígena obedece à ideia de reintegrar o condenado à sua comunidade, desde que confesse e admita seu erro diante das autoridades indígenas, de modo que ele fique em paz consigo mesmo e com sua sociedade

nativa, afastando-se a aplicação daquelas penas que implicam na “desnaturalização ambiental do sujeito” e que separam o réu do entorno natural em que se desenvolve sua existência, como no caso das penas privativas de liberdade (BORJA JIMENEZ, 2006, p. 128).

2.4 A culpabilidade dos indígenas no Direito estatal

Outro aspecto relevante observado na presente pesquisa – o qual se faz importante ora compartilhar – versa sobre o modo como o Estado trata da culpabilidade dos indígenas.

Primeiramente, em relação à culpabilidade no Direito Indígena, Borja Jiménez (2006, p. 123) conclui que a maioria das manifestações deste princípio não estão presentes nesse Direito porque os valores individuais se sujeitam em favor dos interesses do grupo, diferentemente do direito estatal baseado no indivíduo e na individualidade. Como destaca o autor, o desenvolvimento da personalidade não se concebe fora da origem étnica, nem da representação da cultura indígena ou da imagem do grupo de procedência. O indivíduo é o que é enquanto membro de uma determinada comunidade, alterando-se com isso a concepção dos direitos fundamentais e das liberdades públicas que a ele, pelo simples fato de nascer como ser humano, são atribuídas.

Nesse sentido, conforme Torres (2015, p. 107), o princípio da culpabilidade no direito penal indígena é relacionado ao bem jurídico coletivo, de modo que “o interesse do grupo se sobrepõe ao individual como forma de propiciar a paz social e a manutenção do sentimento de identidade”, sendo comum que a pena aplicada a determinado infrator atinja também todo o grupo a que pertence, sendo essa considerada a única forma de restaurar a paz social.

Por sua vez, no que se refere ao Direito estatal, o Código Penal brasileiro adotou a teoria normativa pura da culpabilidade, em sua vertente limitada, constituindo-se como seus elementos a **imputabilidade**, a **potencial consciência da ilicitude** e a **exigibilidade de conduta diversa** (MASSON, 2019, p. 649-650).

Nesse diapasão, no que se refere à **imputabilidade** do indígena no Brasil, é utilizado o critério de adaptabilidade, ou seja, seu grau de integração ao restante da sociedade nacional, utilizando-se do teor do art. 4º, combinado com o *caput* do art. 56, ambos do Estatuto do Índio:

Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio)

[...]

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
 III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

[...]

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. (BRASIL, 1973).

Logo, não havendo causas de inimputabilidade à luz dos art. 26 e 27 do Código Penal (BRASIL, 1940)³⁵ – doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado ou, ainda, menor de 18 anos – o indígena submetido à justiça estatal responderá de acordo com o seu grau de integração à sociedade, sendo recorrente, porém, a falta da realização de Perícia Antropológica que poderia aferir, com certeza, tal condição.

Isso ocorre porque, não havendo obrigatoriedade legal de sua realização, muitos juízes optam por buscar nos autos indícios que comprovem seu grau de integração – como já visto anteriormente –, quando na verdade a realização da Perícia não se presta somente a isso, podendo, inclusive, demonstrar causa(s) de exclusão da culpabilidade, como será visto adiante.

De todo modo, verifica-se não haver a segurança jurídica necessária no que se refere à aplicação desse critério “adaptativo”, sendo bastante discricionário aos juízes decidir sobre a integração do indígena no campo da imputabilidade, bem como nos da aplicação e da execução das penas.

Sobre o assunto, Souza Filho (2018, p. 115) leciona ser pacífico no âmbito do Poder Judiciário no Brasil o entendimento de que as “regalias” oriundas da origem étnica não devem ser aplicadas, sob o argumento de que os indígenas a quem são imputados crimes pela sociedade nacional são considerados “suficientemente aculturados”.

³⁵ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
 Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Tal afirmação é corroborada pelos estudos desenvolvidos nos sistemas carcerários de Roraima, por Baines³⁶, e de Mato Grosso do Sul, por Melo e Matos³⁷ e Costa e Chaves³⁸, nos quais foi possível constatar a persecução penal e o consequente encarceramento de indígenas sem a observância de seus direitos culturais assegurados constitucionalmente e na Convenção nº 169 da OIT e Estatuto do Índio, sendo na maioria das vezes dispensada a realização de Perícia Antropológica pelo órgão julgante.

Visando corrigir essas ilegalidades, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019, com o objetivo de “estabelecer procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade”, além das “diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário” (CNJ, 2019). Resta saber se essa Resolução, que não prevê punições a quem descumpri-la, terá o condão de ao menos minimizar o problema do encarceramento indígena no Brasil.

Relevante aspecto a se destacar é que, curiosamente, o indígena é considerado imputável (ou seja, possui capacidade para ser responsabilizado por seus atos) no âmbito penal, porém é considerado incapaz para gerir seus bens nos âmbitos cível e administrativo, eis que as terras que lhe são destinadas não são de fato suas, mas da União.

Outro elemento da culpabilidade, **a potencial consciência da ilicitude**, igualmente exige profunda análise em relação aos povos indígenas, não só pela possibilidade de alienação do indígena sobre o direito estatal ou parte dele – como assinala Torres (2015, p. 108) –, mas também pela possibilidade de o ato praticado não ser considerado ilícito pela cultura indígena.

A primeira situação trata do **erro de proibição do tipo invencível**, que segundo Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 551) é aquele que “recai sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta”, e ocorre quando “com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuridicidade do seu injusto”, tendo então o condão de afastar a culpabilidade.

Já na segunda hipótese, segundo os autores, estar-se-á diante do chamado **erro de compreensão**, na medida que o indígena tem conhecimento da antijuridicidade de sua conduta,

³⁶ In: BAINES, Stephen Grant. A situação prisional de indígenas no sistema penitenciário de Boa vista, Roraima (2016). Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/8778/6263>.

³⁷ In: MELO, Evelyne dos Santos; MATOS, Givaldo Mauro. A criminalização e penalização de indígenas no Estado do Mato Grosso do Sul (2017). Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/38/artigos/artigo09.pdf.

³⁸ In: COSTA, Beatriz Souza; CHAVES, Karina Freitas. Tratamento jurídico penal do indígena no Brasil e o novo paradigma previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (2017). Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/02npm8x3/9f4y831CPT9AGTDY.pdf>.

porém não se pode exigir sua compreensão ou entendimento, já que em sua cultura tal conduta é lícita, restando impedida sua internalização acerca da ilicitude (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 552).

Nesse contexto, os autores lecionam também acerca da chamada **consciência dissidente**, pela qual aquele que “assume sua conduta como resultado de um esquema geral de valores distintos do nosso, tem ao menos, em algo, reduzida a sua capacidade de entender a ilicitude”, sendo particularmente relevantes, segundo o autor, os “erros de compreensão culturalmente condicionados, isto é, quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa” (ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 556-557).

Por fim, adotando posição alternativa, Rezende (2009, p. 102) opta por afastar a culpabilidade (ou atenuá-la) por meio da **inexigibilidade de conduta diversa**, nas hipóteses em que o indígena, podendo conhecer a ilicitude do fato, “encontra dificuldade de se portar de acordo com a norma de regência em razão do conflito existente entre os seus valores e os da norma”. Para tanto, deve-se avaliar se a conduta do indígena estava de acordo com os valores próprios de seu povo: em caso positivo – considerando que esses valores apesar de conflitantes com os valores da norma incriminadora são respeitados e protegidos – estará o autor albergado pela inexigibilidade de conduta diversa; em caso negativo, não caberá tal excludente. De todo modo, a análise deverá ser realizada mediante Perícia Antropológica.

2.5 O lugar da jurisdição indígena

Em seus argumentos apresentados em audiência pública reunida no Congresso Nacional em 5 de setembro de 2007, contra projeto de lei de criminalização da suposta prática de infanticídio indígena³⁹, Rita Laura Segato⁴⁰ trouxe elementos importantes para o debate acerca da jurisdição indígena, os quais se julga relevante trazer para o presente trabalho.

Nesse sentido, a autora afirma que as demandas constantes dos povos indígenas em face do Estado – como território, saúde e educação, entre outros – por um lado, e os enormes desequilíbrios causados pela atuação estatal – em sua natureza colonizadora e disruptiva – por

³⁹ Projeto de Lei nº 1057, de 11/05/2007. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. O Projeto de Lei é conhecido como "Lei Muwaji", em homenagem a uma mãe da tribo dos suruwahas, que se rebelou contra a tradição de sua tribo e salvou a vida da filha, que seria morta por ter nascido deficiente. Atualmente aguardando apreciação pelo Senado Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>.

⁴⁰ Rita Laura Segato é antropóloga e docente dos programas de pós-graduação em Bioética e em Direitos Humanos da Universidade de Brasília.

outro, devem ser sopesados quando são discutidas as relações de poder e controle sobre os costumes dentro das comunidades indígenas (SEGATO, 2014, p. 79).

Dessa forma, diferentemente do que pretendia o referido projeto de lei, o papel do Estado – dentre tantas outras “tarefas de devolução que um ‘Estado reparador’ deveria ter a seu cargo dentro de um projeto nacional pluralista” – seria o de “se concentrar em promover a deliberação interna entre os membros da aldeia sem restrições e em proteger e vigiar para que essa deliberação interna pudesse ter lugar”, restituindo-se a capacidade de cada povo deliberar internamente, concretizando-se, assim, sua própria justiça (SEGATO, 2014, p. 79).

À luz desses argumentos e com base no conteúdo do presente capítulo, pode-se responder a pergunta feita por Torres em seu trabalho acerca da legitimidade e o lugar da jurisdição indígena – questionamento esse reproduzido ao final do tópico 2.1 acima –, no sentido de que além da preservação e aplicação da jurisdição indígena servir como instrumento de reparação do Estado brasileiro aos povos indígenas, o Direito indígena tem seu lugar na seara jurídica nacional como um legítimo Direito, eis que, no seio das sociedades indígenas, caracteriza-se como um conjunto de regras de conduta e organização, dotadas de força impositiva (coação)⁴¹ –, bem como tem sua previsão de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, como visto anteriormente, na Constituição Federal, em seu art. 231; na Convenção nº 169 da OIT em seus artigos 8º, 2 e 9º, 1; e no Estatuto do Índio em seu art. 57, *caput*, representando, ainda, importante fundamento da autodeterminação indígena – indo ao encontro do pretendido pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 –, restando novamente confirmadas as premissas que balizam a metodologia utilizada na presente pesquisa.

⁴¹ *In*: SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do Advogado*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1981, p. 120.

3 JURISDIÇÃO INDÍGENA NA AMÉRICA LATINA

Restando confirmadas nos capítulos anteriores as premissas acerca da jurisdição indígena como direito imanente aos povos indígenas e intrinsecamente ligada à sua autodeterminação – além de sua previsão expressa em âmbito internacional e doméstico –, cabe neste último capítulo trazer de forma mais detalhada como é tratada essa importante expressão da autodeterminação desses povos em outros países.

Nesse sentido, conforme justificado na introdução do presente trabalho, serão abordadas neste capítulo as expressões da jurisdição indígena no âmbito de dez países latino-americanos além do Brasil, sendo tal escolha baseada em critério que valorizou os contextos geográfico, histórico, social e político, por se encontrarem esses países no bojo dos territórios invadidos cujos povos foram subjugados pela colonização europeia e são considerados, pelos autores que serão aqui estudados, diretamente envolvidos no constitucionalismo pluralista latino-americano, sendo alguns ainda considerados como os principais expoentes do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

3.1 Breves apontamentos sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano – tendo como principais expoentes as Cartas da Bolívia (2009) e do Equador (2008) – surge a partir dos “países do sul” como uma solução para o direito constitucional “eurocêntrico ou norte-cêntrico”, adotado até o final do século passado na América Latina, caracterizado pela formulação de políticas sociais baseadas na perspectiva racista da inferioridade dos povos indígenas e as conseqüentes negações de ser, poder, conhecimento e visões de mundo, com vistas a facilitar o processo de transfiguração sociocultural e a conseqüente desconstrução desses povos por meio da assimilação dos padrões culturais cristãos e capitalistas modernos, com a promessa (não cumprida) de transformá-los em sujeitos de direito ou cidadãos “iguais” sob o padrão moderno (DANTAS, 2019, p. 383).

Nesse sentido, essa ideologia da negação promoveu (e ainda promove) uma violência institucionalizada contra os povos indígenas, negando-lhes sua humanidade e reduzindo-lhes a selvagens, loucos e incapazes e, com isso, nega a esses indivíduos sua condição de pessoa e, conseqüentemente, de sujeito de direitos (DANTAS, 2019, p. 379).

No caso do Brasil, segundo Dantas (2016, p. 218-219), a presença dos povos indígenas como atores sociais e identidades diferenciadas no contexto formal estatal sempre foi uma realidade negada e, ainda que posteriormente tenha se firmado o conceito mestiço da identidade

nacional com a fusão das três raças – índio, negro e branco – não houve, em momento algum em toda história constitucional brasileira, o reconhecimento jurídico da pluralidade cultural existente em seu corpo social. Isso se explica porque o Brasil foi criado sob a égide do típico Estado-nação herdado da cultura europeia ocidental moderna, cujo modelo não comporta diferenças étnicas ou nações indígenas – pois a nação brasileira seria “única”, devendo-se neutralizar e/ou evitar quaisquer traços distintivos em nome da “unidade nacional”.

De todo modo, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano representa o formato considerado ideal de um movimento originado nas camadas populares dos países do Sul, buscando a superação dessas ideologias e modelos de vieses eurocêntrico e colonialista. Tal movimento, contudo, não surgiu de forma repentina, nascendo de sucessivas reformas e evoluções nas Cartas desses países – cujo percurso se deu por meio de “ciclos”, a partir de um constitucionalismo pluralista iniciado na década de 80 do século passado – como bem leciona Fajardo (2012, p. 171-172), e que ainda se encontra em constante evolução.

Assim, conforme leciona a autora, o constitucionalismo pluralista trouxe consigo a proposta de uma ruptura paradigmática em relação aos constitucionalismos liberal monista (século XIX) e social integracionista (século XX), introduzindo importantes reflexos em diversos ramos do conhecimento (FAJARDO, 2012, p. 172).

No ramo jurídico, por exemplo, o reconhecimento de um pluralismo igualitário – e especialmente da jurisdição indígena, tema principal do presente trabalho – teve maior destaque em âmbito formal constitucional no último desses “ciclos”, como será adiante abordado.

3.2 Os ciclos do constitucionalismo pluralista na América Latina

Antes de adentrar o modo como a jurisdição indígena é tratada na maioria dos países latino-americanos, convém inicialmente trazer os ensinamentos de Raquel Yrigoyen Fajardo referente aos ciclos do chamado constitucionalismo pluralista surgido na região nas últimas duas décadas do século passado.

Nesse sentido, segundo a autora, o primeiro ciclo do constitucionalismo pluralista – o Constitucionalismo Multiculturalista (1982-1988) – ocorre com o surgimento do multiculturalismo na década de oitenta do século XX, mas sem reconhecer o pluralismo jurídico, estando presente nas Cartas da Guatemala (1985), da Nicarágua (1987) e do Brasil (1988) (FAJARDO, 2012, p. 171 e 191).

O segundo ciclo desse horizonte – o Constitucionalismo Pluricultural (1989-2005) – ocorre após a adoção da Convenção nº 169 da OIT (1989), sendo reconhecido o modelo de

Estado pluricultural e o pluralismo jurídico nas Cartas de vários países latino-americanos como Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994 e 2004), Argentina (1994), Equador (1998) e Venezuela (1999) (FAJARDO, 2012, p. 171 e 191).

Já o terceiro ciclo do constitucionalismo pluralista – o Constitucionalismo Plurinacional (2006-2009) – ocorre após a adoção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 13 de setembro de 2007, sendo reconhecido nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) que os povos indígenas constituem nações ou nacionalidades originárias, as quais, a partir de um novo pacto de Estado, constituem um “Estado Plurinacional”. Neste ciclo, segundo a autora, sob o marco de um projeto descolonizador, esses Estados reconhecem a jurisdição indígena e aspiram a um pluralismo jurídico igualitário (FAJARDO, 2012, p. 171-172 e 191).

Esses ideais pluralistas presentes na maioria das Cartas políticas da América Latina, certamente foram motivados pelas práticas genocidas e etnocidas sofridas pelos povos originários desses países desde a chegada dos europeus ao continente – dentre outras formas de opressão colonizadora. Ainda, segundo Dantas (2019, p. 379), essas constituições – especialmente a boliviana e a equatoriana – estabelecem como seus pilares éticos e morais os mesmos princípios que fundamentam as culturas dos povos indígenas originários, formalizando a nível constitucional os modos de vida desses povos e, com isso, fazendo surgir a obrigatoriedade – e por que não dizer, a bela oportunidade – de ler e aprender acerca dessa cosmovisão, baseada fundamentalmente na convivência harmoniosa com a natureza.

3.3 O reconhecimento da jurisdição indígena na América Latina

Apesar dos esforços dos constituintes – e dos movimentos sociais dos povos e nações oprimidas –, ainda são encontrados vários óbices à aplicabilidade prática da jurisdição indígena nesses países. Nesse sentido, pretende-se demonstrar alguns desses óbices, abordando-se a seguir o modo como esses países, citados por Raquel Yrigoyen Fajardo, vêm tratando da jurisdição indígena no âmbito latino-americano.

3.3.1 Guatemala

Iniciando pela Guatemala, pode-se verificar em sua Carta política, em seus arts. 62 e 66, a atenção dispensada aos povos indígenas como segue:

ARTICULO 62. Protección al arte, folklore y artesanías tradicionales. La expresión artística nacional, el arte popular, el folklore y las artesanías e industrias autóctonas, deben ser objeto de protección especial del Estado, con el fin de preservar su autenticidad. El Estado propiciará la apertura de mercados nacionales e internacionales para la libre comercialización de la obra de los artistas y artesanos, promoviendo su producción y adecuada a tecnificación.

[...]

ARTICULO 66. Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. (GUATEMALA, 1985).

Em complemento, o Decreto nº 12, de 2 de abril de 2002 (Código Municipal) regulamenta a organização do governo, a administração e o funcionamento dos municípios e demais entidades locais, bem como as respectivas competências (GUATEMALA, 2002).

Nesse contexto, faz-se digno destacar, no âmbito da citada norma, as previsões acerca do reconhecimento e o respeito das especificidades dos povos indígenas: 1) o art. 20 prevê a definição das comunidades indígenas, o amparo de sua existência e o seu reconhecimento como entidade – com suas normas, valores e procedimentos próprios –, bem como são reconhecidas as respectivas autoridades tradicionais; 2) o art. 21 prevê o respeito e reconhecimento das formas próprias de relação/organização das comunidades entre si, de acordo com critérios e normas tradicionais; e 3) por fim, o art. 55 prevê o dever pelos municípios de reconhecer, respeitar e promover as *alcaldías indígenas*. A seguir, são transcritos os dispositivos mencionados:

ARTICULO 20. Comunidades de los pueblos indígenas. Las comunidades de los pueblos indígenas son formas de cohesión social natural y como tales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, debiendo inscribirse en el registro civil de la municipalidad correspondiente, con respeto de su organización y administración interna que se rige de conformidad con sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado, de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales.

ARTICULO 21. Relaciones de las comunidades de los pueblos indígenas entre sí. Se respetan y reconocen las formas propias de relación u organización de las comunidades de los pueblos indígenas entre sí, de acuerdo a criterios y normas tradicionales o a la dinámica que las mismas comunidades generen.

[...]

ARTICULO 55. Alcaldías indígenas. El gobierno del municipio debe reconocer, respetar y promover las alcaldías indígenas, cuando éstas existan, incluyendo sus propias formas de funcionamiento administrativo. (GUATEMALA, 2002).

Em outro instrumento guatemalteco, o *Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas*, firmado em 31 de março de 1995 por representantes do Governo e da *Unidad*

Revolucionaria Nacional Guatemalteca, acompanhados por representantes das Nações Unidas (como parte das negociações visando o fim das hostilidades no País decorrentes da guerra civil que durou mais de 36 anos⁴²), podem ser observadas importantes referências acerca da jurisdição indígena, com o reconhecimento da gestão de seus assuntos internos de acordo com suas normas, desde que não violem direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico nacional ou os direitos humanos internacionalmente reconhecidos:

3. Para fortalecer la seguridad jurídica de las comunidades indígenas, el Gobierno se compromete a promover ante el organismo legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas, el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. (GUATEMALA, 1995).

Nesse mesmo norte, segundo a Comissão Presidencial contra a Discriminação e o Racismo (CODISRA) do Governo da Guatemala – em informe temático que tratou das respostas do País aos questionamentos feitos pela relatora da ONU Victoria Tauli-Corpuz acerca dos sistemas de justiça indígena e sua coordenação com o sistema ordinário⁴³ –, a jurisprudência da Corte Constitucional guatemalteca tem reconhecido a competência das autoridades indígenas para resolver as controvérsias suscitadas entre membros da comunidade (GUATEMALA, 2018, p. 2).

Como exemplos dessa jurisprudência constitucional, no referido informe são citados os Expedientes nº 1467-2014, de 10 de março de 2016; nº 943-2017, de 21 de junho de 2017; e nº 2906-2017, de 21 de setembro de 2017. Tais decisões trazem como principais objetos, respectivamente, os seguintes: 1) a não submissão de um indígena a novo julgamento no foro ordinário (sob o princípio *non bis in idem*); 2) o reconhecimento das autoridades indígenas para a resolução de conflito de terras indígenas; e 3) o reconhecimento de que as *alcaldías indígenas*⁴⁴ não são uma mera forma de coesão social e natural, mas sim uma instituição

⁴² A guerra civil ocorrida na Guatemala durou 36 anos, tendo seu final em 1996. No auge do conflito, os povos indígenas daquele País foram alvo de significativa violência, tendo sido implementadas pelos militares guatemaltecos, inclusive, as chamadas “*matazonas*” (zonas de matança) nas terras altas, no início da década de 1980. O objetivo dessa política genocida não era apenas suprimir a base de apoio recebida pelos guerrilheiros, mas também destruir a cultura, a identidade e as estruturas comunitárias das populações indígenas. Nesse genocídio perpetrado pelos militares, pelo menos 440 aldeias foram arrasadas e mais de 1 milhão de refugiados foram deslocados (LOUREY, 2014, p. 4).

⁴³ Em visita realizada na Guatemala a pedido da ONU, entre os dias 1º e 18 de maio de 2018.

⁴⁴ 1. As *alcaldías indígenas* são instituições sociopolíticas legítimas altamente reconhecidas pelas comunidades indígenas. São pessoas eleitas pela comunidade, reconhecidas por seu trabalho, responsabilidade, honestidade, liderança e comprometimento, dispostas a servir e exercer suas funções de forma permanente e sem remuneração. Tradicionalmente, esses cargos são atribuídos a pessoas mais velhas, por sua maturidade e sabedoria (ANAM, 2021; tradução nossa). 2. Na Guatemala, conforme se depreende de sua Carta e do Decreto nº 12-2002, as *alcaldías*

genuína que persiste como parte da tradição histórica dos povos indígenas – distinta da corporação municipal prevista em lei ordinária – e que são reconhecidas como autoridades legítimas pelas comunidades que representam, sendo importante para a resolução dos conflitos comunitários e como intermediárias perante o poder público (GUATEMALA, 2018, p. 3). *In casu*, a lei mencionada na última decisão é o já referido Decreto nº 12-2002 (Código Municipal).

Das citadas decisões, julga-se importante para o presente trabalho trazer trecho da primeira, na qual a Corte Constitucional decidiu por não submeter a novo julgamento pela justiça ordinária um indígena que já havia sido julgada anteriormente, pelos mesmos fatos, por suas autoridades ancestrais, conforme os costumes próprios de sua cultura. Na referida decisão, a Corte indicou que

Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, en el que se desarrollan simultáneamente diversas culturas, cada una con costumbres y tradiciones propias, algunas que datan de tiempos precoloniales, otras de la época colonial y las que se desarrollaron en el Estado poscolonial; de ahí que el gran reto de la Guatemala actual es lograr la existencia de un Estado inclusivo que reconociendo la diversidad y riqueza cultural, construya las bases que permitan su coexistencia y desarrollo armónico, con la finalidad de lograr una sana convivencia social que, basada en el respeto recíproco de la identidad cultural de todas las personas que habitan el país, haga viable alcanzar su fin supremo que es la realización del bien común. (GUATEMALA, Expediente nº 1467, 2014, p. 13).

Nesse sentido, o relatório da ONU sobre os direitos dos povos indígenas na Guatemala, produzido pela Relatora Especial, Victoria Tauli-Corpuz (entre os dias 1º e 18 de maio de 2018), ressaltou como avanço positivo – no que se refere à jurisdição indígena na Guatemala – o reconhecimento do pluralismo jurídico nas decisões dos tribunais superiores, porém observou que não haviam sido adotadas as medidas necessárias para o seu efetivo reconhecimento ou harmonização com a justiça ordinária. Ademais, nos debates que trataram de uma reforma constitucional no âmbito do Poder Judiciário no ano de 2016, uma forte oposição tanto dos parlamentares quanto do setor privado e da opinião pública, incluindo o desencadeamento de uma campanha na mídia e nas redes sociais marcada por preconceitos racistas, obrigou as autoridades indígenas a anunciarem a retirada da proposta que visava incorporar a justiça indígena na Carta guatemalteca (ONU, 2018).

Apesar desses entraves, as autoridades indígenas exercem sua jurisdição sobre grandes áreas do país, sendo registrados nessas regiões os mais baixos índices de crimes violentos (como nos departamentos de San Marcos, Sololá, Totonicapán, Baja Verapaz e Quiché onde, segundo

indígenas são uma espécie de “subprefeituras”, funcionando na administração municipal como um órgão auxiliar à prefeitura “oficial” de determinados municípios (nota do autor).

informações recebidas pela Relatora, não foram registrados homicídios em vários municípios durante o ano de 2017), concluindo o relatório no sentido de que

El reconocimiento efectivo del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena y su armonización con el sistema de justicia ordinaria no solo permitirían avanzar en el cumplimiento de los compromisos internacionales, sino que tendrían un impacto positivo en la lucha contra la impunidad y en el buen gobierno. (ONU, 2018).

3.3.2 Nicarágua

Acerca dos povos indígenas e seus direitos, o texto constitucional vigente até 9 de fevereiro de 2014 trazia em seu art. 5º, dentre outros princípios da Nação nicaraguense, o seguinte:

ARTICULO 5. Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos.

El pluralismo político asegura la existencia y participación de todas las organizaciones políticas en los asuntos económicos, políticos y sociales del país, sin restricción ideológica, excepto aquellos que pretenden el restablecimiento de todo tipo de dictadura o de cualquier sistema antidemocrático.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial **los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley**. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución. (NICARÁGUA, 1987a; grifo nosso).

Ainda que não houvesse na Carta, de forma explícita, previsão acerca da jurisdição indígena, pode-se facilmente entender que o reconhecimento aos povos indígenas do direito de manter e desenvolver sua identidade e cultura, de ter suas próprias formas de organização social e de administrar seus assuntos locais, certamente abrangeria a aplicação de sua jurisdição no seio da comunidade.

Porém, a Lei nº 854, de 10 de fevereiro de 2014 (NICARÁGUA, 2014), alterou vários dispositivos da Carta nicaraguense, incluindo seu art. 5º, o qual teve suprimido alguns parágrafos e alterado o teor de outros. No que se refere especificamente aos direitos conferidos aos povos indígenas, essas mudanças abrangeram seu parágrafo terceiro e o *caput*:

Artículo 5. Son principios de la nación nicaragüense, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político y social, **el reconocimiento a los pueblos originarios y afrodescendientes de su propia identidad dentro de un Estado unitario e indivisible**, el reconocimiento a las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional, el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos, los valores cristianos, los ideales socialistas, las prácticas solidarias, y los valores y ideales de la cultura y identidad nicaragüense. (NICARÁGUA, 2014, grifo nosso).

Assim, com a inovação legislativa, o parágrafo terceiro do art. 5º – onde se encontravam de forma mais abrangente e explícita os direitos dos povos indígenas – foi suprimido, inserindo-se tais direitos no *caput* do dispositivo, porém, de forma genérica, subsumidos no texto “reconhecimento aos povos originários e afrodescendentes de sua própria identidade dentro de um estado unitário e indivisível”.

Se, por um lado, pode-se elogiar o uso da terminologia “povos originários” ao lado de “afrodescendentes” – demonstrando um caráter pluralista da Carta nicaraguense, em favor das minorias –, por outro, pode-se inferir que ao se retirar uma maior abrangência formal de direitos indígenas do texto constitucional, podem ser criadas mais dificuldades (além das já existentes) para a efetivação desses direitos, dando azo a maiores especulações ao se interpretar o texto constitucional – assim como ocorre em outros países, inclusive no Brasil. Nesse diapasão, vislumbra-se o risco de retrocesso nos direitos indígenas daquele País, em especial no que se refere à resolução de seus conflitos internos sob a égide da jurisdição indígena.

De outra banda, o Decreto nº 3.584, de 9 de julho de 2003, ao regulamentar a Lei nº 28, de 7 de setembro de 1987 – Estatuto de Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua (NICARÁGUA, 1987b) –, estabeleceu para essas regiões a competência das autoridades das comunidades para a administração de sua própria justiça nos seguintes termos: “Artículo 33. Las autoridades comunales administran justicia dentro de las comunidades y entre los comunitarios, de conformidad con sus costumbre y tradiciones” (NICARÁGUA, 2003).

Por fim, faz-se importante trazer também, ao presente estudo, o texto do art. 20 do Código Penal nicaraguense, cujo teor reconhece a jurisdição indígena em relação aos delitos cuja pena não exceda 5 (cinco) anos de prisão, o que logicamente limita sobremaneira a atuação das autoridades indígenas sobre os crimes mais graves:

Artículo 20. Leyes penales especiales.

Las disposiciones del Título Preliminar y del Libro Primero de este Código, se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquellas.

Los delitos y las faltas cometidos por miembros de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Atlántica en el seno de ellas y entre comunitarios, cuya pena no exceda de cinco años de prisión, serán juzgados conforme al derecho consuetudinario, el que en ningún caso puede contradecir a la Constitución Política de Nicaragua. No obstante, queda a salvo el derecho de la víctima de escoger el sistema de justicia estatal al inicio mismo de la persecución y con respeto absoluto a la prohibición de persecución penal múltiple. (NICARÁGUA, 2007; grifo nosso).

De todo modo, urge acrescentar que a Carta nicaraguense, ao trazer os termos “estado unitário e indivisível” e “valores cristãos” – característicos do monismo político e religioso de viés eurocentrista –, coloca em dúvida, ao menos no aspecto formal, a pluralidade almejada pelo constituinte originário e pela Nação nicaraguense, o que pode representar duro golpe nos processos descoloniais naquele País.

3.3.3 Colômbia

À luz do texto constitucional colombiano em seu art. 246, observa-se o reconhecimento da existência da jurisdição indígena, deixando para o legislador infraconstitucional o estabelecimento da coordenação com as demais jurisdições – de forma similar às Cartas boliviana e equatoriana (como será observado adiante neste capítulo):

Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (COLÔMBIA, 1991).

A referida lei colombiana é a de nº 270, de 7 de março de 1996 (Lei Estatutária da Administração da Justiça), cujo art. 12 dispõe:

La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria. **Dicha función se ejerce por** la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **las jurisdicciones especiales tales como:** la penal militar, **la indígena** y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción. (COLÔMBIA, 1996; grifos nossos).

Logo, verifica-se legítima a competência das autoridades das comunidades indígenas para administrar a justiça⁴⁵, porém não restaram esclarecidos os alcances e/ou limitações dessa jurisdição. Neste ponto, a Corte Constitucional da Colômbia tem exercido relevante papel resolvendo conflitos entre as jurisdições e dessa forma representando, nos dizeres de Borja Jimenez (2006, p. 106), uma autêntica teoria científica no campo do Direito Indígena, corroborando a existência e a validade de sistemas penais originários na América Latina.

Nesse sentido, segundo a Corte Constitucional, as limitações à jurisdição indígena estarão relacionadas às decisões que verdadeiramente atentem contra os bens mais apreciados pelo homem – aqueles que independentemente da cultura a que se refiram devem ser sempre garantidos, como o direito à vida, à dignidade humana, a proibição da tortura, a escravidão e o devido processo –, reiterando-se os seguintes critérios para dirimir conflitos entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena: 1) a maior conservação dos usos e costumes indígenas e sua maior autonomia; 2) os direitos fundamentais constitucionais constituem o mínimo obrigatório de convivência para todos os particulares; 3) as normas legais imperativas (de ordem pública) da República primam sobre os usos e costumes das comunidades indígenas, sempre e quando protejam diretamente um valor constitucional superior ao princípio de diversidade étnica e cultural e; 4) os usos e costumes de uma comunidade indígena primam sobre as normas legais dispositivas (COLÔMBIA, 2013).

Além do exposto, a Corte tem reiterado, igualmente, que as comunidades indígenas tem o direito a que sua jurisdição seja respeitada de maneira que, uma vez assumido um caso para seu conhecimento, a decisão adotada tem a mesma hierarquia de uma sentença ordinária. Para tanto, foram estabelecidos quatro critérios para o reconhecimento do foro indígena: 1) o critério **objetivo**, pelo qual, em princípio, qualquer controvérsia que surja em um território indígena deve ser resolvida em sua comunidade; 2) o critério **territorial**, segundo o qual a comunidade pode julgar qualquer conduta cometida em seu ambiente geográfico ou espacial; 3) o critério **pessoal** ou **subjetivo**, pelo qual o membro de uma comunidade deve ser julgado por ela, levando-se em consideração o grau de pertença e integração do sujeito àquela comunidade (compartilhamento da mesma cosmovisão); e 4) por fim, deve-se levar em conta também o critério **institucional** ou **orgânico** que se refere à existência de autoridades, usos, costumes e procedimentos tradicionais na comunidade (COLÔMBIA, 2012).

⁴⁵ Ressaltando-se que, por meio da *Sentencia* C-713-08, de 15 de julho de 2008, da Corte Constitucional da Colômbia, restou estabelecido que sob o ponto de vista funcional, a jurisdição indígena faz parte da “Rama Judicial” colombiana, porém as autoridades que exercem essa jurisdição não fazem parte da “estrutura orgânica” da Rama Judicial (COLÔMBIA, 2008).

Outrossim, a Corte tem decidido que, ainda que não se considerem cumpridos os requisitos necessários para a aplicação da jurisdição indígena, a jurisdição ordinária deve analisar o caso concreto a fim de verificar: 1) se pode ser excluída a responsabilidade do indígena por diversidade sociocultural; 2) se é possível afastar a culpabilidade do delito pela configuração de um erro de proibição culturalmente condicionado⁴⁶; 3) as circunstâncias especiais nas quais se cometeu o delito; e 4) que a privação da liberdade em um estabelecimento penitenciário e/ou carcerário não pode afetar sua integridade cultural (COLÔMBIA, 2013).

Por fim, quanto ao erro de proibição culturalmente condicionado acima referido, Baldi (2016, p. 260) leciona que na Colômbia tal instituto tem *status* constitucional, na medida em que a Corte constitucional daquele País tem considerado em suas decisões a cosmovisão dos povos indígenas em relação a determinadas práticas (ou mesmo quando cometidos crimes), tendo em vista que a diversidade cultural não pode ser criminalizada⁴⁷. Nesse mesmo norte, o Código Penal colombiano traz em seu art. 33⁴⁸ ser inimputável quem, no momento da conduta típica e antijurídica, não tiver a capacidade de compreender sua ilicitude ou de determinar-se de acordo com essa compreensão, motivada por, dentre outras condições, a chamada “diversidade sociocultural”.

3.3.4 México

A Constituição mexicana de 1917, após diversas atualizações ocorridas no decorrer do século 20 e nas últimas décadas – fruto dos movimentos populares e da participação do País em instrumentos internacionais de reconhecimento de seus direitos –, traz importantes definições acerca dos povos indígenas, dentro de uma perspectiva de pluralidade, expressando o reconhecimento do País pelos povos que originalmente ocupavam o território:

Artículo 2º. La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una **composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban**

⁴⁶ A esse respeito, já tratado no capítulo anterior, Zaffaroni e Pierangeli lecionam que no erro de compreensão (ou de proibição) culturalmente condicionado, o indígena conhece a ilicitude do fato, porém não se pode exigir sua compreensão ou entendimento, já que em sua cultura tal conduta é lícita, impedindo-se sua internalização acerca da ilicitude (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 552).

⁴⁷ Vide *Sentencia* C-370-02. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm>.

⁴⁸ Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, **diversidad sociocultural** o estados similares (COLÔMBIA, 2000, grifo nosso).

en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
[...]

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.
[...]

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. (MÉXICO, 1917; grifos nossos).

A despeito dessas importantes previsões constitucionais, pode-se verificar que não restou clara a competência da jurisdição indígena e nem sua legitimidade perante as demais jurisdições, eis que, ao final do inciso II acima transcrito, fala-se de “validação pelos juízes ou tribunais correspondentes” na forma da lei – dando-se a entender que as decisões tomadas pelas autoridades indígenas dependerão de uma homologação pela jurisdição ordinária.

Outrossim, em vários dispositivos do citado art. 2º, a Carta mexicana prevê a competência às entidades federativas para regular – por meio de constituições e de leis – acerca dos direitos indígenas em suas respectivas jurisdições.

Nesse sentido, os estados mexicanos promulgaram, *per se*, leis relativas aos direitos indígenas⁴⁹, com destaque para os Estados de Aguascalientes, Quintana Roo, San Luis Potosí e Yucatan, os quais possuem normas específicas acerca da justiça indígena. Por sua vez, os demais estados (à exceção do Distrito Federal e do Estado de Zacatecas – que não referem a jurisdição indígena) trazem disposições a respeito da justiça indígena no bojo das demais normas concernentes aos povos indígenas, a maioria reconhecendo sua existência – ainda que alguns diplomas prevejam suas funções apenas de forma auxiliar ou alternativa em relação à jurisdição estatal.

⁴⁹ Normas reunidas na página da *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* do México, disponíveis em: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/pueblos-y-comunidades-indigenas-marco-normativo>.

Nesse contexto, verifica-se um certo dissenso, entre os estados mexicanos, acerca da legitimidade das decisões da jurisdição indígena, bem como em relação à sua autonomia. Os Estados de Aguascalientes, Guerrero e Queretaro, por exemplo, colocaram-na como autônoma, devendo suas decisões ser respeitadas pelas autoridades estatais; outros estados optaram por deixá-la por vezes como “auxiliar” à justiça ordinária ou dependente desta, seja para homologação/validação das decisões, seja como forma de subordinação hierárquica (a exemplo dos Estados de Chiapas, Morelos e Puebla) e, em outros diplomas, optou-se por manter seu acesso de modo voluntário – e não obrigatório – pelos membros das comunidades indígenas (a exemplo dos Estados de Baja California, Chihuahua e Colima).

Em relação à competência penal, alguns estados preveem uma competência indígena somente residual – competindo à justiça estatal os delitos que “*se persiguen de oficio*”⁵⁰ –, a exemplo de Baja California, Colima e Durango, ou ainda nos delitos de menor gravidade, a exemplo do Estado de Quintana Roo – que excetua da competência indígena os delitos considerados graves pela lei⁵¹–, e do Estado de Oaxaca – que delimita essa atuação para aqueles crimes cuja pena cominada seja de até 2 anos de prisão, concedendo-se à jurisdição indígena uma função auxiliar ao Ministério Público ou ao juiz⁵². Os Estados de Tlaxcala e Nayarit, por sua vez, excluem dos povos indígenas a competência em matéria penal. Porém, de maneira geral, verifica-se que as normas da maioria dos estados não trazem de forma clara essa competência.

Do exposto, pode-se inferir que essas diferenciações no trato da jurisdição indígena – reflexo da independência e soberania dos estados mexicanos em regularem seus respectivos âmbitos territoriais –, terminam por provocar incertezas nos povos indígenas a respeito de seus direitos e sua autodeterminação, especialmente nos casos em que, por exemplo, ocorra um

⁵⁰ Leia-se: persecução penal obrigatória pelo estado, assim como os delitos de ação penal pública incondicionada no Brasil (nota do autor).

⁵¹ Artículo 18. Quedan expresamente exceptuados de la competencia de los jueces y juezas tradicionales, el conocimiento de los delitos calificados por la ley como graves (QUINTANA ROO, 1997).

⁵² Artículo 38. Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas, procurarán y administrarán justicia aplicando sus sistemas normativos internos, en los casos y de acuerdo con las formalidades que se prescriben a continuación. I. Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción en los casos siguientes. a) Tratándose de controversias en las cuales ambas partes sean indígenas, ya sea que pertenezcan a un mismo pueblo o a pueblos diferentes. Cuando el conflicto de que se trate involucre como partes a indígenas y no indígenas, el infractor, tratándose de asunto penal, o el demandante si el asunto es de materia diversa a la penal, podrá elegir a la autoridad a la que someterá la controversia. b) **Que la materia de las controversias verse sobre: delitos que estén sancionados en el Código Penal del Estado de Oaxaca, con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión, en éstos casos las autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial;** [...] (OAXACA, 1998; grifo nosso).

conflito envolvendo etnias ou comunidades diversas (seja individual, seja coletivamente) em mais de um estado da confederação.

3.3.5 Paraguai

A Carta paraguaia tem capítulo próprio destinado aos povos indígenas, reconhecendo em seu favor o direito de aplicar suas próprias normas dentro de seus territórios – desde que não atentem contra os direitos fundamentais –, além de levar em consideração as normas consuetudinárias indígenas em eventuais conflitos jurisdicionais:

Artículo 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA.

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. **Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.** (PARAGUAI, 1992; grifo nosso).

Tal previsão, porém, não foi suficientemente clara para legitimar a jurisdição indígena no Paraguai – ou ela tem sido simplesmente ignorada. Faz-se tal afirmação à luz do constante no Título VI do Livro Segundo do Código de Processo Penal paraguaio e no *Protocolo de Actuación para una Justicia Intercultural* emitido pela Corte Suprema de Justiça do Paraguai⁵³.

Nesse sentido, o Título VI do referido Código prevê o “Procedimento para os Fatos Puníveis relacionados com Povos Indígenas”, estabelecendo “adaptações” procedimentais a serem efetivadas pelos juízes ordinários no julgamento de indígenas, dentre as quais podem ser citadas: 1) a utilização obrigatória de um consultor técnico especializado em questões indígenas durante as investigações; 2) a consideração acerca das características culturais do imputado indígena em caso de prisão preventiva; 3) a convocação do Ministério Público, do imputado e da vítima, junto com membros da comunidade, para que, aconselhados pelo perito interveniente, elaborem um modo de reparação com o objeto de pôr fim ao procedimento – chegando-se a um acordo, o juiz poderá homologar e suspender o procedimento, estabelecendo os direitos e obrigações das partes. Vencido o prazo sem descumprimento, será declarada de ofício a extinção da ação penal, porém, em caso de descumprimento ou se as partes não chegarem a um acordo, o procedimento prosseguirá conforme as regras do procedimento

⁵³ Disponível em: https://www.pj.gov.py/descargas/ID1-691_protocolo_de_actuacion_justicia_intercultural.pdf.

ordinário; 4) Em caso de prosseguimento no procedimento ordinário, além do sorteio de um novo perito, serão realizadas as modificações julgadas necessárias em respeito às características culturais da etnia do réu – essas modificações serão informadas previamente às partes, com certa antecipação; 5) o perito participa da deliberação dos juízes, porém sem direito a voto; 6) a sentença fará constar o teor do direito consuetudinário aplicado ou invocado, com um juízo valorativo sobre seu sentido e alcance; e 7) por fim, por ocasião da execução de uma sentença condenatória da qual decorra o cumprimento de pena privativa de liberdade que supere 2 (dois) anos, qualquer representante legal de uma comunidade da etnia do condenado poderá apresentar ao juiz da execução uma alternativa para a execução da sanção, de modo que se cumpra mais eficazmente as finalidades constitucionais, respeite a identidade cultural do condenado e lhe seja mais favorável, resolvendo-se a questão em audiência oral para a qual serão convocados o condenado, a vítima e o Ministério Público (PARAGUAI, 1998).

Outrossim, conforme o supracitado Protocolo, os juízes de paz⁵⁴ são os mais indicados para a atenção inicial dos casos que envolvam indígenas e suas comunidades, levando-se em conta critérios como proximidade, celeridade, oportunidade e pelas funções que lhes são outorgadas pelo Código de Organização Judicial⁵⁵ e pelas orientações da Corte Suprema de Justiça (PARAGUAI, 2016).

Quanto a tal modo híbrido de judicatura, vislumbra-se sua pouca efetividade na promoção da justiça nos conflitos de índole penal enfrentados pelos povos indígenas no Paraguai, não só pela desconsideração da jurisdição indígena e de suas autoridades – afrontando, dessa forma, essa importante expressão da autodeterminação desses povos –, mas também pela dificuldade do acesso à justiça pelos indígenas naquele País.

Faz-se tal afirmação levando-se em consideração o estudo realizado pelo *Centro de Estudios Judiciales* (CEJ), no contexto da Reforma Estrutural da Justiça no Paraguai, pelo qual foram levantadas como principais reclamações dos povos indígenas a exclusão, a pouca compreensão da justiça indígena e os custos que devem assumir com sua defesa nos processos diante da justiça ordinária – incluindo-se as defesas realizadas por defensores públicos (CEJ, 2017, p. 20).

⁵⁴ **CAPITULO VIII. DE LA JUSTICIA DE PAZ. Art. 56.** La Justicia de Paz será ejercida por Jueces de Paz en lo Civil, Comercial y Laboral, y por Jueces de Paz en lo Criminal. [...] **SECCION II. DE LOS JUZGADOS DE PAZ EN LO CRIMINAL. Art. 60.** Los Juzgados de Paz en lo Criminal conocerán de las faltas previstas por la ley, siendo sus resoluciones apelables. Instruirán sumario en los casos de delito siempre que no haya Juez de Instrucción o de Primera Instancia en lo Criminal en el distrito asiento del Juzgado. Asegurarán las personas de los procesados y podrán disponer el allanamiento de domicilio, librando orden por escrito y practicarán todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos punibles (PARAGUAI, 1981; grifos no original).

⁵⁵ Ley nº 879/81. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/2321/ley-n-879-codigo-de-organizacion-judicial>.

Assim, nas conclusões do projeto de iniciativa do Centro (2017, p. 20), tendo por objeto o acesso à justiça pelas comunidades indígenas⁵⁶, recomenda-se, por meio de uma lei complementar, o estabelecimento da competência dos diversos sistemas de justiça indígenas atualmente em vigor e de regras claras da justiça ordinária para a resolução de conflitos de competência que possam surgir.

Nesse contexto, visando a quebra de paradigmas e o avanço para um novo modelo de relação entre a justiça ordinária e a justiça indígena, o Centro refere instrumentos para facilitar a aplicação do direito consuetudinário, como a composição de júris populares formados por lideranças e especialistas indígenas, e a possibilidade de peritos qualificados sistematizarem o Direito Indígena, de modo a melhor estruturar as normas consuetudinárias e sua aplicação – sendo esta falta de sistematização, segundo o estudo, um problema encontrado na maioria dos povos indígenas. Feita essa sistematização, seu conteúdo deve ser divulgado entre os integrantes da respectiva etnia e incluído nos planos de estudos do sistema educacional (CEJ, 2017, p. 20).

Do exposto, pode-se afirmar que a jurisdição indígena pretendida pelo constituinte foi desvirtuada nos anos posteriores à promulgação da Carta paraguaia, urgindo a criação de lei norteada pela Constituição que delimite o âmbito das jurisdições – com as correspondentes reformas no Poder Judiciário –, a fim de que a pluralidade alcance de fato a sociedade paraguaia e todos os povos que habitam o País.

3.3.6 Peru

O art. 149 da Constituição prevê a possibilidade de as comunidades campesinas e nativas poderem exercer as funções jurisdicionais em seu âmbito territorial, de acordo com o direito consuetudinário, sempre que não violem os direitos fundamentais:

Artículo 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. (PERU, 1993a).

⁵⁶ Proyecto “Participación ciudadana e incidencia de los pueblos indígenas en la Reforma Judicial del Paraguay”, disponível em: <https://www.cej.org.py/uploads/acceso-a-justicia-de-las-comunidades-indigenas-1538590591.pdf>.

Outrossim, a exemplo de outros países latino-americanos – como Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia –, a Carta peruana também prevê o estabelecimento, por meio de Lei, da coordenação entre as jurisdições.

Porém, não há ainda, no ordenamento jurídico peruano, diploma infraconstitucional que faça referência à jurisdição indígena, pelo contrário: a Lei Orgânica do Poder Judicial, de 2 de junho de 1993, dispõe em seu art. 1º não poder ser instituída outra jurisdição independente da ordinária, com exceção da arbitral e da militar:

Artículo 1. Potestad exclusiva de administrar justicia. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes.

No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar. (PERU, 1993b; grifo nosso).

Tal situação, contudo, não tem passado despercebida pelos povos andinos, amazônicos e afro-peruanos, dando azo a iniciativas para preencher essa lacuna, a exemplo do Projeto de Lei nº 773/2016, tendo por objeto o estabelecimento de princípios, políticas, critérios e regras para a coordenação da jurisdição especial com a ordinária⁵⁷.

Referido Projeto traz em seu art. 2º definições para os efeitos da futura lei, dentre as quais julga-se relevante trazer as seguintes:

Ámbito Territorial de la Jurisdicción Especial: Espacio que comprende la totalidad del hábitat territorial de las regiones que las comunidades campesinas, las comunidades nativas, las rondas campesinas y los pueblos indígenas tradicionalmente ocupan o utilizan de alguna manera.

Comunidades Nativas: Organizaciones constituídas por conjuntos de familias vinculadas por un idioma o un dialecto, por caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso en la Amazonia.

Derecho Consuetudinario o Derecho Próprio: Sistema de normas, principios, valores, prácticas y instituciones basadas en usos y costumbres que las comunidades campesinas, las comunidades nativas, las rondas campesinas y los pueblos indígenas consideran legítimo y obligatorio, por cuanto les permite regular su vida social, organizar el orden público interno y establecer derechos, deberes y sanciones, así como resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito de la administración de justicia.

Jurisdicción Especial: Ámbito de la administración de justicia que corresponde a las comunidades campesinas, las comunidades nativas, las rondas campesinas y los pueblos indígenas.

⁵⁷ Projeto de Lei nº 773/2016, disponível em:

https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0077320161214...pdf.

Pueblos Indígenas: Pueblos que descienden de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo se auto-reconozcan como tales. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos. La expresión “pueblo indígena” hace referencia a “pueblo indígena u originario”. (PERU, 2016; grifos no original).

De qualquer forma, enquanto não é promulgada lei que reconheça de forma clara a jurisdição especial (inclusive em relação aos povos indígenas peruanos) e promova a coordenação desta com a jurisdição ordinária, cabe ao Poder Judiciário peruano interpretar o art. 149 da Constituição.

Nesse sentido, conforme Molleda (2019, n.p.), há certo desenvolvimento normativo nas sentenças que resolvem conflitos relativos ao exercício da justiça comunitária, tendo a Corte Constitucional peruana, de um lado, reafirmado a constitucionalidade dessa jurisdição especial e, de outro, resolvido casos de colisão entre os costumes das comunidades e os direitos fundamentais – resguardando-se, por exemplo, a integridade física do indivíduo e o devido processo legal.

Além do acima delineado, o autor ressalta dispositivo do novo Código de Processo Penal peruano que traz grande significado para o tema – seu art. 18 –, reforçando-se a ideia de “uma prioridade e uma preferência” da justiça comunitária na resolução de conflitos dentro de seu âmbito territorial, demonstrando assim sua consonância com a Carta peruana (MOLLEDA, 2019, n.p.):

Artículo 18. Límites de la jurisdicción penal ordinaria.

La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer:

1. De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución.
2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes.
3. **De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución.** (PERU, 2004; grifo nosso).

Por fim, em favor do reconhecimento social da justiça comunitária peruana, urge trazer as considerações importantes do plano elaborado pela Comissão Especial de Reforma Integral do Sistema de Justiça (CERIAJUS)⁵⁸, no ano de 2004, tendo dentre seus objetivos o de “Consolidar a justiça comunitária exercida pelas autoridades dos povos indígenas, rondas campesinas, comunidades campesinas e nativas, como reconhecimento à pluralidade do país”,

⁵⁸ Comision Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS. Plan nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia – Lima, 23 de abril de 2004. Disponível em: http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf.

propondo-se, para tanto, o “Desenvolvimento de políticas públicas de reconhecimento e respeito às manifestações jurídicas próprias dos povos indígenas, comunidades nativas, campesinas e rondas campesinas” (PERU, 2004; tradução nossa).

3.3.7 Argentina

Conforme referido por Barreto (2014, p. 64), a Carta da Argentina possui dois aspectos de grande relevância no tratamento dos direitos indígenas: o primeiro é o reconhecimento da propriedade (e não somente da posse, como ocorre, por exemplo, no Brasil) das terras tradicionalmente ocupadas – mediante ato de competência do Congresso argentino (diferentemente do Brasil, por exemplo, cujos atos são de competência do Poder Executivo) –, conforme se depreende de seu art. 75, item 17; e o segundo é que na Argentina os Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos têm hierarquia constitucional e aqueles que versem sobre outros assuntos têm hierarquia superior à das leis – a exemplo da Convenção nº 169 da OIT –, de acordo com o mesmo dispositivo, em seu item 22:

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

[...]

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, **y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan**; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

[...]

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. **Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.** La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. (ARGENTINA, 1994; grifos nossos).

Porém, no que se refere à jurisdição indígena e ao seu direito próprio, a Constituição da Argentina não possui menção expressa sobre o tema, atribuindo tão somente ao Congresso a tarefa de reconhecer a preexistência étnica e cultural dos povos indígenas, como acima transcrito.

A despeito dessa omissão, as províncias argentinas possuem competência concorrente com o governo federal para regulamentar os direitos dos povos originários localizados nas respectivas jurisdições, conforme interpretação dada ao art. 75 *in fine* da Carta pela Corte Suprema de Justiça argentina⁵⁹.

Nesse sentido, transcreve-se a seguir trechos da Resolução nº 277, de 28 de agosto de 2007, da Província do Chaco (Argentina), versando sobre o registro das comunidades e organizações indígenas no âmbito daquela região, cujo teor trata, dentre outros aspectos relevantes para a temática indígena, do reconhecimento formal da forma de organização, dos mecanismos de solução de conflitos, do Direito Indígena e da legitimidade das autoridades indígenas:

VISTO:

[...]

Que los pueblos indígenas o comunidades sean personas implica un reenvío al derecho consuetudinario de las propias comunidades tanto para definir su integración como sus autoridades, por lo tanto existe en el texto constitucional un reconocimiento a la propia forma de organización de estos pueblos, diríamos hay un reconocimiento de las instituciones, de sus organizaciones, de sus mecanismos de solución de conflictos, de sus autoridades, de sus decisiones como tales, en realidad hay un reconocimiento de estos pueblos como tales y de la existencia de un derecho indígena, partimos siempre del concepto de que las comunidades indígenas son el pueblo indígena fraccionado por razones históricas ajenas a su voluntad;

[...]

Anexo I: De las comunidades indígenas

[...]

3. Será indispensable para los miembros de cada una de las comunidades reconocidas, saber hablar total o parcialmente el idioma de su pueblo, ser miembro conforme a las pautas culturales del mismo y ser reconocido como tal por los otros miembros de la comunidad a la que refiere. **Las comunidades son la base fundamental de los pueblos indígenas y como tales son preexistentes, pudiendo adoptar y aplicar el derecho indígena vigente para sus decisiones comunitarias, aplicarán para la solución de sus conflictos las reglas o códigos ancestrales para funcionar como tales, los valores humanos, naturales y todo otro conocimiento tradicional corresponde dentro del marco del derecho de los pueblos indígenas,** se encuentran dentro de estos lineamientos **las autoridades tradicionales cuya investidura deberá ser respetada por las autoridades de la sociedad no indígena.** (CHACO, 2007; grifos nossos).

⁵⁹ “Confederación Mapuche Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/recurso extraordinario”, sentencia definitiva, 12 de diciembre de 2013 (ARGENTINA, 2015, p. 14; nota de rodapé).

Apesar de iniciativas como a acima delineada, verifica-se que comparativamente aos demais países ora estudados, a promoção dos direitos indígenas na Argentina está bem aquém do desejável dentro de uma realidade descolonial almejada atualmente na América Latina.

Nesse sentido, estudo realizado pela Defensoria Geral da Nação levantou óbices ao acesso à justiça pelos indígenas na Argentina, dentre os quais destacam-se o desconhecimento, por parte das autoridades argentinas, dos mecanismos de resolução de conflitos que ocorrem no seio das comunidades indígenas, e a má interpretação de certas pautas culturais desses povos. Por sua vez, da parte dos povos indígenas, existe a falta de domínio do idioma espanhol por alguns integrantes das comunidades – prejudicando sua compreensão dos fatos ao travar contato com os órgãos estatais – e, além disso, os defensores destacam que os procedimentos judiciais distam em muito das práticas de resolução de conflitos dos povos indígenas, ocorrendo dessa forma o forte choque cultural entre as instituições, normas e autoridades indígenas e o aparato estatal hegemônico (ARGENTINA, 2010, p. 54-55).

Assim, pode-se perceber que sob o ponto de vista dos direitos dos povos indígenas na Argentina – e em especial da jurisdição indígena, objeto do presente estudo –, há esforços no sentido reconhecê-los, porém vislumbra-se a necessidade da elaboração de normas de maior amplitude a nível nacional (quicá uma nova reforma constitucional) visando sua efetiva proteção e promoção, eis que somente normas locais poderão ser insuficientes para que integrantes das comunidades indígenas por todo o país não venham a sofrer mais injustiças do que as vivenciadas por esses povos desde o momento em que os europeus desembarcaram em Abya Yala.

3.3.8 Venezuela

Quanto à jurisdição indígena na Venezuela, a Constituição reconhece sua aplicação nos territórios indígenas (os “habitats” indígenas), conforme se observa em ser art. 260:

Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (VENEZUELA, 1999).

O citado dispositivo também prevê uma lei que faça a coordenação entre as jurisdições indígena e estatal: é a Lei Orgânica de Povos e Comunidades Indígenas, de 8 de dezembro de 2005, cujo Título VII versa sobre a administração da justiça (VENEZUELA, 2005).

Além de deixar claro o reconhecimento do Direito Indígena e de sua jurisdição, a Lei reforça a legitimidade das decisões das autoridades indígenas, conforme se observa a seguir:

De la jurisdicción especial indígena.

Artículo 132. La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras.

La jurisdicción especial indígena comprende la facultad de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos. Las autoridades indígenas resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la medición, la compensación y la reparación del daño, con la finalidad de reestablecer la armonía y la paz social. En los procedimientos participarán tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad. **Las decisiones constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional; en consecuencia, las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas y acatarlas, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley.**

Parágrafo Único: A los efectos de este Capítulo, se entenderá por integrante toda persona indígena que forme parte de una comunidad indígena. También se considera como integrante toda persona no indígena integrada por vínculos familiares o por cualquier otro nexo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma. (VENEZUELA, 2005; grifo nosso).

Nos dispositivos seguintes do citado Título, a Lei traz os critérios para a aplicação da jurisdição indígena – de acordo com as competências territorial, extraterritorial, material e pessoal –, bem como as normas que irão reger a coordenação entre as jurisdições indígena e estatal.

Quanto aos referidos critérios, o art. 133 estabeleceu o seguinte: 1) competência **territorial**, firmada sobre os fatos ou conflitos surgidos dentro do “hábitat e terras dos povos e comunidades indígenas respectivos”; 2) competência **extraterritorial**, que abrange as controvérsias submetidas ao conhecimento das autoridades indígenas que ocorram fora do hábitat e das terras indígenas, mas desde que envolvam integrantes dos povos e comunidades indígenas, não se revistam de caráter penal e não afetem direitos de terceiros não indígenas. Em caso de não conhecer da controvérsia – segundo as normas, usos e costumes do povo ou comunidade indígena e o previsto na Lei – o caso poderá ser encaminhado à jurisdição ordinária

se o caso for de sua competência; 3) competência **material**, que abrange qualquer conflito ou solicitação, independentemente da matéria que trate, excetuando-se: os delitos contra a segurança e integridade nacionais; os delitos de corrupção ou contra o patrimônio público; os ilícitos aduaneiros, o tráfico de drogas e de armas de fogo; os delitos caracterizados como crime organizado e os crimes internacionais: o genocídio, os de lesa humanidade, os crimes de guerra e crimes de agressão; e 4) competência **pessoal**, pela qual a jurisdição indígena terá competência para conhecer de solicitações ou conflitos que envolvam qualquer integrante do povo ou comunidade indígena. Quanto às pessoas que não sejam integrantes da comunidade, mas que encontrando-se dentro do habitat e terras indígenas cometam algum delito previsto na legislação ordinária, poderão ser detidas preventivamente pelas autoridades indígenas, sendo colocadas à disposição da jurisdição ordinária conforme o disposto no Código Orgânico Processual Penal (VENEZUELA, 2005).

Já em relação à coordenação entre as jurisdições indígena e ordinária e conflitos envolvendo direitos humanos, os artigos 134 e 135 preveem o seguinte:

De la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria.

Artículo 134. Las relaciones entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria se rigen por las siguientes reglas:

1. **Reserva de la jurisdicción especial indígena:** las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas sólo serán revisadas por la jurisdicción ordinaria cuando sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.
2. **Relaciones de coordinación:** La jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación y colaboración, a los fines de prestarse el apoyo requerido para la investigación, juzgamiento o ejecución de sus decisiones.
3. **Conflicto de jurisdicción:** De los conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria conocerá el Tribunal Supremo de Justicia, mediante el procedimiento respectivo establecido en la ley que regula la materia.
4. **Protección del derecho a la jurisdicción especial indígena:** Cuando la jurisdicción ordinaria conozca de casos que correspondan a la jurisdicción especial indígena, debe remitir las actuaciones a esta última. De los procedimientos para resolver conflictos de derechos humanos.

Artículo 135. Contra toda decisión emanada de la jurisdicción especial indígena, violatoria de derechos fundamentales, se podrá interponer la acción de Amparo Constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se tramitará conforme al procedimiento previsto en la ley respectiva y estará orientada según las reglas de equidad, garantizando la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, tomando en cuenta el derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas involucrados. (VENEZUELA, 2005, grifos no original).

À luz das previsões constitucional e legal acima transcritas, verifica-se que diferentemente de outros países latino-americanos aqui estudados, a Venezuela não excluiu da apreciação da jurisdição indígena os delitos graves ocorridos no seio dos povos indígenas (como ocorre nos ordenamentos nicaraguense e boliviano⁶⁰), porém sobrepõe a jurisdição ordinária sobre a indígena (a exemplo do ordenamento equatoriano⁶¹) quando estabelece, no art. 134, 1, acima transcrito, a possibilidade de revisão das decisões desta por aquela na hipótese de eventual incompatibilidade com os direitos fundamentais – quando tal controvérsia envolvendo conflito de jurisdições e direitos fundamentais indígenas poderia ser analisada com mais propriedade pela Corte Constitucional venezuelana – assim como ocorre na Colômbia.

Porém, mesmo que submetidas tais controvérsias à Corte venezuelana, esta não tem obtido sucesso em promover a justiça entre os povos indígenas naquele País. Nesse sentido, Castro (2021, n.p.), afirma que a jurisdição indígena tem sido debatida em sede constitucional, porém, quando a Corte é instada a se manifestar acerca dessa jurisdição, não tem conseguido estabelecer aspectos relevantes a seu respeito, restando ainda uma série de questionamentos envolvendo os conflitos de jurisdição que surgem entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena, não sendo igualmente demonstrada de forma clara, em suas decisões, a solução para certas situações, fruto principalmente do desconhecimento acerca dos diferentes povos e comunidades indígenas que habitam o País e da distinção entre suas respectivas culturas e sistemas próprios de justiça.

Não fosse isso, poder-se-ia afirmar que dentre os países ora estudados, a jurisdição indígena encontra no ordenamento jurídico venezuelano – ao menos no aspecto formal – a expressão mais próxima do almejado na Convenção nº 169 da OIT, sendo largamente reconhecida e estabelecida sua aplicação.

3.3.9 Bolívia

Conforme Mosiño (2016, p. 305), a Justiça Indígena foi uma das questões mais debatidas sobre a temática indígena na Bolívia dos anos 1990, já que a unidade jurídica foi um dos fundamentos sob os quais se ergueu o Estado boliviano, baseado na generalidade da lei. Assim, a despeito da incompreensão, desconfiança e incerteza que rondava sua aceitação, foi a partir da reforma constitucional de 1994 – resultado das mobilizações indígenas – que houve seu reconhecimento como solução alternativa de resolução de conflitos (mas não como um

⁶⁰ O ordenamento jurídico boliviano será abordado logo adiante, no item 3.3.9.

⁶¹ O ordenamento jurídico equatoriano será abordado adiante, no item 3.3.10.

outro sistema jurídico), sempre e quando a sua aplicação não fosse contrária à constituição e às leis. Desse modo, após a reforma de 1994, os indígenas poderiam submeter suas questões perante suas autoridades ancestrais, de acordo com as normas e procedimentos próprios, de forma alternativa ao sistema judiciário estatal – já que essa “alternativa” não atentaria contra a “unidade jurisdicional”.

Porém, na aplicação da justiça indígena pelas comunidades a partir de 1994, surgiram muitos casos de linchamento nos quais os envolvidos nesses acontecimentos tratavam de amparar-se de maneira ingênua no reconhecimento da justiça comunitária para justificar seus atos. Como resultado, esses casos deram margem para acirrar o debate acerca dos riscos do reconhecimento da justiça comunitária, favorecendo as correntes radicais que se opunham a ela (MOSIÑO, 2016, p. 306).

Com o advento da Constituição de 2009, propõe-se um sistema de justiça plural, reconhecendo expressamente, em seu art. 179, a jurisdição indígena originária campesina ao lado das jurisdições ordinária e agroambiental:

Artículo 179.

I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. (BOLÍVIA, 2009).

A partir daí, a justiça indígena (ou comunitária) deixa de ser apenas um método alternativo de solução de conflitos, passando a ser uma jurisdição independente equiparável às demais, estando sujeita, porém, aos limites determinados na Constituição e na Lei de Deslinde Jurisdicional⁶², sob três âmbitos de vigência – pessoal, material e territorial – conforme previsto no art. 8º da referida Lei, desde que os três sejam concorrentes:

Artículo 8. (ÁMBITOS DE VIGENCIA). La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, **cuando concurren simultaneamente**. (BOLÍVIA, 2010; grifo nosso).

⁶² BOLÍVIA. Lei n° 073, de 29 de dezembro de 2010 (Ley del Deslinde Jurisdiccional).

Quanto aos respectivos âmbitos, os artigos 9º a 11 da Lei de Deslinde trazem a que se refere cada um, condicionando as situações de aplicação da jurisdição indígena, conforme segue:

Artículo 9. (ÁMBITO DE VIGENCIA PERSONAL).

Están sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL).

I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.

II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional Público y Privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.

Artículo 11. (ÁMBITO DE VIGENCIA TERRITORIAL).

El ámbito de vigencia territorial se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, siempre y cuando concurren los otros ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley. (BOLÍVIA, 2010).

Além do acima exposto, a referida Lei reforça em seu art. 5º o respeito aos direitos fundamentais e garantias constitucionais, deixando ainda clara a vedação ao linchamento – principal crime que acirrava as controvérsias acerca da jurisdição indígena antes da atual Constituição:

Artículo 5. (RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES). [...] V. El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional. (BOLÍVIA, 2010).

Pode-se perceber, portanto, grande avanço no ordenamento jurídico boliviano no que se refere ao reconhecimento – constitucional e infraconstitucional – da jurisdição indígena, porém, como ressalta Mosiño (2016, p. 308), pode-se observar, noutra norte, relevante limitação no âmbito material, privando-se da jurisdição indígena a competência sobre casos mais graves que podem causar grande impacto nas comunidades, a exemplo dos delitos de estupro e homicídio e os praticados contra crianças e adolescentes.

Referida limitação vai ao encontro do lecionado por Santos (2012, p. 35-36), no sentido de que a substituição da justiça ordinária por outra cultura jurídica antipositivista e intercultural é um processo que vai durar décadas, sendo, portanto, previsível que os primeiros tempos pós-constitucionais de interação entre as jurisdições indígena e ordinária sejam desiguais e muito aquém do que as constituições estabelecem em seu espírito e em suas normas, representando a Lei de Deslinde um ataque ao projeto de um Estado plurinacional, não representando esse Diploma uma lei de coordenação entre as jurisdições, mas sim de destruição da jurisdição indígena.

3.3.10 Equador

A Carta equatoriana não só reconhece expressamente a jurisdição indígena em seu art. 171, como também formaliza, de forma cristalina, que as instituições e autoridades públicas devem respeitar as decisões das autoridades indígenas:

Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. (EQUADOR, 2008).

Isso significa, conforme Trujillo (2012, p. 312), a garantia de que as decisões dessas autoridades são finais – nenhuma outra autoridade pode revê-las ou violá-las, devendo abster-se de julgar o caso –, de modo que não haja, por consequência, a incidência do *bis in idem* – vedado na alínea i) do número 7 do art. 76 da Constituição também em relação à jurisdição indígena:

Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

[...]

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. **Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.** (EQUADOR, 2008; grifo nosso).

Outrossim, o já citado art. 171 da Carta prevê, também, que a lei estabelecerá os mecanismos de coordenação e cooperação entre as jurisdições. A referida lei equatoriana é o Código Orgânico da Função Judicial, de 9 de março de 2009⁶³, cujo art. 344 estabelece os “Princípios da Justiça Intercultural” – importantes para as garantias aos direitos indígenas e para a legitimidade das decisões tomadas no âmbito de sua jurisdição:

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.

La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad. Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

b) Igualdad. La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena;

c) Non bis in idem. Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) Pro jurisdicción indígena. En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y

e) Interpretación intercultural. En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. (EQUADOR, 2009a).

⁶³ Conforme lecionado por Jimenez (2012, p. 67), há outro Diploma equatoriano a trazer disposições sobre as relações entre as jurisdições: a Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de 21 de setembro de 2009 (EQUADOR, 2009b). Segundo o autor, ambas as normas incluem atualmente disposições sobre a matéria, porém, a despeito de baseadas em princípios de interculturalidade e autonomia, enfrentam seus maiores tropeços em sua aplicação prática.

Segundo Jiménez e Rodríguez (2012, p. 588) esses princípios são normas dirigidas aos juízes ordinários para que abram um diálogo intercultural e para que respeitem os poderes jurisdicionais que a Constituição reconhece em prol dos povos indígenas.

Entretanto, há de se ressaltar que a exemplo do caso colombiano, apesar do reconhecimento da existência da jurisdição indígena e legitimidade de suas decisões, as autoridades indígenas que exercem funções jurisdicionais não constam expressamente como membros do Poder Judiciário no Equador, conforme se depreende do art. 178 da Carta equatoriana:

Art. 178. Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz. (EQUADOR, 2008).

Ainda que no *caput* do referido dispositivo haja referência a “outros órgãos de igual competência reconhecidos na Constituição”, a omissão expressa aos órgãos de jurisdição indígena pode levar à interpretação de que esta justiça está subordinada à ordinária, reduzindo-lhe a competência e alcance – o que é observado com frequência nessa relação entre ambas jurisdições –, havendo casos, inclusive, em que a jurisdição indígena é reduzida a uma espécie de justiça de paz (JIMÉNEZ; RODRÍGUEZ, 2012, p. 583).

Nesse sentido, Jimenez (2012, p. 67) observa que a despeito das previsões legais acima delineadas, construídas sobre princípios de interculturalidade e autonomia, as normas equatorianas encontram grandes obstáculos em sua aplicação prática. Como exemplo, o autor refere que embora a lei preveja o declínio da competência dos juízes estatais em favor das autoridades indígenas nas questões que lhes digam respeito, na prática, os estudos demonstram uma interferência permanente da justiça ordinária que chega, por vezes, a criminalizar as atuações das autoridades indígenas.

Um dos motivos para esses óbices – ao lado, dentre outros, da histórica tradição monista eurocêntrica – reside na previsão do art. 345 do Código Orgânico da Função Judicial, cujo teor termina por deixar ao arbítrio da justiça ordinária decidir conflitos de competência:

Art. 345. DECLINACION DE COMPETENCIA. Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la

autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena. (EQUADOR, 2009a).

Dessa forma, tal dispositivo faz cair por terra a igualdade entre ambas as jurisdições, violando assim os princípios da diversidade cultural, da igualdade e do pró-jurisdição indígena estabelecidos no art. 344 do mesmo Diploma (JIMÉNEZ; RODRÍGUEZ, 2012, p. 589).

Com efeito, segundo os autores, quem decide esse conflito de competência é o próprio juiz ordinário, apesar de também estar imerso no conflito – tornando-se juiz e parte –, quando o correto a se fazer seria levar o conflito à Corte Constitucional, conforme prevê o art. 436, 7, da Carta equatoriana:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:
[...]
7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución. (EQUADOR, 2008).

De outra banda, a submissão desses conflitos à Corte Constitucional – que deveria ser o mais adequado – pode trazer um indesejado revés à jurisdição indígena, a exemplo do caso 0731-10-EP (*Acción Extraordinaria de Protección*), cuja decisão tomada em 30 de julho de 2014⁶⁴ foi no sentido de que as autoridades indígenas não podem julgar crimes contra a vida – os quais seriam competência da jurisdição ordinária –, sendo que tal limitação não está prevista sequer na Constituição equatoriana.

Essas considerações demonstram que, a exemplo da Lei de Deslinde boliviana, uma lei de coordenação jurisdicional, se mal concebida, pode trazer efeitos negativos sobre a igualdade hierárquica e a autonomia das jurisdições, correndo o risco de representar grave retrocesso para o almejado pluralismo no âmbito da América Latina.

3.3.11 Brasil

Quanto ao nosso País, como já referido nos capítulos anteriores, a jurisdição indígena pode ser encontrada, basicamente, na Constituição Federal, em seu art. 231; na Convenção nº

⁶⁴ *Sentencia* nº 113-14-SEP-CC, da Corte Constitucional do Equador no caso 0731-10-EP: *Acción Extraordinaria de Protección* intentada por Víctor Manuel Olivo Pallo contra as decisões em sede de jurisdição indígena adotadas pelo povo Panzaleo (Kichwa), da província de Cotopaxi, com relação ao assassinato de Marco Antonio Olivo Pallo (EQUADOR, 2014).

169 da OIT em seus art. 8º, 2, e 9º, 1; e no Estatuto do Índio em seu art. 57, *caput*, conforme segue:

Constituição Federal de 1988

[...]

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988).

Convenção nº 169 da OIT

[...]

Artigo 8º

[...]

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.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. (BRASIL, 2019a).

Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio)

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. (BRASIL, 1973).

No entanto, ao observar-se as constituições de países como Colômbia, Bolívia e Equador, torna-se fácil constatar que no Brasil não há uma previsão constitucional expressa da jurisdição indígena – o que não impediria por si só seu reconhecimento formal pelo Estado brasileiro, porém termina se tornando mais um óbice ao reconhecimento dos direitos indígenas ao lado de tantos outros.

Nesse contexto, verifica-se que a ausência de uma formalização clara da jurisdição indígena no ordenamento jurídico brasileiro também prejudica sua apreciação por nossa Corte Constitucional, pois se não há sua previsão normativa num Estado eminentemente formalista como o nosso, não há porque se suscitar, por exemplo, conflito de competência com outra jurisdição – como ocorre em outros países aqui estudados. Isso pode ser melhor observado ao realizar-se pesquisa jurisprudencial na página do STF na internet, podendo-se constatar que as decisões acerca da temática indígena envolvem como objetos principais os conflitos em torno

de suas terras e os conflitos de competência entre as jurisdições estadual e federal – especialmente quando o que se busca é a criminalização de condutas dos indígenas. Ou seja, no STF não se fala em jurisdição (ou justiça) indígena como instituição distintamente considerada.

Como exceções a essa visão monista, podem ser citadas decisões pontuais do Poder Judiciário em Cortes inferiores que têm reconhecido a jurisdição indígena no País, com destaque para dois casos ocorridos no Estado de Roraima – homicídio consumado em que autor e vítima eram indígenas: o primeiro ocorrido em 2000 no âmbito da Justiça Federal⁶⁵ e o segundo em 2012 no âmbito da Justiça Estadual⁶⁶, sendo naquele aplicado o *non bis in idem* e, no segundo, declarada a ausência do direito de punir estatal. De todo modo, deve-se reiterar que essas manifestações judiciais são exceções no Brasil, sendo a regra geral a negação deste e de outros direitos dos povos indígenas, não só pelo Estado, como também pela sociedade em geral.

Nesse sentido, Baldi (2016, p. 276) afirma que “em relação aos demais países de Abya Yala, o Brasil é o que mais tem relutado em trabalhar com questões tais como direitos indígenas, interculturalidade, plurinacionalidade, pluralismo jurídico e direitos humanos em matriz não eurocêntrica”, apesar das substanciais alterações trazidas nos art. 231 e 232 da Carta brasileira, cujo teor – a despeito de reconhecer os indígenas como sujeitos de direitos – ainda não teve o condão de fazer esmaecer os reiterados padrões coloniais de comportamento presentes em nosso País.

Além disso, ressalta o autor que em uma análise comparativa da jurisprudência do STF com a Corte Constitucional colombiana, podem ser observados diversos déficits na formação e capacitação dos magistrados no tocante ao tema “direitos humanos” – relacionado a tratados internacionais e diversidade cultural (BALDI, 2016, p. 276).

⁶⁵ Autos nº 92.0001334-1. Crime ocorrido em 1986, no qual o indígena Basílio Alves Salomão causou a morte de Valdenísio da Silva, também indígena, ambos da etnia Macuxi. Acusado e julgado pela comunidade logo após o crime, Basílio recebeu as penas de cavar a cova e enterrar o corpo da vítima e ficar em “degredo” de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a comunidade achasse conveniente. Quando foi submetido ao Tribunal do Júri Federal em Roraima em 2000 pelo mesmo delito, Basílio já estava há quatorze anos sem poder retornar à sua comunidade, sendo aplicado o *non bis in idem* face ao julgamento anterior pela própria comunidade (BARRETO, 2014, p. 119-120).

⁶⁶ Autos nº 0090.10.000302-0. Crime ocorrido em 2009, no qual o indígena Denilson Trindade Douglas causou a morte de seu irmão Alanderson, ambos da etnia Manoá. Após duas reuniões das lideranças indígenas – a primeira no âmbito da Comunidade do Manoá, e a segunda envolvendo várias comunidades, entre elas Anauá, Manoá e Wai Wai –, Denilson recebeu várias penas, dentre elas a de viver junto aos Wai Wai, onde continuaria prestando serviços comunitários e ficaria sob supervisão das lideranças locais. Na decisão do juiz no presente caso, ele deixou de apreciar o mérito da denúncia do Ministério Público Estadual, declarando a ausência do direito de punir estatal em face do julgamento anterior pela comunidade indígena, com fundamento no art. 57, da Lei nº 6.001/73 e art. 231, da Constituição da República (SILVEIRA; CAMARGO, 2017, p. 20-23).

3.4 Entre a lei e a jurisprudência: o que é mais promissor para a jurisdição indígena na América Latina e no Brasil?

Conforme observado, vários países dentre os ora estudados buscaram estabelecer, por meio de leis ordinárias, a coordenação entre as jurisdições indígena e comum. Porém, como ressaltam Jiménez e Rodríguez (2012, p. 612), a existência de uma lei que regule essa interrelação entre ambas jurisdições não é essencial para que ocorra essa coordenação – sendo um bom exemplo disso a Colômbia, cujas lacunas legais são plenamente supridas por seu Tribunal Constitucional.

Além disso, como ressaltam os autores, uma lei de coordenação jurisdicional, se mal concebida, pode ser regressiva e, portanto, desconstitucionalizante (JIMÉNEZ; RODRÍGUEZ, 2012, p. 612). Tal afirmação vai ao encontro do lecionado por Santos (2012, p. 36) acerca dos prejuízos causados à jurisdição indígena na Bolívia pela Lei de Deslinde Jurisdicional naquele País – conforme delineado anteriormente –, pois ao invés de estabelecer mecanismos de coordenação e cooperação entre as jurisdições, terminou por limitar o âmbito da jurisdição indígena e subordiná-la à justiça comum, indo de encontro ao pluralismo jurídico estabelecido na Constituição boliviana.

Outrossim, em relação à Colômbia, faz-se também digno de destaque o remédio constitucional que tem sido muito eficiente para a concretização dos direitos fundamentais dos povos indígenas colombianos: é a chamada “Ação de Tutela”⁶⁷, com amparo na Carta da Colômbia em seu art. 86, tendo por finalidade a proteção de direitos constitucionais fundamentais quando estes se encontrem violados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública, podendo ainda ser ajuizada em face de particulares encarregados da prestação de um serviço público ou cuja conduta afete grave e diretamente o interesse coletivo, ou a respeito de quem o solicitante se encontre em estado de subordinação ou indefeso. Sua procedimentalização é regulada pelo Decreto colombiano nº 2.591, de 19 de novembro de 1991, podendo ser ajuizada em todo momento e lugar, por qualquer pessoa violada ou ameaçada em um de seus direitos fundamentais, que atuará por si mesma ou através de representante – ou seja, independe de Advogado.

No âmbito brasileiro, dentre os remédios constitucionalmente previstos, vislumbra-se que os mais próximos a apresentarem as soluções alcançadas pelo congênere colombiano

⁶⁷ Referido remédio constitucional pode ser melhor observado na *Sentencia* nº T-921/13 de 5 de dezembro de 2013, da Corte Constitucional da Colômbia, disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>.

seriam a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e o Mandado de Injunção (MI). Faz-se tal afirmação diante de dois recentes casos enfrentados pelo STF: a ADPF nº 709/DF e o MI nº 4.733/DF.

A ADPF nº 709 foi proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e pelos Partidos PSB, PSOL, PC do B, Rede, PT e PDT, tendo por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, *caput*) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231) (BRASIL, 2020).

Em sua decisão datada de 5 de agosto de 2020, o Tribunal, por maioria, referendou a cautelar deferida parcialmente, em 8 de julho de 2020, pelo Ministro Roberto Barroso (Relator), determinando-se, em suma: 1) em prol dos **Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente** a criação de barreiras sanitárias pela União que impeçam o ingresso de terceiros em Terras Indígenas e a criação de “Sala de Situação” para gestão de ações de combate à pandemia – composta pela União, Procuradoria-Geral da República, Defensoria Pública da União e por representantes da APIB (conferindo-se prazo breve para a primeira reunião); 2) em prol dos **Povos Indígenas em Geral** a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas, de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas (ou providência alternativa, apta a evitar o contato); a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas e aos povos indígenas não aldeados; a elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência da decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, dos representantes das comunidades indígenas e com o apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) (BRASIL, 2020).

Ainda em relação à citada decisão, faz-se digno de destaque o reconhecimento, por parte do Relator, da legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), o que representa um importante passo para a propositura, no futuro, de demandas semelhantes sem o rigorismo da legitimidade específica para a ADPF trazida no art. 103 da Constituição Federal

combinado com o disposto na Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999⁶⁸. Nesse sentido, segue trecho do voto do Rel. Min. Luís Roberto Barroso:

Merece breve destaque – embora na linha da evolução da jurisprudência do Supremo – a admissão da participação da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, que representa legitimamente as comunidades indígenas e – assim entendi – beneficia-se da flexibilização de nossa jurisprudência na caracterização do que devemos entender como entidades de classe para fins de propositura de ação direta. Como todos sabemos, em um primeiro momento, por algum tempo se entendeu como entidade de classe apenas o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica ou profissional. **Porém, nos últimos tempos, temos tido precedentes – um, meu mesmo, outro, do eminente Ministro Marco Aurélio – em que passamos a admitir também entidades representativas da defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis. Ainda que assim não fosse, no caso específico das comunidades indígenas, aplicar-se-ia o artigo 232 da Constituição, que tem a seguinte dicção: ‘Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.’** De modo que, Presidente, não teria dúvida, nas circunstâncias, de reconhecer também a legitimação ativa da APIB. (BRASIL, 2020; grifo nosso).

Outrossim, não se referindo especificamente a direitos indígenas – mas sim ao direito constitucional de controle da omissão legislativa assegurado a todos os cidadãos⁶⁹, “legitimando os que tenham por inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais”⁷⁰ –, faz-se digno de destaque o Mandado de Injunção nº 4.733/DF, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) em face do Congresso Nacional a fim de “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ ou identidade de gênero”.

No julgamento datado de 13 de junho de 2019, sob relatoria do Ministro Edson Fachin (em conjunto com a ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello), foi decidido, por maioria, pela procedência do Mandado de Injunção para

(i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à

⁶⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm.

⁶⁹ Art. 2º da Lei 13.300/2016: Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Ademais, a competência para julgamento do MI será do STF quando a elaboração da norma regulamentadora (ou sua alteração por norma de igual hierarquia) for atribuição do Congresso Nacional – a exemplo das leis federais –, conforme alínea “q)” do inciso I do art. 102 da CF.

⁷⁰ ADO 26/DF, trecho do voto do Min. Edson Fachin.

discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator (BRASIL, 2019b).

Dessa forma, à luz das supracitadas decisões e assim como ocorre em outros países latino-americanos, vislumbra-se possível a atuação jurisdicional do STF, como Corte constitucional, no sentido de pacificar acerca do reconhecimento do exercício da própria jurisdição pelos povos indígenas em nosso País, sendo que a utilização de um ou outro remédio – a ADPF ou o MI – dependeria, portanto, dos argumentos apresentados e respectiva fundamentação – após aprofundado estudo realizado pelo(s) autor(es) –, já que, como observado, eventuais questões em relação à legitimidade para a propositura da ADPF se encontram atualmente mitigadas pela Corte, e o MI pode ser intentado tanto individual quanto coletivamente, à luz da Lei nº 13.300/2016.

Nesse sentido, à guisa de exemplo (e de forma bem superficial), na ADPF poderia ser arguido como preceito fundamental violado o direito de gozo à autodeterminação (e seus consectários, incluindo-se a jurisdição indígena) pelos povos indígenas, enquanto que se fosse optado pelo MI, neste seria arguida a falta de norma regulamentadora relativa ao exercício da jurisdição indígena⁷¹ – diversamente do que ocorre na grande maioria dos países latino-americanos ora estudados, onde há norma reguladora da atividade jurisdicional indígena. Na fundamentação fática, poderiam ser juntados precedentes judiciais das Cortes inferiores (a exemplo dos casos Basílio e Denilson), precedentes das Cortes latino-americanas, estudos antropológicos e históricos acerca do Direito Indígena e sua aplicação, além de outros estudos realizados sobre o assunto.

Porém, a edição de lei que viesse a regular a jurisdição indígena em nosso País poderia esbarrar no monismo jurídico eurocentrista ainda presente no Direito brasileiro, condenando-se a nova lei criada à negação e/ou à mesma submissão estatal sofrida pela jurisdição indígena em outros países latino-americanos – a exemplo do que ocorre sob a égide da Lei de Deslinde Jurisdicional boliviana.

Assim, pode-se afirmar que diante dos países ora estudados e seus ordenamentos jurídicos – além das decisões acima referidas emanadas pelo STF –, o que se mostra mais promissor no que se refere ao reconhecimento pleno da jurisdição indígena é a atuação das Cortes constitucionais, sendo seus melhores exemplos as Cortes da Colômbia, Guatemala e

⁷¹ A esse respeito, o art. 57 da Lei nº 6.001/73 (recepcionada pela Constituição) prevê o exercício da jurisdição indígena, mas não esclarece o âmbito dessa “tolerância” de aplicação de sanções, nem acerca da competência, alcance e legitimidade das decisões. Frente ao art. 231 da CF e número “1.” do art. 9º da Convenção nº 169 da OIT (regulada atualmente junto ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 10.088/2019), vislumbram-se argumentos suficientes para um MI.

Peru, com destaque para a primeira, diante do seu reconhecido papel normatizador do Direito Indígena na América Latina, como anteriormente delineado.

Tabela 1 – Quadro síntese da jurisdição indígena na América Latina

País	Previsão Constitucional Expressa	Previsão legal infraconstitucional ⁽¹⁾	Atuação relevante da Corte Constitucional ⁽²⁾
Guatemala	NÃO	arts. 20 e 55 Dec. 12/02	Exp. 1467-2014; 943-2017; 2906-2017
Nicarágua	NÃO	art. 33 Dec. 3584/03 e art. 20 CP	NÃO
Colômbia	art. 246	art. 12 Lei 270/96	Sent. T 921-13; T 001-12
México	art. 2º	Leis estaduais	NÃO
Paraguai	art. 63	NÃO	NÃO
Peru	art. 149	NÃO	Exp. 220-2012-PA/TC; 2765-2014-PA/TC ⁽³⁾
Argentina	NÃO	Res. 277/07 (Chaco)	NÃO
Venezuela	art. 260	arts. 132 a 135 LOPCI	NÃO
Bolívia	art. 179	arts. 8º a 11 Lei 073/2010	NÃO
Equador	art. 171	arts. 344 e 345 COFJ	NÃO
Brasil	NÃO	art. 57 Lei 6.001/1973	NÃO

Fonte: elaboração do autor.

Notas:

⁽¹⁾ Além dos art. 8º, 2 e 9º, 1 da Convenção 169 OIT, ratificada por TODOS os países analisados e incluída formalmente nos ordenamentos jurídicos (mediante Lei/Decreto/Resolução).

⁽²⁾ Em prol da jurisdição indígena.

⁽³⁾ Decisões referem-se à jurisdição comunitária campesina.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se inicialmente trazer aspectos concernentes à trajetória percorrida pelos povos indígenas desde antes do momento em que os europeus chegaram ao continente, visando situar a pesquisa sob o enfoque da temática indígena e incitar a (re)descoberta de sua importância – especialmente no campo jurídico.

Tal abordagem se fez necessária porque grande parte da sociedade majoritária nacional ou desconhece, ou não se importa, ou simplesmente rejeita os povos indígenas e tudo o que eles representam – fruto da herança colonialista europeia arraigada na cultura ocidental.

Nesse sentido, voltando-se os olhos para o reconhecimento da jurisdição indígena no Brasil, aproveitou-se a oportunidade para resgatar relevantes aspectos históricos e antropológicos relacionados aos povos indígenas brasileiros e sua importância para a formação de um País pluricultural que defende (ao menos no papel) a autodeterminação dos povos – como pretendido pelos autores da atual Constituição brasileira.

Partindo-se desses pressupostos, buscou-se demonstrar um pouco da história e cultura indígenas, sua riqueza e relevância nacional e como esses aspectos fizeram e fazem parte da resistência desses povos em face do colonialismo europeu desde a chegada das primeiras caravelas – momento em que a barbárie aportou em Pindorama, trazida pelos conquistadores na forma de sua ganância, sua imposição religiosa e sua guerra de conquista –, inaugurando-se a partir daí mais de cinco séculos de tratamento desumano direcionado às sociedades que já habitavam o continente há milhares de anos, mas que mesmo assim eram consideradas destituídas de humanidade.

Ora, restou aqui demonstrado que não há de se falar em ausência de humanidade em indivíduos que se organizam de modo que o interesse do grupo prevalece sobre o individual. Essa é, pois, a forma de viver mais avançada que se pode esperar do homem e que deveria ser almejada por todas as sociedades ao redor do mundo.

Porém, o que se vê na grande maioria dessas sociedades ditas “civilizadas” é o império de um individualismo exacerbado que causa conflitos internos e externos mergulhados numa violência generalizada e sem limites.

Fácil responder, portanto, a pergunta feita ao final do primeiro capítulo: se ser índio é não ser civilizado, quem é o índio hoje no Brasil? Partindo-se da perspectiva racista que coloca de um lado o indivíduo de origem europeia como “homem branco” e de outro o indígena como selvagem ou incivilizado, pode-se facilmente constatar, por tudo que pôde ser observado na

presente pesquisa, que o branco é o índio e o índio é o branco. Tal conclusão lógica não se aplica somente ao Brasil, mas também a outros países latino-americanos.

Nesse mesmo norte, foram trazidos ao debate acadêmico aspectos relevantes da história brasileira, tendo-se visitado as hodiernas interpretações acerca da invasão europeia ao continente e o próspero desenvolvimento alcançado pelas sociedades indígenas que ocupavam o território – prosperidade essa que a violência multifacetada dos invasores queria brutalmente interromper –, buscando situar os povos indígenas como verdadeiros protagonistas do Brasil de ontem e de hoje, pois mesmo diante dos danos sofridos no decorrer desses cinco séculos, essas sociedades têm sobrevivido às investidas genocidas e etnocidas perpetradas pelo Estado brasileiro no decorrer de sua história.

Aliás, sobreviver à violência desmedida empreendida contra as sociedades indígenas não demonstra somente sua capacidade de resiliência, mas também sua vontade de viver a vida que lhes foi literalmente roubada – subtraindo-lhes, mediante violências e ameaças, seus bens mais preciosos, materiais e imateriais. Porém, ao invés de punirem-se os criminosos, foram suas vítimas as condenadas à segregação social (e, por que não dizer, racial), ao encarceramento e à morte.

Daí a relevância – a nível internacional e doméstico – do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, o qual trouxe, dentre outras formas de lutas e dentro de um ideal de pluralidade e sentimento descolonial, o reconhecimento da jurisdição indígena em vários países latino-americanos como uma das principais expressões “dos” e “para os” povos indígenas.

Outrossim, não há como dissertar sobre o Direito Indígena e sua jurisdição sem antes demonstrar o modo como os Estados – em especial os latino-americanos, utilizados como um dos nortes da presente pesquisa – têm tratado da jurisdição indígena à luz dos respectivos ordenamentos jurídicos e Cortes constitucionais.

Assim, verificou-se que a jurisdição indígena não é reconhecida no Brasil como deveria, mas isso não é exclusividade pindoramense, pois ela também não é reconhecida plenamente nem mesmo naqueles países em que há sua previsão expressa em sede constitucional, como ocorre, por exemplo, na Bolívia, no Equador e na Venezuela.

Ademais, ao visitar-se as definições de autodeterminação e seus consectários, pôde-se facilmente perceber que a perpetuação das sociedades indígenas passa necessariamente pela liberdade de poderem decidir como irão reger e, principalmente, como irão viver suas instituições – dentre elas sua própria jurisdição.

Nesse sentido, o sistema jurídico presente nas sociedades indígenas traz em si as especificidades de cada etnia e contribui de forma preponderante para manter a paz social,

representando um direito em movimento – assim como os demais aspectos da cultura indígena –, mas que ao mesmo tempo preserva e perpetua seus principais valores há várias gerações, o que demonstra, por si só, a robustez moral dessas sociedades – onde o coletivo prepondera sobre o individual –, mas sem significar com isso ser uma sociedade estática, eis que esses povos têm demonstrado todo seu potencial de resiliência frente ao espírito colonialista ainda presente nos países do Sul.

Esse direito de viver suas instituições (e jurisdições) é aquele mesmo usufruído pelos povos de todos os países ao redor do mundo, cujas sociedades – consideradas organizadas – tem a total liberdade de estabelecer seus rumos, sem olvidar-se, é claro, dos limites impostos pela sã convivência com os demais países num mundo globalizado.

Porém, a despeito de todo o arcabouço jurídico produzido e todas as lutas empreendidas em prol dos povos indígenas nas últimas décadas, o direito de autodeterminar-se ainda tem de ser buscado por meio de batalhas físicas e/ou jurídicas quando, em verdade, jamais haveria de ser questionado ou negado como ainda ocorre na atualidade.

Tal panorama, contudo, tem evoluído no contexto do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, por meio do qual os países envolvidos têm demonstrado seu crescente interesse em reconhecer formalmente a importância da jurisdição indígena, ou por meio de suas Cartas Políticas, ou por meio de leis ordinárias, ou por meio de ambas expressões, porém sem demonstrar sucesso em reconhecer a jurisdição indígena em sua plenitude – como ocorre na Bolívia e no Equador, ocorrendo intervenções consideradas equivocadas em ambos países, sendo naquele de índole legislativa, e neste de índole judicial.

No caso do Brasil, como pôde ser observado na presente pesquisa, deve-se afirmar que o Direito Indígena é legítimo e tem amparo constitucional, sendo aplicado há séculos no seio dos povos indígenas por meio de sua própria jurisdição, porém de forma alheia ao Estado brasileiro – que nega sua existência.

Logo, possuindo seu lugar no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que a não aplicação da jurisdição indígena no Brasil decorre de sua não aceitação pelas instituições nacionais, paradigma que se espera seja em breve superado, diante das promissoras e recentes intervenções judiciais em âmbito doméstico e internacional, nas quais foram supridas as omissões estatais e reconhecidos os direitos dos povos indígenas de decidirem seus conflitos.

Nesse sentido, à luz de todos os autores e argumentos demonstrados no decorrer da presente pesquisa, confirmou-se a conclusão lógica – a partir das premissas ligadas à autodeterminação, jurisdição indígena e o reconhecimento de ambas a nível internacional

partilhado pelo Brasil – de que nosso País deve sim reconhecer a jurisdição indígena, como fundamento da autodeterminação desses povos.

Entretanto, confirmar essa conclusão lógica, por si só, não soluciona o problema da presente pesquisa no sentido de uniformizar a jurisdição indígena em nosso País e equipará-la à estatal. Por esse motivo, foi pesquisado como outros países latino-americanos têm tratado da jurisdição indígena, com o objetivo de encontrar a melhor solução para o panorama brasileiro.

Assim, diante dos países ora estudados e respectivos ordenamentos jurídicos e Cortes constitucionais – em especial a Colômbia –, pôde-se vislumbrar que uma possível solução para a uniformização e equiparação da jurisdição indígena no Brasil deveria passar pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que sua atuação, como Corte constitucional, proporcionasse a necessária aplicabilidade ao art. 231 da Constituição, permitindo-se aos povos indígenas gerir suas sociedades de forma plena – como almejavam os constituintes da atual Carta brasileira.

De outro lado, verificou-se ser de pouca ou nenhuma utilidade a produção de leis objetivando uma suposta coordenação entre jurisdições – ainda que a indígena seja constitucionalmente prevista como estando no mesmo patamar da ordinária – sem que haja a chancela da Corte constitucional do país. Um belo exemplo disso – ou mau exemplo, para ser mais claro – ocorre na Bolívia, cuja Carta traz a equiparação das justiças de um lado e, em sentido diverso, sua Lei de Deslinde faz cair por terra a autonomia da jurisdição indígena, colocando-a subordinada à ordinária e limitando seu escopo de atuação, causando mais desencontros do que propriamente uma coordenação.

A título de curiosidade, sob análise modesta e deveras superficial, poder-se-ia afirmar que o reconhecimento ideal da jurisdição indígena, no âmbito dos países latino-americanos aqui estudados, ocorreria no bojo da junção entre a atuação da Corte colombiana e as previsões constantes do ordenamento jurídico venezuelano – sua Constituição e sua Lei Orgânica de Povos e Comunidades Indígenas. Este último diploma pode ser considerado um dos mais completos no que se refere à competência da jurisdição indígena no âmbito dos países estudados.

Percebe-se, portanto, que o Brasil ainda tem muito a aprender com seus vizinhos latino-americanos acerca do modo como são tratados os direitos indígenas – dentre eles o exercício da própria jurisdição –, devendo extrair os melhores aspectos observados em cada um desses Estados de forma a construir jurisdições que dialoguem e se encontrem no mesmo patamar, para que enfim seja alcançado o ideal de justiça para todos os povos integrantes do território brasileiro.

Nesse sentido, como belo exemplo para o Brasil de legislação reguladora da jurisdição indígena – no que se refere ao estabelecimento de critérios para definir-se a competência das autoridades indígenas –, pode ser citada a Lei Orgânica de Povos e Comunidades Indígenas venezuelana, a qual esbarra, porém, na questão aventada no capítulo anterior da sua submissão indevida à jurisdição ordinária – quando o ideal é que somente fosse submetida à jurisdição constitucional, dentro de um almejado ideal de equiparação de jurisdições infraconstitucionais.

De qualquer forma, não adianta judicar ou legislar se ainda são negadas as instituições indígenas em nosso País. Num Estado que se apresenta em sua Carta como uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, seria desnecessário levantar hipóteses que buscassem validar o que já está claro no ordenamento jurídico nacional e internacional.

Nesse mesmo norte, ter a liberdade de determinar seu próprio destino é o desejo de todo o ser humano, tanto individual, quanto coletivamente. Essa é a essência da autodeterminação e é o que todas as sociedades ao redor do mundo aspiram – incluindo as indígenas.

Assim, sendo o exercício da própria jurisdição inegavelmente fundamento de autodeterminação dos povos indígenas, negar ou impedir sua aplicação no seio das sociedades indígenas – ou não reconhecer a competência e legitimidade de suas decisões – é o mesmo que não reconhecer a liberdade desses povos ou não reconhecer sua humanidade, o que não é admissível nos dias de hoje.

Nesse diapasão, situando-se o Brasil no contexto dos países latino-americanos que avançaram desde as últimas décadas do século passado rumo a um constitucionalismo inovador, pluralista e libertador, não há de se admitir a perpetuação de violações por parte dos Poderes estatais e nem a omissão da sociedade majoritária nacional.

Logo, urge a necessidade de respeitar as particularidades desses povos – dentre elas seu Direito, seus direitos, sua autonomia, sua cultura e sua história –, não só por dever de justiça e como uma espécie de redenção (como se isso fosse possível), mas também pela obrigatoriedade da observância dos princípios internacionalmente reconhecidos de direitos humanos.

De todo o exposto, pode-se concluir que uma possível solução para a uniformização do reconhecimento da jurisdição indígena no Brasil se inicia por meio do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas por parte da sociedade majoritária – sob uma perspectiva pluralista e igualitária, vendo o outro como seu igual, mas com direitos diferenciados – e, a partir daí, converge para uma atuação jurisdicional contundente e profícua por parte de nossa Corte Constitucional – o Supremo Tribunal Federal –, atuando como guardião da Constituição também em favor dos povos indígenas, confirmando o direito desses povos à autodeterminação, às suas instituições e ao pleno gozo de sua cosmovisão, da mesma forma que ocorre na

congênere colombiana, cuja atuação, à luz de suas decisões, a coloca na vanguarda das Cortes dos países ora estudados no que se refere à jurisdição indígena, servindo de exemplo para os demais países latino-americanos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombos, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas.** Manaus: PGSCA–UFAM, 2.^a ed., 2008.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. História Indígena: teorias, fontes e métodos em perspectiva interdisciplinar. *In: REIS, Tiago Siqueira et al (org.). Coleção história do tempo presente.* Boa Vista: Editora da UFRR, v. 1., 2019, p. 112-130.

AMADO, Luiz Henrique Elói. Direito dos povos indígenas e legislação indigenista. *In: URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera (org.). Antropologia e história dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul.* Campo Grande: Ed. UFMS, 2016, p. 251-295.

ARGENTINA. [Constitución (1994)]. **Constitución de la Nación Argentina.** Disponível em: <https://www.caserosada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acesso em: 2 maio 2021.

ARGENTINA. Defensoría General de la Nación. **Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas.** Buenos Aires, 2010. Disponível em: <http://cidac.filo.uba.ar/sites/cidac.filo.uba.ar/files/revistas/adjuntos/Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20los%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. **Derechos de los pueblos indígenas en la Argentina: una compilación.** CALCAGNO, Sebastián Demicheli; CANET, Viviana; VIROSTA, Leticia (org.). 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos, 2015.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE MUNICIPALIDADES DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA (ANAM). **¿Qué son las Alcaldías Indígenas?** Vídeo postado no *youtube* em 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DCGIUXXHu3Q>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BAINES, Stephen Grant. A situação prisional de indígenas no sistema penitenciário de Boa Vista, Roraima. **Vivência: Revista de Antropologia.** Natal, v. 1, n. 46, p. 143-158, 9 mar. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/8778/6263>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BALDI, César Augusto. Questão indígena no Brasil: alguns pontos para uma revisão hermenêutica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: AVRITZER, Leonardo et al (org.). O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos.* 1. ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 253-285.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais.** 1. ed. (ano 2003), 6. impr. Curitiba: Juruá, 2014.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. 1738-1793. **Dos delitos e das penas**. CRETELLA Jr, José; CRETELLA, Agnes (trad.). 2. ed. rev., 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BIBLIOTECA DIDEROT DE LYON (BDL). Referência à obra L'Hydrographie. de Georges Fournier. **Bibliothèque Diderot de Lyon**. Disponível em: <https://bibulyon.hypotheses.org/12319>. Acesso em: 28 jan. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1, 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital, *E-pub*.

BOLÍVIA. [Constitución (2009)]. **Constitución Política del Estado**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 15 maio. 2021.

BOLÍVIA. **Ley nº 073, de 29 de diciembre de 2010** (Ley del Deslinde Jurisdiccional). Disponível em: <https://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/09.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica. Derecho penal y pluralidad cultural. **Anuario de Derecho Penal**, p. 101-151, 2006.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de fevereiro de 1891. Brasília, DF: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em 22 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal). Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 22 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 22 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 2 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.645, de 10 março de 2008**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111645.htm#:~:text=Altera%20a%20Lei%20no,Afro%2DBrasileira%20e%20Ind%C3%ADgena%E2%80%9D. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em 2 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709 MC-Ref/DF**. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias. Relator: Min. Roberto Barroso, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433338/false>. Acesso em: 2 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4.733/DF**. Dever do estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. Homotransfobia. Discriminação inconstitucional. Omissão do Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 13 jun. 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 2 jun 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução da edição de 1957 (Edizioni Radio Italiana). CARDINALLI, José Antônio (trad.). Ed. Conan, 1995.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CASTRO, Vladimir Aguilar. Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI). La jurisdicción especial indígena como expresión de las instituciones indígenas de derecho propio en Venezuela. **Wataniba**, 8 enero, 2021. Disponível em: <https://watanibasocioambiental.org/la-jurisdiccion-especial-indigena-como-expresion-de-las-instituciones-indigenas-de-derecho-propio-en-venezuela/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIALES (CEJ). **Proyecto “Participación ciudadana e incidencia de los pueblos indígenas en la Reforma Judicial del Paraguay”**. Assunción, 2017. Disponível em: <https://www.cej.org.py/uploads/acceso-a-justicia-de-las-comunidades-indigenas-1538590591.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CHACO (ARGENTINA). **Resolución nº 277/2007**. Instituto del Aborigen Chaqueño. Resistencia, 28 ago. 2007. Disponível em: http://www.chaco.gov.ar/uploads/boletin/boletin_8662.pdf. Acesso em: 9 mar. 2021.

COELHO, Mauro Cezar. A história indígena no ensino de história: princípios, desafios e perspectivas. In: REIS, T. S. et al (org.). **Coleção história do tempo presente**. v. 1. Boa Vista: Editora da UFRR, 2019, p. 150-169.

COLAÇO, Thais Luzia. **O direito Guarani pré-colonial e as Missões Jesuíticas**: a questão da incapacidade indígena e da tutela religiosa. 1998. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>. Acesso em: 15 maio 2021.

COLÔMBIA. **Decreto nº 2.591, de 19 de noviembre de 1991** (Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política). Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5304>. Acesso em: 2 jun 2021.

COLÔMBIA. **Ley nº 270, de 15 de marzo de 1996** (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia). Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html. Acesso em 26 jan. 2021.

COLÔMBIA. **Ley nº 599, de 24 de julio de 2000** (Código Penal). Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html. Acesso em 26 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-370-02**, de 14 de mayo de 2002. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm>. Acesso em: 26 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-713-08**, de 15 de julio de 2008. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>. Acesso em: 15 maio 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-001-12**, de 11 de enero de 2012. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-001-12.htm>. Acesso em: 15 maio 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-921-13**, de 5 de diciembre de 2013. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>. Acesso em: 26 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

COSTA, Beatriz Souza; CHAVES, Karina Freitas. Tratamento jurídico penal do indígena no Brasil e o novo paradigma previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. *In*: RAMALHO, Antônio Germano; FÉLIX, Ynes da Silva; BIZAWU, Sébastien Kiwonghi (coord.). **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI** (São Luís - MA). Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 43-58. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/02npm8x3/9f4y83lCPT9AGTDY.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

COSTA, Cândido. **O descobrimento da América e do Brasil**. 1. ed. Pará: Typographia da Papelaria Americana, 1896. Disponível em: <https://ia802707.us.archive.org/34/items/odescobrimentod01costgoog/odescobrimentod01costgoog.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O Direito Penal Ambiental e o Índio. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. 1ª ed. (ano 2010), 3ª impr. Curitiba: Juruá, 2014, p. 105-121.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. **Revista de Educação Pública**, Cuiabá, v. 23, n. 53/1, p. 343-367, maio/ago. 2014.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. El nuevo constitucionalismo latino-americano como una propuesta jurídica decolonial. *In*: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo: un modelo jurídico para la sociedad global**. 1. ed., Pamplona: Editorial Aranzadi/Thomson Reuters, 2019, p. 377-394.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Entre a nação imaginada e o estado plurinacional: o reconhecimento dos direitos indígenas no novo constitucionalismo latino-americano. *In*: AVRITZER, Leonardo et al (org.). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. 1. ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 213-230.

DIAS, Mônica Nazaré Picanço. **Proteção Jurídica dos Conhecimentos Tradicionais dos Povos Amazônicos: Sustentabilidade Ambiental e Transnacionalidade**. 2013. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2013.

DORNELLES, Soraia Sales; MELO, Karina Moreira Ribeiro da Silva e. Sobrevoando histórias: sobre índios e historiadores no Brasil e nos Estados Unidos. **Anos 90**, Porto Alegre, v. 22, n. 41, p. 173-208, jul. 2015.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação**. GAIO, Luiz João (trad.). São Paulo: Loyola, 1977.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. ALVES, Ephraim Ferreira; CLASEN, Jaime; ORTH, Lúcia Mathilda Endlich (trad.). Petrópolis: Vozes, 2000.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA). **As Terras Pretas de Índio da Amazônia: o entendimento de sua formação e evolução**, 2014. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-projetos/-/projeto/31443/as-terras-pretas-de-indio-da-amazonia-o-entendimento-de-sua-formacao-e-evolucao>. Acesso em 30 jan. 2020.

EQUADOR. [Constitucion (2008)]. **Constitucion de la Republica del Ecuador**. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

EQUADOR. **Codigo Organico de la Funcion Judicial, de 9 de marzo de 2009** [2009a]. Disponível em: https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

EQUADOR. **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de 21 de septiembre de 2009** [2009b]. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

EQUADOR. Corte Constitucional del Ecuador. **Sentencia nº 113-14-SEP-CC**, 30 de julio de 2014. Disponível em: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=113-14-SEP-CC>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. *In*: AHRENS, Helen (comp.). **El Estado de derecho hoy en América Latina**. México: Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 171-193.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12ª ed., 1ª reimpr., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

FAUSTO, Carlos. **Os índios antes do Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

FREITAS, Ernani Cesar de. PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho**. 2. ed., Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Quem são**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>. Acesso em 25 jul. 2020.

GUATEMALA. [Constitución (1985)]. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Guatemala.pdf. Acesso em 15 fev. 2021.

GUATEMALA. **Decreto nº 12, de 2 de abril de 2002** (Código Municipal). Disponível em: <https://www.contraloria.gob.gt/wp-content/uploads/2018/02/12-CODIGO-MUNICIPAL.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

GUATEMALA. **Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas**, de 31 de março de 1995. Disponível em: http://www.lacult.unesco.org/docc/oralidad_08_70-79-anales.pdf.

GUATEMALA. Comisión Presidencial contra la discriminación y el racismo (CODISRA). **Informe temático: Sistemas de justicia indígena y la coordinación com el sistema ordinario**, 2018. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/IPAndJustice/8-Guatemala.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2021.

GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad, **Expediente 1467-2014**, de 10 de marzo del 2016. Disponível em:

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GTM/INT_CERD_ADR_GTM_29792_S.pdf. Acesso em 1º mar. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. 2012. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf. Acesso em 4 jul. 2019.

INSTITUTO GEOGRÁFICO E HISTÓRICO DA BAHIA (IGHBA). **Carta de Pero Vaz de Caminha a El-Rei D. Manuel**. Salvador: Editores Reis & Comp, 1900.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Povos Indígenas no Brasil: 2001-2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

JIMÉNEZ, Agustín Grijalva; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. Coordinación entre justicias, ese desafío. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Editores). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. 1ª ed., Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala Editores, 2012, p. 699-738.

JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Editores). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. 1ª ed., Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala Editores, 2012, p. 51-76.

LÔBO, Sandro Henrique Calheiros. Resolvendo seus próprios conflitos: A Construção do Sistema de Justiça Indígena Xukuru de Ororubá. **Revista de Estudos e Investigações Antropológicas**, Recife, v. II, p.134-160, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/reia/article/view/230073/28989>. Acesso em 22 jan. 2021.

LOUREY, Stuart. "We were used": The Guatemalan Civil War and Conceptions of Conflict and Culpability, **Carleton College**, 2014. Disponível em: https://apps.carleton.edu/curricular/ocs/guatemala/assets/Stu_Lourey.pdf. Acesso em 15 maio 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1, 13. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MELO, Evelyne dos Santos; MATOS, Givaldo Mauro. A criminalização e penalização de indígenas no Estado do Mato Grosso do Sul. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 19, n. 38, p. 141-155, jul./dez. 2017. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/38/artigos/artigo09.pdf. Acesso em 10 jul. 2020.

MÉXICO. [Constitución (1917)]. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>. Acesso em: 1º maio 2021.

MÉXICO. **Comisión Nacional de los Derechos Humanos del México**. Pueblos y comunidades indígenas: marco normativo. Disponível em: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/pueblos-y-comunidades-indigenas-marco-normativo>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MOLLEDA, Juan Carlos Ruiz. El desarrollo normativo de la justicia comunal en el Perú. **Instituto de Defensa Legal**, 2 ago. 2019. Disponível em: <https://www.idl.org.pe/el-desarrollo-normativo-de-la-justicia-comunal-en-el-peru/>. Acesso em 24 fev. 2021.

MOREIRA, Felipe Kern. Direitos humanos e normas costumeiras indígenas: apontamentos para o debate. MENEZES, Wagner (org.). Brasília: Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. **ABDI**, p. 385-394, 2011.

MOSIÑO, Eric Cícero Landívar. Indigenismo e Constituição na Bolívia: um enfoque desde 1990 até os dias atuais. In: AVRITZER, Leonardo et al (org.). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. 1. ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 287-312.

NEVES, Eduardo Góes. Os índios antes de Cabral: arqueologia e história indígena no Brasil. In: SILVA, Aracy Lopes; GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.) **A temática indígena na escola**: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus, Brasília: MEC/MARI/UNESCO, 1995, p.171-196.

NICARÁGUA. [Constitución (1987)]. **Constitución Política de la República de Nicaragua** [1987a]. Disponível em: [https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/archivos/documentos/LA_CONSTITUCION_POLITICA_Y_SUS_REFORMAS\(3\).pdf](https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/archivos/documentos/LA_CONSTITUCION_POLITICA_Y_SUS_REFORMAS(3).pdf). Acesso em: 15 maio 2021.

NICARÁGUA. **Ley nº 28, de 7 de septiembre de 1987** (Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua) [1987b]. Disponível em: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/9F88A9114C4CA12F062570A100578099?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/9F88A9114C4CA12F062570A100578099?OpenDocument). Acesso em: 15 maio 2021.

NICARÁGUA. **Decreto A.N. nº 3584, de 9 de julio de 2003**. Disponível em: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/878312CA9631B9F60625723400675DDB](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/878312CA9631B9F60625723400675DDB). Acesso em: 15 maio 2021.

NICARÁGUA. **Ley nº 641, de 13 de noviembre de 2007** (Codigo Penal). Disponível em: https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/noticia_reciente/CP_641.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.

NICARÁGUA. **Ley nº 854, de 29 de enero de 2014** (Ley de reforma parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua). Disponível em: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aaea87dac762406257265005d21f7/a0c959ffe15fdf4906257c7e0059f947?OpenDocument>. Acesso em: 15 maio 2021.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. 2016. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016.

OAXACA. **Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca**, de 19 de junio de 1998. Disponível em:

https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/Oaxaca/Ley_DPCIOax.pdf. Acesso em: 1º maio 2021.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE Carlos Augusto da Rocha. **A Presença Indígena na Formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 47-77, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas Sobre o Direito dos Povos Indígenas**. Disponível em:

https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 30 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia General. 10 de agosto de 2018. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a Guatemala**. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23068&LangID=S>. Acesso em: 1º fev. 2021.

OYUELA-CAYCEDO, Augusto. **San Jacinto, primeros alfareros en Colombia**. Pueblos Originarios de América, 2019. Disponível em:

https://pueblosoriginarios.com/sur/caribe/san_jacinto/sitio_san_jacinto.html. Acesso em: 9 out. 2019.

PARAGUAI. [Constitución (1992)]. **Constitución Nacional**. Disponível em:

https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

PARAGUAI. **Ley nº 879, de 19 de noviembre de 1981** (Codigo de Organización Judicial).

Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/2321/ley-n-879-codigo-de-organizacion-judicial>. Acesso em: 11 mar. 2021.

PARAGUAI. **Ley nº 1286, de 8 de julio de 1998** (Código Procesal Penal). Disponível em:

<https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/203/ley-n-1286-codigo-procesal-penal>. Acesso em: 11 mar. 2021.

PARAGUAI. Corte Suprema de Justicia. **Protocolo de Actuación para una Justicia**

Intercultural. Asunción, 1. ed., 2016. Disponível em: https://www.pj.gov.py/descargas/ID1-691_protocolo_de_actuacion_justicia_intercultural.pdf. Acesso em: 11 mar. 2021.

PEÑA, Gonzalo Barroso. La cultura Valdivia o el surgimiento de la cerámica en América.

Historia Digital, año XIV, n. 23, p. 6-22, 2014.

PERU. [Constitución (1993)]. **Constitución Política del Perú** [1993a]. Disponível em:

<http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf>. Acesso em 12 mar. 2021.

PERU. **Decreto Supremo n° 017-93-JUS, de 2 de junio de 1993** (Ley Orgánica del Poder Judicial) [1993b]. Disponível em:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ds017.pdf. Acesso em: 12 mar. 2021.

PERU. **Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004** (Código Procesal Penal) [2004a]. Disponível em:
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/403722/Decreto_Legislativo_N%C2%BA_957.pdf. Acesso em 15 maio 2021.

PERU. Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) [2004b]. **Plan nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia**. Lima, 23 de abril de 2004. Disponível em:
http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf. Acesso em 9 mar. 2021.

PERU. **Projeto de Lei n° 773/2016**. Ley de Desarrollo del Artículo 149 de la Constitución Política del Perú, que Regula la Coordinación Intercultural de la Justicia. Disponível em:
https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0077320161214...pdf. Acesso em: 12 mar. 2021.

PORTELLA, Alessandra Matos. **Soluções propostas pelo Direito Penal para o problema do homicídio infantil indígena na Região Amazônica**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Entre América e Abya Yala: tensões de territorialidades. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 20, p. 25-30, jul./dez. Curitiba: Editora UFPR, 2009.

QUINTANA ROO. **Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo**, de 6 de agosto de 1997. Disponível em:
https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/QuintanaRoo/Ley_JIQRoo.pdf. Acesso em 1º maio 2021.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio**: tratamento jurídico penal. Curitiba: Juruá, 2009.

SALES, Cristiano Lima. Arqueologia, Arte e História Indígena. *In*: Resende, Maria Leônia Chaves (org.). **Mundos nativos**: culturas e história dos povos indígenas. 1. ed. Belo Horizonte: Fino Traço, 2015, p. 13-49.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (Editores). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. 1. ed. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012, p. 11-48.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho. **Nueva Sociedad**, n. 116, nov./dez., 1991, p. 18-38.

SANTOS, Rodrigo Mioto. **Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento**: uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7050/5026>. Acesso em 29 jun. 2019.

SBARDELOTTO, Moisés. Nem melhor, nem bem: viver em plenitude. Entrevista especial com Esperanza Martínez em 23 Julho 2010. **Revista IHU online**, São Leopoldo, n. 340, ano X, p. 22-24, ago. 2010. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao340.pdf>. Acesso em 28 jan. 2019.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, 2006.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história. **Direito UnB**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, jan./jun., 2014.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2017. *Epub*.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **O direito das minorias**: passagem do “invisível” real para o “visível” formal? Manaus: UEA Edições, 2013.

SILVA FILHO, Eduardo Gomes. Entre flechas, lanças e bordunas: protagonismo indígena na Amazônia ontem e hoje. *In*: REIS, Tiago Siqueira et al (org.). **Coleção história do tempo presente**. v. 1., Boa Vista: Editora da UFRR, 2019, p. 136-149.

SILVEIRA, Edson Damas; CAMARGO, Serguei Aily Franco. Jurisdição indígena e o afastamento do direito de punir por parte do estado brasileiro: notas a respeito de um precedente amazônico. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 03, p. 17-34, jan./mar., 2017.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1981.

SOUZA, Ney. A doação pontifícia das índias. **Revista de Cultura Teológica**. v. 13, n. 52, p. 79-93, jul.-set., 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1. ed., (1998), 9ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2018.

SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. **Um grande cerco de paz**: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995.

THEODORO, Marcelo Antônio; CURADO FILHO, Diógenes Gomes. **Os direitos indígenas e a ordem jurídica atual**: análise a partir do confronto originado pela Operação Eldorado. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5770c1ead6a03018>. Acesso em: 25 jun. 2019.

TORRES, Márcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 14, n. 46, p. 97-117, 2015, Edição Especial.

TRUJILLO, Julio César. Plurinacionalidad y Constitución. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Editores). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala Editores, 2012, p. 305-314.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE RORAIMA (UERR). Assessoria de Comunicação. **Roraima tem primeiro júri popular indígena**. Boa Vista, 28 abr. 2015. Disponível em: <https://www.uerr.edu.br/roraima-tem-primeiro-juri-popular-indigena>. Acesso em: 1º jul. 2019.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ). **Programa de Pós-Graduação em Arqueologia**. Museu Nacional, UFRJ. Referência a Michael J. Heckenberger. Disponível em: <http://www.museunacional.ufrj.br/arqueologia/index.php/discentes/9-corpo-docente/corpo-docente-colaboradores/38-michael-j-heckenberger>. Acesso em: 30 jan. 2020.

VENEZUELA. [Constitución (1999)]. **Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela**. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Acesso em 15 maio 2021.

VENEZUELA. **Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, de 8 de diciembre de 2005**. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/ley_organica_indigena_ven.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito penal na ordem jurídica pluriétnica. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. 1ª ed. (ano 2010), 3ª impr. Curitiba: Juruá, 2014, p. 15-27.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **Metafísicas canibais**: elementos para uma antropologia pós-estrutural. 1. ed., São Paulo: Cosac Naify, 2015.

VON MARTIUS, Carlos Frederico. **O Direito entre os Indígenas do Brasil**. GURGEL, Amaral (trad.). Coleção Nacionalista I. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1938.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

YAMADA, Érika Magami; BELLOQUE, Juliana Garcia. Pluralismo jurídico: direito penal, direito indígena e direitos humanos – uma análise do art. 121 do Código Penal brasileiro. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. 1. ed. (ano 2010), 3ª impr. Curitiba: Juruá, 2014, p. 123-138.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v.1, parte geral, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZORZETTO, R. Anna Curtenius Roosevelt: A arqueóloga das florestas. Entrevista concedida por telefone à Revista Pesquisa FAPESP em 11 out. 19. **Revista Pesquisa FAPESP**, n. 287, p. 30-35, jan. 2020. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2020/01/02/anna-curtenius-roosevelt-a-arqueologa-das-florestas/>. Acesso em 28 jan. 2020.