

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

André da Rocha Ferreira

**AUTONOMIA PENAL DAS COMUNIDADES INDÍGENAS: APLICAÇÃO E
LIMITES DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO**

Porto Alegre

2015

ANDRÉ DA ROCHA FERREIRA

**AUTONOMIA PENAL DAS COMUNIDADES INDÍGENAS: APLICAÇÃO E
LIMITES DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

Porto Alegre

2015

ANDRÉ DA ROCHA FERREIRA

**AUTONOMIA PENAL DAS COMUNIDADES INDÍGENAS: APLICAÇÃO E
LIMITES DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 17 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva,
Orientador

Professor Doutor Marcus Vinicius Aguiar Macedo

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Às culturas e pessoas dizimadas pelo ideal de superioridade.

À minha mãe Édina, ao meu pai Emir e ao meu irmão Lucas, pois todos têm uma tribo para chamar de sua. Vocês são a minha. Muito obrigado.

AGRADECIMENTOS

Yo tengo tantos hermanos que no los puedo contar. En el valle, la montaña, en la pampa y en el mar. Cada cual con sus trabajos, con sus sueños cada cual con la esperanza delante, con los recuerdos detrás. Yo tengo tantos hermanos que no los puedo contar.

Não é fácil a tarefa de agradecer a todas as pessoas que contribuíram para que esse momento derradeiro chegasse e, por tal razão, possivelmente me alongue mais do que o usual em agradecimentos; que são, contudo, mais do que precisos. Seguramente, não irei elencar todas que mereceriam estar aqui; além disso, as palavras dessa página não passam de um registro de algo que eu não seria capaz de descrever.

É preciso agradecer, em primeiro lugar, aos meus pais. Durante toda a minha vida, o incansável esforço que vocês fizeram para que eu chegasse até aqui só pode ser explicado pelo amor de mãe e de pai. Jamais poderei retribuir tudo o que vocês me ensinaram e me proporcionaram. Espero que alguém sinta, por mim, essa gratidão algum dia. Muito obrigado.

Ao meu irmão, Lucas, cujos ensinamentos diários me forjaram para a vida. Obrigado por todas as discussões, conselhos e — por que não? — socos e pontapés. És um irmão na acepção mais pura da palavra. A todos os meus familiares que jamais faltaram em me auxiliar da maneira que podiam; tenho a sorte de ter uma família que se mantém enorme e unida.

Ao professor Ângelo Roberto Ilha da Silva, pela paciência, pelos comentários e pela valorosa orientação, sem a qual esse trabalho não seria possível. E, colhe-se ensejo, para agradecer aos professores e educadores que participaram da minha formação jurídica, principalmente a Prof^a Raquel Lima Scalcon, o Prof. Domingos Dresch da Silveira e Prof. Daniel Mitidiero.

Ao professor Ney Fayet Jr., cujas lições nunca estiveram limitadas às paredes de uma sala de aula ou ao ensino do direito e da criminologia, representando verdadeiras linhas de vida e de humanismo, constituindo-se em verdadeiro exemplo de amigo, camarada e mestre.

Ao mestre Draiton Gonzaga de Souza, exemplo de *fleiß*, competência e humildade. É incrível como em uma simples xícara de café, tens a capacidade de levar a conversa para *cinco*, ou mais, momentos: uma aula de filosofia, um ensinamento jurídico, uma grande piada, uma discussão sobre futebol ou um conselho para a vida. Obrigado pela preocupação, pelo trato e pelo exemplo que passas.

Ao professor Paulo Fayet e ao professor Felipe Mallmann, pelas oportunidades, risadas e, principalmente, pela valiosa (e paciente) transmissão de conhecimentos. Ainda, à toda equipe da Fayet advogados, pelo convívio e aprendizado diário, em especial aos amigos Enrico Nora, Ahlvaro Faraco, Matheus Tomé, João Pedro Petek, Celina Acauan e Tiago Lima Gavião.

Agradeço imensamente a Carlos P. Thompson Flores e Cássio Rocha de Macedo. Vocês dois mereceriam um texto separado para cada, de tanto que têm parte neste trabalho. Paradoxalmente, injusto seria com as traças que cruzarão este trabalho que vocês não fossem devorados juntos. A vocês, Cuca e Cássio, meu agradecimento pela existência de vocês e por *los brazos y por los momentos. Pourle folie*.

A Guilherme Dal Sasso, Átila Viana e Martino Piccini, que tantas vezes me abrigaram com um teto ou com um ombro amigo. Muito obrigado por todos os momentos de camaradagem e amizade.

Àqueles que fizeram minha faculdade uma experiência inesquecível e um compartilhamento de vivências, meu muito obrigado, em especial: Gabriela P. Alvarez, Laura Gigante, Pedro Costa, Daniela Gonsalves, João Rosito, Lívia Zanatta, Ronaldo Pinto, Mariana Vivian e Edison Consiglio.

Por deixar o convívio diário algo prazeroso, principalmente neste último ano, meu especial agradecimento a Pedro Rigon, Alexandre Chwartzmann, Marcelo Ramos Leite, Eduardo Halperin, Rodrigo Fuhr Oliveira, Matheus Senna, Luciano Piva, Pedro Rico Deos, Marcelo Tosin, e Daniel Raupp, Augusta Diebold e Maria Laura Arnt.

Ao Grupo de Assessoria Jurídica a Adolescentes Seleccionados pelo Sistema Penal Juvenil, G-10 e ao PIPA, meu agradecimento completo. Sem esse grupo, o direito, muito provavelmente, não faria qualquer sentido. Em especial: Eduarda Garcia, Betina Vier, Mariana Chies, Eduardo Georjão, Emília Malacarne, Ana Cifali, Adriana Centeno e Karine Szuchmaan. Agradeço, em tempo, aos sajuanxs, que praticam a função social do direito com tanta dedicação.

Meu sincero agradecimento a todas aquelas pessoas com quem troquei, de alguma forma, experiências tão marcantes que mudaram quem eu era e a maneira com que eu entendia o mundo. Pessoas que ficarão marcadas em mim para sempre, pois deixaram parte delas em mim, superando qualquer desafio proposto pelo tempo ou pela geografia. Em especial: Carina Rocha de Macedo, Caio Raposo, Ana Claudia Fraga, Iuri Muller e Mathias JalfimMaraschin.

Finalmente, à pluriétnica sociedade brasileira que dedicou parte da dor e da delícia de ser brasileiro, me proporcionando a oportunidade de estudo.

*“Tupi, or not tupi that is the question.
Contra todas as catequeses. E contra a mãe dos Gracos.*

(...)

*Perguntei a um homem o que era o Direito. Ele me respondeu que era a garantia do
exercício da possibilidade.*

Esse homem chama-se Galli Mathias. Comi-o.”

Manifesto antropófago, Oswald de Andrade; 1928.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a existência, no direito brasileiro, de um mecanismo jurídico para os povos indígenas julgarem e punir seus membros, de acordo com um sistema jurídico próprio, casos de relevância para o direito penal. A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica na doutrina e na jurisprudência especializada. No primeiro capítulo, abordou-se o direito indigenista no Brasil de modo geral, fazendo-se uma notícia histórica de suas mudanças ao longo dos diversos períodos da história brasileira. Além disso, buscou-se demonstrar que os sistemas jurídicos nacionais tiveram como marca o tratamento colonialista e tutelar dos povos originários. Ao final do capítulo, conclui-se pela superação formal desse modelo com a Constituição de 1988, não mais se aplicando o ideal integracionista de outrora, conferindo-se grande autonomia às comunidades indígenas. Ainda, constatou-se que há dois critérios para a caracterização do indivíduo como índio, o da autodeterminação e o do reconhecimento por uma comunidade indígena. No segundo capítulo, abordou-se de maneira mais específica o tema da pesquisa, a partir de uma análise das modernas correntes jurídicas que tratam juridicamente da questão indígena. Para tanto, foram revisados alguns pressupostos do pluralismo jurídico e do neoconstitucionalismo latino-americano, quando experiências de outros países na temática da jurisdição indígena foram abordadas. Por fim, passou-se à análise do direito brasileiro, focando-se no artigo 57 do Estatuto do Índio. Obteve-se, como resultado do estudo proposto, a noção de que o Brasil não conta com uma jurisdição penal própria dos indígenas, mas que relega aos povos originários uma autonomia penal, forma especial de resolução de conflitos, que configura como verdadeira exceção ao monopólio estatal do *ius puniendi*. Essa autonomia deve ser limitada pela jurisdição estatal, protegendo-se, mormente, os direitos constitucionais, com a proibição expressa de penas degradantes e a pena de morte. A mais disso, essa autonomia só pode ser aplicada quando o réu e a vítima forem indígenas, não se aplicando quando o bem jurídico tutelado pelo tipo penal for difuso. No final do capítulo, ainda, faz-se uma análise de três casos que versaram sobre o tema.

Palavras-chave: Jurisdição Indígena; Direito Indigenista; Direito Penal; Direito Processual Penal; Pluralismo Jurídico.

Resumen

El presente trabajo tiene como reto analizar la existencia, en el derecho brasileño, de una herramienta jurídica para los pueblos indígenas juzgaren y punieren sus miembros, según un sistema jurídico propio, casos de relevancia para el derecho penal. La metodología utilizada fue la de revisión bibliográfica en la doctrina y jurisprudencia especializada. En el primer capítulo, se enfocó el derecho indigenista en Brasil de una manera general, haciéndose un recorrido histórico de sus cambios en los variados periodos de la historia brasileña. Además, intentó enseñar que los sistemas jurídicos nacionales tuvieron como rasgo el tratamiento colonialista y tutelar de los pueblos originarios. Al final del capítulo, se concluyó que por la superación formal de ese modelo en la Constitución de 1988, no más aplicándose el ideal integracionistas de otrora, confiriéndose grande autonomía a las comunidades indígenas. Asimismo, se dedujo que ha para la caracterización del individuo como indio, lo de autodeterminación y del reconocimiento por una comunidad indígena. En el segundo capítulo, se abordó más específicamente el tema de la pesquisa, desde un análisis de las modernas escuelas jurídicas que tratan jurídicamente de la cuestión indígena. Para tanto, fueron revisados algunos presupuestos del pluralismo jurídico y del neoconstitucionalismo latinoamericano, cuando experiencias de otros países en la temática de la jurisdicción indígena fueran referidas. Últimamente, se hizo el análisis del derecho brasileño, enfocándose en artículo 57 del Estatuto del Indio. Se planteó la noción de que el Brasil no tiene una jurisdicción penal propia de los indígenas, pero relega a los pueblos originarios una autonomía penal, forma especial de resolución de conflictos, que configura como verdadera excepción al monopolio estatal del *iuspuniendi*. Esa autonomía debe ser limitada por la jurisdicción estatal, protegiéndose, principalmente, los derechos constitucionales, como la prohibición expresa de penas degradantes y de la pena de muerte. Adicionalmente, esa autonomía solo es aplicable cuando el reo y la víctima fueren indígenas, siendo inadaptable cuando el bien jurídico tutelado por el tipo penal sea difuso. En el final del capítulo tres casos jurídicos acerca del tema fueron analizados.

Palabras clave: Jurisdicción Indígena; Derecho Indigenista; Derecho Penal; Derecho Procesal Penal; Pluralismo Jurídico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. NOVOS PARADIGMA DO DIREITO BRASILEIRO E POVOS INDÍGENAS	14
1.1. PODER TUTELAR SOBRE OS INDÍGENAS E COLONIEDADE DO PODER	14
1.1.1. O poder tutelar	15
1.1.2. Coloniedade do poder.....	17
1.2. MUDANÇAS HISTÓRICO-LEGISLATIVAS NO DIREITO INDIGENISTA BRASILEIRO.....	20
1.2.1. Brasil-Colônia: ambiguidade legislativa.	20
1.2.2. Brasil Imperial: manutenção da ambiguidade	23
1.2.3. O direito indigenista durante a República	25
1.3. OS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO.....	33
1.3.1. A superação do ideal integracionista	35
1.3.2. Quem é o índio para o Direito brasileiro? Critérios de definição.....	37
1.3.2.1. <i>Critério racial</i>	39
1.3.2.2. <i>Critério cultural</i>	39
1.3.2.3. <i>Critério da auto-identificação étnica</i>	39
1.3.2.4. <i>Critério do reconhecimento pela comunidade</i>	40
1.3.2.5. <i>Do critério que se adota no Brasil</i>	42
2. ELEMENTOS DA AUTONOMIA PENAL INDÍGENA	45
2.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS	46

2.1.1. O pluralismo jurídico e o neoconstitucionalismo latino-americano.	47
2.1.2. A cultura como limitadora do processo penal.	59
2.2 ANÁLISE DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO.	65
2.2.1. Jurisdição ou autonomia?	67
2.2.2. Os limites da autonomia penal conferida às comunidades indígenas.	70
2.3. ANÁLISE DE CASOS REFERENTES À AUTONOMIA PENAL INDÍGENA.	73
2.3.1. O júri indígena de Roraima.	73
2.3.2. A punição tribal de uma gestante em Passo Fundo/RS.	74
2.3.3. A impossibilidade de um “duplo <i>ius puniendi</i> ” em Roraima.	75
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia¹.

Desde um ponto de vista histórico, e alicerçado pela lógica de um direito ocidental, a análise jurídica dos povos originários se fez necessária do momento em que o primeiro colonizador chega às terras que hoje conhecemos como América. A afirmação pode ser um lugar comum ou revestida de pouca complexidade; é, contudo, uma importante chave de leitura para o presente estudo. É dizer: o problema aqui discutido não diz respeito às ações de povos indígenas, mas aos problemas causados a partir da invasão de territórios por parte dos ocidentais e a problemática aplicação do sistema jurídico dos colonizadores na cultura dos povos originários.

Não se olvida, ainda, o apontamento de que se trata de uma equivocada generalização tratar como um todo homogêneo os povos originários que habitam o território nacional. Por óbvio, não se desconhece as inúmeras culturas e a prurietnicidade dos povos indígenas que habitam o país, cada qual com suas peculiaridades e organização social próprias. Sem embargo, para este trabalho o importante é buscar pontos que se aproximam destes povos e que os afastam da população não-indígena² para, a partir daí, traçar a relação destas populações com o direito brasileiro.

¹ Trecho inicial do preâmbulo da Constitución Política de Bolívia, 2009.

² Sobre a existência de pontos em comum dos povos indígenas, BANIWA, Gersen dos Santos Luciano: “Entre os povos indígenas existem alguns critérios de autodefinição mais aceitos, embora não sejam únicos e nem excludentes: (i.) Continuidade histórica com sociedades pré-coloniais; (ii.) Estreita vinculação com o território; (iii.) Sistemas sociais, econômicos e políticos bem definidos; (iv.) Língua, cultura e crenças definidas; (v.) identificar-se como diferente da sociedade nacional e (vi.) Vinculação ou articulação com a rede global dos povos indígenas” **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 27.

Tomando-se em conta este posicionamento, o presente estudo insere-se em uma ampla discussão, qual seja, o modo que o sistema jurídico brasileiro resolve os problemas advindos do choque entre as normas do Estado e as regras sociais das comunidades de povos originários. Dentro dessa ampla discussão, delimita-se a pesquisa na análise da existência de uma jurisdição penal própria dos indígenas através de uma leitura da legislação brasileira e quais os contornos dos possíveis mecanismos autônomos de resolução de conflitos das comunidades indígenas. Ressalta-se, em tempo, que uma abordagem penal do *status* jurídico do índio no Brasil pode-se dar sob dois aspectos, a saber: o de um exercício de autonomia na composição de conflitos penais (sobre o qual versa este estudo) e o da possível inimputabilidade do índio (art. 26 do Código Penal) frente a uma persecução penal exercida pelo Estado brasileiro.

Em sua primeira parte, o estudo realiza um recorrido histórico nas legislações havidas no Brasil e que versavam sobre a temática do direito do índio. Para além de uma leitura histórica do tratamento dispensado ao índio, esta parte do trabalho busca compreender as mudanças de paradigma no tocante à visão do direito brasileiro sobre os povos originários, bem como dos critérios de definição do índio no ordenamento jurídico pátrio.

Superada a análise genérica do direito indigenista, parte-se para o estudo da jurisdição penal própria dos povos indígenas em sua essência na América Latina. Para tal, fez-se necessário o enfrentamento de diversos temas que compõem a aplicação dessa possível do instituto estudado, divididos em duas partes principais, quais sejam: (i.) um estudo do pluralismo jurídico e do novo constitucionalismo latino-americano como pressupostos teóricos para conferir-se autonomia indígena com relação ao direito estatal; (ii.) análise da existência de uma autonomia penal própria dos indígenas a partir de uma leitura do art. 57 do Estatuto do Índio, bem como as limitações desse. Derradeiramente, o estudo apresenta três casos da justiça brasileira em que a temática foi abordada, fazendo-se uma avaliação crítica.

1. NOVOS PARADIGMA DO DIREITO BRASILEIRO E POVOS INDÍGENAS

A sabedoria do tuxaua macuxi era capaz de ver que o Estado e o Direito dos brancos que se pretende universal, geral e único, é parcial, especial e múltiplo. E o disse reclamando uma identidade jurídica que reflete uma prática escondida, escamoteada e não raras vezes proibida pelo nosso sistema jurídico. O tuxaua entendeu em poucos minutos o que nossa cultura constitucionalista não logrou compreender em 200 anos de puro estudo e reflexão: a uma sociedade que não é uma, não pode corresponder um único Direito, outras formas e outras expressões haverão de existir, ainda que simuladas, dominadas, proibidas e, por tudo isto, invisíveis.³

A construção daquilo que a doutrina convém chamar de “direito indigenista”, ou seja, o tratamento que o direito brasileiro dispensa ao índio, se dá a partir do momento em que os portugueses precisaram dar algum tipo de solução jurídica aos habitantes da terra que ocupavam.⁴ Para a compreensão da dimensão que a resolução de questões penais em comunidades indígenas assume no direito brasileiro atual, é fundamental que se faça uma breve descrição das mudanças legislativas e paradigmáticas havidas desde o período do Brasil Colônia até os dias de hoje.

Antes, contudo, é necessária uma breve digressão em dois termos que auxiliam a compreender a estrutura social em que o direito indigenista pátrio foi (e, em muitos momentos, continua sendo) inserido. Apenas aí será possível analisar a conjuntura que emoldurou essas legislações. Posteriormente à análise histórica, na parte final do capítulo, busca-se um rompimento — a partir da atual configuração jurídica nacional — dos paradigmas que, ao menos até a promulgação da Constituição Federal de 1988, regeram o direito indígena, principalmente por meio de uma análise do nosso ordenamento jurídico sob o prisma do pluralismo jurídico e do neoconstitucionalismo latino-americano.

1.1. PODER TUTELAR SOBRE OS INDÍGENAS E COLONIEDADE DO PODER

Para uma melhor compreensão e desenvolvimento desse capítulo, é crucial que se faça referência não apenas ao atual estado da arte do direito brasileiro ou tampouco que se

³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 23.

⁴ SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 17-18.

faça uma simples descrição histórica das legislações, mas também que se busque compreender como o Estado brasileiro se relaciona com os povos indígenas que habitam o seu território. Buscou-se, portanto, duas categorias — uma trabalhada por um antropólogo brasileiro e outra por um sociólogo peruano — que explicassem, de algum modo, as visões de mundo que originaram o enquadramento jurídico dado às comunidades indígenas.

1.1.1. O poder tutelar.

Por poder tutelar, pode-se entender o exercício de um poder estatal direcionado a determinados segmentos sociais, identificados como sendo relativamente incapazes de exercer plenamente a vida em sociedade. Esta tutela está direcionada a determinados espaços (sejam eles geográficos, sociais, etc), estando fortemente presente a ideia de hipossuficiência. A partir desta categorização, é possível a legitimação da soberania e da aplicação das políticas estatais que forem desejadas para a inclusão desses indivíduos na sociedade “civilizada”.⁵ Com relação ao exercício do poder tutelar sobre os povos indígenas:

Com a ideia de poder tutelar busquei, portanto, descrever formas de ação que, — se nem sempre estatais em sua origem histórica, num dado momento se concentraram, sob o comando dos especialistas em imaginação de coletividades e de sua administração, num centro social e geográfico de poder imaginado como nacional. Tal exercício de poder estatizado sobre as ações dos povos indígenas e sobre seus territórios, no plano histórico origina-se, em primeira instância, e guarda continuidades implícitas com as conquistas portuguesas e sua administração por dispositivos que visavam a assegurar a soberania do monarca lusitano sobre territórios dispostos em variados continentes com um equipamento material e recursos humanos bastante reduzidos. Esta é uma modalidade de poder de uma comunidade política centralizada sob o poderio de um Estado dotado de um Exército profissional, tíbio e insuficiente, entendido aqui, num certo plano, como resultante e vetor dependente da articulação de amplas redes sociais dispostas ao longo de territórios, que se vinculam e se fazem Estado por mecanismos e em tempos diferenciados. Nesse movimento de centralização, concentração de recursos e hierarquização, as elites que compõem os estratos dominantes e os quadros administrativos das colônias e dos Estados nacionais nascentes mantêm a pretensão de abarcar e submeter a multiplicidade de comunidades étnicas distintas, e dispostas num espaço apropriado sob a forma de território, realidade cuja

⁵ LIMA, Antônio Carlos de Souza. *O exercício da tutela sobre os povos indígenas: considerações para o entendimento das políticas indigenistas no Brasil contemporâneo* in **Revista de Antropologia**, V. 55 Nº 2, p. 781-832. São Paulo: USP, 2012, p. 784.

predefinição em face de outras comunidades políticas igualmente heteróclitas (Estados nacionais) é relativa e instável. Separando logicamente o historicamente inseparável, pode-se dizer que o exercício de poder tutelar deve ser pensado como se integrasse tanto elementos das sociedades de soberania quanto das disciplinares, mas é antes de tudo um poder estatizado em agências que se propõem a ter abrangência nacional, isto é, estender-se enquanto malha administrativa por todo o mapa político do país. Sua função ao mesmo tempo é estratégica e tática, nela, no caso brasileiro, a matriz militar da guerra de conquista está sempre presente no plano retórico. Mas se considerarmos o poder performativo das palavras, os modos de enunciação são também determinantes. Dito de outro modo, trata-se de sedentarizar povos errantes, vencendo-lhes – a partir de ações sobre suas ações e não pela violência – a resistência em se fixarem em lugares definidos pela administração, ou de capturar para esta rede de agências de governo outros povos com longo tempo de interação com o conquistador, operando para tanto com a ideia de um mapa nacional. Sobre este se dispõem as diversas unidades de ação da agência, cuja maior ou menor amplitude geográfica de gestão repercutiria na mesma proporção em peso funcional: à maior restrição de âmbito caberia um suposto menor poder de decisão definido por normas operacionais internas à agência. Como nas sociedades de soberania, tal forma de poder incide sobre espaços, estabelecendo-lhes limites muitas vezes com o emprego de processos fundamentalmente de exibição e de teatralização. Criam-se assim territórios para e pela função de administrá-los. Mas isto é feito excluindo/incluindo coletividades na esfera de controle administrativo, às quais são atribuídas posições sociais específicas, isto é, status diferenciados. O exercício do poder tutelar implica, pois, obter o monopólio dos atos de definir e controlar o que sejam as coletividades sobre as quais incidirá. Pode-se parafrasear Foucault, quando compara os modelos de exclusão suscitados pela lepra e os esquemas disciplinares engendrados a partir da peste: o poder tutelar exclui ao criar postos indígenas aos quais os povos autóctones deveriam (re/a)correr e junto aos quais deveriam se segregar. Ao mesmo tempo, porém, inclui coletividades e terras numa rede nacional de vigilância e controle, ténue que o seja, a partir de um centro de poder. Unidades de ação locais da agência de governo dos índios, o termo posto – léxico cujos variados significados evocam as ideias de sistema hierárquico e de ação militar – insinua um dispositivo de poder cuja ação deveria gerar, pelo tratamento supostamente segregado das populações às quais se destinava a atender, porções separadas do espaço interior estabelecido pelos limites internacionais do Estado nacional brasileiro. O que aí está em jogo não é a capacidade de os povos indígenas imporem e fazerem reconhecer um território próprio, articulado a uma identidade etnicamente distintiva e a tradições em permanente mudança em face da interação com outras populações e com os poderes de Estado (Barth, 1984). Para a administração, o importante, repito, é rotular genericamente coletividades, inscrevendo-as a espaços e práticas supostamente distintos, e inseri-las num sistema codificado de atribuições positivas e negativas – um status portanto – parte de um mecanismo imaginado como de governo – no sentido proposto por Michel

Foucault (2004) – operado em escala nacional. Com tal adscrição, define-se também um corpo de especialistas em cada tipo de coletividade.⁶

É a partir da ideia de poder tutelar que diversas legislações e políticas públicas nacionais, posteriores à mera exploração de mão-de-obra ocorrida nos primeiros séculos após a chegada dos portugueses, foram feitas. Ocorre que, em que pese a Constituição Federal tenha formalmente superado este paradigma tutelar, ainda há — na cultura jurídica brasileira — a permanência dessas práticas. Pode-se notar este fenômeno nas práticas da FUNAI ou na continuada exigência dos tribunais em laudos antropológicos que demonstram o nível de integração dos índios à sociedade “civilizada”.

1.1.2. Coloniedade do poder.

O termo, proposto pelo sociólogo peruano Aníbal Quijano, pode ser elucidado a partir de uma ideia de que o capitalismo global cria não apenas hierarquizações entre as nações, mas também uma estratificação classista e étnica das sociedades. Essa divisão, pensada a partir do conceito de raça — que, na visão do sociólogo, surge apenas com a invasão europeia da América — serve para uma desigual divisão do trabalho entre as diversas etnias existentes. Sobre este conceito, diz o autor peruano:

La colonialidad del poder es uno de los elementos constitutivos del patrón global de poder capitalista. Se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder, y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas de la existencia cotidiana y a escala social. Se origina y mundializa a partir de América. Con la constitución de América (Latina), en el mismo momento y en el mismo movimiento histórico, el emergente poder capitalista se hace mundial, sus centros hegemónicos se localizan en las zonas situadas sobre el Atlántico -que después se identificarán como Europa-, y como ejes centrales de su nuevo patrón de dominación se establecen también la colonialidad y la modernidad. En otras palabras: con América (Latina) el capitalismo se hace mundial, eurocentrado y la colonialidad y la modernidad se instalan, hasta hoy, como los ejes constitutivos de ese específico patrón de poder. En el curso del despliegue de esas características del poder actual, se fueron configurando las nuevas identidades sociales de la colonialidad

⁶ LIMA, Antônio Carlos de Souza. *O exercício da tutela sobre os povos indígenas: considerações para o entendimento das políticas indigenistas no Brasil contemporâneo* in **Revista de Antropologia**, V. 55 N° 2, p. 781-832. São Paulo: USP, 2012, p. 799-802

*(indios, negros, aceitunados, amarillos, blancos, mestizos) y las geoculturales del colonialismo (América, África, Lejano Oriente, Cercano Oriente, Occidente y Europa). Las relaciones intersubjetivas correspondientes, en las cuales se fueron fundiendo las experiencias del colonialismo y de la colonialidad con las necesidades del capitalismo, se fueron configurando como un nuevo universo de relaciones intersubjetivas de dominación bajo la hegemonía eurocentrada.*⁷

Veja-se, portanto, que a “permanência da coloniedade do poder” é uma classificação que depende de dois eixos distintos: o primeiro é o da ideia de raça instituída pelos europeus e a utilização desta concepção como forma de dominação étnica⁸ e o segundo é o da utilização desta divisão como uma nova forma de divisão do trabalho mundial, cujo papel da América Latina é o de uma economia fornecedora de bens primários aos países capitalistas centrais. Assim, ressalta Quijano:

De otro lado, en el proceso de constitución histórica de América, todas las formas de control y de explotación del trabajo y de control de la producción-apropiación-distribución de productos, fueron articuladas alrededor de la relación capital-salario (en adelante capital) y del

⁷ QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad el Poder y Clasificación Social*, in CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (orgs.). **El Giro Decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 93-94.

⁸Necessário, aqui, distinguir-se a concepção de raça e etnia na visão de Quijano: “*Tampoco se trata solamente de las diferencias de hecho que se confrontaron entre los conquistadores y los vencidos (por ejemplo, color de la piel, forma y color del cabello, de los ojos; o vestimentas, instrumentos, ideas y prácticas sociales). Esas diferencias habrían podido traducirse seguramente, en los términos actuales, en ‘eticidades’ y ‘eticismos’; pero no necesariamente combinados con ‘racismo’.* Después de todo, la dominación colonial ha producido en todas partes identidades codificadas como ‘étnicas’, originadas en la imposición del dominio de unos grupos sobre otros y en la distribución del poder entre ellos. La explicación es otra. Con la formación de América se establece una categoría mental nueva, la idea de ‘raza’. Desde el inicio de la conquista, los vencedores inician una discusión históricamente fundamental para las posteriores relaciones entre las gentes de este mundo, y en especial entre ‘europeos’ y no-europeos, sobre si los aborígenes de América tienen ‘alma’ o no; en definitiva si tienen o no naturaleza humana. La pronta conclusión decretada desde el Papado fue que son humanos. Pero desde entonces, en las relaciones intersubjetivas y en las prácticas sociales del poder, quedó formada, de una parte, la idea de que los no-europeos tienen una estructura biológica no solamente diferente de la de los europeos; sino, sobre todo, perteneciente a un tipo o a un nivel ‘inferior’. De otra parte, la idea de que las diferencias culturales están asociadas a tales desigualdades biológicas y que no son, por lo tanto, producto de la historia de las relaciones entre las gentes y de éstas con el resto del universo. Estas ideas han configurado profunda y duraderamente todo un complejo cultural, una matriz de ideas, de imágenes, de valores, de actitudes, de prácticas sociales, que no cesa de estar implicado en las relaciones entre las gentes, inclusive cuando las relaciones políticas coloniales ya han sido canceladas. Ese complejo es lo que conocemos como ‘racismo’. Como los vencedores fueron adquiriendo durante la Colonia la identidad de ‘europeos’ y ‘blancos’, las otras identidades fueron asociadas también ante todo al color de la piel, ‘negros’, ‘indios’ y ‘mestizos’. Pero en esas nuevas identidades quedó fijada, igualmente, la idea de su desigualdad, concretamente inferioridad, cultural, si se quiere ‘étnica’”. QUIJANO, Aníbal. “Raza”, “etnia” y “nación” en Mariátegui: cuestiones abiertas **in Cuestiones y Horizontes: De la Dependencia Histórico-Estructural a la Colonialidad/Descolonialidad del Poder**. Buenos Aires: CLACSO, 2014, p. 758-760.

mercado mundial. Quedaron incluidas la esclavitud, la servidumbre, la pequeña producción mercantil, la reciprocidad y el salario. En tal ensamblaje, cada una de dichas formas de control del trabajo no era una mera extensión de sus antecedentes históricos. Todas eran histórica y sociológicamente nuevas. En primer lugar, porque fueron deliberadamente establecidas y organizadas para producir mercaderías para el mercado mundial. En segundo lugar, porque no existían sólo de manera simultánea en el mismo espacio/tiempo, sino todas y cada una articuladas al capital y a su mercado, y por ese medio entre sí. Configuraron así un nuevo patrón global de control del trabajo, a su vez un elemento fundamental de un nuevo patrón de poder, del cual eran conjunta e individualmente dependientes histórico-estructuralmente. Esto es, no sólo por su lugar y función como partes subordinadas de una totalidad, sino porque sin perder sus respectivas características específicas y sin perjuicio de las discontinuidades de sus relaciones con el orden conjunto y entre ellas mismas, su movimiento histórico dependía en adelante de su pertenencia al patrón global de poder. En tercer lugar, y como consecuencia, para colmar las nuevas funciones cada una de ellas desarrolló nuevos rasgos y nuevas configuraciones histórico-estructurales. En la medida en que aquella estructura de control del trabajo, de recursos y de productos, consistía en la articulación conjunta de todas las respectivas formas históricamente conocidas, se establecía, por primera vez en la historia conocida, un patrón global de control del trabajo, de sus recursos y de sus productos. Y en tanto que se constituía en torno a y en función del capital, su carácter de conjunto se establecía también con carácter capitalista. De ese modo se establecía una nueva, original y singular estructura de relaciones de producción en la experiencia histórica del mundo: el capitalismo mundial.⁹

É a partir dessa correlação de forças que se dá o tratamento político dado ao índio no Brasil, principalmente quando se fala em territórios indígenas e a exploração destes para fins econômicos.¹⁰ O direito não é alheio a essa situação e o poder tutelar age como

⁹QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina** in LANDER, Edgardo (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 247.

¹⁰ Sobre o tema, irrepreensível a o relato de Marcos Vinicius Aguiar Macedo: “O fato é que o Parque Nacional da Serra do Divisor, que deveria se constituir num verdadeiro espaço de suporte de distintos modos de produção e organização social, na medida em que se encontram sob sua área de influência vários povos tradicionais — indígenas, extrativistas e ribeirinhos —, tem sido, principalmente em virtude de sua riqueza florestal, área de constante ação de madeireiros ilegais provenientes do outro lado da fronteira, os quais, a partir dessa unidade de conservação, passam também a atuar sobre terras indígenas dessa unidade de conservação, passam também a atuar sobre as terras indígenas dos índios Ashaninka, igualmente densas em madeiras nobres (...) Verdadeiramente, conforme conta Pimenta (2002, p. 130), ouve um processo crescente de exploração de madeira a região, processo este no qual a abundância de madeira-de-lei, fundamentalmente na porção geográfica ocupada pelos Ashaninka, acabou valendo ao Rio Amônia o apelido de ‘rio da madeira’, o que, já na década de 1980, fez com que iniciassem naquela porção da Amazônia Brasileira invasões mecanizadas e cortes em grande escala, que trouxeram consequências desastrosas para o meio ambiente e a população nativa, afetando profundamente a organização social e a reprodução cultural daquela etnia.” **Vida e**

forma de fragilizar populações; o que permite, justamente, ações de exploração por parte do capital.

Como será demonstrado adiante, a Constituição de 1988 tenta superar essa situação conferindo ao índio um *status* de sujeito dos seus próprios direitos. Sem embargo, como nos ensina a sociologia jurídica, o Direito não se dá apenas no plano formal, mas também no da realidade e a prática jurídica teima, ainda, em perpetuar visões colonizadoras e tutelares nas comunidades indígenas.

1.2. MUDANÇAS HISTÓRICO-LEGISLATIVAS NO DIREITO INDIGENISTA BRASILEIRO

Passa-se, então, a analisar *en passant* as diferentes mudanças legais pelas quais passou o Brasil a partir de sua constituição — primeiro como colônia, depois como Estado-nação — com o objetivo de compreender-se minimamente a maneira com que o direito brasileiro encarou o índio ao longo dos anos.

1.2.1. Brasil-Colônia: ambiguidade legislativa.

No que tange à produção legal deste período, havia inúmeros textos legais que se reportavam aos índios; sem que fosse prioridade, contudo, o tratamento do índio como um sujeito de direitos. Trata-se, na verdade, de tarefa conturbada analisar o compilado de normas produzidos à época, pois a Coroa portuguesa criou, frente ao - imenso território e á pluriethnicidade, um sistema altamente descentralizado, diferentemente — por exemplo — do havido nas colônias espanholas, em que um *corpus legis* de nome *Leyes de Indias* regia as relações jurídicas da colônia. Sobre a descentralização jurídica no Brasil Colônia:

Não se hesita em admitir que, de 1500 a 1750, o direito vivido no Brasil era pluralista. Diria mesmo de um pluralismo reforçado em relação ao direito aplicável em Portugal, ou se preferirmos, um pluralismo entretocado de vários pluralismos, designadamente um plural normativo, um pluralismo judicial e um pluralismo prudencial afeiçoado em termos judicativo-concretos. Basta pensar na maleabilidade da administração da justiça aos índios. Os aluviões jurídicos acumulavam-se no Brasil. Argamassavam de

modo constitutivo o mundo do direito brasileiro, impossibilitando a apreensão de puros recortes sincrônicos. De tão solidamente combinados por uma gradual sedimentação, bem distante das mãos cinzeladoras dos juristas letrados, torna-se difícil desarreigar linhas evolutivas autônomas, sem que todo o seu ser histórico se ressinta dolorido e magoado. Os centros normativos conviviam num jogo permanente de clarões e sombras. Ao lado dos costumes gerais chegados do Reino, juntavam-se os elementos consuetudinários autóctones resistentes a investidas aculturadoras. Às Ordenações régias acresciam as torrentes das leis extravagantes dirigidas ao Brasil em tipologia diversa. Os alvitreiros do direito romano e as teses de direito canônico começavam a espreitar, cada vez com maior assiduidade.¹¹

Assim, analisar unitariamente a legislação do período colonial é tarefa árdua, frente ao imenso número de fontes legais que existiam à época; a mais disso, e por via própria de consequência, a legislação indigenista desse momento histórico pode ser considerada extremamente ambígua: de um lado concedia direitos aos indígenas, de outro era permissiva com o assassinato e a tomada de terras dos povos originários. Sem embargo, é possível fazer referência a uma característica das legislações da época:

De forma geral, portanto, após a chegada de Pedro Álvares Cabral, em 21 de abril de 1500, em terras brasileiras, os textos legislativos editados acerca da matéria inclinaram-se sempre na defesa dos interesses dos colonizadores portugueses, fruto de uma visão etnocêntrica que, amparada num conceito prévio de que os índios eram inferiores e incapazes de se autogovernar, buscava a legitimação da conquista das novas terras e de seus originários habitantes pelo ‘branco europeu’, com a sua inserção numa nova ordem sócio-cultural. Tem razão, pois, Colaço, ao refletir que ‘a partir do primeiro contato entre os europeus os indígenas surge na América a problemática jurídica da ocupação da terra e das relações sociais entre conquistadores e conquistados’, sendo visível a preocupação dos colonizadores para com a integração dos indígenas na nova sociedade que chegava em terras brasileiras, projeto que teve, como principal instrumento de dominação, a missionarização dos índios. Em tal contexto, obviamente, o que os índios pensavam, faziam ou queriam fazer, a existência de outras culturas ou de outras práticas sociais não era levada em conta pela legislação¹²

Essas contradições refletiam-se, mormente, na relação entre os colonos e as diferentes comunidades de índios existentes frente ao colonizador. De acordo com Beatriz

¹¹ MARCOS, Rui de Figueiredo. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 51.

¹² MACEDO, Marcos Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena: As invasões madeireiras e os povos Ashaninka**. Rio Branco: Edufac, 2009, p. 95.

Perrone-Mosiés¹³, havia duas linhas de política voltadas para os índios: uma para os que eram mais receptivos e estavam aldeados e outra para os considerados inimigos, mais resistentes à ocupação portuguesa. Estes tinham como destino a escravidão ou o extermínio, que era levado a cabo pelas chamadas guerras justas. Sobre o tema:

Os índios do Sertão Oeste Mineiro – área considerada pelas autoridades no século XVIII como sendo despovoada de elementos civilizados – foram em sua maioria, encarados como inimigos e acusados de dificultarem o povoamento e desenvolvimento da região. Daí, segundo os governantes, surgiu a necessidade de enviar expedições para atacar suas aldeias, a fim de conseguir a pacificação e conseqüente a aceitação dos ensinamentos religiosos e trabalhistas. Havia ainda, a possibilidade de extermínio dos grupos com o objetivo de liberar a área para novos ocupantes. Desta maneira, durante o século XVIII, ocorreram inúmeras expedições preparadas para estes fins. Em 1734, uma bandeira liderada por Matias Barbosa que contava com 70 homens e 50 escravos, atacou grupos de Botocudos e liberou a região do Sertão Leste até as Escadinhas da Natividade para os colonos. Nesta mesma região, foi fundado o Presídio do Abre Campo. Em 1748, o coronel Antonio Pires de Campos, criou vários aldeamentos de Bororos para controlar e atacar os Caiapós que circulavam na área; em 1769, Antonio Cardoso de Souza recebeu do Conde de Valadares ordens precisas para a conquista do gentio nas imediações do Cuieté. Em 1775, D. Antonio de Noronha, governador de Minas Gerais, decretou guerra aos Botocudos que atacavam o aldeamento do Pomba e atrapalhavam a conquista do Cuieté. Em 1782, João Pinto Caldeira liderou uma expedição que tinha por objetivo liquidar com os quilombolas e os Caiapós que fossem encontrados no Campo Grande. As justificativas ideológicas para as expedições pautavam-se na importância de colonizar e povoar o sertão a fim de desenvolvê-lo. Para isso, tornava-se necessário eliminar, de uma forma ou de outra, a presença marcante dos grupos considerados hostis. Os índios mais ‘teimosos’ em não aceitar os contatos deveriam ser exterminados em nome de uma ocupação mais efetiva. Estes índios não pacíficos poderiam também, segundo uma legislação que mudava constantemente, ser escravizados, desde que fossem respeitadas algumas condições. As principais eram provar que os índios em questão eram bravios, não aceitavam a catequização, atacavam os colonos e eram antropófagos. A estes deveria ser decretada a Guerra Justa. A Guerra Justa seria assim, o mecanismo mais utilizado para a obtenção desta mão de obra. Esta era, segundo Farage, ‘um conceito teológico e jurídico enraizado no direito de guerra medieval’. As principais justificativas para a guerra seriam a propagação da fé cristã aos povos bárbaros, sua falta de

¹³ PERRONE-MOISÉS. Índios Livres e Índios escravos: os princípios da legislação indigenistas no Período Colonial in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

moralidade, suas práticas canibais e os casos de ataques que faziam à sociedade estabelecida.¹⁴

A partir da nomeação do Marquês de Pombal como Primeiro-Ministro da Colônia, contudo, há uma reversão das chamadas guerras justas para uma política de integracionista. Já em 1755, então, é promulgada uma legislação que tinha como escopo diminuir a violência física praticada contra os povos originários. A ideia desta legislação era de unificar a política e a cultura na colônia.

É a partir de Pombal, portanto, que a política indigenista a ser implementada no Brasil-Colônia tomou feições tipicamente integracionistas, na medida em que a pacificação dos índios passou a ficar por conta das ‘Diretorias dos Índios’, em detrimento das missões de evangelização levadas a efeito pelos jesuítas até então — os quais acabaram sendo expulsos do Brasil —, com a progressiva miscigenação biológica e cultural dos indígenas e a transformação dos aldeamentos em vilas e povoados, visando à integração dos nativos à sociedade colonial.¹⁵

Dessa forma, pode-se notar que a legislação indígena no Brasil-colônia tinha por forte característica a concessão de certos direitos — ainda que estes nem sempre fossem respeitados — aos índios aldeados e que não oferecessem resistência aos colonizadores. Sem embargo, aqueles que se opunham à presença de colonos ou à catequização eram severamente perseguidos pelas chamadas guerras justas. Ao fim e ao cabo, o que havia era uma contradição legislativa muito marcante, que teve continuidade durante o período do Brasil Império.

1.2.2. Brasil Imperial: manutenção da ambiguidade

A partir do movimento de independência do Brasil e a consolidação do Império, algumas mudanças ocorrem no âmbito das políticas indigenistas. Isso porque não existia a necessidade de utilização de mão de obra indígena como outrora, principalmente pela expansão da escravidão que houvera nos anos anteriores. Deste modo, a “problemática”

¹⁴ MANTINO, Marcia. As Guerras Justas e a escravidão indígena em Minas Gerais nos séculos XVIII e XIX in **Varia história**, Belo Horizonte, v. 22, n. 35, p. 189-206, Junho 2006, p. 190-191.

¹⁵ MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena**. op cit., p. 101

indígena fica adstrita basicamente à disputa de territórios, sendo o centro do debate se os índios (presentes principalmente no sertão mineiro) deveriam ou não ser exterminados.¹⁶

Para tanto, os índios seguiram a ser divididos entre aqueles considerados “bravos” e “domesticados”. A opção, ao menos aquela positivada, parece ser a de “domesticar” os índios considerados bravos. Isso porque, em que pese a Constituição de 1824, não tratar do tema no projeto da Constituinte de 1823 havia um dispositivo que previa a criação de estabelecimentos responsáveis por civilizar e catequizar índios¹⁷. Com relação aos índios considerados domesticados, havia uma espécie de assimilação e aceitação, sem que ele fossem, todavia, considerados cidadãos nacionais.

Com a retirada de todas menções aos povos originários na Constituição do Império, o corpo legislativo do país tinha criado uma espécie de vazio, que apenas era preenchido pelas decisões das Assembleias Provinciais. Esta situação se reverte, todavia, em 1845, quando da promulgação do Decreto n. 426, de 24 de julho de 1845, que tinha por objetivo definir políticas para os indígenas aldeados, muito ligados à catequização e à desculturalização.

Importante ressaltar, contudo, que uma preocupação latente no Império era a colonização das terras do país por europeus. Neste sentido, contribuiu para usurpação de territórios indígenas a promulgação da Lei de Terras, em 1850, que definiu critérios para ocupação do território nacional. Relativamente aos índios:

A Lei de Terras (Lei nº 601, 18/09/1850) trata da questão indígena no Art. 12, onde se afirma que caberia ao governo reservar terras à ‘colonização indígena’. O Decreto nº 1.368, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a Lei de Terras, esclarecia quem eram os “indígenas” referidos na Lei nº 601, definindo-os como os indivíduos pertencentes as ‘hordas selvagens’. Como argumentei em outro artigo, a Lei de Terras e seus Regulamentos

¹⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX in **História dos índios no Brasil**, ob. cit, p. 134.

¹⁷ Sobre a questão: “Seja como for, os “Apontamentos” de José Bonifácio, não obstante aprovados *em princípio* pela Assembleia Constituinte, não foram incorporados ao projeto constitucional, que se contentou com declarar a competência das províncias para promover missões e catequese de índios. Dissolvida a Constituinte por d. Pedro I, a carta outorgada, nossa primeira Constituição, nem sequer menciona a existência de índios. No entanto, a expectativa de um grande plano de civilização dos índios é patente em vários documentos do início do Império. Em 1823, por exemplo, tomam-se providências consideradas urgentes, mas declara-se que o aldeamento e a civilização dos índios por serem de ‘tal importância’, deverão ser discutidos na Assembleia Nacional Constituinte e Legislativa do Império, para que se tomem ‘medidas amplas e permanentes’”. CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX in **História dos índios no Brasil**, op. cit, p. 138-139..

deram suporte ao Regulamento das Missões, de 1845, que previa a criação de aldeias e missões para assentar os índios ‘selvagens’¹⁸.

A continuada perda dos territórios indígenas a partir da Lei de Terras se deu do seguinte modo:

[p]revisões legais trazidas pela legislação sobre terras permitiam uma forte participação dos poderes locais, consolidando juridicamente um poder que era exercido de fato no Brasil, na definição das terras, validação dos títulos de propriedade e posse, na definição das terras devolutas e na demarcação de terras destinadas aos aldeamentos dos índios. Abriu-se a porta, ainda com o reconhecimento pela mesma legislação das terras indígenas, para o esbulho pelos poderes locais das terras indígenas. Aos poderes locais apenas interessava, e este era o exato entendimento da época, a delimitação restrita de um território para os índios, que não passava de uma área com suas habitações e pequenas roças. Os índios eram, então, confundidos com a população pobre da região, e logo as câmaras locais declaravam os aldeamentos extintos e a população do município isenta de índios. As terras dos aldeamentos passavam a ser delimitadas em lotes e distribuídas para os índios como se pequenos posseiros fossem. O direito foi, sem dúvida, um instrumento de usurpação das terras e direitos indígenas (...) Todo esse caminho era contraditoriamente repudiado e admitido pelo direito.¹⁹

Com essa conjuntura, percebe-se que a ambiguidade no tratamento dos povos originários, presente no Brasil-Colônia manteve-se ao longo do período imperial. Se de um lado havia previsões legais que garantiam diversos direitos aos indígenas, inclusive territoriais, de outro a situação era de usurpação de territórios, bem como de redução da cultura dos povos originários na busca de uma realidade totalizadora do Império.

1.2.3. O direito indigenista durante a República

Neste ponto, tratar-se-á da maneira com que o direito brasileiro se relacionou com as comunidades indígenas no período posterior à promulgação da República, mas anterior à Constituição Federal de 1988, período que merece análise apartada no próximo ponto pelas grandes mudanças trazidas a partir deste período histórico. Com relação ao período republicano, a primeira observação que salta aos olhos é a omissão da Constituição de 1891 com relação aos povos originários. Não há, tal qual na Constituição do Império, qualquer

¹⁸ MOREIRA, Vânia Maria Losada. *Terras indígenas do Espírito Santo sob o regime territorial de 1850* in *Revista Brasileira de História*, vol. 22, nº 43, p. 153-169. São Paulo, 2002, p. 160-161.

¹⁹ VILLARES, Luiz Fernando. *Direitos e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 102-103.

referência à existência de indígenas no território brasileiro. Esse silêncio, sem embargo, não significa que as mudanças trazidas pela Constituição não afetaram os direitos indigenistas. Muito bem pontuadas pelo professor Marcos Vinicius Aguiar, por exemplo, as consequências das interpretações dadas ao artigo 64 da Constituição de 1891 na propriedade das terras indígenas. Previa o art. 64:

Art. 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados²⁰.

Explica o autor que, a despeito da ocupação das terras pelas comunidades indígenas, a interpretação dada à época é de que se tratava de terras devolutas e, portanto, de propriedade da União ou, nos casos do parágrafo único, dos estados da federação. O autor mostra que foi justamente isto que ocorreu em 1900, no Estado de São Paulo, quando o Decreto nº 734 estabeleceu que todas as terras ocupadas por povos originários seriam devolutas, pertencendo, desse modo, ao Estado de São Paulo, consubstanciando-se verdadeiro “espólio abusivo do patrimônio indígena”²¹.

É apenas em 1910 que surge um programa governamental voltado às comunidades indígenas; o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN) a partir do Decreto 8.072, de 20 de julho de 1910, com inauguração no dia 07 de setembro de 1910. Em um primeiro momento, a instituição lidava igualmente com imigrantes camponeses; negros, que recém haviam conquistado a liberdade, e índios espalhados pelo território nacional. O objetivo do SPILTN era claramente de integrar o território nacional e de criar mão-de-obra reserva para uma república com uma alta produção agrícola e, por esta razão, o SPLITN estava ligado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC). Destaca-se, portanto, um trecho dos relatórios sobre os trabalhos do SPLITN que diz respeito às políticas voltadas aos índios, de clara tendência integracionista:

²⁰ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 24 de fevereiro de 1891 (revogada).

²¹ MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena**. op cit., p. 108.

Um dos meios mais eficazes será atrair esses infelizes para o trabalho, dando-lhes a esperança de se poderem construir em pequenos proprietários, fornecendo-lhes abrigo, ensinando-lhes o manejo das máquinas agrícolas, provendo-lhes de recursos para a primeira instalação e de escola primária e aprendizado agrícola para seus filhos e, ainda assim, não teremos inovações em nosso regime de fixação do trabalhador, porque são esses os favores que conferimos ao trabalhador estrangeiro²².

Já em 1918, o SPILTN foi dividido, sendo criado um órgão único e exclusivamente voltado às populações indígenas, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Para além do ideal integracionista, o SPI sofria reflexos dos ideais positivistas e laicos da República; portanto, houve um afastamento da influência da Igreja Católica sobre as comunidades originárias, evitando os processos de catequização. O projeto era claro: os índios seriam integrados à sociedade nacional e transformados na mão-de-obra necessária para a república que se desenvolvia, principalmente no setor agrícola. Essa era a visão do primeiro líder do SPI, o — à época — Coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, cujos trabalhos em Comissões de Linhas Telegráficas deram a ele uma visão integracionista. Para além disso, o contato de Rondon com os povos indígenas lhe conferiu um certo olhar humanista na questão indígena, o que fazia de Rondon um forte adepto da campanha contra o genocídio das populações originárias.

Rondon, inclusive, foi um grande partidário da criação da própria SPILINT. Para ele, a agência deveria ter as seguintes finalidades: a) estabelecer uma convivência pacífica com os índios; b) garantir a sobrevivência física dos povos indígenas; c) estimular os índios a adotarem gradualmente hábitos "civilizados"; d) influir "amistosamente" na vida indígena; e) fixar o índio à terra; f) contribuir para o povoamento do interior do Brasil; g) possibilitar o acesso e a produção de bens econômicos nas terras dos índios; h) empregar a força de trabalho indígena no aumento da produtividade agrícola; i) fortalecer as iniciativas cívicas e o sentimento indígena de pertencer à nação brasileira²³.

²² BRASIL. Relatório do MAIC, 1911 *apud* MARTINS, Fernanda Santa Roza Ayala. **O serviço de proteção ao índio e localização de trabalhadores nacionais e a política agrária na Primeira República: grupos agrários, projetos e disputas no Maranhão (1910-1918)**, 2012, p. 35.

²³ LIMA, Antonio Carlos de Souza. Sobre indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: considerações sobre a constituição do discurso e da prática da "proteção fraternal" no Brasil *in* OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil**, p. 149-204. Rio de Janeiro: Marco Zero, Ed. UFRJ, 1987. p. 174.

No ano de 1916, foi promulgado o Código Civil que tratava os índios de acordo com os preceitos do “poder tutelar”, acima referidos. Na visão do legislador, os índios eram cidadãos dignos de uma tutela por parte do Estado de acordo com seu grão de integração: quanto menos adaptados à sociedade brasileira, mais dignos de uma tutela eram os índios, tratados como relativamente incapazes pelo art. 6º do referido diploma legal:

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: I - os maiores de 16 (dezesesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156). II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. III - os pródigos. IV - Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação²⁴.

Há divergência doutrinária acerca das influências — se positivas ou negativas — desta política tutelar com relação aos índios:

Essa legislação tutelar, para alguns, como Santos Filho (2005, p. 37), dava mais oportunidades para os índios exercerem seus direitos, deixando eles de serem tratados como pessoas deficientes, reconhecendo-lhes a condição de pessoas merecedoras de tratamento especial. Acerca do instituto da tutela indígena, Alvarez (2001, p. 212), na mesma linha de raciocínio, entende que, embora tivesse o propósito da ‘transformação do índio em um não-índio, será a primeira vez em que as organizações indígenas começam a ser respeitadas, assim como as suas terras e o direito de cultuarem valores, tradições e hábitos próprios’. Para outros autores, porém, como Pagliarini (2000, p. 51), a tutela dos índios é vista como empecilho à livre expressão política dos povos indígenas, à administração de seus territórios, ao acesso aos serviços públicos ou mesmo ao mercado de trabalho.²⁵

De fato, o poder tutelar do Estado sobre as populações indígenas acarreta na restrição de diversos direitos e, claramente, numa tentativa de deterioração das culturas tradicionais para uma caminhada rumo à “civilização”. Inegável, nada obstante, que a previsão legal do Código Civil auxilia, de algum modo, o reconhecimento de direitos indigenistas em um período histórico no qual a Constituição vigente sequer os mencionava.

O mesmo não se pode dizer, contudo, da Constituição de 1934. A partir da edição desta, os índios — pela primeira vez — são constitucionalmente reconhecidos em sua

²⁴ BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (revogado).

²⁵ MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena**. op cit., p. 112.

existência e como possuidores de direito no Brasil. Frisa-se que as preocupações das primeiras constituições da república se destinavam muito mais à garantia da posse dos territórios dos índios do que à proteção de seus direitos culturais e tradicionais. Em momento algum, há um movimento de preservação destes, sendo mantido o paradigma da integração; que só é superado — como se verá adiante — com a atual Constituição. Portanto, expor-se-á abaixo a relações constitucionais com os territórios indígenas por dois motivos: essas eram as únicas previsões acerca dos índios nelas contidas e, ademais, a análise das previsões demonstram as ideologias vigentes àquele tempo. Passa-se, portanto, à análise da Constituição de 1934, que em seu artigo 129, previa:

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las²⁶.

Percebe-se que este artigo, justamente, evita o fenômeno ocorrido quando da promulgação da Constituição de 1891: as terras ocupadas pelas populações indígenas são de posse destas e não fazem parte do conjunto territorial devoluto, artifício utilizado para usurpar grandes porções territoriais indígenas. Esta posição, a mais disso, viria a ser confirmada, dois anos depois, com o Decreto 736 de 06.04.36, cujo artigo 3º era expresso em proibir a remoção de grupos indígenas de suas terras. A Constituição de 1937 seguiu a mesma linha a partir de seu art. 154, que teve poucas alterações com relação ao seu correlato na Constituição de 34:

Art. 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

O mesmo rumo tomou a Constituição de 1946, cujo artigo 216 diz que “será respeitada aos silvícolas a posse de terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”²⁷. Esse o comentário de Pontes de Miranda acerca do artigo acima referido:

O texto respeita a ‘posse’ do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente. O juiz que tiver que conhecimento

²⁶ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 16 de julho de 1934 (revogada).

²⁷ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 10 de novembro de 1937 (revogada).

de alguma questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam provados pelos silvícolas, ou constem dos autos, ainda que algumas das partes ou terceiro exiba título de domínio.²⁸

Com a promulgação da Constituição de 1967, durante o período da ditadura civil-militar vivenciado pelo Brasil, há — formalmente — um avanço; afinal, o artigo 186 (“é assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”²⁹) garante, para além da posse das terras, o usufruto dos recursos naturais nela contidos. Este artigo, nada obstante, tem vida curta, sendo substituído por um similar pela Emenda Constitucional I, de 1969, que assim tratava a questão:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.³⁰

Este artigo perdurou até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Muito embora eles sejam garantidores de direitos dos índios, é preciso dizer que não necessariamente havia um respeito dessas previsões, havendo diversas usurpações de territórios indígenas levados a cabo em nome do desenvolvimento nacional e de um ideal de integração, como pode ser observado no relato da Comissão Nacional da Verdade sobre as Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas no período anterior da Ditadura civil-militar:

São os planos governamentais que sistematicamente desencadeiam esbulho das terras indígenas. Na década de 1940, Getúlio Vargas inicia uma política federal de exploração e ocupação do Centro-Oeste por colonos – a chamada ‘Marcha para o Oeste’ – contatando populações indígenas

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**: artigos 157-218. São Paulo: Maxis Limonad, 1953, p., 335.

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Outorgada em 24 de janeiro de 1967 (revogada).

³⁰ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Outorgada em 17 de outubro de 1969.

isoladas e favorecendo a invasão e titulação de terras indígenas a terceiros. Essa política de ‘colonização dirigida’ já vinha sendo adotada por vários governos estaduais e se encontra desse modo reforçada. Entre 1930 e 1960, o governo do estado do Paraná titula terras indígenas para empresas de colonização e particulares no oeste do estado. O governo de Moysés Lupion, em particular, notabiliza-se por práticas de espoliação de terras indígenas. Os interesses econômicos de proprietários se faziam representar nas instâncias de poder local para pressionar o avanço da fronteira agrícola sobre áreas indígenas. Em 1958, deputados da Assembleia Legislativa de Mato Grosso aprovaram o Projeto de Lei nº 1.077 que tornava devolutas as terras dos índios Kadiweu. Em 1961, o Supremo Tribunal Federal decide pela inconstitucionalidade da lei,⁵ mas, a essa altura, estava estabelecida a invasão, uma vez que as terras já tinham sido loteadas (Ribeiro, 1962, pp. 108-112).⁶ Além das invasões propriamente ditas, eram comuns arrendamentos de terras que não obedeciam às condições do contrato – quando este havia – ocupando enormes extensões de terras indígenas; constituindo, em alguns casos, situação de acomodação das irregularidades (invasões praticadas e posteriormente legalizadas pelo SPI por meio de contratos de arrendamento) (...) Essas violações dos direitos territoriais indígenas que, note-se, estavam garantidos aos índios na Constituição de 1934 (art. 129) e em todas as Constituições subsequentes, estão na origem das graves violações de direitos humanos – como a tentativa de extinção dos Xetá no Paraná, o genocídio dos Avá- Canoeiro no Araguaia e os sucessivos massacres dos Cinta Larga no Mato Grosso, relatados neste texto.³¹

Prosegue o relatório acerca destas violações dos direitos possessórios dos índios durante a Ditadura militar:

O ano de 1968, na esteira do endurecimento da ditadura militar com o AI-5, marca o início de uma política indigenista mais agressiva – inclusive com a criação de presídios para indígenas. O Plano de Integração Nacional (PIN), editado em 1970, preconiza o estímulo à ocupação da Amazônia. A Amazônia é representada como um vazio populacional, ignorando assim a existência de povos indígenas na região. A ideia de integração se apoia em abertura de estradas, particularmente a Transamazônica e a BR 163, de Cuiabá a Santarém, além das BR 174, 210 e 374. A meta era assentar umas 100 mil famílias ao longo das estradas, em mais de 2 milhões de quilômetros quadrados de terras expropriadas. Na época, o ministro do Interior era o militar e político José Costa Cavalcanti, um dos signatários do AI-5, que ficaria no cargo de 1969 até 1974, apoiado por Costa e Silva (a quem ajudara a ascender a presidente) e por Médici. Costa Cavalcanti ele próprio declara que a Transamazônica cortaria terras de 29 etnias indígenas, sendo 11 grupos isolados e nove de contato intermitente – acarretando em remoções forçadas. Para a consecução de tal programa, a Funai, então dirigida pelo general Bandeira de Mello, firmou um convênio

³¹ BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*: textos temáticos, v. 2. Brasília: CNV, 2014, p. 207-206.

com a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) para a ‘pacificação de 30 grupos indígenas arredios’ e se tornou a executora de uma política de contato, atração e remoção de índios de seus territórios em benefício das estradas e da colonização pretendida³².

É neste contexto que entrou em vigor, em 1973, o Estatuto do Índio, a primeira legislação que se dedica única e exclusivamente aos direitos dos índios. É, sem dúvida, um marco para a luta dos povos originários por reconhecimento de sua cultura e de sua etnicidade. Ainda hoje, este diploma legal é a principal lei indigenista em vigor, claramente trazendo inúmeros avanços para a tutela dos povos originários, principalmente se considerarmos o momento histórico em que ele foi promulgado. Tinha os seguintes objetivos:

a) Assegurar assistência aos índios e às populações indígenas ainda não-integradas ou em processo de integração à comunhão nacional; b) estender a todos os indígenas os benefícios da legislação brasileira; c) respeitar as peculiaridades inerentes à sua condição, proporcionando-lhes, simultaneamente, meio para o seu desenvolvimento; d) garanti-lhes a permanência voluntária no seu *habitat*, fornecendo-lhes recursos para ali se desenvolverem; e) assegurar-lhes, na medida do possível, a livre escolha dos seus meios de vida e subsistência; f) respeitar, no processo de integração e assimilação à comunidade nacional, os valores tradicionais, usos e costumes; g) executar, com o assentimento e colaboração das populações indígenas, os projetos que objetivem beneficiá-las; h) utilizar seu espírito de iniciativa e qualidades pessoais, bem como sua cooperação, para melhoria de suas condições de vida; i) assegurar-lhes uso e gozo dos bens que lhes são atribuídos pela Constituição; j) regular o exercício de seus direitos civis; e, assegurar a posse e uso da terra por eles ocupadas.³³

Atualmente, o Estatuto é alvo de crítica por parte dos movimentos sociais indigenistas, de antropólogos e de juristas, mormente por uma série de conceitos já superados; inegável, todavia, sua máxima importância na contenção de uma série de violações dos direitos dos índios, bem como sua relevância histórica. Sabe-se que estas violações não cessaram até hoje, mas significativas alterações e reconhecimentos dos direitos indígenas havidas ao longo dos anos, garantiram que elas diminuíssem, além de darem ferramentas aos povos originários de se defenderem de agressões de particulares ou do próprio Estado.

³² *Idem*, p. 209.

³³ FALCÃO, Ismael Marinho. **O Estatuto do Índio comentado**. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1985, p., 14.

Até aqui, o que se demonstrou foi a prevalência dos paradigmas integracionista (viés colonialista) e tutelar que detinha a legislação nacional. Ainda que o dispositivo legal, objeto do presente estudo, tenha surgido no contexto desses paradigmas, acredita-se que o suporte principiológico e jurídico necessário para a sua perfeita aplicação só se dá a partir da atual ordem constitucional. Assim, a parte final deste capítulo se dedica a investigar de que modo a Constituição de 1988 alterou diversos entendimentos e relações do Estado frente aos povos originários. A partir destas modificações, há um novo arcabouço jurídico capaz de sustentar uma autonomia penal indígena.

1.3. OS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO

A primeira constatação necessária em relação à Constituição de 1988 e dos direitos indígenas é que esta é a primeira que, para além de tratar única e exclusivamente de direitos territoriais, reconheceu a existência da diferença, isto é: admite a existência de uma pluriethnicidade e do contexto pluricultural brasileiro, em que não há apenas uma sociedade nacional, mas diversos grupos sociais que coabitam o mesmo território. Tal inferência é feita, principalmente, com base no artigo 231, *caput*, da Constituição Federal:

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 bens³⁴.

Com isso, finalmente, se há o reconhecimento da organização social dos indígenas, com todas as suas crenças, costumes, línguas e tradições. A importância dessa virada de concepção para o presente trabalho é enorme: apenas agora a Constituição garante uma diferente ordem jurídica aos povos originários e, por via própria de consequência, uma interpretação constitucionalmente, conforme artigo 57 do Estatuto do Índio.

Perceba-se que, com as guerras justas, a política brasileira em relação aos povos originários era a do extermínio. Paulatinamente, esta política é substituída pela ideia de

³⁴ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05.09.1988.

integração e, finalmente, tenta³⁵ a Constituição promover uma política de reconhecimento e expansão de direitos e garantias dos índios. Neste sentido:

[d]esde então as relações dos índios, suas comunidades e organizações com a comunidade nacional passaram a se dar no plano da horizontalidade, e não mais no plano da verticalidade, isto é, a nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade.³⁶

Tamanha a importância da Constituição brasileira para o desenvolvimento de um direito indigenista, que serviu de inspiração para diversas outras constituições latino-americanas que vieram posteriormente (Colômbia, 1991; México e Paraguai, 1992; e Bolívia, 1994)³⁷. No entanto, não há como deixar de se fazer, uma vez mais, a crítica de que

³⁵ Nos parece inegável que as políticas públicas brasileiras falham, ainda hoje, na tutela dos povos indígenas. Seja nos contínuos extermínios de populações inteiras e de suas lideranças em conflitos fundiários, seja pelo completo abandono do poder público a estas populações, relegando a elas péssimas condições de vida. Veja-se a seguinte jurisprudência que muito bem demonstra problema: “CONSTITUCIONAL. TURBAÇÃO DE TERRA INDÍGENA POR MADEIREIROS, GRILEIROS E GARIMPEIROS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA RETIRADA DOS INVASORES DAS ÁREAS INDÍGENAS ZORÓ E SURUI. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-SANITÁRIA EM RAZÃO DA PRESENÇA DE SITUAÇÃO DE SAÚDE CALAMITOSA: ATROFIA NUTRICIONAL, TURBECULOSE, NANISMO. 1. Dispõe o artigo o artigo 231, caput, da Constituição Federal que compete à União proteger as terras indígenas e fazer respeitar todos os seus bens. 2. É omissa a União em não repassar recursos para os órgãos criados para a proteção do meio ambiente, das comunidades indígenas e sua saúde (IBAMA, FUNAI, FUNASA), de forma a permitir que indivíduos de nações indígenas Zoró e Suruí estejam sendo vítimas de contaminações e doenças graves, causadoras de morte e de exploração ilegal de suas áreas localizadas em Cacoal e Espigão D'Oeste (RO) por madeireiros, garimpeiros e posseiros. 3. Conforme estudos da Fundação Oswaldo Cruz, foram detectados anticorpos anti-rotavírus produzidos entre os grupos Suruí e Karitiana, soropositividade elevada, atrofia nutricional, nanismo entre crianças, além de casos de tuberculose seguida de morte. 4. Agrava a situação caótica da saúde das referidas comunidades a invasão das reservas e a exploração ilegal nas áreas do Espigão D'Oeste, Cacoal e município de Aripuanã, compreendendo as comunidades Cintra-larga, Suruí e Zoró. 5. A ausência de fiscalização permite a derrubada indiscriminada de madeira. A retirada dos invasores e a vigilância das áreas indígenas Zoró e Suruí são necessárias para se evitar as contaminações e moléstias graves a que se acham cometidas os indivíduos dessas comunidades e também para que não haja devastação dos meios de subsistência consistentes na fauna e flora nativas. 6. A destruição do meio ambiente das populações indígenas conduz a escassez de alimentos (pesca, caça, vegetais) e o conseqüente estado de desnutrição mórbido de adultos e crianças que passam a depender, para sobreviver, de cestas básicas fornecidas pelo governo federal. 7. É omissa o IBAMA no seu dever de evitar a destruição das áreas de preservação permanente, merecendo reparos a r. sentença. 8. Dispõe o artigo 1º do Decreto 3.156.90 que "a atenção à saúde indígena é dever da União e será prestada de acordo com a Constituição e com a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, objetivando a universalidade, a integralidade dos serviços de saúde". Compete à FUNASA adotar as providências para a recuperação da saúde do ÍNDIO, devendo a FUNAI comunicar a existência de grupos que necessitam de atendimento específico (art. 3º, § único). 9. O Poder Judiciário não elabora nem promove políticas públicas, contudo tem o dever, em caso concreto, de determinar que os órgãos públicos realizem seus fins institucionais, em especial quando está em juízo o direito à vida. 10. Apelação do MPF parcialmente provida”. (TRF1, Apelação Cível 1998.01.00.053400-2, Rel. Des. João Batista Moreira, Quinta Turma, j. 12.03.2007).

³⁶ BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 104.

³⁷ SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**, op. cit., p. 45.

— em que pese os inegáveis avanços legais — as populações indígenas ainda sofrem com violências e violações de direitos humanos extremamente graves. Esse aparente paradoxo se dá porque as sociedades ocidentais e capitalistas tendem a ter um discurso formal e estatal em que os princípios de igualdade, respeito à diferença e uma integração plural são garantidos. Sem embargo, a concretização destas sociedades vai justamente em sentido oposto, pois a realidade social que se apresenta é a da exclusão e da violência com determinados grupos sociais, sem que haja grandes possibilidades de diálogo.

1.3.1. A superação do ideal integracionista

Como visto, a Constituição Federal superou o ideal integracionista e adotou uma visão de interação. Assim, dentro de um contexto jurídico não há mais, que se falar em processos de integração das comunidades indígenas, mas no respeito às suas organizações sociais. Assim:

A marca da nova Carta Constitucional, configurando o Brasil como verdadeiro ‘Estado pluriétnico’, é a superação da ótica ‘assimilacionista’, ‘integracionista’ ou ‘incorporativa’, vigente na concepção jurídico-legal anterior, passando as sociedades indígenas, a partir da edição desse novo diploma normativo, a ser reconhecidas como realidades culturais diferenciadas, capazes de reproduzir estilos próprios de organização e desenvolvimento, nas quais a própria diversidade cultural desses povos passa a ser encarada como um fator de enriquecimento cultural da nacionalidade brasileira.³⁸

Este parece ser a interpretação no Supremo Tribunal Federal. Veja-se, por exemplo, o entendimento da Ministra Carmem Lúcia:

A mudança de enfoque atribuído à questão indígena a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, que marcou a evolução de uma perspectiva integracionista para a de preservação cultural do grupamento étnico, não é fundamentação idônea para amparar a revisão administrativa dos limites da terra indígena já demarcada, em especial quando exaurido o prazo decadencial para revisão de seus atos" (STF, RMS 29.542, Relatora MinistraCármem Lúcia, Segunda Turma, j. 30.9.2014)

No entanto, quando as cortes pátrias tratam do tratamento jurídico-penal dado ao indígena, que será melhor abordado no próximo capítulo, principalmente no que tange à

³⁸ MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena**, op. cit., p. 118.

imputabilidade penal, nos parece que a política integracionista ainda está fortemente arraigada à cultura jurídica nacional. Paradigmática neste sentido, a seguinte decisão:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três co-réus, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador. II. Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização. III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico. IV. Precedentes do STJ e do STF. V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional. VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido *in casu*. Precedentes. VII. Ordem denegada. (STJ, HC 30113, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 05.10.2004)

Como se lê da ementa, a decisão negou a garantia prevista pelo artigo 56³⁹ do Estatuto do Índio, em que há previsão de atenuação de pena, bem como da preferência pelo cumprimento da pena em regime de semiliberdade para os índios. A leitura do artigo, todavia, não faz referência ao grau de integração do indígena à sociedade, mas única e exclusivamente ao seu *status* de índio. Assim, tendo sido superado o paradigma integracionista, não há que se definir a aplicação ou não do artigo pelo nível de integração do agente à cultura brasileira; isso em respeito ao princípio da legalidade estrita e aos

³⁹ “Artigo 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. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.” BRASIL. Lei 6.001. Estatuto do índio. Promulgada em 19 de dezembro de 1973.

parâmetros adotados pela Constituição Federal. Importa saber, portanto, quem o direito brasileiro entende como sendo índio.

1.3.2. Quem é o índio para o Direito brasileiro? Critérios de definição.

Para compreender a aplicabilidade da legislação indígena atual (e, por consequência, do art. 57 do Estatuto do Índio, foco deste estudo), impossível que não se estabeleça a definição de índio no direito brasileiro; sendo este, talvez, um dos principais conceitos a serem debatidos pelo direito indigenista, bem como um dos de mais difíceis conclusão. Isso porque a própria relação da sociedade brasileira com os povos originários é de desconhecimento:

O Brasil, que vai completar quinhentos anos no ano 2000 desconhece e ignora a imensa sociodiversidade nativa contemporânea dos povos indígenas. Não se sabe ao certo sequer quantos povos nem quantas línguas nativas existem. O (reconhecimento ainda que parcial dessa diversidade não ultrapassa os restritos círculos acadêmicos especializados. Hoje, um estudante ou um professor que quiser saber algo mais sobre os índios brasileiros contemporâneos, aqueles que sobraram depois dos tapuias, tupiniquins e tupinambás, terá muitas dificuldades.⁴⁰

Ainda, a definição de índio, ao longo da história jurídica pátria — como se viu acima — foi utilizada justamente para impedir o acesso aos seus direitos (que eram positivados, mas não concretizados). Durante o período da Ditadura Militar, a discussão para saber quem era índio, quais terras poderiam ser consideradas como tradicionalmente indígenas, dentre outras importantes definições, fez parte de um amplo debate que, ao fim e ao cabo, configurou-se como uma disputa política pelas terras na Amazônia, conforme relato de Eduardo Viveiros de Castro:

A questão que me foi colocada não pára de reaparecer desde que comecei a estudar antropologia, já logo vão 30 anos. Naquela distante época, estávamos sendo acuados pela geopolítica modernizadora da ditadura — era o final dos anos de 1970 —, que nos queria enfiar goela abaixo o seu famoso projeto de emancipação. Esse projeto, associado como estava ao processo

⁴⁰ RICARDO, Carlos Alberto. Os “índios” e a sociodiversidade nativa contemporânea no Brasil *in* SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, LuisDnoizete Benzi (orgs.). **A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus**, p. 29-56. Brasília: MEC/MARI/UNESCO, 1995, p. 29.

de ocupação induzida (invasão seria talvez uma expressão mais correta) da Amazônia, consistia na criação de um instrumento jurídico para discriminar quem era índio de quem não era índio. O propósito era emancipar, isto é, retirar da responsabilidade tutelar do Estado os índios que se teriam tornado não-índios, os índios que não eram mais índios, isto é, aqueles indivíduos indígenas que ‘já’ não apresentassem ‘mais’ os estigmas de indianidade estimados necessários para o reconhecimento de seu regime especial de cidadania (o respeito a esse regime, bem entendido, era e é outra coisa). (...) Note-se que, naquela época, a questão de saber quem era índio não se cristalizava em torno daquilo que se veio a chamar etnias emergentes, fenômeno bastante posterior: foram tais novas etnicidades, ao contrário, que surgiram da questão, respondendo a ela com uma resposta deslocada, isto é, inesperada. O problema da época, muito ao contrário de qualquer ‘emergência’, era a submergência das etnias, era o problema das etnias submergentes, daqueles coletivos que estavam seguindo, por força das circunstâncias (isto é um eufemismo), uma trajetória histórica de afastamento de suas referências indígenas, e de quem, com esse pretexto, o governo queria se livrar: ‘Esse pessoal não é mais índio, nós lavamos as mãos. Não temos nada a ver com isso. Liberem-se as terras deles para o mercado; deixe-se eles negociarem sua força de trabalho no mercado’. Nosso objetivo político e teórico, como antropólogos, era estabelecer definitivamente – não o conseguimos; mas acho que um dia vamos chegar lá – que índio não é uma questão de cocar de pena, urucum e arco e flecha, algo de aparente e evidente nesse sentido estereotipificante, mas sim uma questão de ‘estado de espírito’. Um modo de ser e não um modo de aparecer. Na verdade, algo mais (ou menos) que um modo de ser: a indianidade designava para nós um certo modo de devir, algo essencialmente invisível, mas nem por isso menos eficaz: um movimento infinitesimal incessante de diferenciação, não um estado massivo de ‘diferença’ anteriorizada e estabilizada, isto é, uma identidade. (Um dia seria bom os antropólogos pararem de chamar identidade de diferença e vice-versa.) A nossa luta, portanto, era conceitual: nosso problema era fazer com que o ‘ainda’ do juízo de senso comum ‘esse pessoal ainda é índio’ (ou ‘não é mais’) não significasse um estado transitório ou uma etapa a ser vencida. A idéia é a de que os índios ‘ainda’ não tinham sido vencidos, nem jamais o seriam. Eles jamais acabar(i)am de ser índios, ‘ainda que’... Ou justamente porquê. Em suma, a idéia era que ‘índio’ não podia ser visto como uma etapa na marcha ascensional até o invejável estado de ‘branco’ ou ‘civilizado’.⁴¹

Diante deste problema — além de jurídico, político — podemos utilizar diversos critérios para chegar a um conceito, ainda que este nunca seja definitivo. Veja-se alguns dos possíveis parâmetros que podem ser adotados.

⁴¹ CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é in RICARDO, Beto; RICARDO, Fancy. **Povos Indígenas no Brasil: 2001-2005**, p. 41-49. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 41-42.

1.3.2.1. Critério racial.

A diferenciação racial foi uma das primeiras maneiras encontradas para designar índios de não-índios, principalmente quando diversos problemas de ordem prática passaram a preocupar os colonizadores. Parte do pressuposto de que índios são possuidores de uma série de características físicas distintas das dos europeus que podem ser catalogadas em um grupo para identificação. Traçar caracteres físicos específicos para os índios, contudo, esbarra em dois problemas: o primeiro é que este critério ignora a pluriétnicidade dos povos originários, tratando-os como um todo homogêneo. O segundo problema é que, desde os primeiros anos dos colonizadores na América, já houve uma enorme miscigenação entre os povos originários, os colonizadores e os africanos traficados para o Brasil. Ainda, pode-se problematizar que se trata de um padrão baseado na ideia de raça, não de etnia (de acordo com a diferenciação feita por Quijano e acima exposta), o que evidencia uma visão colonizadora frente à questão; busca-se, em realidade, de diferenciar os europeus do restante.

1.3.2.2. Critério cultural.

O critério cultural buscou solucionar problemas encontrados pela diferenciação por raça, tentando estabelecer uma série de elementos sociais que estabelecessem padrões culturais típicos dos ameríndios. Haveria, portanto, uma diferenciação entre a cultura pré-colonização e pós-colonização. Este método, sem embargo, via de regra, está associado a uma ideia de culturalização; ou seja, de que os índios estariam em uma caminhada rumo à socialização. Não se trata, entretanto, de negar de plano o parâmetro cultural, mas perceber seus limites e os modos com que este pode ser aplicado.

1.3.2.3. Critério da auto-identificação étnica.

Este critério surge como uma contraposição às outras definições, tidas como colonizadoras. Parte da ideia de uma consciência individual da condição étnica; é dizer: a identificação de alguém como índio seria, nada mais, do que um exercício individual de auto-reconhecimento. Essa definição surge, pela primeira vez, no ano de 1949, no II Congresso Indigenista Interamericano nas seguintes palavras:

El índio es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tienen la misma conciencia social de su condición humana, asimismo considerada por propios y extraños. Lo indio es la expresión conciencia social vinculada con los sistemas de trabajo y economía, con el idioma propio y con la tradición nacional respectiva de los pueblos o naciones aborígenes.⁴²

Tal acepção foi, posteriormente, recepcionada pela obra de Darcy Ribeiro, onde se pode encontrar uma designação da população indígena como sendo:

[a]quela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato.

Desde um ponto de vista de respeito ao indivíduo, o critério da auto-determinação é importante, pois relega um papel de destaque ao ameríndio. Esse protagonismo auxilia em uma diminuição de imposições colonialistas nas políticas indigenistas. Todavia, a possibilidade de caracterização gera um problema jurídico, qual seja a banalização do *status* de cidadão indígena e uma reflexa relativização dos direitos indígenas. Ainda, antropologicamente falando, se faz a crítica — principalmente nas escolas mais recentes — de que o “ser-índio” está extremamente relacionado com o pertencimento a uma comunidade indígena.

1.3.2.4. Critério do reconhecimento pela comunidade.

Finalmente, o último critério aqui referido (há, seguramente, outros não elencados) é o do reconhecimento por parte de uma comunidade indígena⁴³. Perceba-se que, portanto, que este *standard* opta por categorizar o indivíduo como sendo índio a partir de uma ideia de pertencimento de um coletivo. Viveiros de Castro assim define:

⁴² INSTITUTO PANAMERICANO DE GEOGRAFIA Y HISTORIA. *El II Congreso Indigenista Interamericano* in **B.B.A.A. Boletín Bibliográfico De Antropología Americana**, vol. 12, nº 1, p. 16-23. Ciudad de Mexico: Instituto Panamericano de Geografía e Historia, p. 20.

⁴³ Optamos, aqui, pela seguinte compreensão de comunidade indígena: “aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas” CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos dos Índios: Ensaio e Documentos**. São Paulo, Brasiliense, 1987, p. 26.

‘Índio’ é qualquer membro de uma comunidade indígena, reconhecido por ela como tal. ‘Comunidade indígena’ é toda comunidade fundada em relações de parentesco ou vizinhança entre seus membros, que mantém laços histórico-culturais com as organizações sociais indígenas pré-colombianas. 1. As relações de parentesco ou vizinhança constitutivas da comunidade incluem as relações de afinidade, de filiação adotiva, de parentesco ritual ou religioso, e, mais geralmente, definem-se nos termos da concepção dos vínculos interpessoais fundamentais própria da comunidade em questão. 2. Os laços histórico-culturais com as organizações sociais pré-colombianas compreendem dimensões históricas, culturais e sociopolíticas, a saber: a) A continuidade da presente implantação territorial da comunidade em relação à situação existente no período pré-colombiano. Tal continuidade inclui, em particular, a derivação da situação presente a partir de determinações ou contingências impostas pelos poderes coloniais ou nacionais no passado, tais como migrações forçadas, descimentos, reduções, aldeamentos e demais medidas de assimilação e oclusão étnicas; b) A orientação positiva e ativa do grupo face a discursos e práticas comunitários derivados do fundo cultural ameríndio, e concebidos como patrimônio relevante do grupo. Em vista dos processos de destruição, redução e oclusão cultural associados à situação evocada no item anterior, tais discursos e práticas não são necessariamente aqueles específicos da área cultural (no sentido histórico-etnológico) onde se acha hoje a comunidade; c) A decisão, seja ela manifesta ou simplesmente presumida, da comunidade de se constituir como entidade socialmente diferenciada dentro da comunhão nacional, com autonomia para estatuir e deliberar sobre sua composição (modos de recrutamento e critérios de inclusão de seus membros) e negócios internos (governança comunitária, formas de ocupação do território, regime de intercâmbio com a sociedade envolvente), bem como de definir suas modalidades próprias de reprodução simbólica e material.⁴⁴

Note-se, deste modo, que a utilização do reconhecimento da comunidade como sendo definidor para a condição de ameríndio respeita a existência de um caráter tribal e socialmente diferente dos povos originários, bem como de um complexo sistema cultural diferenciado em que um indivíduo está inserido. Dentro do Direito Internacional, esta definição é, igualmente, difundida. Um dos mais importantes documentos da ONU sobre o tema assim caracteriza os ameríndios:

Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present nondominant sectors of society and are determined to

⁴⁴ CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é in RICARDO, Beto; RICARDO, Fancy. **Povos Indígenas no Brasil: 2001-2005**, p. 41-49. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 43-44.

*preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems*⁴⁵.

Essa maneira de definir o índio, enxerga a pluriétnicidade e leva a questão para um ponto mais próximo do que esta pesquisa pretende: enxergar a existência de outras ordens jurídicas dentro do território nacional que coexistem com o direito estatal. O reconhecimento de indivíduos pertencentes a esses diferentes sistemas jurídicos depende, por via própria de consequência, do reconhecimento destes.

1.3.2.5. Do critério que se adota no Brasil.

Por fim, insta que se trace de que modo a legislação brasileira lida com a questão. Adianta-se que não se trata de ponto de simples resolução, sendo necessária a utilização de uma comparação entre as legislações vigentes, bem como de uma leitura histórica destas.

O primeiro dispositivo que deve ser levado em consideração é o art. 3º da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio):

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 nacional⁴⁶.

O mesmo artigo cuida, ademais, de definir — em seu segundo inciso — o que são comunidades indígenas:

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.

Depreende-se, da leitura do artigo, que a definição de índio é dada pelo critério da auto-determinação étnica e que o conceito de comunidade parte de uma ideia de um

⁴⁵ COBO, José Martínez. *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*. UN Doc E/CN.4/ Sub.2/1986/7, par. 379-382.

⁴⁶ BRASIL. Lei 6.001. **Estatuto do índio**. Promulgada em 19 de dezembro de 1973.

conjunto de indivíduos; ou seja: a determinação se dá pelo índio, não pelo povo originário.

Sem embargo, com o advento da Constituição Federal de 1988, é dispensado, às comunidades indígenas, um novo *status* jurídico; se antes estas não passavam de um conjunto de cidadãos índios, a partir da nova ordem constitucional, elas se transformam em verdadeiros sujeitos de direito, inclusive com direito de ingresso em juízo:

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.

Sobre a nova posição no sistema jurídico brasileiro das comunidades indígenas:

As comunidades indígenas são, então, reconhecidas pela Constituição Federal, pois a elas o art. 232 outorgou o direito processual de ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses. O reconhecimento das comunidades como sujeitos de direito deveria ser acompanhado necessariamente de uma regulamentação legal definido como será a sua relação com o Estado, qual será sua unidade fundamental, quais os requisitos necessários para a constituição jurídica formal (se for necessários para a constituição jurídica formal (se for necessário em certos casos)).⁴⁷

Agregando-se a esta importância conferida às comunidades indígenas, encontra-se a já referida Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil pelo Decreto-Lei 5.051, que traz — em seu artigo 1º — uma importante definição que delimita a aplicação da Convenção:

Artigo 1º. 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

⁴⁷ VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e Povos Indígenas**, op. cit., p. 33.

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 internacional⁴⁸.

Antes de mais nada, ressalta-se que há diversos pontos comuns entre a previsão legal do Estatuto do Índio e a do Convenção 169 da OIT, veja-se o grande valor dado à pluriethnicidade e a valores culturais a serem conservados. Isso se dá não pela catalogação de diversos atributos tradicionais, mas com “a consciência de sua identidade indígena ou tribal”.

Como maior ponto de oposição, é a de que a Convenção exige o reconhecimento de uma comunidade indígena para que o indivíduo seja considerado como partícipe dela. Já o Estatuto do Índio, silencia sobre o reconhecimento e dá grande importância à auto-identificação.

Convém, portanto, analisar como a Convenção trata da auto-identificação para compreender a dimensão desta diferença. Com a norma acima referida, em realidade, a Convenção não permite que alguém seja considerado índio contra a sua vontade, sendo a auto-identificação critério obrigatório para o reconhecimento do indígena. Ocorre que, complementarmente à auto-identificação, há a necessidade do reconhecimento de um povo originário.

Ora, o Estatuto do Índio não faz qualquer restrição ao reconhecimento pela comunidade como sendo necessário para a caracterização do cidadão índio. Deste modo, conclui-se que não há qualquer ponto de diferença, mas que tanto a Constituição Federal, quanto a Convenção 169 da OIT ampliaram os requisitos para a determinação de quem é índio ou não, requisitos esses totalmente ligados com a auto-determinação dos povos indígenas.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais de 07 de junho de 1989.

2. ELEMENTOS DA AUTONOMIA PENAL INDÍGENA

Como referido na parte introdutória do presente trabalho, a análise jurídico-penal dos povos indígenas pode ser trabalhada por dois vieses distintos: a primeira, de que trata esse trabalho, é acerca da possibilidade de uma concessão de autonomia penal própria às comunidades indígenas. O outro viés diz respeito com a imputabilidade dos indivíduos indígenas que são penalmente processados.

Ainda que se trate de matérias distintas, é possível estabelecer certo paralelo entre elas, principalmente no que diz respeito a um necessário reconhecimento das diferenças culturais existentes entre índios e não-índios. Sobre o tema, há intensa discussão dogmática acerca de qual instituto do direito penal estatal melhor enquadra a imputabilidade (ou não) do índio:

Marcelo Beckhausen, em estudo sobre o reconhecimento da cultura indígena pela Constituição Federal de 1988, sustenta que a Lei Maior conferiu um novo *status* aos indígenas, devendo ser aceita a sua cultura em sua diversidade e, portanto, consequentemente, com reflexos no campo jurídico. João Mestieri entende que categorizar o indígena como detentor do desenvolvimento incompleto, consoante pretendeu o legislador de 1940 (e assim manifestado na Exposição de Motivos, conforme acima referido), sob os auspícios de Nelson Hungria, é incorrer em equiparação ‘absurda e constitui uma verdadeira indignidade’. Posicionamento diverso é adotado por Bruno Heringer Júnior, para quem os silvícolas não devem ser tratados ou considerados como inimputáveis, e sim como passíveis de tratamento no âmbito do erro de proibição, considerando-os, conforme o caso, incurso em situação de ausência de compreensão da ilicitude, que pode ser vencível ou invencível, como todos os seus conseqüentários. Não acompanhamos semelhante entendimento, visto que, no âmbito da culpabilidade, a capacidade penal constitui antecedente lógico em relação ao erro de proibição. Assim sendo, só poderá incorrer em erro de proibição o penalmente imputável. Ora, se o agente sequer tem condições de entendimento do caráter ilícito do fato, desde logo é de afastar-se a culpabilidade, a censurabilidade do fato, não sendo adequada a aferição da consciência do ilícito quando o agente não tinha capacidade para tanto. Nesses termos, para nós, o entendimento de Bruno Heringer Júnior enfrenta dificuldades, porquanto o erro de proibição deve ser considerado no caso concreto, mas tendo como pressuposto a capacidade de culpabilidade do agente, a qual lhe é anterior. Se o índio não aculturado, de antemão, não pudesse ser detentor da possibilidade de entender a ilicitude por não estar plenamente desenvolvido no plano sociocognitivo, o caso é mesmo de incapacidade, e não de mero erro. A nosso ver, a questão foi devidamente trata pelo Supremo Tribunal Federal, que chancelou o entendimento segundo o qual o indígena é penalmente imputável, sendo ‘dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirmar sua imputabilidade plena com

fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercido na quadrilha, entre outros elementos de convicção' (HC 85.193-3, 1ª Turma, rel. Min. Eros Grau, D. J. 09.12.2005)'. Em outro julgado, a Suprema Corte tratar-se o indígena de imputável, sujeitando-se o "índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade (...)' (HC 79.530-7, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, D. J. 25.02.2000). Ainda, nesta decisão, salientou o voto condutor, da lavra do eminente relator, que se o índio fosse considerado inimputável não teria nenhum sentido a norma do art. 56 da Lei nº 6.001/73, que estabelece atenuação da pena ao indígena condenado criminalmente. De notar-se, ainda, que a Corte Suprema considera, em princípio, imputável o indígena, sobretudo o aculturado, devendo a imputabilidade ser verificada no caso concreto"⁴⁹.

Percebe-se, portanto, que a questão da imputabilidade do agente indígena está diretamente relacionada com o modo com que o o sujeito se relaciona com o sistema jurídico pátrio; havendo, de certo modo, uma relação entre o grau de interação do agente indígena que está sofrendo a persecução penal e o sistema penal pátrio⁵⁰. Passada essa breve (e necessária) digressão acerca da imputabilidade indígena, passa-se a estudar a autônoma penal das comunidades indígenas propriamente dita.

2.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A ideia de uma autonomia penal própria das comunidades indígenas pode ser pensada apenas a partir do desenvolvimento de uma série de pressupostos teóricos, mormente na cultura jurídica latino-americana, em que a pluralidade jurídica passa a ser problema relevante e a ideia de direito como monopólio do Estado passa a ser questionada. Isso dá, em certa medida, pela realidade latino-americana, em que diversas realidades

⁴⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 67-68.

⁵⁰ Aqui, nos parece necessário o debate entre a atual jurisprudência das Cortes superiores e sobre o tema e a superação do paradigma interacionista. Isto é, se houve uma superação do ideal integracionista, de que modo se dá a suposta inimputabilidade indígena? Ainda sobre o tema da imputação penal do índio: REZENDE, Guilherme Madi. **Índio: tratamento jurídico penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

jurídicas extremamente diferentes entre si coexistem em um mesmo território⁵¹. A partir desta constatação, juristas do continente desenvolveram a concepção de pluralismo jurídico.

2.1.1. O pluralismo jurídico e o neoconstitucionalismo latino-americano.

Conforme referido no primeiro capítulo, a cultura jurídica que deu forma ao direito brasileiro é a europeia, cujo viés, com o advento da Idade Moderna, é a do monismo, ou seja, o Estado é o detentor do monopólio da produção de normas jurídicas — o que não ocorria na Idade Média. Assim, desde então, nesta visão monista de direito a atividade estatal tem sido a única capaz de criar direito e de ser fonte jurídica; a única maneira, portanto, de adequar a realidade social à legalidade é através do Estado⁵².

Esta cultura constitucional, clássica, não tem condições, não obstante, de recepcionar, dentro de seu corpo jurídico, o direito de povos originários, bem como um território próprio e autônomo. Não tem capacidade, ainda, de permitir a aplicação deste direito próprio, pois enxerga tal realidade com a criação de outro Estado dentro de um Estado⁵³. Esta concepção, em realidade:

[t]rata-se de uma interpretação etnocêntrica do Direito, que não admite que um conjunto de regras diferenciadas que organizam uma sociedade distinta possa ser acatado como Direito, convivendo lado a lado com o Direito estatal. Dessa forma, é que opta por se referir a usos, costumes e tradições, os quais se exige respeitar desde que não sejam incompatíveis com o sistema jurídico estatal. Na verdade, os sistemas jurídicos indígenas são vistos como mera fonte secundária do Direito, concepção carregada de

⁵¹ A concepção de pluralismo jurídico tem destaque ainda na Europa, durante a Idade Média quando “a descentralização territorial e a multiplicidade de centros de poder configuram em cada espaço social um amplo espectro de manifestações normativas concorrentes, composto de costumes locais, foros municipais, estatutos das corporações de ofício, ditames reais, Direito Canônico e Direito Romano. Certamente foi com a decadência do Império Romano no Ocidente e com a fixação política dos povos nórdicos na Europa, que se solidificou a ideia de que a cada indivíduo seria aplicado o Direito de seu povo e de sua comunidade local”. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 184-185. Contudo, inegável que a ideia de um pluralismo jurídico dentro da realidade dos Estados modernos é algo genuinamente latino-americano.

⁵² Cf., WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 46.

⁵³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos para o Direito**. Curitiba, Juruá, 2006, p. 68.

preconceito que reclama providências no sentido da absorção de preceitos contemporâneos bem mais arrojados sobre o tema⁵⁴.

É em contraposição a esta visão que surge a ideia de um pluralismo jurídico, bem como o chamado neoconstitucionalismo da América Latina:

Trata-se de extrair a constituição da normatividade não mais e apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia de interesses do todo comunitário, num lócus político, independentemente dos rituais formais de institucionalização⁵⁵.

Destarte, a concepção de um pluralismo jurídico diz respeito com a assunção de que há diversos campos sociais e que cada um destes campos possui peculiaridades intrínsecas a ele; é o direito aceitando a existência de mais de uma realidade⁵⁶.

Fundamental para o direito é compreender esta multiplicidade de sistemas e culturas jurídicas, percebendo os choques advindos dessas diferenças. Tal percepção já foi tema na antropologia brasileira:

Há alguns anos foi preso um índio Tikuna acusado de assassinar sua mulher numa casa de civilizados. Foi espancado e mantido alguns dias na cadeia, enquanto se preparava o processo para levá-lo a julgamento, que resultaria numa condenação unânime, tal era o consenso dos civilizados sobre a ‘barbárie do crime passionnal’. A certa altura, os responsáveis pelo processo souberam que os índios eram regidos por uma legislação especial, que não permitia sua prisão, senão pelo próprio SPI, e decidiram liberá-lo. Tempos depois um etnólogo, estudando aqueles índios, conseguiu esclarecer a história, à custa de grandes esforços, porque os índios, aterrorizados com os rigores da justiça civilizada, nada queriam dizer. Descobriu, primeiro, que o assassino e a vítima eram membros da mesma ‘metade’ e, por isto, não se podiam casar, o que excluía a hipótese de crime passionnal como fora narrado, pois não se tratava de marido e mulher. Verificou depois que eram ‘irmão’, segundo as regras de parentesco do grupo, o que, em vista da solidariedade interna da família, tornava muito improvável um assassinato. Por fim, descobriu que o ‘crime’ se dera, mas

⁵⁴ ARAÚJO, Ana Valéria *et alii*. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006, p. 64.

⁵⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 119.

⁵⁶ Cf. *Idem*, p. 171-172.

toda a comunidade considerava o matador um herói. Aos olhos da tribo ele cumpria seu dever de honra, justificando a ‘irmã’ na defesa dos mais sagrados princípios do grupo: ela cometera incesto clânico, o que a transformara ameaça à paz e à segurança do próprio grupo. Como entregar este índio à justiça comum, para aplicar-lhe dispositivos de um código de castigos feito para outra sociedade, incapaz de penetrar nos valores que motivaram seu comportamento?⁵⁷

Para além de perceber os choques culturais existentes entre a sociedade ocidental e os povos originários que habitam o país, é fundamental que se entenda que estes povos possuem um sistema jurídico próprio, sendo o papel de um direito fundado no pluralismo reconhecer a validade e a aplicabilidade destes sistemas⁵⁸. Neste sentido:

⁵⁷ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 228-229

⁵⁸ À guisa de informação, cabe salientar que já houve estudos, ainda que raros, sobre os sistemas jurídicos dos povos ameríndios. No Brasil, pode-se citar a obra “Direito Penal Indígena à época do descobrimento do Brasil” de João Bernardo Gonzaga, publicado em 1972. Em artigo publicado posteriormente, afirma o autor: “é que, primeiro, varia de grupo para grupo esse campo, na dependência das respectivas condições de vida, dos costumes, das crenças existentes, etc. A seguir, por outra ordem de consideração. Hoje, tendo como fonte inspiradora certos valores a priori reconhecidos, o legislador indica as ações típicas que merecem pena. Algo equivalente também faz o silvícola, admitindo que determinadas maneiras de proceder representam ofensas a algum tabu, ou aos mores do grupo, e que, portanto, justificam um castigo. Mas, freqüentemente, ele segue caminho inverso. Isto é, presente um infortúnio (seca, escassez de caça, derrota em combate, etc), acredita que tal seja resultado de alguma conduta reprovável, que procura identificar através de critérios empírico-supersticiosos. Assim, em inúmeros casos encontramos o que em linguagem modernizada chamaríamos de tipos criminais completamente abertos: será delituosa qualquer ação que eventualmente, em certa conjuntura, se reputar responsável pelo desencadeamento das forças mágicas”. GONZAGA, João Bernardino. *Direito penal dos Povos primitivosin Revista de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 68, n. 2, p. 168-19. São Paulo, Universidade de São Paulo, 1973, p. 181. Recebe mais atenção, sem embargo, o estudo do Direito Penal dos Incas — talvez por haver uma na sociedade incaica uma organização estatal maior e, portanto, uma maior identificação das normas deste povo —, sobre o tema: “*Los Incas superaron el derecho de venganza de los ayllus primitivos y las normas consuetudinarias de los mismos. Impusieron su ley, no con finalidad simplemente intimidatoria, sino con el propósito de que fuera cumplida. Garcilaso dice que estas leyes debían ser ‘observadas punto por punto’. Es obvio que la norma no pudo estar desprovista de rezagos religiosos, morales y costumbristas. No debemos olvidar que el Estado incaico fué teocrático. La ley, de esta suerte, tenía algo de decálogo divino, desde que los Incas eran hijos del Sol. La severidad y el rigor de la norma, que destaca Trimborn, se hace más dura todavía cuando las infracciones se comenten contra las personas consideradas intangibles, por su carácter religioso o divino. Las relaciones con la ‘esposa del Sol’, por ejemplo, se consideraba tan grave delito, que la sanción alcanzaba al pueblo del que era originario el responsable, que podía ser arrasado. La severidad de la ley penal se explica, asimismo, porque el Estado incaico era expansivo. Su carácter de conquistador debió crear castigos severos para conservar la cohesión y la unidad del Imperio, frente a los ayllus rebeldes o a los que se acababa de dominar. Entre esos medios de defensa, indudablemente, debía figura, como principal, la pena de muerte. Este fenómeno social es explicable en las sociedades antiguas. Basta estudiar el carácter del sistema penal de los pueblos que no alcanzaron un alto grado de evolución para ratificar este concepto. El profesor J. Koheler, cuando habla de la penalidad de su pueblo mexicano, lo reputa ‘draconiano’. Su calificativo surge por las formas que adopta la pena capital: ‘desde el descuartizamiento y la cremación en vida, hasta la decapitación y la estrangulación, el machacamiento de la cabeza con piedras, el empalamiento, el asaetamiento y otros más’*”. VILLAVICENCIO,

Por otra parte, el propio Estado, a lo largo del siglo, fue asumiendo nuevas funciones que modificaron su arquitectura institucional. Dado que estas modificaciones no siempre se hicieron con el fin de mantener la coherencia de la acción estatal, la unidad del derecho fue sacudida. Además, por acción de presiones asimétricas, tanto internas como externas, sobre la actuación del Estado, la regulación estatal llegó a asumir una gran heterogeneidad interna, dando origen a lo que he llamado pluralismo jurídico interno. Por ejemplo, normas jurídicas promulgadas para el área ambiental a menudo entran en contradicción con normas jurídicas promulgadas para el área de minas y energía, y los gobiernos, en lugar de resolver esta contradicción, la aprovechan para mantener bajo control demandas sociales contrapuestas. Por todas estas razones, la unidad del derecho, entendida como homogeneidad del derecho, no tiene hoy en día mucho sentido. Tiene sentido, por el contrario, si la unidad del derecho significa lo siguiente: partir del reconocimiento de la heterogeneidad interna y externa del derecho para, basándose en ese reconocimiento, crear mecanismos que permitan superar las contradicciones y coordinar las diferencias⁵⁹.

Um indicativo de que este reconhecimento está se dando no âmbito do direito latino-americano é a promulgação das mais recentes constituições no continente, cujos princípios norteadores são os do chamado neoconstitucionalismo, corrente jurídica, filosófica e política que tem como ideal a superação do Estado burguês e liberal-individualista; desse modo:

Isto é neoconstitucionalismo: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu ‘motivo de luta’ é outro⁶⁰.

O neoconstitucionalismo, defendem autores europeus, surge após a Segunda Guerra Mundial, em uma tentativa de superar os dogmas positivistas. Acrescentaram, portanto, uma série de princípios e valores novos, como a dignidade da pessoa humana e a noção de direitos fundamentais. Foi, em verdade, de uma reação aos regimes totalitários havidos na

Victor Modesto. *El derecho penal de los incasin* **Revista de Derecho Penal**, ano II, n. 1, p 21-45. Buenos Aires: Ediar, 1946, p. 37-38.

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad in Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, p. 11-48. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012, p. 18.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**, 2009. Disponível em <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>>, último acesso em 09.11.2015.

primeira metade do século XX, em que os ideais iluministas foram substituídos pela barbárie⁶¹. Ainda, sobre a característica não-positivista do neoconstitucionalismo:

[o] conceito não-positivista de direito explica de uma forma mais adequada o processo constitucional próprio do neoconstitucionalismo ou até mesmo a natureza dos direitos fundamentais. Precisamente porque ‘os princípios juridicamente válidos desbordam o conceito positivista de direito na medida em que, estruturalmente, elevam a obrigação jurídica à realização aproximativa de um ideal moral’, o neoconstitucionalismo atribui às Constituições atuais, além de uma força formal de validade, uma densidade material normativa. Essa densidade material normativa atribuída à Constituição, por sua vez, levará o conceito de direito a uma dimensão ou âmbito de fundamentação que qualifica a validade das normas jurídicas desde um grau mínimo de justificação ética⁶².

Deste modo, percebe-se que o pluralismo jurídico se enquadra nos ideais do movimento neoconstitucionalista. Destarte, em tópico anterior, a Constituição Federal foi analisada no sentido de demonstrar de que modo foi reconhecido o pluralismo existente no território nacional, sendo ela reconhecida como uma das primeiras constituições do movimento neoconstitucionalista da América Latina. Há particularidades no desenvolvimento do novo constitucionalismo no continente latino, quais sejam: (i.) essas mudanças no plano jurídico se deram, fundamentalmente, por pressões de movimentos sociais e populares iniciadas na década de 80e resultantes das nefastas consequências das ditaduras militares que assolaram o continente nas décadas anteriores e (ii.) a assunção do fracasso das constituições liberais europeias, reproduzidas quase que literalmente por países latinos⁶³. Notável referir que, dentre os diversos objetivos das constituições que se enquadram no novo constitucionalismo latino-americano, destacam-se a refundação dos paradigmas que regem o direito indigenista, tal qual explicitado no primeiro capítulo.

⁶¹ Cf. BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do constitucionalismo no Brasil* in **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007, p. 4.

⁶² DUARTE, Écio Oto Ramo; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 72.

⁶³ Cf. VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Rubén. *Fundamento Teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* in **Estudios Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Valencia: Eds., TirantLoBlanch, 2012, p.18.

Os principais exemplos desse movimento são as constituições brasileira (que, por mais antiga, não tem traços do movimento tão marcantes como as sucedâneas), colombiana (1991), venezuelana (1999), boliviana (2008) e equatoriana (2009) — sendo as duas últimas as que mais carregam características do novo constitucionalismo latino-americano⁶⁴. Nota-se, sem embargo, que diversas alterações constitucionais em outros países tiveram efeitos semelhantes, como no Peru e no México⁶⁵.

Neste sentido — e aproximando essa corrente jurídica do tema tratado nesta pesquisa —, é importante notar que o neoconstitucionalismo levou muitos países da América Latina a criar jurisdições próprias dos indígenas⁶⁶, conferindo aos povos originários um poder

⁶⁴ “Nesse cenário, as Constituições do Equador e da Bolívia são as que parecem mais comprometidas com uma transformação radical da sociedade, inserindo no constitucionalismo elementos que antes eram estranhos à teoria tradicional da Constituição. A cosmovisão indígena incorporada por essas Constituições são experiências que certamente reconstróem e, ao mesmo tempo, desconstroem a racionalidade monolítica a que o direito e a modernidade estão acostumados. Estas Constituições são as principais manifestações da resistências indígena em *nuestra América*, que acabam por simbolizar a força daqueles que foram invisibilizados pela história formal e pelo direito oficial”. BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 140-141. Ainda: “*Al final de la última década, Bolivia y Ecuador fueron los dos países latinoamericanos que pasaron por transformaciones constitucionales más profundas en el curso de movilizaciones políticas protagonizadas por los movimientos indígenas y por otros movimientos y organizaciones sociales y populares. No es de extrañar, por tanto, que las constituciones de ambos países contengan embriones de una transformación paradigmática del derecho y el Estado modernos, hasta el punto de resultar legítimo hablar de un proceso de refundación política, social, económica y cultural*”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad in Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, p. 11-48. Quito: Ediciones AbyaYala, 2012, p. 13.

⁶⁵ O caso do México merece certo destaque, pois sua atual Constituição, promulgada em 1917, já tinha diversos aspectos do movimento neoconstitucionalista, que surgiria na Europa somente após o final da Segunda Guerra Mundial: “*como puede verse, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a principios del siglo XX, aproximadamente treinta años antes de que concluyera la Segunda Guerra Mundial, ya contaba con casi todos los aspectos del modelo neoconstitucionalista*”. FLORES, Antonio Salcedo. *El neoconstitucionalismo en México in Alegatos en Línea*, n. 88, p. 507-530. Cidade do México: UAM, 2014, p. 520. Em 2011, houve diversas reformas constitucionais no sentido de ampliar a proteção aos direitos humanos coletivos, bem como foi aprovado o *juicio de amparo*, ferramenta processual, cujo objetivo é o de proteger os direitos fundamentais da Constituição através de ação própria que limita os poderes de autoridades governamentais. Cf. *Idem*, p. 524 e ss.

⁶⁶ Criar no sentido de reconhecimento pelo direito nacional, pois inegável — e isso pôde ser visto no decorrer do trabalho — que a existência de uma jurisdição indígena não-estatal não depende de um aval estatal, pois está consubstanciado pelo sistema jurídico próprio dos povos originários. Namesmalinha: “*La jurisdicción indígena en América, siempre ha existido, inclusive desde antes de la época colonial, a través de la manifestación del derecho indígena y la autodeterminación de cada etnia, fenómeno que con sus respectivas mediaciones se manifiesta hasta nuestros días, y que como mencionamos, este aspecto es relativamente aceptado, o no, por el Estado*”. COLAÇO, Thais Luzia. *El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas in Alegatos en Línea*, n. 87, p. 241-258. Cidade do México: UAM, 2014, p. 242.

decisório autônomo ímpar. Passamos, portanto, a analisar algumas das jurisdições indígenas existentes no continente.

No México, na esteira das modificações constitucionais acima relatadas, a jurisdição indígena foi reconhecida em alteração da Constituição no ano de 2001, alterando o seu artigo segundo, onde se lê, em um de seus incisos:

*A. Esta constitucion reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinacion y, en consecuencia, a la autonomia para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organizacion social, economica, politica y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulacion y solucion de sus conflictos internos, sujetandose a los principios generales de esta constitucion, respetando las garantias individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecera los casos y procedimientos de validacion por los jueces o tribunales correspondientes*⁶⁷. (Destacamos).

A opção do México, portanto, foi de deixar em aberto para a legislação infraconstitucional regular as jurisdições indígenas, o que deve ser feito pelos estados da federação. A partir desta realidade, houve dois modos de se reconhecer os direitos indígenas: o primeiro realizado por cortes estatais e ditadas por juízes não-indígenas. O segundo foi a de criar cortes indígenas propriamente ditas, com a utilização de juízes estatais como mediadores⁶⁸. Interessante é o caso do estado de Oaxaca, que criou uma jurisdição própria nos seguintes termos:

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

⁶⁷ MÉXICO. Decreto publicado no Diario Oficial de la Federación Mexicana de 14.08.01. Altera o artigo 2º da Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁸ Cf. MTZ, Éli Rodrigues. *La jurisdicción indígena en el ordenamiento jurídico mexicano in Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 34, p. 141-158. Cidade do México: UIA, 2004, p. 148 e ss.

las autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial; tenencia individual de la tierra en la comunidad de referencia, faltas administrativas y de policía; atentados contra de las formas de organización, cultura, servicios comunitarios, trabajos y obras públicas; cuestiones del trato civil y familiar; incumplimiento del deber de las madres y padres de familia consistente en enviar a sus hijos e hijas a la escuela; y en general, todos aquellos casos en los que los ascendientes o los esposos y esposas no se conduzcan como buenos padres y madres de familia. II.- Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción con base en las formalidades siguientes: a) Las audiencias serán públicas; b) El infractor y en su caso el demandado serán oídos en justicia; c) La detención no podrá exceder de 36 horas si el asunto es administrativo. Si se trata de probable delito, la detención no excederá de 48 horas; d) Todas las formas de incomunicación y de tortura del presunto infractor quedan prohibidas; e) La resolución principal se asentará por escrito, y contendrá las razones motivo de la misma; y f) Las sanciones que se impongan en ningún caso atentarán contra los derechos humanos ni contra las garantías individuales y sociales establecidas en la Constitución General de la República. Las resoluciones de las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas deberán ser consideradas como elementos necesarios para formar y fundar la convicción de jueces y magistrados⁶⁹.

Percebe-se, portanto, que diversos estados mexicanos, mormente aqueles com maior ligação às culturas originárias, estabeleceram jurisdições próprias das comunidades originárias, inclusive havendo casos de uma jurisdição penal.

Ainda, outro caso a ser estudado é o dos países andinos que também reconheceram jurisdições própria de povos indígenas, quais sejam Peru, Equador, Venezuela e Bolívia⁷⁰. Diz a Constituição da Colômbia em capítulo destinado às jurisdições especiais:

⁶⁹ OAXACA. Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del estado de Oaxaca. Lei publicada no Extra del Periódico Oficial del Estado de Oaxaca de 19.06.98 e com reformas publicadas pelo Periódico Oficial do Estado de Oaxaca em 15.11.01.

⁷⁰ “En la última década del siglo XX hay una tendencia semejante en las reformas constitucionales emprendidas por los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones I: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que hace comparables a dichos procesos. Tales países también han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, lo que les da un marco jurídico semejante. De estas reformas normativas se destaca el reconocimiento de: a) el carácter pluricultural del Estado/nación/república, b) los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, c) el derecho indígena y la jurisdicción especial. Si bien estas reformas no están exentas de contradicciones y limitaciones, cabe interpretarlas desde un horizonte pluralista que permita ir construyendo las bases de un Estado pluricultural.” FAJARDO, Raquel Yrigoyen.

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.

A partir deste dispositivo constitucional, diversas outras leis surgiram para regular a matéria, já havendo experiências bem-sucedidas de jurisdições indígenas próprias dos indígenas. Esses programas contam, ainda, com o apoio do *Consejo Superior de la Judicatura*, órgão responsável pela organização do poder judiciário no país. Com relação à matéria penal, a Corte Constitucional tem importante decisão no sentido de afirmar a possibilidade de uma jurisdição penal indígena no país. A decisão, que reforça a necessidade de reconhecimento de jurisdições penais indígenas, parte da ideia das funções da pena:

Debe destacarse que la pena tiene una función de resocialización, es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplique la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria. En consecuencia, se debe verificar que el indígena sea tratado de acuerdo a sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad⁷¹.

Finalmente, a Corte explicita os princípios que regem a jurisdição indígena no país:

Los criterios reconocidos por la Corte Constitucional para dirimir conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena son los siguientes: (i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas⁷².

Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos in **El otro derecho**, n. 30, p. 171-195. Bogotá: ILSA, 2004, p. 172.

⁷¹ Corte Constitucional de la Republica de Colombia. **Sentencia T-921/13**. Sala Séptima de Revisión da Corte Constitucional. Bogotá, 5 de dezembro de 2013.

⁷² *Idem*.

No Peru, o artigo 149 da Constituição Política reconhece a existência de jurisdições indígenas, com a competência atraída pelo território e protegendo os direitos fundamentais⁷³. Não há, portanto, limitação da competência material, sendo possível a jurisdição em matéria penal.

Na Venezuela, a jurisdição indígena está reconhecida pela Constituição de 1999, com uma competência territorial limitada ao *habitat* indígena. Não há, ainda, restrições de competência material, sendo possível a jurisdição penal, desde que limitada por seus membros. Não são aceitos quaisquer procedimentos que sejam contrários à Constituição, à Lei ou à ordem pública⁷⁴.

No Equador, há um grande aprofundamento da jurisdição penal indígena. Para além da disposição constitucional do artigo 171⁷⁵ da atual Constituição do país, o Código de Processo Penal equatoriano trata diretamente da matéria em suas disposições gerais: “*Primera- Encuanto a los delitos cometidos dentro de una comunidad indígena se estará a lo dispuesto en la ley especial que se dicte de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política de la República*”⁷⁶. Ainda, o Código de Organização judiciária do país deixa claro a grande

⁷³ “Artículo 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. 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. Constitución Política de Peru. Promulgada em 29.12.93.

⁷⁴ “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. Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela. Promulgada em 30.12.99.

⁷⁵ “Artículo 171. Las autoridades de las comunidades y pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones Jurisdiccionales, con base a 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 Constitucional. La Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria.” EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador. Publicada no Registro Oficial No. 449 20 de octubre de 2008.

⁷⁶ EQUADOR. Código de Procedimiento Penal. Publicado em 30.01.00.

autonomia outorgada a jurisdição indígena no país, com dois artigos específicos acerca da temática. O primeiro delimita os âmbitos de atuação da jurisdição indígena, reconhecendo as tradições e o direito consuetudinário dos povos originários. O segundo dispositivo legal é revestido de ainda mais importância, pois define os princípios da assim chamada justiça intercultural, dando-se especial relevância para o princípio denominado “*projurisdicción*”, cujo conteúdo prevê, em caso de dúvida entre uma jurisdição comum e a indígena, prevalece a última. Eis o dispositivo legal completo:

Art. 343.- AMBITO DE LA JURISDICCION INDIGENA.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, 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. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.

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.

Nota-se, que o direito equatoriano foi o que mais longe chegou na compilação de uma positivação da jurisprudência paralela dos índios. Tem-se, finalmente, o caso boliviano. Destaca-se na Constituição da Bolívia as políticas de integração dos indígenas para dentro do Estado plurinacional, ocorrendo, na opinião de alguns autores⁷⁷, o chamado pluralismo jurídico unitário — em contraposição do igualitário — tem como ideia não um processo de autonomia dos povos originários, mas uma situação “*en que se mantiene una relación de subordinación entre el Estado con “su” derecho nacional y el otro sistema*”⁷⁸.

Essa maior inserção dos povos originários se dá pela inserção de índios nos espaços institucionais, como o a obrigação da presença de índios no Tribunal Constitucional Plurinacional e na Asamblea Plurinacional, prevista constitucionalmente. Ainda, na Bolívia há a chamada *Justicia Indígena Originaria Campesina* (JIOC). A Constituição do Estado Plurinacional boliviano reconhece em seu artigo 30 o direito dos povos originários campesinos a exercer seus sistemas jurídicos próprios. A Constituição aborda, ainda, estes sistemas como parte integrante da função judicial (art. 179). Nos artigos seguintes, fica estipulado o regulamento da JIOC. Ainda, no tocante à questão penal, o *Código Procesal Penal* da Bolívia determina, em seu artigo 28 que:

*Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena*⁷⁹

A jurisdição indígena da Bolívia tem por característica a criação de vários órgãos próprios de acordo com as regiões; na temática penal, estes órgãos — via de regra — tomam

⁷⁷ A discussão é posta, em nota de rodapé, em BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**, destacando-se os trabalhos de André Hoekema sobre a problemática que, mesmo antes da promulgação da Constituição boliviana, já tratava do tema.

⁷⁸ HOEKEMA, André. *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario in El Otro Derecho*, n. 26-27, p. 63-98. Bogotá: ILSA, 2002, p. 62.

⁷⁹ BOLIVIA. Código de Procedimiento Penal de Bolivia. Ley n. 1970. Promulgada em 25.03.99.

um posicionamento de acordo com o crime debatido; o assassinato, por exemplo, via de regra é relegado às jurisdições ordinárias⁸⁰.

Finalmente, para além dessas legislações intranacionais, o direito internacional corrobora a existência das jurisdições indígenas, tendo como principal referência a já citada Convenção 169 da OIT que estabelece:

Artigo 8º. 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes. 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. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto⁸¹.

Percebe-se, portanto, que o direito internacional igualmente dá respaldo para a criação de jurisdições indígenas paralelas ao poder estatal, mostrando-se — cada vez mais — a superação de uma ideia monista de estado rumo a um ideal plurinacional, tendo-se como vanguarda desta mudança países latino-americanos.

2.1.2. A cultura como limitadora do processo penal.

No ponto anterior, tratou-se de compreender o pluralismo jurídico e sua relação com o direito atual. A ideia desta corrente jurídica perpassa, como esposado, por uma interligação entre direito e cultura. Sem embargo, quando tratamos de processo penal, existe

⁸⁰ Para uma minuciosa análise da realidade das jurisdições indígenas na Bolívia: OSORIO, Martín Bazurco; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. *Bolívia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad* **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**, p. 49-146. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

⁸¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais de 07 de junho de 1989.

a ideia de que o Estado detém a exclusividade da pena e do processo⁸². Essa ideia, contudo, não pode estar despegada da realidade social e dos fundamentos do direito, nem da inter-relação entre as instituições e os cidadãos⁸³. Igualmente ocorre com o processo penal, pois suas instituições devem ser guiadas pelos princípios do Estado democrático de Direito e do reconhecimento dos direitos dos cidadãos que ele o compõe:

Desse modo, no Estado democrático de Direito (garantista), em vez de a cidadania amoldar-se às exigências das instituições, são estas que se devem amoldar àquela. Portanto, com a superação do modelo liberal pelo garantista, a igualdade reclama que as especificidades e diferenças sejam incorporadas e encampadas pelo discurso, devendo ser respeitadas, com o que se alcançará a sua dimensão material, ou substantiva⁸⁴.

Ainda, o direito processual penal, em que pese seus princípios fundadores, também deve estar atrelado a uma ideia de cultura, como todo o direito, pois não há como afastar o direito da noção de cultura, não sendo possível fazê-lo com o processo penal. Na acertada visão de Carlos P. Thompson Flores:

Daí se referir que o Direito é fenômeno histórico e realidade cultural, enquanto decorrência da experiência do homem. Resumidamente: a sociedade verifica a existência de um fenômeno em seu seio, valora-o

⁸² Neste sentido: “o direito de punir é manifestação do poder do império que cabe ao Estado; insere-se na categoria dos direitos de supremacia, que se fundam no *status subjectionis*, ou seja, naquela condição jurídica em razão da qual o indivíduo deve obediência exclusivamente à vontade do Estado”. BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**: parte geral. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973, p. 623.

⁸³ Sobre os povos originários e cidadania: “*Habiendo luchado por la conquista de la ciudadanía, los pueblos indígenas no cuestionan la legitimidad de la nación cívica. Simplemente rechazan que sea el único concepto de nación reconocido por el Estado. Exigen que, junto a la nación cívica, se reconozca la nación étnico-cultural, la nación fundada en un modo de pertenencia colectivo que comparte el mismo universo cultural y simbólico, la misma ancestralidad, la misma relación con la tierra y el territorio. Este reconocimiento de la existencia de diferentes conceptos de nación y de su coexistencia en el mismo Estado es el quid del proyecto de Estado plurinacional: la nacionalidad boliviana o ecuatoriana coexistiendo con las nacionalidades quechua, aymara, guaraní y otras*”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Quando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad in Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, p. 11-48. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012, p. 23.

⁸⁴ FAYET JÚNIOR, Ney; VARELA, Amanda Gualtieri. **A ação (penal) subsidiária da pública**: das vantagens ou desvantagens da participação do ofendido na atividade jurídico-penal. 3ª Ed. Porto Alegre, Elegancia Juris, 2015, p. 66.

(positiva ou negativamente) e pugna pela criação de uma norma que o incentive ou restrinja⁸⁵

Sabe-se, sem embargo, que a conceituação de cultura é tarefa árdua, ainda que, paradoxalmente, a utilizemos rotineiramente. Talvez por esta razão Miguel Reale não inova ao conceituar o termo: “o primeiro sentido do termo ‘cultura’, que tomo com um dos possíveis pontos de referência, está mais próximo do seu uso corrente, quase intuitivo, incorporado à linguagem comum sem prévia análise crítica de sus pressupostos lógicos e ontológicos”⁸⁶. Pensa-se, deste modo, na cultura como parte integrante do saber e da sociabilização do ser humano⁸⁷. Prossegue o mesmo autor:

Pois bem, ‘cultura’ é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal do patrimônio da espécie humana (...) O sentido ora dado à palavra cultura não deve ser confundido com a acepção corrente da mesma palavra. (...) O termo técnico ‘cultura’, embora distinto do usual, guarda o mesmo sentido ético, o que compreenderemos melhor lembrando que a cultura desdobra, em diversos

⁸⁵ THOMPSON FLORES, Carlos Pereira. **A tutela penal do stalking**. Porto Alegre, Elegancia Juris, 2014, p. 21.

⁸⁶ REALE, Miguel. *Conceito de cultura: seus temas fundamentais in Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

⁸⁷ Igualmente, questiona-se de que modo uma cultura pode dialogar com algo estranho a ela (o direito, no caso). Eis a proposição de Luiz Alberto Warat e Rosa Maria Cardoso da Cunha: “Toda interação social depende da possibilidade de seus protagonistas conseguirem atribuir significados à atividade daqueles que participam do jogo social. Toda atividade daqueles que participam do jogo social. Toda interação depende, portanto, do fato de seus artificios compartilharem um sistema de elementos comunicacionais e terem um mesmo código de ação. A cultura proporciona este código decifrador das mensagens emitidas na interação, antecipando a produção e interpretação de futuras práticas sociais. Neste sentido pode ser pensada como significação da base, como a língua do ato social. Explicitando a ideia: segundo a opinião de alguns linguistas, o signo é portador de uma ‘significação de base’, de uma significação primária e particular que independe do contexto em que está inserido, e, de outra parte, de uma ‘significação contextual’, resgatável pela análise dos elementos que o cercam. Somente a análise do contexto permitiria compreender a intencionalidade do emissor, isto é, o tipo de uso que se pretende fazer de determinada expressão. (...) a cultura seria um patrimônio da comunidade que emprestaria às mensagens sua significação de base. Quanto ao contexto, sempre animado pela subjetividade. Quanto ao contexto, sempre animado pela subjetividade daquele que o reproduz, poderia adjudicar novos sentidos a um enunciado ou expressão”. WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977, p. 79-80. Transfere-se tal reflexão para o sistema jurídico-penal: de que maneira pode-se imaginar que uma cultura estranha aos processos de sociabilização e da realidade social que deram origem a esse sistema interaja com ele sem que isso seja uma imposição cultural e, no caso dos índios, um ato colonizador? Esse problema, percebe-se, já se dá no âmbito de bairros de uma cidade e acentua-se, ainda mais, em uma nação pluriétnica.

‘ciclos culturais’ ou distintos ‘estágios históricos’, cada um dos quais corresponde a uma civilização. O termo técnico ‘cultura’ designa, portanto, um gênero, do qual a ‘civilização’ é uma espécie⁸⁸.

Imprescindível, ainda, que reste claro que a opção por não reconhecer os sistemas jurídicos indígenas é, indubitavelmente, um modo de manutenção da colonização dos povos originários e de uma missão “civilizatória”:

Ora, sendo o Direito um subsistema do sistema que vem a ser ‘cultura’, conclui-se que, modificando o sistema, os seus subsistemas sofrerão igualmente consequências, modificando-os também, e vice-versa, ou seja, modificando o subsistema (Direito), a cultura (sistema), também poderá ser atingida e modificada, razão pela qual a decisão judicial, que faz parte do ordenamento jurídico vigente como um microssistema do subsistema (Direito), também modifica este e a cultura numa sociedade⁸⁹.

Há, portanto, estreita relação entre a aplicação do direito estatal (em contraposição à autonomia dos povos indígenas) e as visões colonizadoras e tutelares apresentadas no primeiro capítulo. Heleno Fragoso já se demonstrara preocupado com a questão penal e os indígenas em célebre e corajosa (pela época em que foi publicada) obra:

Os indígenas têm sido vítimas de antigos e recentes processos sistemáticos de genocídios e desrespeito aos princípios de sua cultura. Como afirma o Dr. Mendonza, ‘o índio não está identificado com a civilização do branco, mas possui uma característica social própria, que pode se transformar, não mediante a sujeição, nem por meio de denominada proteção, com leis, decretos, publicações de beneficência, igualdade de direitos e outras medidas que, em lugar de proteção, encobrem uma exploração real, senão pela educação’⁹⁰.

A percepção de que o direito penal latino-americano, de matiz europeia e colonialista, tem como marca o arrasamento das culturas originárias (e das africanas, diga-se) não é recente. Veja-se, por exemplo, o Informe Final de um programa de pesquisa acerca dos sistemas penais na América Latina, levado a cabo pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos:

⁸⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 25-27.

⁸⁹ JOBIM, Marco Felix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

⁹⁰ FRAGOSO, Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 14.

en general, sabemos que la situación del indio es en ocasiones sumamente grave en Latinoamérica, desde el punto de vista del reconocimiento de sus Derechos Humanos. Limitándonos aquí a las disposiciones del derecho penal de fondo y a la doctrina y jurisprudencia consiguiente, cabe advertir una tendencia marcadamente etnocentrista, o sea imbuída de conceptos antropológicos del siglo pasado, especialmente de la antropología llamada “victoriana” (Tylor, Morgan, etc.), cuya ideología era matizadamente racista, no siendo novedad que estaba elaborada para justificar las empresas colonialistas británica y francesa. Esta antropología extendió notoriamente sus conceptos en nuestra área y fueron muchos y muy ilustres los ideólogos latinoamericanos tributarios de la misma. Sus ‘estadios’ – ‘salvajismos’, ‘barbarie’, y ‘civilización’- son receptados incluso en los textos penales de algunos países. (...) Hasta hace tres o cuatro décadas el debate parecía dividirse entre quienes entendían que los indígenas debían ser sometidos a ‘medidas’ para su incorporación, por considerarlos inimputables y peligrosos, y quienes consideraban que el derecho penal debía tratarlos con las mismas pautas que a los no indígenas. Formalmente, los últimos proclamaban que las ‘medidas’ violaban la igualdad ante la ley, en tanto que los primeros respondían que la igualdad se lesionaba al tratar por igual a personas no iguales. (...) Puede afirmarse que la actitud del sistema penal era de colonialismo interno⁹¹.

Ainda, aponta-se as conclusões constantes nas recomendações do mesmo Informe Final, com expressa referência à necessidade de uma autonomia indígena para resolver seus conflitos:

b) Es obvio que los grupos tradicionales u originales tienen, conforme su cultura, su propio sistema de sanciones punitivas o composicionales. La sanción estatal, en estos casos, representa una doble sanción por un mismo hecho, pues si la persona que pertenece a un grupo étnico o cultural con su propio sistema de sanciones recibe una penal estatal, esto no hace que pueda eludir la del grupo, so pena de asumir voluntariamente con ello la más grave de las sanciones grupales, que es la exclusión del grupo étnico, con la consiguiente pérdida de identidad. Por ello, se hace necesario, en estos supuestos, que cuando haya tenido o vaya a tener lugar una sanción grupal o una solución composicional conforme a las pautas tradicionales, pueda extinguirse o no entablarse la acción penal o prescindirse la pena, salvo que la solución resulte inaceptable para el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. (...) Por lo expuesto, creemos que debe recomendarse: (...) 3) la elaboración de conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes. 4) Posibilitar la extinción de la acción penal o de la punibilidad en los casos en que haya tenido o vaya a tener lugar una sanción o composición conforme a las pautas tradicionales

⁹¹INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Sistemas Penales y Derechos Humanos em America Latina** (Informe Final). ZAFFARONI, Eugenio Raul (coord.). Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 55-56.

de su grupo indígena y ello no repugne al respeto debido a la dignidad humana⁹².

É a partir destas noções que Alessandro Baratta defende a ideia da existência de um princípio de respeito às autonomias culturais, cuja ideia central é a de impor “*un ulterior límite funcional de la ley penal, que puede ser enunciado como la falta de una condición necesaria para la criminalización de ciertos comportamientos, cuando éstos pueden ser considerados como normales en subculturas bien delimitadas*”⁹³. Para o autor, este princípio é revestido pela ideia de que não se podem criminalizar condutas que são aceitas por culturas subalternas, sendo ele uma derivação do princípio geral da mínima intervenção penal e o resultado de uma busca por uma sociedade não apenas igualitária, mas antitotalitária⁹⁴.

Volta-se, uma vez mais, à ideia de que a cultura faz com que haja percepções diferenciadas acerca de uma mesma “realidade”, o que não foi levado em consideração pelas legislações penais latino-americanas⁹⁵ (em um primeiro momento, ao menos):

[d]evemos, antes de tudo, recordar que os textos latino-americanos, imbuídos de uma visão etnocentrista, partem de uma base que posiciona o indígena num estágio inferior de civilização e que o direito deve se esforçar para elevá-lo a um plano superior, afetando, dessa forma, os princípios à própria integridade psíquica da pessoa, porque, ao se pretender tirar, abruptamente, um homem de sua cultura, ele sofrera ruptura de seus valores, com um conseqüente dano psíquico⁹⁶.

Assim, parece-nos que o processo penal não apenas está intrinsicamente ligado à cultura, mas também que a não pluralização do direito processual penal — e do sistema

⁹² INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Sistemas Penales y Derechos Humanos em America Latina** (Informe Final). ZAFFARONI, Eugenio Raul (coord.). Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 57-58

⁹³ BARATTA, Alessandro. *Principios de Derecho Penal Mínimo in Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), p. 299-333. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 316.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Problematiza-se: os códigos penais de nosso continente, de um certo modo, meramente reproduziram os códigos europeus. Se a realidade europeia não pode ser adequada à urbana da América Latina, que pretensões restam aos defensores de um direito monista para os povos originários?

⁹⁶ CERVINI, Raul. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 145.

penal como um todo — constitui-se em política neocolonialista, cujos efeitos são a degradação (ainda maior) das culturas e etnias originárias da América. Delineados, portanto, os pontos que circunscrevem a autonomia indígena para julgar seus conflitos, cabe analisar o artigo 57 do Estatuto do Índio, dispositivo legal que mais aproxima o direito brasileiro dessa necessidade, mormente se lido constitucionalmente.

2.2 ANÁLISE DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO.

Finalmente, superadas as questões que dão sustentáculo para que se possa encampar o cerne da presente pesquisa, passa-se a uma análise do artigo propriamente dito. Primeiramente, insta ressaltar que uma série de doutrinadores assume que a norma⁹⁷ contida no artigo 57 da Lei 6.001/73 é a de autorizar uma composição (o termo a ser utilizado será alvo de debate próprio logo abaixo). Repete-se, por comodidade, o artigo:

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 morte⁹⁸.

Assim, alguns estudos:

Relativamente ao direito penal, a situação do índio pode ser estudada a partir de dois enfoques distintos. O primeiro deles diz respeito ao reconhecimento da existência de uma jurisdição própria para o julgamento dos conflitos entre as populações indígenas, seja entre índios de um mesmo povo, seja entre povos distintos⁹⁹.

Mais:

Uma questão colocada é a obrigatoriedade ou não da jurisdição indígena. Ao que parece, ela deve ser obrigatória, pois, dos povos, devem ser respeitadas suas formas de organização social, e por razões de segurança jurídica, pois o indivíduo deve saber previamente (num argumento ocidental) qual sistema o julgará¹⁰⁰.

⁹⁷ Norma no sentido dado por ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁹⁸ BRASIL. Lei 6.001. **Estatuto do índio**. Promulgada em 19 de dezembro de 1973.

⁹⁹ REZENDE, Guilherme Madi. **Índio: tratamento jurídico penal**. Curitiba, 2011, p. 33

¹⁰⁰ VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 296

Parece, em verdade, existir certo consenso de que, a partir da leitura do artigo 57 e de todos os vetores constitucionais e internacionais que circundam a questão, o direito das comunidades indígenas de aplicar sanções e realizar composições na seara penal é garantido pelo direito brasileiro. Uma leitura do artigo parece fornecer as seguintes bases interpretativas: são válidos julgamentos realizados no seio de comunidade indígenas, aplicando-se o direito consuetudinário dessas, desde que respeitados certos limites, que serão vistos em ponto específico.

Em que pese a aplicação dessa “jurisdição” se dar no cotidiano das comunidades indígenas do país, a matéria é pouco debatida pelos tribunais pátrios. Em verdade, o debate se dá, na mais das vezes, sobre uma disputa de competência entre a justiça estadual e a federal (a partir do disposto pela Constituição Federal). É dizer, deveria ser a regra que a tentativa de uma composição interna e própria, mas não é o que pode ser notado. A matéria, inclusive, é sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça: “compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima” (Súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça). Veja-se que sequer há menção acerca da matéria, sendo o cerne do debate se a jurisdição deve se dar entre justiça estadual ou federal.

Isso pode se dar por diversas razões: poucas demandas chegam a sair da realidade das comunidades indígenas, o tema é pouco abordado por juristas ou pelo próprio corpo legal, há falta de interesse político, etc. *Mutatis mutandis*, o projeto de Lei nº 2.057 tem por objetivo alterar diversos artigos do Estatuto do Índio, estabelecendo o Estatuto das Sociedade Indígenas, o projeto encontra-se parado na Mesa Diretora da Câmara desde 2009, tendo sido realizadas diversas versões substitutivas nos mais de 24 anos de tramitação na Casa. No art. 6º do projeto encaminhado para votação, fala-se sobre o tema dessa pesquisa da seguinte maneira: “as relações internas a uma sociedade indígena serão reguladas por seus usos costumes e tradições”.

Em substitutivos propostos pelo relator do projeto, contudo, o tema é tratado de maneira mais objetiva. A versão atual de um dispositivo legal que regule a jurisdição indígena foi proposta em 2011, de redação do redator, Deputado Luciano Pizzanoto:

Será respeitada a aplicação, pelas sociedades e comunidades indígenas, de sanções de natureza coercitiva ou disciplinar contra os seus membros, de acordo com suas instituições, desde que não revistam caráter cruel ou

infamante, proibida em qualquer caso a tortura e a pena de morte, observado o disposto na Constituição Federal quanto ao respeito aos direitos e garantias fundamentais. Parágrafo único: Nos crimes dolosos contra a vida praticados por membros de sociedades indígenas ou contra eles, o conselho de sentença do tribunal do júri, sempre que possível, deverá ser composto também por índios.

O artigo não inova muito com relação ao que está em vigor atualmente; a nova redação, contudo, traz mais clareza, além da menção à presença de indígenas no corpo de jurados do Tribunal do Júri. Parece, portanto, tratar a questão com maior importância e maiores possibilidades de aplicação. Ainda, calcado em uma visão mais antropológica, Carlos Frederico Marés de Souza Filho faz dura crítica à redação do artigo 57:

Como já vimos no estudo da responsabilidade penal dos indígenas, o mesmo Estatuto do Índio faz a ressalva da possibilidade de aplicação de sanções penais, que poderá ser feita (toleradas, diz a lei) pelas autoridades indígenas, desde que não se revistam de caráter cruel ou infamante (art. 57). Este dispositivo é um convite à reflexão, com vários objetos. O que significa juridicamente tolerada? A que princípios responde a separação civil e penal? O que são penas de caráter infamante? A resposta a estas questões surge clara e cristalina como a água do riacho que corre nos bosques de nossa imaginação. Este dispositivo revela uma carga de intolerância e auto-referência cultural sem limites¹⁰¹.

Parece-nos que acertada a crítica acerca a vagueza do artigo, bem como muito importante a discussão de uma tentativa de aplicação dos preceitos do direito ocidental ao direito indígena; sem embargo, não é o propósito deste trabalho adentrar nesta seara, pois exigiria uma análise antropológica da questão e, como referido na introdução, trata-se de uma visão a partir do olhar jurídico e do direito estatal que há acerca desta questão. Tinha por objetivo este ponto traçar as linhas gerais que traçam o dispositivo legal tema deste estudo.

2.2.1. Jurisdição ou autonomia?

Como referido, diversos autores creditam ao artigo 57 como a possibilidade de existir uma jurisdição penal indígena. Contudo, não nos parece, *datavénia*, se tratar aqui de uma

¹⁰¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 194.

“jurisdição” conferida às comunidades indígenas, função esta que apenas pode ser exercida pelo Estado; haveria, em realidade, uma forma de heterocomposição¹⁰².

O Estado, na visão de Carnelutti, pode produzir direito por meio de duas funções, quais sejam a legislativa e a jurisdicional; sobre a primeira (atividade do Estado cujo resultado é um comando, uma lei), afirma Carnelutti: “o direito legislativo produz-se super partes, não tanto no sentido de que o legislador está sôbre as partes, como no de que as partes não intervêm, seja de que maneira fôr, na sua formação”¹⁰³. A jurisdição, por outro lado, é dizer o direito (*dicitus*) inter partes. Ou seja, enquanto o processo legislativo é a atividade da ordem soberana direcionada a todos os cidadãos, a jurisdição é aquela pela qual o Estado dita o direito entre particulares, tendo como resultado a coisa julgada (e todas as suas limitações).

Tomando esta diferenciação em conta, pode-se concluir que a previsão do artigo 57 do Estatuto do Índio se trata justamente de um exercício do Poder legislativo estatal em que o Estado reduz a sua função jurisdicional, dizer o direito entre as partes, e o repassa para as comunidades indígenas, ressalvando os limites desta concessão. É, ao fim e ao cabo, uma não-jurisdição, cujos abusos podem ser discutidos pelo poder jurisdicional estatal.

Seguindo-se nos ensinamentos de Carnelutti, podemos dizer que este fenômeno se trata de uma autolimitação estatal para resolução de conflitos internos de comunidades indígenas. Autolimitação, segundo o italiano, é conceito relacionado com o autocomando, quando o Estado não resolve o conflito por meio de um comando (heterocomando), mas deixa que os particulares o resolvam de acordo com seus interesses. Assim:

É, portanto, possível que as próprias partes criem ou produzam direito de que têm necessidade, na medida em que existe entre elas, para além do conflito que as separa e as contrapõe como partes, uma solidariedade de interesses que as reúne em um grupo. Não se esquece que (como observei a seu tempo) é a solidariedade que congrega os entes simples em um ente complexo, ao passo que o conflito os aparta. Onde, pois haja autonomia, deve haver um grupo social; se este não existisse, não haveria autonomia,

¹⁰² LOPES JR., Aury. **Um Processo Penal para quê(m)?** – Buscando o fundamento de sua existência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

¹⁰³ CARNELLUTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1946, p. 223.

isto é, produção de direito, para a qual é necessário um grupo. Dêste modo, a autonomia resolve-se na pluralidade das ordens, no sentido de que cada ordem subordinada procede daquele grupo social em que se unificam as partes do conflito a regular. Estas podem regulá-lo por si, na medida em que constituem um grupo que gera a própria ordem¹⁰⁴.

Sabe-se, sem embargo, que Carnelutti escreve em um contexto de processo voltado ao Direito privado. Desta feita, busca-se o sentido de autonomia na doutrina do pluralismo jurídico, cuja ótica é estritamente constitucional. Para Wolkmer, autonomia é “poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central”.¹⁰⁵

Assim, em uma primeira análise, há uma semelhança com o instituto da autonomia e aquilo previsto pelas referências legais supracitadas. Sabe-se, sem embargo, que a resolução do problema não é fácil, mormente pela maneira com que está dada a jurisdição penal no país. Talvez, possível traçar paralelo no seguinte sentido:

uma vez compreendido que o que aqui se discute é uma atuação (por vezes) negativa da jurisdição, não absorvendo uma situação conflituosa no limite da disponibilidade quanto a ela, para estimular o exercício cotidiano e regular da cidadania (sem a chancela estatal como *conditio sine qua non*) e a busca por resoluções não impositivas, se pode prosseguir. (...) A procura é por meios de questionamento em relação a uma espécie de ‘contramão’ política da jurisdição e seu(s) devere(s) de abstenção — em alguns casos — como forma de prestar seu papel constitucional: quando os valores e a índole principiológica constitucional estarão respeitados por, justamente, uma não ingerência estatal (ao invés do comumente tido contrário)? Está se discorrendo sobre alternativas à gestão estatal e não sobre alternativas *de* gestão estatal¹⁰⁶.

A Corte Constitucional, em já citada decisão, adota o termo foro indígena para a questão e assim o define:

El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente

¹⁰⁴ CARNELLUTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1946, p. 232.

¹⁰⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina in **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDC**Const, p. 143-155. Curitiba: ABDCConst, 2010, p. 144.

¹⁰⁶ DIVAN, Gabriel Antinolfi Divan. **Processo Penal e Política Criminal**: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015, p. 442-443.

tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante¹⁰⁷.

Veja-se, de mais a mais, que a previsão de composição indígena à brasileira, não detém o mesmo *status* que as jurisdições indígenas — e aqui sim o termo nos parece correto — existentes em outros países latino-americanos e já referenciadas nesta pesquisa. Não há princípios e previsões; há, nada mais (e isto nos parece problemático), que uma tolerância à autonomia indígena. Inclusive, essa autonomia pode ser debatida e refutada pela jurisdição estadual (essa questão será debatida no próximo ponto), o que demonstra que as comunidades indígenas não têm autoridade jurisdicional, mas apenas um poder de composição própria, que pode ser revertido pela jurisdição do Estado.

2.2.2. Os limites da autonomia penal conferida às comunidades indígenas.

Limitar aquilo que optamos por chamar autonomia penal indígena não é tarefa simples, pois haverá — de um modo ou de outro — uma ingerência do Estado em uma etnia e em seus modos de organização social. Sem embargo, a construção de uma nação pluriétnica (que embasou a presente pesquisa) passa por um diálogo constante entre as diferentes culturas, não sendo o caso de uma coexistência distante. Necessário ter em mente o estado da arte que se encontra a América Latina, havendo raríssimos casos de grupos tribais que não têm qualquer contato com a cultura ocidental. Assim, a construção da justiça (e o direito) de um estado pluriétnico deve ser pautada por uma colaboração entre as culturas. Sobre as diferentes maneiras de se constituir uma justiça indígena:

La coexistencia a distancia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria consiste en el reconocimiento recíproco con prohibición de contactos entre ellas. Esta forma de relacionamiento tuvo su expresión más acabada en el sistema de apartheid de África del Sur. La justicia comunitaria africana se aplicaba en las townships, las áreas reservadas a la población negra y solo tenía presencia y vigor en tales áreas. La reconciliación consiste en un tipo de relación en el cual la justicia políticamente dominante (la justicia

¹⁰⁷ Corte Constitucional de la Republica de Colombia. **Sentencia T-921/13**. Sala Séptima de Revisión da Corte Constitucional. Bogotá, 5 de dezembro de 2013.

ordinaria) reconoce la justicia subalterna y le otorga alguna dignidad a título de reparación por el modo como la justicia subalterna fue ignorada o reprimida en el pasado. La reconciliación tiene como objetivo curar el pasado, pero de tal modo que la cura no interfiera demasiado con el presente o con el futuro. Finalmente, la convivencia es apenas un ideal: la aspiración de que la justicia ordinaria y la justicia indígena se reconozcan mutuamente y se enriquezcan una a la otra en el propio proceso de relación, obviamente respetando la autonomía de cada una de ellas y los respectivos dominios de jurisdicción reservada. Es una forma de relación muy compleja, sobre todo porque no puede ser concretada mediante decreto. Presupone una cultura jurídica de convivencia, compartida por los operadores de las dos justicias en presencia.¹⁰⁸

Em vista disso, nos parece que seja necessária limitação estatal em alguns pontos. A partir da segunda parte do *caput* da previsão dada pelo Estatuto do Índio, podemos referenciar a primeira limitação: são vedadas penas com caráter cruel ou infamante e a pena de morte. Esta limitação, criticável pela sua generalidade (ainda mais por tratar-se de culturas jurídicas distintas), tem relação com a proteção de direitos humanos básicos e universais a todos os seres humanos, referência para o Estado democrático de Direito:

En la arquitectura del Estado moderno, el derecho infraconstitucional no puede violar la Constitución dada la primacía que le es atribuida en cuanto ley fundamental. Siempre que se reconoce oficialmente el pluralismo jurídico, todos los sistemas de justicia reconocidos deben, de igual modo, obedecer la Constitución. Esta segunda situación está actualmente en vigor en Bolivia y en Ecuador. Por eso, la obediencia que la justicia indígena debe a la Constitución es la misma que la debida por la justicia ordinaria. Dada asimismo la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria le deben obediencia. A pesar de ello, siempre que este tema es abordado en relación con la justicia indígena adquiere un dramatismo propio. No siempre son buenas las razones para tal dramatismo. Habiendo buenas y malas razones, hay que distinguirlas. Comencemos por las malas.¹⁰⁹

A construção dos direitos humanos, em uma sociedade pluriétnica e plurinacional, perpassa, portanto, por um diálogo com os diversos sistemas jurídicos, etnias e culturas existentes nesta sociedade. Assim, os direitos humanos não são apenas um limite externo à

¹⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *CuandolosexcluidostienenDerecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad in Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, p. 11-48. Quito: Ediciones AbyaYala, 2012, p. 34.

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad in Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, p. 11-48. Quito: Ediciones AbyaYala, 2012, p. 38.

atuação das jurisdições indígenas, mas um elemento que as integra, no sentido de construir um direito verdadeiramente plural. Neste sentido:

Sin embargo, el visualizar a los derechos humanos como un límite externo e infranqueable para los sistemas de justicia indígena, implica una concepción de los derechos humanos como valores claramente definidos y universales que, paradójicamente, deben imponerse a los pueblos indígenas desde afuera y desde arriba, es decir como vehículos de colonización occidental, expresión de lo que Boaventura de Sousa Santos ha llamado localismos globalizados. En contraste, los derechos humanos en un Estado plurinacional pueden y deben ser definidos como resultado de un diálogo intercultural y transcultural sobre la dignidad humana y los derechos inherentes a ella. Sin este diálogo, tras la supuesta defensa de los derechos humanos, puede llegarse a la paradójica violación de derechos culturales y colectivos que también son derechos humanos en un sentido amplio. Por otra parte, valiéndose de la bandera de los derechos humanos a veces se sostienen también concepciones etnocéntricas y neocoloniales, pues se presentan a ciertos valores occidentales como valores universales. Frente a ello se viene insistiendo en que resulta indispensable una interpretación intercultural de los derechos humanos. En efecto, una definición transcultural de derechos humanos supone un diálogo intercultural previo, propio de un pluralismo jurídico igualitario, el cual solo es viable en un Estado plurinacional que haga posible tal diálogo¹¹⁰.

Ademais do respeito aos direitos humanos, necessário estabelecer alguns critérios de ordem processual, como a fixação da competência. A competência, nesse caso, deve se dar *ratio personae*, sendo que tanto o agente quanto a vítima devem ser pertencentes a comunidades indígenas. Isso porque a presença de um não-indígena atrai a competência para a justiça comum obrigatoriamente (pelo sistema jurídico em que está inserida a vítima); e, em sendo, o agente índio, aplicam-se as regras do Código Penal, bem como o artigo 56 do Estatuto do Índio, conforme exposto no início do capítulo. O mesmo ocorre para crimes em que a vítima é a coletividade (tráfico de drogas, *e.g.*). Essa construção, contudo, não está livre de problemas:

Há sensibilidades jurídicas diferenciadas em jogo, pois adjudicadas a sistemas jurídicos diversos. No caso do sistema acionado pelos indígenas as responsabilidades sociais são compartilhadas coletivamente, sobretudo quando se trata da defesa do território violado. Pela lógica indígena os casos são resolvidos no âmbito da aldeia, ouvidas as lideranças, especialmente os mais velhos. Portanto, a solução de conflitos entre

¹¹⁰ JIMENEZ, Agustín Grijlva Jiménez; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. *Coordinación entre justicias, ese desafío in Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, p. 11-48. Quito: Ediciones AbyaYala, 2012, p. 716

indígenas e não-indígenas demanda o estabelecimento de nova forma de relação com o Estado, sustentada pela autonomia dos povos indígenas, como suporte político da democracia, como sinalizam a Constituição Federal e a Convenção 169 referendada pelo Estado brasileiro. Para que a justiça se efetive deve-se trabalhar diversidade cultural como constante histórica e como direitos humanos, percurso que exige redefinição de instituições democráticas tendo por suporte a ética da igualdade e da tolerância. Caso contrário, como possibilitar que olhares diferenciados – indígenas e não-indígenas – “conversem”? Como trabalhar epistemologias diferenciadas (indígenas e não-indígenas) se os parâmetros vigentes não contemplam formas diversas de pensar? Como discutir universalismo e especificidades se sempre a busca de universais ocidentais se fazem presentes?¹¹¹

Não nos parece que o critério da competência *ratiolocaeseja* preponderante para a definição pela jurisdição comum; se há um crime envolvendo dois índios dentro da jurisdição de uma cidade e, posteriormente, a comunidade aplica o seu direito consuetudinário para resolver a questão, não há porque haver interferência da justiça comum.

2.3. ANÁLISE DE CASOS REFERENTES À AUTONOMIA PENAL INDÍGENA.

Superada uma visão teórica acerca do tema, necessário agora apontar algumas das poucas situações em que a norma do artigo 57 teve aplicação nos tribunais pátrios, todos em sede de 1º grau.

2.3.1. O júri indígena de Roraima.

E.S. e V.S.V, índios habitantes da Reserva Raposa do Sol, foram acusados o também morador da Reserva A.A.P.; sendo os três da etnia Macuxie os fatos se deram no município de Uiramutã. No dia 23 de janeiro de 2013, os réus, ao avistarem a vítima, cortam seu pescoço e sua perna; ambos alegaram legítima defesa, pois — de acordo com os réus — a vítima estava possuída pela entidade diabólica Cainamé, que é responsável por uma série de acontecimentos negativos na tribo; a única maneira de deter o Cainamé é com a morte da pessoa que está possuída.

¹¹¹ BELTRÃO, Jane Felipe. *Povos Indígenas e Direitos Humanos: como desafio de antropólogos* in **Anais do XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)**. “Direito, Sociobiodiversidade e Soberania na Amazônia, p. 3590-3607. Manaus: COONPEDI, 15 a 18 de novembro de 2006, p. 3606

Os réus foram presos em flagrante pela Polícia Militar de Roraima e ficaram 10 (dez) dias presos, o que gerou grande debate em torno do caso. Após uma composição entre antropólogos, FUNAI e poder judiciário, foi acordado que haveria um Tribunal do Júri cuja composição seria de índios das etnias Macuxi, Ingaricó, Patamona e Taurepang. O júri ocorreu dentro da reserva e foi o primeiro do gênero no país; o réu E.S. foi absolvido e V.SV. foi condenado pelo cometimento de uma lesão corporal leve a 03 (três) meses de reclusão. O Ministério Público recorreu da decisão tomada pelos jurados, alegando a nulidade do júri por afronta ao artigo 433 do Código de Processo Penal. Já os membros do povo Macuxi:

[d]ecidiram, pouco tempo depois, realizar um julgamento interno do caso, devido não terem concordado com os argumentos colocados pela defesa e pelos promotores. Como uma liderança indígena, JulioMacuxi, relatou ao Portal Folha de São Paulo: ‘[c]onsideramos o júri positivo, mas demos o nosso jeito depois’. Há um discurso descolonial muito forte nessa afirmação e na posição adotada. Primeiramente, de questionar o conteúdo e os comportamentos dos agentes do Direito habilitados a falar pelo ‘outro’, numa crítica que revela o quanto os processos são mais importantes do que os resultados, nos diálogos interculturais, para julgar se houve ou não algo positivo para este diálogo. Em seguida questionar a (i)legitimidade do poder das autoridades jurídicas de julgar questões pertinentes à ordem interna dos povos indígenas¹¹².

A definição por fazer um júri tradicional, mas com a composição apenas de índios aponta para uma medida de meio-termo entre justiça comum e indígena. Ainda, a solução se coaduna com o previsto no P.L. do Estatuto das Sociedade Indígenas, apontado anteriormente neste trabalho.

2.3.2. A punição tribal de uma gestante em Passo Fundo/RS.

Neste caso, três indígenas, da tribo (acampamento) de Mato Castelhana, na cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, teriam sido responsáveis por acorrentar uma mulher grávida da tribo em um tronco por quatro horas. A ação se deu como uma forma de punição à mulher, que teria desrespeitado o cacique da tribo, réu no processo e estaria dentro dos códigos de conduta da tribo. A sentença, proferida nos autos do processo nº 021/2.10.0012312-9 entendeu por absolver os réus sob o argumento do *cultural defense*:

¹¹² OLIVEIRA, Assis da Costa. *O Júri Indígena e as “inovações descoloniais” in Boletim do IBCCRIM*. Ano 23, nº 76, p. 11-12. IBCCRIM, novembro de 2015, p. 12.

A solução para o caso é absolver os réus. A *equimose arroxeadada com dois centímetros cada uma em ambos os braços no terço médio na face medial* não pode ser traduzida como *intenso sofrimento físico*. E nada veio a demonstrar tenha sido a vítima submetida a *intenso sofrimento mental*. Tudo a descaracterizar o crime de tortura descrito na denúncia, cujo tipo penal possui elementos normativos sem cuja verificação o enquadramento normativo não sucede. Mas sob outro ângulo se pode examinar o que descrito na denúncia, cogitável que fosse a desclassificação para o âmbito das lesões corporais. Fato é que CASSIANA, grávida, foi amarrada a um tronco de árvore e ali ficou por algumas horas, o que lhe ocasionou lesões de natureza leve nos membros superiores - provavelmente pela tensão das amarras -. Não sem motivos, pois a vítima teria “desacatado” o cacique e as lideranças da tribo, tampouco sem que a comunidade indígena tivesse aprovado essa engrenagem punitiva, que deveras é parte histórica da organização social Kaingang, dado que revela a ausência de compreensão do caráter ilícito do ato. Por isso, o merecimento da pena a que certamente foi submetida a ofendida na oportunidade, o seu erro ou acerto, e os ferimentos que sofreu, bem como a identificação dos seus algozes, escapam da reprovação do Direito Penal. Se sob o fundamento da *cultural defense*, isto é, o argumento de seguir as regras de sua própria cultura, cogitar-se de uma ausência de ilicitude, no fim das contas serão estabelecidos padrões diferentes de atuação estatal, conforme a origem e filiação das vítimas; em outras palavras, a proteção jurídica que beneficiaria alguns, não alcançaria membros de outra comunidade, de maneira a afrontar-se o princípio da igualdade. Portanto, o fato se afigura contrário ao Direito.

Polêmica a sentença; de um lado, há um argumento forte, pois tratou-se de ação que faz parte do sistema jurídico próprio daquela etnia; de outra banda, a pena à conduta ilegal (na visão da cultura daquele povo) da mulher grávida poderia ter sido considerada (porque o é) como sendo degradante, aplicando-se a segunda parte do artigo 57. Assim, acreditamos que — sob um ponto de vista jurídico — equivocada a decisão.

2.3.3. A impossibilidade de um “duplo *ius puniendi*” em Roraima.

Finalmente, o último caso é de um homicídio ocorrido na cidade de Bonfim, Roraima, em uma tribo indígena do povo Tuxaua. A morte se deu por questões passionais, tendo um índio assassinado outro a facadas. Após o ocorrido, a comunidade se reuniu para deliberar uma punição ao agressor, com a oitiva dele e de seus pais; foi condenado a construir uma casa para a esposa e filha da vítima e enviado a uma comunidade do povo Manoá, sendo proibido de sair desta comunidade sem a autorização das lideranças Tuxauas. À vida do índio nesta comunidade de outro povo, ainda, a comunidade impôs uma série de limites.

Ainda assim, o Ministério Público estadual de Roraima denunciou o índio por homicídio doloso. O réu, no entanto, não foi pronunciado e teve sua absolvição decretada pelo juiz responsável pelo caso nos seguintes termos:

Direito indígena. Julgamento do fato pela comunidade indígena. Duplo *juspuniendi*. Subsidiariedade do direito de punir estatal. Sentença declaratória de ausência do direito de punir estatal.(...)Em razão da situação supramencionada, a Defesa alçou a existência do *no bis in idem*, ou seja, a impossibilidade do acusado ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato, logo este Juízo deveria declarar-se incompetente em razão da matéria haja vista anterior julgamento do fato pela comunidade indígena a que pertence o acusado. Pois bem, rechaço em parte o argumento da ilustre Defesa. A uma, pois tenho que o imbróglio não se trata de *bis in idem*, mas de “Duplo *jus Puniendi*”, em face do que dispõe o art. 57, da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio). A duas, uma vez que não considero aplicáveis ao caso regras penais e processuais penais, *in casu* atinentes à competência processual penal, já que as normas relativas ao processo – instrumento determinado pelo direito por meio do qual o Estado poderá exercer o poder jurisdicional que lhe foi conferido –, são limitadoras ao direito de punir estatal e não ao direito de punir das comunidades indígenas. Assim sendo, não poderá ser aplicado ao caso nenhum instituto afeto ao direito estatal. Resta, portanto, infrutífera, em parte, a alegação da Defesa. (...) Como é cediço na doutrina, com espeque em fundamento constitucional, ocorrido o fato pretensamente criminoso cabe ao Estado o direito de punir, em substituição à anterior idéia de que o particular teria o direito de fazer a justiça com as próprias mãos (...) No entanto, há previsão de uma única “exceção”, de acordo com a dicção do art. 57, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio). (...) Em face de todos esses argumentos, também não resta prosperar a potencial alegação da competência constitucional quase absoluta do julgamento dos crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri. Ora, não se está aqui alçando qualquer alegação de incompetência do Tribunal do Júri, pois se trata de algo acima disso, que a ausência *in casu* do direito de punir do Estado-Juiz. Logo, seria uma discussão estéril em face da inaplicabilidade dos institutos do processo estatal. Ademais, ainda que se considerasse o nível constitucional do prescrito no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição da República, como direito fundamental a ser observado, o contraponto estaria no art. 231, da mesma Constituição, que também é direito fundamental, logo, com a necessária observância aos costumes e tradições dos povos indígenas. Convém advertir, que a esmagadora maioria da doutrina entende que a previsão art. 57, do Estatuto do Índio, seria uma exceção ao direito de punir estatal. Com base nisso, poder-se-ia concluir que o Estado não poderia atuar de forma alguma nos casos de crimes ocorridos nas comunidades indígenas, o que não traduz a finalidade da legislação e tão pouco o que acontece na realidade. Vejo, pois, que essa não é a melhor conclusão, uma vez que o Estado terá ampla autonomia para investigar, processar e julgar o indígena nos casos em que a comunidade indígena não julgá-lo, logo, o Estado, em casos tais, atuará de forma subsidiária. (...) Muito maior que o reconhecimento do direito de punir seus pares, as comunidades indígenas sentirão muito mais fortalecidas em seus usos e costumes, fator de integração e preservação de sua cultura, haja vista que o Estado estará

sinalizando o respeito ao seu modo de viver e lhe dar com as tensões da vida dentro da comunidade. (...)Ante ao exposto, deixo de apreciar o mérito da denúncia do Órgão Ministerial, representante do Estado, para DECLARAR A AUSÊNCIA *IN CASU* DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, relativo ao acusado DENILSON TRINDADE DOUGLAS, brasileiro, solteiro, agricultor, nascido aos 13/03/89, filho de Alan Douglas e Demilza da Silva Trindade, com fundamento no art. 57, da Lei nº 6.001/73 e art. 231, da Constituição da República.

O Ministério Público estadual recorreu da decisão e a apelação está pendente de julgamento em segunda instância. Helder Girão Barreto relata semelhante caso, mas que foi decidido pelo corpo de jurados:

Pois bem; após cometer o crime, o acusado foi ‘preso’, e ‘julgado’ pela própria Comunidade Indígena à qual pertencia, recebendo as seguintes ‘penas’: cavar a cova e enterrar o corpo da vítima; e, ficar ‘em degredo’ de sua comunidade e de sua família pelo temo que ela [comunidade] achasse conveniente. No dia do julgamento o acusado estava há catorze anos sem poder retornar ao convívio da Comunidade Indígena Maturuca. Ao ser interrogado em plenário o acusado declarou: ‘quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros *Tuxauas*’; e que isso é um costume que vem antes do tempo de seus avós’. As testemunhas confirmaram esses fatos. Em plenário, foi ouvida a antropóloga Alessandra Albert, que assegurou que na tradição da etnia *Macuxi* ‘um índio que mata outro é submetido a um Conselho, formado por pessoas de expressão política’, escolhidos pela própria comunidade e reconhecido como detentor de ‘autoridade’; que ‘a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento’; que ‘tanto o julgamento quanto a pena são modos que eles encaram a Justiça’; e, conclui: ‘para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena têm o sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes’ (...). Aos sete jurados, dentre os quais estava o índio Narciso Jerônimo Raposo, foi submetido o seguinte quesito: ‘3º quesito: o fato de o acusado ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua Comunidade Indígena é suficiente para isentá-lo de pena neste julgamento?’ Por sete votos, isto é, à unanimidade, os jurados responderam ‘sim’, reconheceram uma ‘causa supralegal de exclusão da culpabilidade’, e o acusado absolvido. Não houve recurso de ambas as partes, e a sentença transitou em julgado¹¹³.

Ambas decisões (principalmente a primeira) parecem acertadas; mais: extremamente de acordo com os preceitos trazidos por essa pesquisa, devendo servir de referência para a atual aplicação do direito indígena pela jurisdição comum e do artigo 57 do Estatuto do

¹¹³BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba, Juruá, 2005, p. 120.

Índio. As decisões, para além disso, demonstram a aceitação pelo Estado brasileiro da autonomia penal indígena.

CONCLUSÃO

Tentou-se, ao longo do texto, fazer as devidas conclusões para cada ponto, assumindo-se um necessário posicionamento com relação a tão densa temática. Assim, à guisa de conclusão, faz-se breve síntese dos resultados da pesquisa proposta.

Primeiramente, pôde-se notar que o tratamento dispensado ao índio no âmbito jurídico, é calcado por um ideal colonizador e tutelar. Ao longo da história do país, isso ficou marcado pelas legislações que havia, cujo paradigma de “civilizar” os índios estava muito presente. Esses aspectos foram formalmente superados pela Constituição de 1988; sem que, contudo, os resultados práticos apresentassem essa mudança paradigmática na legislação pátria.

De outra banda, percebe-se que a caracterização do índio deve se dar de duas maneiras: a primeira, estabelecida pelo Estatuto do índio, prioriza a autodeterminação do indivíduo; isto é: é índio quem se diz índio. No entanto, com a ratificação da Convenção 169 da OIT e com o desenvolvimento dogmático da matéria, tanto antropológica quanto jurídica, estabeleceu-se outro critério, qual seja o do reconhecimento por uma comunidade indígena.

A partir de uma leitura do pluralismo jurídico e do novo constitucionalismo latino-americano, entendeu-se haver uma guinada no direito da América Latina, sendo conferida maior relevância à autonomia dos povos originários, além de haver o objetivo de construir-se uma nação pluriétnica, sendo esse o contexto que a possibilidade de autonomia dos povos indígenas está inserida. Tratou-se, ademais, de refutar a ideia de que o processo penal é monopólio exclusivo do Estado, tendo em vista ser a cultura um critério limitador de sua aplicabilidade e a autonomia penal dos povos originários ser, no Brasil, uma exceção ao *iuspunidiendi* estatal.

Por uma leitura constitucional do artigo 57 do Estatuto do Índio, concluiu-se que há, no Brasil, uma permissão (o dispositivo fala em tolerância) para que as comunidades indígenas julguem e apliquem penas em questões penais atinentes a elas. Contudo, não se pode dizer que há uma jurisdição penal indígena, pois não há a força de uma decisão jurisdicional, tampouco as características necessárias para que haja a configuração daquilo

que se entende por jurisdição. Buscou-se, portanto, o conceito de autonomia em Carnelluti para definir o instituto criado pela norma do artigo 57 do Estatuto do Índio.

Entendeu-se, de igual maneira, que essa autonomia deve ser limitada e que esse controle deve se dar pela jurisdição estatal, sendo esse o escopo da atuação estatal. Essa limitação se dá pelo disposto na segunda parte do artigo 57, em que há proibição de penas degradantes e da pena de morte, bem como pela proteção dos direitos fundamentais na Constituição. Limitou-se, ainda, a aplicação desse exercício de autonomia apenas para quando todos os envolvidos são índios, excluindo-se os tipos penais com bem jurídico difuso, baseando-se em outros princípios constitucionais. Derradeiramente, apresentou-se três casos em que foi garantido o exercício de autonomia por parte das comunidades de povos originários, fazendo-se a necessária análise.

Tratou-se, nesse ensaio, de traçar linhas gerais a uma antiga norma do direito brasileiro, mas que recebeu pouca atenção da doutrina. Sabe-se que há muitos problemas envolvendo a temática que não foram aqui abordados, bem como um necessário aprofundamento antropológico do estudo. Acreditamos que a importância do presente trabalho reside em diversos pontos, seja na tentativa de dar maior atenção às comunidades indígenas e seus direitos, seja por uma ideia descolonizadora do direito, marca dos últimos movimentos no continente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BANIWA, Gersen dos Santos Luciano. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.
- BARATTA, Alessandro. *Principios de Derecho Penal Mínimo in Criminología y Sistema Penal* (Compilación *in memoriam*), p. 299-333. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba, Juruá, 2005.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do constitucionalismo no Brasil in Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*, n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007.
- BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**: parte geral. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973.
- BELTRÃO, Jane Felipe. *Povos Indígenas e Direitos Humanos: como desafio de antropólogos in Anais do XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)*. “Direito, Sociobiodiversidade e Soberania na Amazônia”, p. 3590-3607. Manaus: COONPEDI, 15 a 18 de novembro de 2006.
- BOLÍVIA. **Código de Procedimiento Penal de Bolivia**. Ley n. 1970. Promulgada em 25.03.99.
- BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05.09.1988.
- BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**: textos temáticos, v. 2. Brasília: CNV, 2014.
- BRASIL. Lei 6.001. **Estatuto do índio**. Promulgada em 19 de dezembro de 1973.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Outorgada em 17 de outubro de 1969.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Outorgada em 24 de janeiro de 1967 (revogada).

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 10 de novembro de 1937 (revogada).

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934 (revogada).

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (revogado).

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 24 de fevereiro de 1891 (revogada).

CARNELLUTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.A. editores, 1942.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. *No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é in* RICARDO, Beto; RICARDO, Fancy. **Povos Indígenas no Brasil: 2001-2005**, p. 41-49. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

CERVINI, Raul. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COBO, José Martínez. *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*. UN Doc E/CN.4/ Sub.2/1986/7.

COLAÇO, Thais Luzia. *El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas* in **Alegatos en Línea**, n. 87, p. 241-258. Cidade do México: UAM, 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. **Sentencia T-921/13**. Sala Séptima de Revisión da Corte Constitucional. Bogotá, 5 de dezembro de 2013.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Política indigenista no século XIX* in. **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

_____. **Os Direitos dos Índios: Ensaios e Documentos**. São Paulo, Brasiliense, 1987.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015.

DUARTE, Écio Oto Ramo; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2010.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. Publicada no Registro Oficial No. 449 20 de octubre de 2008.

EQUADOR. **Código de Procedimiento Penal**. Publicado em 30.01.00.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos* in **El otro derecho**, n. 30, p. 171-195. Bogotá: ILSA, 2004.

FALCÃO, Ismael Marinho. **O Estatuto do Índio comentado**. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1985 BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2011.

FAYET JÚNIOR, Ney; VARELA, Amanda Gualtieri. **A ação (penal) subsidiária da pública: das vantagens ou desvantagens da participação do ofendido na atividade jurídico-penal**. 3ª ed. Porto Alegre, EleganciaJuris, 2015

FLORES, Antonio Salcedo. *El neoconstitucionalismo en México* in **Alegatos en Línea**, n. 88, p. 507-530. Cidade do México: UAM, 2014.

FRAGOSO, Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GONZAGA, João Bernardino. *Direito penal dos Povos primitivos* in **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 68, n. 2, p. 168-19. São Paulo, Universidade de São Paulo, 1973

HOEKEMA, André. *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario* in **El Otro Derecho**, n. 26-27, p. 63-98. Bogotá: ILSA, 2002, p. 62.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Sistemas Penales y Derechos Humanos em America Latina** (Informe Final). ZAFFARONI, Eugenio Raul (coord.). Buenos Aires: Depalma, 1986.

INSTITUTO PANAMERICANO DE GEOGRAFIA Y HISTORIA. *El II Congreso Indigenista Interamericano* in **B.B.A.A. Boletín Bibliográfico De Antropología Americana**, vol. 12, nº 1, p. 16-23. Ciudad de Mexico: Instituto Panamericano de Geografía e Historia.

JIMENEZ, Agustín Grijlva Jiménez; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. *Coordinación entre justicias, ese desafío* in **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**, p. 11-48. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

JOBIM, Marco Felix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. *O exercício da tutela sobre os povos indígenas: considerações para o entendimento das políticas indigenistas no Brasil contemporâneo* in **Revista de Antropologia**, V. 55 Nº 2, p. 781-832. São Paulo: USP, 2012.

_____. *Sobre indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: considerações sobre a constituição do discurso e da prática da "proteção fraternal" no Brasil* in OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil**, p. 149-204. Rio de Janeiro: Marco Zero, Ed. UFRJ, 1987.

LOPES JR., Aury. **Um Processo Penal para quê(m)?** – Buscando o fundamento de sua existência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena: As invasões madeireiras e os povos Ashaninka.** Rio Branco: Edufac, 2009.

MANTINO, Marcia. *As Guerras Justas e a escravidão indígena em Minas Gerais nos séculos XVIII e XIX* in **Varia história**, Belo Horizonte, v. 22, n. 35, p. 189-206, Junho 2006.

MARCOS, Rui de Figueiredo. **História do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARTINS, Fernanda Santa Roza Ayala. **O serviço de proteção ao índio e localização de trabalhadores nacionais e a política agrária na Primeira República: grupos agrários, projetos e disputas no Maranhão (1910-1918),** 2012.

MÉXICO. **Altera o artigo 2º da Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Decreto publicado no Diário Oficial de la Federación Mexicana de 14.08.01.

MOREIRA, Vânia Maria Losada. *Terras indígenas do Espírito Santo sob o regime territorial de 1850* in **Revista Brasileira de História**, vol. 22, nº 43, p. 153-169. São Paulo, 2002.

MTZ, Éli Rodrigues. *La jurisdicción indígena en el ordenamiento jurídico mexicano in Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 34, p. 141-158. Cidade do México: UIA, 2004.

OAXACA. **Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del estado de Oaxaca.** Lei publicada no Extra del Periódico Oficial del Estado de Oaxaca de 19.06.98 e com reformas publicadas pelo Periódico Oficial do Estado de Oaxaca em 15.11.01.

OLIVEIRA, Assis da Costa. *O Júri Indígena e as “inovações descoloniais”* in **Boletim do IBCCRIM**. Ano 23, nº 76, p. 11-12. IBCCRIM, novembro de 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais de 07 de junho de 1989.

OSORIO, Martín Bazurco; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. *Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad* in **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**, p. 49-146. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

PERRONE-MOISÉS. *Índios Livres e Índios escravos: os princípios da legislação indigenistas no Período Colônial* in CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **História dos Índios no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PERU. **Constitución Política de Peru.** Promulgada em 29.12.93.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946:** artigos 157-218. São Paulo: Maxis Limonad, 1953.

QUIJANO, Aníbal. *“Raza”, “etnia” y “nación” en Mariátegui: cuestiones abiertas in Cuestiones y Horizontes: De la Dependencia Histórico-Estructural a la Colonialidad/Descolonialidad del Poder.* Buenos Aires: CLACSO, 2014.

_____. *Colonialidad el Poder y Clasificación Social* in CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón (orgs.). **El Giro Decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.

_____. **Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina** in LANDER, Edgardo (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2000.

REALE, Miguel. *Conceito de cultura: seus temas fundamentais* in **Paradigmas da cultura contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1981.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio: tratamento jurídico penal**. Curitiba, 2011.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 228-229

RICARDO, Carlos Alberto. *Os “índios” e a sociodiversidade nativa contemporânea no Brasil* in SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, LuisDnoizete Benzi (orgs.). **A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus**, p. 29-56. Brasília: MEC/MARI/UNESCO, 1995.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Cuando lo excluido tiene Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad* in **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**, p. 11-48. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**, 2009. Disponível em <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>>, último acesso em 09.11.2015.

THOMPSON FLORES, Carlos Pereira. **A tutela penal do stalking**. Porto Alegre, Elegancia Juris, 2014.

VENEZUELA. **Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela**. Promulgada em 30.12.99.

VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Rubén. *Fundamento Teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* in **Estudios Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Valencia: Eds., Tirant Lo Blanch, 2012.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAVICENCIO, Victor Modesto. *El derecho penal de los incas* in **Revista de Derecho Penal**, ano II, n. 1, p 21-45. Buenos Aires: Ediar, 1946.

WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina in **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst**, p. 143-155. Curitiba: ABDConst, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.