

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL - PUCRS  
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO

ANDRÉ DA ROCHA FERREIRA

**A CONCESSÃO DE AUTONOMIA PENAL ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS: APLICABILIDADE CONSTITUCIONAL DO  
ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO**

Porto Alegre  
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL - PUCRS  
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO**

**ANDRÉ DA ROCHA FERREIRA**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**A CONCESSÃO DE AUTONOMIA PENAL ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS:  
APLICABILIDADE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO  
ÍNDIO**

**PORTO ALEGRE  
2017**

**ANDRÉ DA ROCHA FERREIRA**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**A CONCESSÃO DE AUTONOMIA PENAL ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS:  
APLICABILIDADE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de mestre em Ciências Criminais no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul — PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha

**PORTO ALEGRE  
2017**

**ANDRÉ DA ROCHA FERREIRA**

**A CONCESSÃO DE AUTONOMIA PENAL ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS:  
APLICABILIDADE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO**

Dissertação apresentada como requisito para a  
obtenção do grau de mestre em Ciências  
Criminais no Programa de Pós-Graduação em  
Ciências Criminais da Pontifícia Universidade  
Católica do Rio Grande do Sul — PUCRS.

Aprovada em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha

---

Profa. Dr. Marcos Flávio Rolim

---

Prof. Dr. Ney Fayet Júnior

**PORTO ALEGRE  
2017**

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.

*“O ser-humano, tal como imaginamos, não existe”*

Nelson Rodrigues

## 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. No segundo capítulo, buscou-se demonstrar que os sistemas jurídicos nacionais tiveram como marca o tratamento colonialista e tutelar dos povos originários, além de se fazer uma análise da maneira com que o sistema socioeconômico influenciou para o etnocídio dos povos originários. No último 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. 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. Ao final do capítulo, ainda, faz-se uma análise de dois 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, a los 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. En el segundo capítulo, lo intento fue de demostrar que los sistemas jurídicos nacionales tuvieron como característica un tratamiento colonialista y tutelar de los pueblos originarios, además de analizarse la manera con que el sistema socioeconómico tuvo un rollo en el etnocidio de los pueblos originarios, trabajando-se, de igual manera, con conceptos de multiculturalismo. En el último 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. 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. En el final del capítulo dos casos jurídicos acerca del tema fueron analizados.

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



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1. O DIREITO E A SUA RELAÇÃO COM OS POVOS INDÍGENAS: LINHAS GERAIS E HISTÓRICAS</b> .....	15
1.1. MUDANÇAS HISTÓRICO-LEGISLATIVAS NO DIREITO INDIGENISTA BRASILEIRO.....	16
1.1.1. Brasil-Colônia: ambiguidade legislativa.....	16
1.1.2. Brasil Imperial: manutenção da ambiguidade .....	19
1.1.3. O direito indigenista durante a República .....	22
1.2. OS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO.....	30
1.2.1. A superação do ideal integracionista .....	32
1.2.2. Quem é o índio para o direito brasileiro? Critérios de definição.....	34
<b>2. NOTAS DE ANTROPOLOGIA E SOCIOLOGIA: UMA COMPREENSÃO PARA ALÉM DO DISCURSO JURÍDICO</b> .....	43
2.1. PODER TUTELAR: A RELAÇÃO ENTRE OS POVOS ORIGINÁRIOS E O ESTADO 44	
2.2. O PARADIGMA DO DESENVOLVIMENTO E COLONIALIDADE DO PODER.....	48
2.1.1. Colonialidade do poder. ....	49
2.2.2. Etnocídio dos povos originários, paradigma do desenvolvimento e o multiculturalismo oficial: o extermínio cultural dos povos originários pelo capital.....	52
<b>3. AUTONOMIA PENAL DOS POVOS INDÍGENAS: ANÁLISE DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO.</b> .....	61
3.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UMA DELIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PENAL DOS POVOS ORIGINÁRIOS .....	64
3.1.1. O pluralismo jurídico, neoconstitucionalismo latino-americano e as jurisdições indígenas do continente.....	65
3.1.2. Jurisdição ou autonomia? .....	79
3.1.3. A cultura como limitadora da persecução penal. ....	82
3.1.4. As razões de se limitar a autonomia penal conferida às comunidades indígenas...90	
3.1.5. A leitura constitucional do artigo 57 e a mínima intervenção penal.....	93

3.2. ESTUDOS DE CASO A PARTIR DA LEITURA CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO.....	97
<b>3.2.1. Disputa política em aldeia Kaingang no norte do Rio Grande do Sul (caso em que houve análise da sanção imposta por liderança indígena a um dos membros da comunidade).....</b>	<b>99</b>
<b>3.2.2. Homicídio em território indígena e a utilização do princípio do (non) bis in idem (caso em que houve proibição de que o indígena, já julgado e sancionado pela sua comunidade, fosse processado pelo Estado).....</b>	<b>115</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>127</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>130</b>

## INTRODUÇÃO

A pesquisa ora apresentada, propõe-se a realizar um estudo sobre a autonomia de comunidades indígenas para o julgamento e aplicação de sanções em questões de caráter criminal (aos olhos do direito legislado brasileiro). Parte-se para tanto, do previsto pelo artigo 57 do Estatuto do Índio, objetivando-se encontrar, ao final do trabalho, uma leitura constitucional do dispositivo.

Nesta senda, a importância da pesquisa se dá em uma tentativa de compreender os limites da atuação estatal em situações penalmente puníveis havidas no âmbito de comunidades indígenas e a maneira com que o direito estatal se relaciona com os regramentos sociais dessas comunidades. Face a esse problema, o trabalho busca uma análise na legislação, na Constituição Federal e em tratados internacionais para compreender os paradigmas que revestem a interpretação do instituto a ser estudado. Ainda, busca uma análise crítica do papel do direito na relação entre os povos indígenas e as sociedades ocidentais, com um capítulo dedicado à leitura sociológica e antropológica da questão.

Desde um ponto de vista histórico, e alicerçado pela lógica de um direito ocidental, a análise jurídica dos povos originários se fez necessária a partir 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 com as ações de povos indígenas, mas dos 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.

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. 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 uma autonomia para resolução de conflitos em âmbito penal (sobre o qual versa este estudo) e o da possível inimizabilidade do

índio (art. 26 do Código Penal) frente a uma persecução penal exercida pelo Estado brasileiro. Dentro desta ampla discussão, delimita-se a pesquisa na análise da existência de uma autonomia penal das comunidades indígenas através de uma leitura da Constituição Federal, legislação infraconstitucional e tratados internacionais que o Brasil é signatário. É certo que não é possível realizar uma pesquisa direcionada tão somente para o direito, tendo em vista que a questão suscitada demanda classificações da antropologia e da sociologia para que se compreenda o relacionamento entre o Estado e as comunidades originárias.

Para além da pesquisa propriamente dita, o trabalho tem como intuito rumar a uma nova cultura de processo penal, em que haja, uma superação de paradigmas, com uma “necessidade de rompimentos, concessões e cortes importantes, nos planos das situações objetivas concretizadas e dos sujeitos encarregados de limitar a intervenção punitiva e de garantir a aplicação do devido processo constitucional e humanitário”.<sup>1</sup> Essa leitura constitucional, no estudo, dar-se-ia através de uma leitura neoconstitucional do processo penal, calcando-se na ideia de que essa corrente doutrinária, tipicamente latino-americana, dá conta do pluralismo jurídico e da visão necessária para compreender-se o instituto a ser estudado.

Não se olvida, ainda, o apontamento de que se trata de uma equivocada generalização de considerar como um todo homogêneo os povos originários que habitam o território nacional. Por óbvio, não se desconhece as inúmeras culturas e a pluriétnica 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 indígenas e que os afastam da população não indígena<sup>2</sup> para, a partir daí, traçar a relação destas populações com o direito brasileiro.

---

<sup>1</sup> GIACOMOLLI, Nereu. **O Devido Processo Penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 13.

<sup>2</sup> 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” (2006, p. 27).

Para levar a cabo essa tarefa, o presente trabalho se dividirá em três diferentes capítulos. No primeiro, abordaremos o caminho histórico do tratamento relegado ao índio pelo direito brasileiro de forma mais genérica. Partir-se-á das primeiras regulações referentes aos povos originários, ainda durante o período colonial, chegando-se até o momento imediatamente anterior à promulgação da Constituição Federal (cuja análise se dará em ponto apartado do capítulo 3).

No segundo capítulo, nos dedicaremos a abordar, sem grandes aprofundamentos, os aspectos sociológicos e antropológicos envolvidos na relação das sociedades ocidentais e os povos indígenas. Essa leitura é inevitável no presente trabalho, pois qualquer estudo que se proponha a compreender os mecanismos que compõem a atuação jurídica em determinado ponto deve ir além de uma análise legislativa ou jurisprudencial, a duas pois não há como retratar a necessidade da pesquisa sem compreender a conjuntura social que envolve a temática.

No capítulo final, organizou-se o arcabouço jurídico que envolve a leitura constitucional da autonomia penal indígena. Primeiro, tratamos do pluralismo jurídico, seus reflexos nas novas constituições da América Latina, o chamado neconstitucionalismo latino-americano, além de fazer um recorrido por outros países do continente para se compreender como se trata a questão na realidade similar da região de colonização espanhola.

Após, organizaram-se dois pontos: um que visa a dar a legitimidade ao instituto estudado por meio de uma leitura cultural do processo penal e um segundo que tem por estabelecer os limites dessa autonomia, com base na ideia de um multiculturalismo integrador, o qual busca um diálogo entre as culturas conflitantes. Assim, tratou-se de balizar de que modo o Poder Judiciário deve realizar o controle da autonomia que é conferida aos ameríndios.

Finalmente, traz-se, qualitativamente, duas decisões de segundo grau de tribunais pátrios que, de algum modo, versaram sobre o tema. Em uma, foram penalizados indígenas que aplicaram sanções de acordo com as suas culturas, já na segunda, uma denúncia não foi recebida tendo em vista julgamento prévio de comunidade indígena.

O método de abordagem da pesquisa será o dialético, realizando um cotejo entre as doutrinas do neoconstitucionalismo e do processo penal, fazendo uma aproximação entre ambos microsistemas. Pelo caráter complexo do fenômeno sobre o qual se empreenderá o estudo, torna-se imprescindível, para tanto, também uma abordagem sócio-antropológica do problema; pretendendo-se, dessa maneira, a construção de uma abordagem interdisciplinar.

## 1. O DIREITO E A SUA RELAÇÃO COM OS POVOS INDÍGENAS: LINHAS GERAIS E HISTÓRICAS

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.<sup>3</sup>

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, no que se refere aos povos e comunidades originárias, havidas desde o período do Brasil Colônia até os dias de hoje. Primeiramente, é necessário compreender que a construção daquilo que à 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.<sup>4</sup>

Nesse primeiro capítulo do trabalho, haverá uma notícia histórica fazendo alusão às maneiras como o ordenamento jurídico pátrio lidou com a situação das comunidades originárias até a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como uma proposta de “classificação” e “categorização”<sup>5</sup> do índio a partir dos *standards* principiológicos e legais do direito brasileiro. Mais adiante, especificamente no capítulo 3, retomar-se-ão os debates que culminaram no atual estado da arte do direito indigenista (ainda que ainda haja uma dissonância entre as teorias, as normas e a sua real aplicação).

---

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

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

<sup>5</sup> A pesquisa não ignora de modo algum os problemas e os desafios dessa tentativa de delimitação do indivíduo como “indígena” e “não indígena”, bem como a enorme discussão antropológica que serve como pano de fundo para delimitações jurídicas. No entanto, para a presente pesquisa é fundamental que se realize alguma distinção e uma tomada de posição, sob o risco de que haja um esvaziamento do próprio objeto pesquisado.

## 1.1. 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 e depois como Estado-nação, com o objetivo de se compreender a maneira como o direito brasileiro encarou o índio ao longo dos anos.

### 1.1.1. Brasil-Colônia: ambiguidade legislativa.

No que tange à produção legal deste período, havia inúmeros textos legais que se reportavam aos índios; sem, contudo, que fosse prioridade o seu tratamento como um sujeito de direitos. Trata-se, em verdade, de tarefa conturbada analisar o compilado de normas produzido à época, pois a Coroa Portuguesa criou, frente ao imenso território e à 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 das colônias espanholas. 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 entretecido 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.<sup>6</sup>

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 um traço em comum 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 legislação<sup>7</sup>

Essas contradições se refletiam, mormente, na relação entre os colonos e as diferentes comunidades de índios existentes nos territórios nacionais a serem desbravados. De acordo com Beatriz Perrone-Mosiés<sup>8</sup>, havia duas linhas de política voltadas para os índios: uma para os que eram mais receptivos e estavam aldeados e outra para os considerados

---

<sup>6</sup> MARCOS, Rui de Figueiredo. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 51.

<sup>7</sup> MACEDO, Marcos Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena**: As invasões madeireiras e os povos Ashinka. Rio Branco: Edufac, 2009, p. 95.

<sup>8</sup> 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.

inimigos, mais resistentes à ocupação portuguesa. Esse tinham como destino a escravidão ou o extermínio, que era levado a cabo pelas chamadas guerras justas:

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 moralidade, suas práticas canibais e os casos de ataques que faziam à sociedade estabelecida.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> 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.

A partir da nomeação do Marquês de Pombal como Primeiro-Ministro da colônia, contudo, há uma reversão das chamadas guerras justas para uma política integracionista. Já em 1755, então, é promulgada uma legislação que tinha como escopo diminuir a violência física praticada contra os povos originários. A ideia dessa legislação era 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.<sup>10</sup>

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 brancos ou à catequização eram severamente perseguidos pelas chamadas guerras justas. Ao fim e ao cabo, o que havia era uma contradição legislativa marcante, que teve continuidade durante o período do Brasil Império.

### **1.1.2. 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 ocorreria. Deste modo, a “problemática” 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.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena**. op cit., p. 101.

<sup>11</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX in **História dos índios no Brasil**, São Paulo: Companhia das Letras, 1992., p. 134.

Assim, os índios seguiram a ser divididos entre aqueles considerados “bravos” e os “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 índios<sup>12</sup>. Com relação aos índios considerados domesticados, havia uma espécie de assimilação e aceitação; sem que eles 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 parcialmente preenchido pelas decisões das Assembleias Provinciais. Esta situação se reverte 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 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’. [...] a Lei de Terras e seus Regulamentos deram suporte ao Regulamento das

---

<sup>12</sup> 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.

Missões, de 1845, que previa a criação de aldeias e missões para assentar os índios 'selvagens'<sup>13</sup>.

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.<sup>14</sup>

Percebe-se, portanto, que os povos originários passam, no período do Império, por uma tentativa integracionista (que, como se verá, irá perdurar ao longo dos anos) e por uma severa perda territorial. É de se destacar, contudo, que os índios considerados domesticados gozavam de mínimos direitos. Se de um lado havia previsões legais que garantiam diversos direitos, inclusive territoriais, aos povos indígenas com quem o convívio era um pouco mais pacífico, de outro, a situação era de usurpação de territórios de etnias que combatiam a presença alienígena dos portugueses, tudo marcado por uma forte redução da cultura dos povos originários na busca de uma realidade totalizadora do Império.

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 102-103.

### 1.1.3. 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, tratado aqui apenas como o período entre a promulgação da República e a Constituição Federal de 1988; retirando-se, portanto, as subclassificações utilizadas pelos historiadores na divisão do mesmo interregno, 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 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. Marcos Vinicius Aguiar afirma, 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 situados<sup>15</sup>.

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 isso 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”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 24 de fevereiro de 1891 (revogada).

<sup>16</sup> MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena**. op cit., p. 108.

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 o de integrar o território nacional e de criar mão-de-obra reserva para uma república com uma alta produção agrícola. Por essa razão, o SPILTN estava vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC). Destaca-se, portanto, um trecho dos relatórios sobre os trabalhos do SPILTN que diz respeito às políticas voltadas aos índios, de tendência integracionista:

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 estrangeiro<sup>17</sup>.

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, o que provocou um afastamento da influência da Igreja Católica sobre as comunidades originárias, evitando-se os processos de catequização pela ação estatal.

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, à época, o coronel Cândido Mariano da Silva Rondon, cujos trabalhos em Comissões de Linhas Telegráficas lhe deram 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.

---

<sup>17</sup> 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.

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 brasileira<sup>18</sup>.

No ano de 1916, foi promulgado o Código Civil, que tratava os índios de acordo com os preceitos do “poder tutelar”, explicado no segundo capítulo dessa pesquisa. Na visão do legislador, os índios eram cidadãos dignos de uma tutela por parte do Estado de acordo com seu grau de integração: quanto menos adaptados à sociedade brasileira, mais necessidade de uma tutela havia. Inclusive, os ameríndios eram 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 adaptação<sup>19</sup>.

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,

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (revogado).



será a primeira vez em que as organizações indígenas começam a ser respeitadas, assim como as suas terras e o direito de cultivarem 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.<sup>20</sup>

De fato, o poder tutelar do Estado sobre as populações indígenas acarreta na restrição de diversos direitos e, em uma 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, no reconhecimento de direitos indigenistas em um período histórico no qual a Constituição vigente sequer os mencionava.

O mesmo não se pode dizer da Constituição de 1934. A partir da sua edição, os índios — pela primeira vez — são constitucionalmente reconhecidos em sua 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 — e apenas formalmente — com a atual Constituição, conforme se verá adiante. Portanto, restringiremos a análise, nesse ponto, às relações constitucionais com os territórios indígenas, o que se dá por dois motivos: essas eram as únicas previsões acerca dos índios e, ademais, a análise das normas demonstra as ideologias vigentes àquele tempo. Passa-se, assim, 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-las<sup>21</sup>.

Percebe-se que justamente este artigo, evita o fenômeno ocorrido quando da promulgação da Constituição de 1891: as terras ocupadas pelas populações indígenas são de posse dessas e não fazem parte do conjunto territorial devoluto, artifício utilizado para usurpar grandes porções territoriais indígenas. Essa posição, a mais disso, viria a ser confirmada, dois

---

<sup>20</sup> MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena**. op cit., p. 112.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 16 de julho de 1934 (revogada).

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 na 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 estabelece que “será respeitada aos silvícolas a posse de terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”<sup>22</sup>. Esse o comentário de Pontes de Miranda em relação ao 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 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.<sup>23</sup>

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”<sup>24</sup>) garante, para além da posse das terras, o usufruto dos recursos naturais nelas contidos. Este artigo, apesar disso, 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 êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o

---

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 10 de novembro de 1937 (revogada).

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**: artigos 157-218. São Paulo: Maxis Limonad, 1953, p. 335.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Outorgada em 24 de janeiro de 1967 (revogada).

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.<sup>25</sup>

Este dispositivo legal 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 respeito dessas previsões legais, 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 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,<sup>5</sup> mas, a essa altura, estava estabelecida a invasão, uma vez que as terras já tinham sido loteadas (Ribeiro, 1962, pp. 108-112).<sup>6</sup> 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

---

<sup>25</sup> 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.

Avá- Canoeiro no Araguaia e os sucessivos massacres dos Cinta Larga no Mato Grosso, relatados neste texto.<sup>26</sup>

Prossegue o relatório sobre as 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 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 pretendida<sup>27</sup>.

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, que trouxe 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

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**: textos temáticos, v. 2. Brasília: CNV, 2014, p. 207-206.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 209.

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.<sup>28</sup>

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 importância na contenção de uma série de violações dos direitos dos índios, bem como sua relevância histórica. Sabe-se que essas violações não cessaram, mas significativas alterações e reconhecimento dos direitos indígenas, alcançados ao longo dos anos, garantiram que elas diminuíssem, além de fornecerem ferramentas institucionais aos povos originários de se defenderem de agressões de particulares ou do próprio Estado.

Até aqui, o que se demonstrou foi a prevalência dos paradigmas integracionistas (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, bem como busca delimitar a noção de quem são os indivíduos pertencentes a esses povos.

---

<sup>28</sup> FALCÃO, Ismael Marinho. **O Estatuto do Índio comentado**. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1985, p., 14.

## 1.2. 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, muito além de tratar única e exclusivamente de direitos territoriais, reconheceu a existência de uma pluriétnicidade 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 bens<sup>29</sup>.

Com isso, finalmente, 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, conseqüentemente, obriga que haja uma interpretação constitucional 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 integração e, finalmente, tenta<sup>30</sup> a Constituição promover uma política de reconhecimento e de expansão de direitos e garantias dos índios. Desse modo:

---

<sup>29</sup> BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05.09.1988.

<sup>30</sup> 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 destas 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 Osvaldo Cruz, foram detectados anticorpos anti-rotavírus

[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.<sup>31</sup>

Tamanha a importância da Constituição brasileira para o desenvolvimento do direito indigenista, que serviu de inspiração para diversas outras constituições latino-americanas que vieram posteriormente (Colômbia, 1991; México e Paraguai, 1992; e Bolívia, 1994)<sup>32</sup>. No entanto, não há como deixar de se fazer, uma vez mais, a crítica de que — 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.

A bem da verdade é que a Constituição Federal reconhece a existência de grupos sociais cuja cosmovisão difere totalmente da maior parte da sociedade brasileira, mas este

---

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).

<sup>31</sup> BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 104.

<sup>32</sup> SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**, op. cit., p. 45.

reconhecimento não impede que a guerra, iniciada com a chegada dos portugueses, prossiga até hoje. Desde uma realidade urbana, a utilização do termo “guerra” parece destemperada e fora de lugar; contudo, para os povos que tentam a manutenção de seu meio de vida, é justamente essa a expressão a que melhor descreve a situação.

### **1.2.1. 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.<sup>33</sup>

Esta parece ser a interpretação no Supremo Tribunal Federal. Veja-se, por exemplo, o seguinte entendimento:

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 Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 30.9.2014).

No entanto, quando as cortes pátrias enfrentam a questão do tratamento jurídico-penal dado ao indígena, que será melhor abordado no capítulo 3, principalmente no que tange à imputabilidade penal, parece-nos que a política integracionista ainda está fortemente arraigada à cultura jurídica nacional. Paradigmática, neste sentido, a seguinte decisão:

---

<sup>33</sup> MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena**, op. cit., p. 118.



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 pode depreender da leitura da ementa, a decisão negou a garantia prevista pelo artigo 56<sup>34</sup> 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 parâmetros

---

<sup>34</sup> “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.

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

### 1.2.2. 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 esse, talvez, um dos principais conceitos a serem debatidos pelo direito indigenista, bem como um dos de mais difíceis definição. 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.<sup>35</sup>

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 civilmilitar, 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, se configurou 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 de ocupação

---

<sup>35</sup> 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.

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’.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> 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.

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.

#### *1.2.2.1. 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 (o que será abordado no próximo capítulo), o que evidencia uma visão colonizadora frente à questão; busca-se, em realidade, diferenciar os europeus do restante.

#### *1.2.2.2. 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 a pós-colonização. Sem embargo, este método está, via de regra, associado a uma noção de culturalização, ou seja, de que os índios estariam caminhando 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.

#### *1.2.2.3. Critério da auto-identificação étnica.*

Este critério surge como uma contraposição às outras definições, tidas como colonizadoras. Parte do conceito de uma consciência individual da condição étnica, é dizer: a

identificação de alguém como índio seria, nada mais, do que um exercício individual de autoreconhecimento. Essa definição surge, pela primeira vez, no ano de 1949, no II Congresso Indigenista Interamericano com as 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.<sup>37</sup>

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

[a]quela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptación 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.<sup>38</sup>

Desde um ponto de vista de respeito ao indivíduo, o critério da autodeterminação é importante, pois confere um papel de destaque ao ameríndio. Esse protagonismo auxilia na diminuição de imposições colonialistas nas políticas indigenistas. Porém, 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, faz-se a crítica — principalmente nas escolas mais recentes da antropologia indigenista brasileira — de que o “ser-índio” está extremamente relacionado com o pertencimento a uma comunidade indígena.

---

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> RIBEIRO, Darcy *apud* Mellati, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007, p. 37.

#### 1.2.2.4. Critério do reconhecimento pela comunidade.

Finalmente, o último critério aqui referido (há, seguramente, outros não elencados por não se tratar do foco dessa pesquisa) é o do reconhecimento por parte de uma comunidade indígena<sup>39</sup>. Perceba-se que, este *standard* opta por categorizar o indivíduo como sendo índio a partir da ideia de pertencimento de um coletivo. Viveiros de Castro assim define:

‘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

---

<sup>39</sup> 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.

envolvente), bem como de definir suas modalidades próprias de reprodução simbólica e material.<sup>40</sup>

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, essa 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 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<sup>41</sup>.*

Essa maneira de definir o índio reconhece a pluriétnicidade e leva a questão para um ponto mais próximo do que esta pesquisa pretende: perceber 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 dos próprios povos originários.

---

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> MARTINEZ COBO, José Martínez. *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*. UN Doc E/CN.4/ Sub.2/1986/7, par. 379-382. Em tradução livre: Comunidades indígenas, povos e nações são aqueles que, tendo uma continuidade histórica com sociedades que se desenvolveram em seus territórios previamente à invasão e à colonização, consideram-se distintas de outros setores da sociedade agora predominante nesses territórios ou em parte deles. Elas formam, atualmente, setores da sociedade não-dominantes e estão determinados a preservar, desenvolver e transmitir para as futuras gerações os seus territórios ancestrais e a sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em consonância com os seus próprios padrões culturais, instituições sociais e sistemas legais.

#### 1.2.2.5. 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 a leitura histórica destas.

O primeiro dispositivo que deve ser levado em consideração é o artigo 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 nacional<sup>42</sup>.

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 autodeterminação étnica e que o conceito de comunidade parte danoção de um 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 júízo:

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em júízo 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:

---

<sup>42</sup> BRASIL. Lei 6.001. **Estatuto do índio**. Promulgada em 19 de dezembro de 1973.



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)).<sup>43</sup>

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 fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. 3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional<sup>44</sup>.

Cabe ressaltar que há diversos pontos comuns entre a previsão legal do Estatuto do Índio e a da Convenção 169 da OIT, tais como o grande valor dado à pluriétnicidade e aos valores culturais a serem conservados. Isso não ocorre a partir de uma catalogação de diversos atributos tradicionais— como uma lista de elementos que caracterizaria uma comunidade —, mas com “a consciência de sua identidade indígena ou tribal”.

---

<sup>43</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e Povos Indígenas**, op. cit., p. 33.

<sup>44</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais de 07 de junho de 1989.

O maior ponto de oposição entre o Estatuto e a Convenção é a exigência. A Convenção exige o reconhecimento de uma comunidade indígena para que o indivíduo seja considerado como parte dela. Já o Estatuto do Índio, silencia sobre o reconhecimento e dá grande importância à autoidentificação.

Convém, portanto, analisar como a Convenção trata da autoidentificação 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 autoidentificação critério obrigatório para o reconhecimento do indígena. Ocorre que, complementarmente à autoidentificação, há a necessidade do reconhecimento de um povo originário.

Ora, o Estatuto do Índio não faz qualquer restrição ao reconhecimento pela comunidade como sendo algo 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 proveram novos requisitos para a determinação de quem é índio ou não, requisitos esses totalmente ligados com a autodeterminação dos povos indígenas.

## 2. NOTAS DE ANTROPOLOGIA E SOCIOLOGIA: UMA COMPREENSÃO PARA ALÉM DO DISCURSO JURÍDICO

*“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.

A investigação que aqui se apresenta segue os contornos de uma pesquisa com viés jurídico: no primeiro capítulo, apresentamos uma notícia histórica das legislações indigenistas, bem como de um critério, com fundamento jurídico, para a determinação de quem deve ser considerado como integrante de uma comunidade originária; no terceiro capítulo, estudaremos as possibilidades da autonomia indígena a partir de uma leitura constitucional do artigo 57 do Estatuto do Índio. No entanto, nos parece que qualquer análise de um fenômeno jurídico, que vai em busca de respostas que fogem à mera análise normativa, deve perpassar por outras ciências que estudam o mesmo objeto a partir de um referencial absolutamente diverso.

Neste trabalho, temos que um diálogo com as áreas da Antropologia e da Sociologia é imprescindível, mesmo que com limitações metodológicas. A leitura antropológica tem como objetivo entender as formas com que o estado lida com a situação indígena, além de tentar demonstrar a juridicidade (a partir de normas sociais já estabelecidas) das comunidades originárias. Com relação à Sociologia, o intento será o de compreender a relação entre a estrutura do estado burguês, bem como de seu sistema econômico e a destruição massiva das culturas originárias.

## 2.1. PODER TUTELAR: A RELAÇÃO ENTRE OS POVOS ORIGINÁRIOS E O ESTADO

Seguramente, uma análise antropológica do problema proposto por este trabalho demandaria não apenas uma revisão bibliográfica ou estudos de caso restritos aos processos judiciais. Necessários seriam estudos de campo com o intuito de compreender a situação a partir de uma visão o quanto mais aproximada possível da situação dos atores envolvidos, tanto pela percepção das comunidades indígenas quanto dos representantes do Poder Judiciário. Nessa direção, são notáveis as diferenças existentes entre as perspectivas do Direito e da Antropologia em relação aos objetos de estudo. O primeiro fator a ser levado em consideração é que Antropologia e Direito detêm óticas diversas no que diz respeito aos direitos e à própria concepção da vida em sociedade, havendo divergências conceituais que dificultam o diálogo entre as duas disciplinas. Além disso, a Antropologia tem por objetivo a produção de estudos empíricos cujos objetivos são de compreensão e reconhecimento da maneira de viver dos objetos de estudos, enquanto o Direito tem estudos que são, via de regra, normativos, demandando expectativa de comportamentos pré-definidos pela legislação.

Contudo, os estudos normativos não conseguem dar conta da complexidade da sociedade brasileira, que tem como forte característica um distanciamento entre o Estado e a sociedade, com normas e doutrinas jurídicas que não se alinham às práticas diárias dos cidadãos. Os juristas têm, ademais, uma grande dificuldade de realizar aberturas interpretativas, principalmente no que tange a estudos antropológicos que fogem do “dever-ser” almejado pelo direito. Por essa razão é que se pode afirmar que

[a] preocupação compartilhada pelas duas disciplinas em articular o geral com o particular sugere uma identidade de propósitos apenas aparente (Geertz, 1981). Importam aqui os pontos de partida de cada uma delas no exercício de articulação. Enquanto o jurista privilegia o exame de princípios gerais para avaliar aqueles que melhor iluminam a causa em questão, de modo a viabilizar uma solução imparcial, ou seja, não arbitrária, o antropólogo procura esmiuçar os sentidos das práticas e dos saberes locais, indagando se a singularidade da situação etnográfica pesquisada tem algo a nos dizer sobre o universal, em favor de uma interpretação não etnocêntrica e, portanto, também não arbitrária. É evidente que as duas orientações não se contradizem e podem ser acionadas de forma complementar, mas as diferenças de perspectiva mencionadas acima e aquelas entre os respectivos *ethoi* das disciplinas não facilitam o diálogo. À proporção que o jurista está preocupado em evitar arbitrariedades no plano da decisão, razão pela qual rejeita a parcialidade, o antropólogo não admite arbitrariedades no plano da

compreensão, e por isso refuta o etnocentrismo. Embora nenhuma das duas formas de arbitrariedade seja aceita por ambas as disciplinas, as diferenças de sensibilidade que incidem sobre cada uma delas são muito acentuadas, assim como a ignorância de parte a parte sobre os mecanismos de defesa contra as respectivas modalidades de arbitrariedade não colabora para uma atuação mais articulada entre os profissionais formados nas duas áreas.<sup>45</sup>

Objetivamente, o que se busca não é conferir, ao presente trabalho, uma ótica totalmente antropológica, senão uma tentativa de diálogo, a qual se dá aqui com algumas breves análises provindas da antropologia.

Vale ressaltar, que mesmo que esse trabalho não se aprofundeneste olhar antropológico, os pressupostos teóricos que permitem a presente abordagem jurídica que, intenta uma fuga do comum, estão embasados em trabalhos de antropólogos, em grande medida latino-americanos, cujos estudos merecem referência, ainda que minimamente. Para tal, buscamos uma classificação que dê conta da maneira com que o Estado brasileiro atua frente aos povos originários.

O termo “poder tutelar” surge pela primeira vez na literatura da antropologia brasileira através da tese de doutorado de Antonio Carlos de Souza Lima, posteriormente publicada sinteticamente em forma de livro, sob o título “Um Grande Cerco de Paz”. Basicamente, trata-se de uma obra que estuda as relações entre o Estado e os povos originários do Brasil, relação essa que, de acordo com o autor, estão instituídas desde a chegada dos colonizadores portugueses.

A obra, dividida em quatro partes, apresenta, na sua primeira parte, o conceito de guerras de conquista e o de poder tutelar onde é montada a teoria que dá sustentação à pesquisa, cujo principal objetivo nos parece ser o estudo do estabelecimento da conquista entre os seus agentes e as populações nativas. Para isso, o autor realiza estudo das práticas do SPI (Serviço de Proteção ao Índio)

Por guerra de conquista, o autor entende que essa “é sempre realizada por uma organização militar e controlada pela administração de estado com maior grau de dependência

---

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de *et al.* Apresentação in **Antropologia e direito** : temas antropológicos para estudos jurídicos. Org. Antonio Carlos de Souza Lima. Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / LACED / Nova Letra, 2012, p. 11-12.

funcional entre suas partes, face a povos que lhe são outros, cujo destino, na relação oriunda do conflito pode oscilar entre aniquilamento ou plena absorção”.<sup>46</sup> A maneira com que se desenvolvem essas guerras de conquistas é que irá assentar as bases do poder tutelar, cujo conteúdo étnico é inegável.

Da caracterização de poder tutelar, pode-se inferir o exercício de um poder estatal direcionado a determinados segmentos sociais, identificados como sendo relativamente incapazes de exercer plenamente a vida em sociedade. Tal tutela está direcionada a determinados espaços (sejam eles geográficos ou sociais, entre outros), estando fortemente presente a concepção 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”. 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, túbio 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<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> LIMA, Antônio Carlos de Souza. **Um Grande Cerco de Paz: Poder Tutelar, Indianidade e Formação do Estado no Brasil**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1995, p. 51).

<sup>47</sup> 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.

O exercício do poder tutelar é, antes de mais nada, uma ação estatal que, a partir de suas agências (FUNAI, por exemplo), tem por objetivo atingir todo o território estatal, fazendo com que o Estado alcance sua administração a todos os cidadãos. Tem diversos objetivos, mas o principal deles é a redução dos poderes decisivos das comunidades originárias por meio de diversas normas operacionais das agências estatais destinadas a controlar os povos distribuídos pelo país:

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 rotulargenericamente coletividades, adscrevendo-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.<sup>48</sup>

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 ter formalmente superado este paradigma tutelar, ainda há — na cultura jurídica brasileira — a

---

<sup>48</sup> 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. 799-802

permanência dessa forma de atuar. 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”, bem como uma constante demanda, por parte do poder judiciário, de adequar a vida das comunidades originárias ao que é normatizado.

Quando uma decisão do poder judiciário interfere de maneira a tutelar o modo de vida das populações nativas (seja na sua organização política ou social), há uma caminhada em direção ao paradigma integracionista. Ou seja, há a manutenção da ideia de uma superioridade étnica e, portanto, de raiz colonial.

## 2.2. O PARADIGMA DO DESENVOLVIMENTO E COLONIALIDADE DO PODER

Para a compreensão das dinâmicas de funcionamento da relação entre o Direito, mais especificamente o Direito Penal, e os povos originários, é necessário que se compreenda de que maneira o capitalismo global se relaciona com as diferenças culturais. Tal se dá pela noção de que o direito não passa de um instrumento ideológico do Estado, o qual está fortemente ligado às dinâmicas econômicas e às necessidades das classes dominantes.<sup>49</sup>

Portanto, deixar de fazer uma análise sobre a maneira com que o capitalismo se relaciona com as culturas que fogem de sua lógica, pode levar o leitor a concluir que o aqui estudado não está diretamente relacionado ao sistema socioeconômico hegemônico no mundo. Dito de outro modo: a colonização dos saberes e práticas tradicionais estão interligadas com as práticas econômicas.

Para essa leitura, são trazidas algumas categorias. A primeira é da colonialidade do poder, a qual visa a explicar a maneira com que os Estado-nação criaram divisões globais baseadas no conceito (antes inexistentes) de raça e como isso foi utilizado para a conquista do

---

<sup>49</sup> Repisamos o alerta realizado por Nilo Batista: “convém, entretanto, questionar imediatamente as formas de aparição histórica do direito, para contornar riscos idealistas aos quais podem expor-se os iniciantes. O mais grave desses riscos é aquele que Miaille chama de ‘universalismo a-histórico’, na medida em que as ideias constituíssem a matriz da realidade, a história do direito seria autônoma e destacada com respeito ao contexto histórico em que tal direito fora produzido, passando a compor um conjunto de noções universalmente válidas. Sem pretender resgatar a surrada imagem da ‘base e superestrutura’, desacreditada pela voz autorizada de Poulantzas, é decisivo advertir-se para a ‘essência econômica’ que subjaz às definições jurídicas abstratas, compreendendo o verdadeiro processo social de criação do direito”. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 17-18.



padrão global do capitalismo hoje. Após, é resgatada a concepção de desenvolvimento como um modo que a ideologia dominante encontrou para perpetuar a sua propagação e manutenção.

### 2.1.1. Colonialidade do poder.

O termo, proposto por 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 (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.<sup>50</sup>*

---

<sup>50</sup> QUIJANO, Aníbal. *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, p. 93-94.

Veja-se, portanto, que a “permanência da coloniedade do poder” é uma classificação que depende de dois eixos distintos: o primeiro é o deontamento de raça instituída pelos europeus e a utilização desta concepção como forma de dominação étnica<sup>51</sup> 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 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,*

---

<sup>51</sup>Necessário, aqui, distinguir-se a concepção de raça e etnia navisão 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.

*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.*<sup>52</sup>

É a partir dessa correlação de forças que se estabelece o tratamento político dado ao índio no Brasil, principalmente quando se fala em territórios indígenas e a exploração destes para fins econômicos.<sup>53</sup> O direito não é alheio a essa situação e o poder tutelar age como forma de fragilizar populações; o que permite, justamente, ações de exploração por parte do capital. Nesta linha:

O racismo contra os povos indígenas se expressa tanto por meio de ações de pessoas e grupos, quanto pela omissão do Estado frente às violências

---

<sup>52</sup>QUIJANO, 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.

<sup>53</sup> 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 Morte na Amazônia Indígena**: As invasões madeireiras e os povos Ashinka. Rio Branco: Edufac, 2009, p. 168-169.

praticadas e às reivindicações destes povos para que seus direitos constitucionais sejam respeitados. A violência não decorre da inexistência de mecanismos legais, mas da falta de efetividade destes, agravada imensamente pela inoperância do governo no que tange às demarcações das terras indígenas.<sup>54</sup>

Percebe-se, dessa maneira, que o próprio sistema capitalista criou mecanismos justificadores de suas ações, atuando de maneira sistemática por meio do Estado para dizimar as culturas originárias, seja pelo genocídio ou pelo etnocídio e, mais recentemente, por aceitação limitada das diferenças culturais, como se passa a ver.

### **2.2.2. Etnocídio dos povos originários, paradigma do desenvolvimento e o multiculturalismo oficial: o extermínio cultural dos povos originários pelo capital.**

Via de regra, os saberes e práticas dos povos originários foi sempre considerado inferior e de necessária integração à cultura Europeia. Primeiramente, a questão religiosa de salvação das almas dos ameríndios fora preponderante; após, é perceptível a transformação dos ameríndios em mão-de-obra (escrava na América espanhola e, mais tarde no Brasil, por meio de instituições estatais, como o já mencionado Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais [SPILTN] — embrião da atual FUNAI). Como será demonstrado adiante, a Constituição de 1988 tenta superar essa situação conferindo ao índio um *status* de sujeito com seus próprios direitos. Sem embargo, como ensina a sociologia jurídica, o Direito não se dá apenas no plano formal, mas também no da realidade, mesmo que a prática jurídica ainda insista em perpetuar visões colonizadoras e tutelares nas comunidades indígenas.

A chave de leitura para essa busca incessante pela integração, que não passa da imposição de um meio de vida em detrimento do aniquilamento de outro, é a necessidade do sistema socioeconômico das colônias de expandir suas fronteiras e áreas de atuação. O que se percebe, em verdade, é que uma das características marcantes da expansão capitalista é a destruição de qualquer meio de vida diferente, seja pelo genocídio dos povos, seja pela imposição do modo de vida capitalista (notadamente, o direito tem função essencial na

---

<sup>54</sup> BONIN, Iara. Racismo: desejo de exterminar os povos e omissão em fazer valer seus direitos. In: **CIMI. Relatório: Violência contra os povos indígenas no Brasil**. Dados 2014. Brasília: CIMI, 2015, p 41.

manutenção e expansão das práticas burguesas). A resposta para essa característica fundamental parece estar justamente na organização da estrutura socioeconômica: para o capitalismo, ou para as sociedades industriais, tudo deve ser aproveitado, tudo deve ser mercadoria e todos devem ser consumidores.

Nas primeiras fases do capitalismo, parece que essa expansão se deu por meio da criação de um capitalismo monopolista, com a chegada das nações ocidentais em todas as partes do globo, seja para a conquista de novos mercados consumidores, seja para a garantia de matéria-prima para as fábricas<sup>55</sup>. Já adiantara Rosa Luxemburgo:

---

<sup>55</sup> No célebre capítulo XIX do livro **História da Riqueza do Homem**, intitulado “Eu anexaria os planetas, se pudesse”, frase atribuída a um dos empresários ingleses que mais contribuíram com a colonização africana, Cecil John Rhodes, Leo Huberman explica: “depois de 1870, o capitalismo à antiga passou a ser o capitalismo moderno, o capitalismo da livre concorrência tornou-se o capitalismo dos monopólios. Essa modificação foi de tremenda importância. A indústria em grande escala e monopolista trouxe um desenvolvimento das forças produtivas muito maior do que antes. A capacidade industrial de produzir mercadorias cresceu num índice muito mais rápido do que a capacidade de consumo dos habitantes do país. (Isso significava, naturalmente, o consumo com lucro — o povo pode sempre usar mais mercadorias, mas nem sempre pode pagar por elas.) Os monopolistas estavam na situação interna de regular a oferta para estabelecer a procura, e foi o que fizeram. Era uma prática comercial inteligente, que lhes proporcionou altos lucros. Mas deixava uma boa parte da capacidade produtiva de suas fábricas parada, e essa situação tende sempre a dar aos capitães da indústria uma dor de cabeça. Não queriam fazer apenas mercadorias para vender internamente. Queriam usar suas fábricas permanentemente para produzir o máximo de mercadorias. Para tanto, tinham de vendê-las fora do país. Tinha de encontrar mercados estrangeiros que absorvessem os excedentes de suas indústrias. Onde encontrá-los? Podiam tentar despejar suas mercadorias noutras nações ricas, como a Inglaterra fizera durante anos. Mas as altas tarifas protetoras aumentavam cada vez mais, e atrás delas os concorrentes haviam podido controlar o mercado dos respectivos países. Vejamos essa queixa de Jules Ferry, primeiro-ministro francês em 1885: **‘O que falta às nossas indústrias, o que lhes falta cada vez mais, são mercados. Por que? Porque... ..a Alemanha se está protegendo com barreiras; porque, além do oceano, os Estados Unidos da América se tornaram protecionistas, e a um grau extremo.’** Nações como a Alemanha e os Estados Unidos já não eram um mercado livre, para as mercadorias de outros países — elas mesmas estavam concorrendo em busca dos mercados mundiais. A situação era séria. Dentro das grandes indústrias, a capacidade de produzir superava a capacidade de consumir. Todas tinham um excedente de mercadorias manufaturadas, para as quais necessitavam encontrar mercados externos. **Onde encontrá-los? Havia uma resposta — colônias.** Estamos tão acostumados a ver o mapa da África colorido em vários tons, para mostrar a propriedade dos diferentes países europeus, que facilmente nos esquecemos de que nem sempre foi assim. Há praticamente 70 anos toda a África pertencia aos que nela habitavam. Foi na era do capitalismo monopolista que os excedentes industriais se apresentaram como um problema aos capitães da Indústria, em toda parte. Julgaram ter encontrado a resposta do problema nas colônias. E foi então que o mapa da África sofreu modificações. David Livingstone, famoso missionário-explorador, perdeu-se no coração da África. Gordon Bennett, o dono do New York Herald, mandou Henry Morton Stanley à África para encontrá-lo. Que missão! E, milagre dos milagres, Stanley teve êxito. Não só encontrou Livingstone, como também fez novas explorações. Pronunciou, mais tarde, uma série de conferências sobre suas explorações. Podemos ter a certeza de que interessou ao seu público. Podemos ter certeza, também, de que os mais atentos foram os negociantes de algodão de Manchester e os fabricantes de ferro de Birmingham que o ouviram dizer: **‘Há 40 milhões de pessoas atrás do portão de entrada do Congo, e os industriais têxteis de Manchester esperam para vesti-las. As fundições de Birmingham luzem com o metal vermelho que será transformado em artigos de ferro para eles, e adornos para seus peitos; os ministros de Cristo estão ansiosos para trazê-los, pobres pagãos ingênuos, ao seio do cristianismo.’** Stanley sugeria aos preocupados capitães da indústria uma saída ao dilema do que fazer com o excedente de suas manufaturas. As colônias —

[o] capitalismo considera de vital importância a apropriação violenta dos principais meios de produção em terras coloniais. Como as organizações sociais primitivas dos nativos constituem os baluartes na defesa dessas sociedades, bem como as bases materiais de sua subsistência, o capital serviu-se, de preferência, do método da destruição e da aniquilação sistemáticas e planejadas dessas organizações sociais não-capitalistas, com as quais entra em choque por força da expansão por ele pretendida. No caso já não se trata de acumulação primitiva, mas de um processo que prossegue inclusive em nossos dias. Cada nova expansão colonial se faz acompanhar, naturalmente, de uma guerra encarniçada dessas, do capital contra as relações econômico-sociais dos nativos, assim como pela desapropriação violenta de seus meios de produção e pelo roubo de sua força de trabalho. [...] O capital não conhece outra solução senão a da violência, um método constante da acumulação capitalista no processo histórico, não apenas por ocasião de sua gênese, mas até mesmo hoje. Para as sociedades primitivas, no entanto, trata-se, em qualquer caso, de uma luta pela sobrevivência; a resistência à agressão temo caráter de uma luta de vida ou morte levada até o total esgotamento ou aniquilação.<sup>56</sup>

A concepção desse “esgotamento” ou “aniquilação”, já referida por Rosa Luxemburgo, é trabalhada mais recentemente pelo antropólogo Pierre Clastres pela designação de processos de destruição de etnias, suas culturas e o seu modo de viver, processos esses a que Clastres batizou “etnocídio”. Diferentemente do genocídio, denominação surgida a partir da Segunda Guerra Mundial, o etnocídio não trata da exterminação física de uma determinada população, mas da sua extinção pelo sufocamento das práticas culturais<sup>57</sup>.

Para Pierre Clastres, a noção de exterminação cultural só existe como em sociedades que possuem Estado. Dentro dessa diferenciação, ademais, Clastres faz uma categorização quantitativa: é inegável, para o antropólogo, que as sociedades industriais do ocidente, ditas civilizadas, foram as que, de forma massiva e global, mais exterminaram culturas:

É seu regime de produção econômica, espaço justamente do ilimitado, espaço sem lugares por ser recuo constante do limite, espaço infinito da fuga

---

esta era a resposta.” (grifamos). HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 17ª ed., trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro, Zahar editores, 1981, p. 261-263

<sup>56</sup> LUXEMBURGO, Rosa. A acumulação do capital in **Rosa Luxemburgo: textos escolhidos**. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 70-71.

<sup>57</sup> CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**: pesquisas de antropologia política. São Paulo, Cosac Naif, 2004, p. 54-60.

permanente para diante. O que diferencia o Ocidente é o capitalismo, enquanto impossibilidade de permanecer no aquém de uma fronteira, enquanto passagem para além de toda fronteira; é o capitalismo como sistema de produção para o qual nada é impossível, exceto não ser para si mesmo seu próprio fim: seja ele, aliás, liberal, privado, como na Europa ocidental, ou planificado, de Estado, como na Europa oriental. A sociedade industrial, a mais formidável máquina de produzir, é por isso mesmo a mais terrível máquina de destruir. Raças, sociedades, indivíduos; espaço, natureza, mares, florestas, subsolo: tudo é útil, tudo deve ser utilizado, tudo deve ser produtivo; de uma produtividade levada a seu regime máximo de intensidade.<sup>58</sup>

O *modus* dessa expropriação cultural sofreu variações, típicas do capitalismo. Quando parecia superada a fase “imperialista” – essa entendida aqui em sentido estrito, ou seja, com a manutenção de colônias –, é que, no pós-guerra, surge a utilização da palavra “desenvolvimento” como paradigma para a expansão da ideologia capitalista<sup>59</sup>; ou ao que Gilbert Rist conceituou como a “era do desenvolvimento”. Para o autor, existe uma data precisa para o início dessa nova etapa no sistema global, qual seja o quarto ponto do discurso inaugural do mandato do presidente estadunidense Henry Truman, em 1949<sup>60</sup>:

---

<sup>58</sup> CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**: pesquisas de antropologia política. São Paulo, Cosac Naif, 2004, p. 62.

<sup>59</sup>Zizek vai além: para o autor, nessa nova fase do capitalismo global, não existe mais diferença de tratamento entre estadunidenses ou brasileiros, eis que a colonização é levada a cabo pelas empresas multinacionais (e não mais pelos estado-nação), cujo único intuito é a de obter mais lucros. De certo modo, é de se admirar que tal leitura, realizada em 2003, pode ser facilmente utilizada para explicar a ascensão da direita radical em diversos países da Europa ocidental, além da eleição de Donald Trump nos Estados Unidos: “*cómo se relaciona, entonces, el universo del Capital con la forma del Estado-Nación en nuestra era de capitalismo global? Tal vez esta relación sea mejor denominarla ‘autocolonización’: con el funcionamiento multinacional del Capital, ya no nos hallamos frente a la oposición estándar entre metrópolis y países colonizados. La empresa global rompe el cordón umbilical que la une a su nación materna y trata a su país de origen simplemente como otro territorio que debe ser colonizado. Esto es lo que perturba tanto al populismo de derecha con inclinaciones patrióticas, desde Le Pen hasta Buchanan: el hecho de que las nuevas multinacionales tengan hacia el pueblo francés o norteamericano exactamente la misma actitud que hacia el pueblo de México, Brasil o Taiwan. ¿No hay una especie de justicia poética en este giro autorreferencial? Hoy el capitalismo global-después del capitalismo nacional y de su fase colonialista/internacionalista- entraña nuevamente una especie de ‘negación de la negación’. En un principio (desde luego, ideal) el capitalismo se circunscribe a los confines del Estado-Nación y se ve acompañado del comercio internacional (el intercambio entre Estados-Nación soberanos); luego sigue la relación de colonización, en la cual el país colonizador subordina y explota (económicamente, política y culturalmente) al país colonizado. Como culminación de este proceso hallamos la paradoja de la colonización en la cual sólo hay colonias, no países colonizadores: el poder colonizador no proviene más del Estado-Nación, sino que surge directamente de las empresas globales.*” (grifamos) ZIZEK, Slavoj. *Reflexiones sobre el multiculturalismo in Estudios culturales*. Buenos Aires: Paidós, 2003. p. 171.

<sup>60</sup> RIST, Gilbert. 2002. *El desarrollo: historia de una creencia occidental*. Madrid: La Catarata.

*Fourth, we must embark on a bold new program for making the benefits of our scientific advances and industrial progress available for the improvement and growth of **underdeveloped areas**. More than half the people of the world are living in conditions approaching misery. Their food is inadequate. They are victims of disease. **Their economic life is primitive and stagnant**. Their poverty is a handicap and a threat both to them and to more prosperous areas. For the first time in history, humanity possesses the knowledge and skill to relieve the suffering of these people. **The United States is pre-eminent among nations in the development of industrial and scientific techniques**. The material resources which we can afford to use for assistance of other peoples are limited. But our imponderable resources in technical knowledge are constantly growing and are inexhaustible. I believe that we should make available to peace-loving peoples the benefits of our store of technical knowledge in order to help them realize their aspirations for a better life. And, in cooperation with other nations, we should foster capital investment in areas needing development. Our aim should be to help the free peoples of the world, through their own efforts, to produce more food, more clothing, more materials for housing, and more mechanical power to lighten their burdens.*(grifamos)<sup>61</sup>.

O surgimento desse novo paradigma criou a sua antítese: o subdesenvolvimento (*underdevelopment*). A partir dessa nova categorização, surge um ponto referencial que toda a sociedade deveria almejar, notadamente focada nos padrões de consumo das sociedades com capitalismo em fases superiores (estados que levaram a cabo a expansão imperialista dos anos anteriores). São criadas agências de fomento mundial, as quais impuseram diversas obrigações aos países ditos subdesenvolvidos (FMI, Banco Mundial, entre outras). Com a criação dessas agências de fomento, se constituiu uma verdadeira “antropologia para o

---

<sup>61</sup> TRUMAN, Harry S. *Inaugural Address*, 1949. Disponível em: [https://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr\\_archive/inaugural20jan1949.htm](https://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr_archive/inaugural20jan1949.htm). Último acesso em 10.10.2017. Em tradução livre: “Quarto, faz-se necessário lançar um novo programa que seja audacioso e que ponha as vantagens de nosso avanço científico e de nosso progresso industrial a serviço da melhoria e do crescimento das regiões subdesenvolvidas. Mais da metade das pessoas em todo o mundo vive em condições vizinhas à da miséria. A comida é insuficiente. São vítimas de enfermidades. Sua economia é primitiva e estagnada. Sua pobreza constitui uma desvantagem e uma ameaça, tanto para elas quanto para as regiões mais prósperas. Pela primeira vez na história, a humanidade possui o conhecimento e a técnica para aliviar o sofrimento dessas pessoas. O Estados Unidos é proeminente entre as nações no desenvolvimento de técnicas industriais e científicas. Os recursos materiais que nós podemos dispor para outros povos é limitado. Mas nossos imponderáveis recursos em conhecimento técnico estão constantemente crescendo e são inesgotáveis. Eu acredito que nós deveríamos tornar acessível para os povos amantes da paz nossas reservas de conhecimento técnico afim de ajuda-los a realizar as sus aspirações para uma vida melhor. E, em cooperação com outras nações, nós deveríamos nutrir o investimento de capital em áreas que necessitam de desenvolvimento. Nosso objetivo deveria ser ajudar as pessoas livres do mundo, através do seu próprio esforço, a produzir mais comida, mais roupas, mais materiais para casa e mais poder mecânico para aliviar seus fardos.”



desenvolvimento”<sup>62</sup>, dedicada a levar a cabo perícias que demonstravam a necessidade de implementação desses planos de desenvolvimento.

Com a criação de um ideal de desenvolvimento, acompanhado de seu contraponto, é que o capitalismo reinventou o discurso de imposição de sua ideologia: se antes as colônias levavam a salvação dos ameríndios pela fé, o desbravamento de novos mercados consumidores, agora aparece sob o discurso da ajuda humanitária. Dessa forma, os países do “primeiro mundo” levam seu modo de vida aos do “terceiro mundo” por meio do fomento do desenvolvimento. Assim:

Os “outros” foram nomeados inicialmente como selvagens, bárbaros, primitivos, e depois da Segunda Guerra Mundial a classificação dicotômica se articulará em torno da noção de desenvolvimento: desenvolvidos/subdesenvolvidos, modernos/tradicionais, Primeiro Mundo versus Terceiro Mundo, Norte frente ao Sul, avançados/atrasados (ou emergentes). Tais classificações obedecem à crença de que o sujeito universal e deslocalizado do conhecimento, estando em um grau superior de humanização, tem a obrigação ética e moral de ajudar aos outros povos, levando a eles, conforme o momento histórico, o cristianismo, a civilização, o progresso e o desenvolvimento. A figura do “selvagem” e do “bárbaro” representou a alteridade na época da conquista da América e a figura do “primitivo” esteve ligada à antropologia e à ciência no colonialismo posterior ao século XVIII. Da mesma forma consideramos que a ideia do “subdesenvolvido” (ou “em desenvolvimento”, “emergente” “em vias de industrialização”) é, a partir da Segunda Guerra Mundial, uma das principais

---

<sup>62</sup> “La perspectiva de cambio gradual que defendían las investigaciones etnográficas del momento se presentaba, pues, como una solución más adecuada para remover los supuestos obstáculos que la tradición y la vida rural imponían al crecimiento de la economía y al aumento del bienestar. De esta manera, si bien la antropología para el desarrollo estaba en su etapa incipiente, estas investigaciones —principalmente aquellas adelantadas por sociólogos y antropólogos de la Universidad de Chicago y publicadas en la revista *Economic Development and Culture Change*— produjeron un material primordial para la consolidación de la teoría de la modernización permitiendo su racionalización e implementación en una variedad de políticas (Little y Painter, 1995: 604). En su artículo “*Anthropology and the Development Encounter: the Making and Marketing of Development Anthropology*” (1991), Arturo Escobar anota que la apuesta definitiva por una antropología para el desarrollo sólo se dio después del creciente descontento propiciado por los escasos resultados de los proyectos de intervención de la época de posguerra, en especial aquellos realizados a partir de la introducción vertical de tecnologías y capital (Escobar, 1991: 663).” BUENAVENTURA, Enrique Jaramillo. *Expertos culturales e intervención social: tensiones y transformaciones en antropología aplicada in Etnicidad, identidad y cultura*, nº 2 julho-dezembro, 2008, p. 265-285, p.

figuras que representa o “outro” e justifica os projetos de intervenção, projetos estes inseridos muitas vezes nos discursos multiculturalistas<sup>63</sup>.

Curioso notar é que, com o desenrolar desse processo, a atuação nesses setores, assim classificados como “subdesenvolvidos”, passa a figurar como um ato de bondade por parte dos estados do centro do capitalismo e de suas agências fomento. É dado, inclusive, um certo sentido de humanidade ao agir dessas instituições, que nada mais trazem que consumidores e mão-de-obra para o capitalismo.

É nesse campo que aparece a crítica ao chamado multiculturalismo oficial<sup>64</sup>, o qual “integra” e “respeita” as demais culturas desde o ponto de vista do colonizador; ou seja, trata os povos colonizados como nativos, dignos de estudo e respeito:

*de la misma forma que en el capitalismo global existe la paradoja de la colonización sin la metrópolis colonizante de tipo Estado-Nación, en el multiculturalismo existe unadistanciaeurocentrista condescendiente y/o respetuosa para con las culturas locales, sin echar raíces en ninguna cultura en particular. En otras palabras, el multiculturalismo es una forma de racismo negada, invertida, autorreferencial, un "racismo con distancia": "respeto" la identidad del Otro, concibiendo a éste como una comunidad "auténtica" cerrada, hacia la cual él, el multiculturalista, mantiene una distancia que se hace posible gracias a su posición universal privilegiada. El multiculturalismo es un racismo que vacía su posición de todo contenido positivo (el multiculturalismo no es directamente racista, no opone al Otro los valores particulares de su propia cultura), pero igualmente mantiene esta posición como un privilegiado punto vado de universalidad, desde el cual uno puede apreciar (y despreciar) adecuadamente las otras culturas particulares: el respeto multiculturalista por la especificidad del Otro es precisamente la forma de reafirmar la propia superioridad.<sup>65</sup>*

---

<sup>63</sup> COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina**: O Direito e o Pensamento Decolonial, Vol IV. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 83-84.

<sup>64</sup> A crítica ao multiculturalismo oficial pode ser assim resumida: “Ainda perdura a finalidade de integrar as culturas jurídicas tradicionais à cultura jurídica ocidental moderna dos estados- -nação, considerado como a via imprescindível para toda a humanidade. Ao mesmo tempo em que há a intenção de respeitar a cultura do “outro” (multiculturalismo oficial) também há a intenção de levar até essas culturas os modelos ocidentais. Neste cenário o discurso do desenvolvimento, representa o grau mais visível deste novo colonialismo”. COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina**: O Direito e o Pensamento Decolonial, Vol IV. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 80.

<sup>65</sup> ZIZEK, Slavoj. *Reflexiones sobre el multiculturalismo in Estudios culturales*. Buenos Aires: Paidós, 2003, p. 71.

Por consequência, nos parece acertada a crítica aos desenvolvimentos de estudos culturais despegados de qualquer análise econômica<sup>66</sup>. A constituição das agências colonizadoras, em que pese terem sido gerenciadas pelo Estado-nação, em momento algum fugiram da noção do Estado-burguês, o qual atua na satisfação dos interesses de sua classe social dominante. E esse multiculturalismo se torna oficial a partir do momento em que a aceitação das culturas é absorvida por normas *interna corporis* e tratados internacionais que pregam o respeito às mais diversas culturas, sob a condição que essas estejam de acordo com o funcionamento da sociedade neoliberal. Assim é que surge a noção de “índio permitido”<sup>67</sup>, ou seja, a categoria de nativos que recebe do Estado o reconhecimento de alguns direitos culturais, mas que não podem exigir todos os demais. Um exemplo brasileiro é o da luta pela terra indígena: é reconhecido o direito à terras dos povos originários; contudo, as dificuldades que o Poder Judiciário impôs ao acesso a essa conquista são notáveis; em grande medida, essas barreiras se criam a partir de necessidades econômicas, como o agronegócio.

De uma maneira paradoxal, a sociedade que detém o discurso da liberdade como seu mais sacro avanço em relação às outras é justamente aquela que não consegue conceber uma civilização que não seja a sua imagem e semelhança. Em outras palavras, tudo é permitido, desde que agrade ao mercado.

Para tanto, é que surge a proposta de um multiculturalismo emancipador, o qual busca uma “relativização mútua e recíproca, no reconhecimento que todas as culturas devem perceber as limitações das suas próprias perspectivas, na igualdade fundamental de todos os povos em termos de *status*, inteligência e direitos, na descolonização das representações e das

---

<sup>66</sup> Nesse sentido: FOLLARI, Roberto. O lugar do cultural no social in **Margem Esquerda**: ensaios marxistas, v. 17. São Paulo: Boitempo editorial, 2011, p. 108-122

<sup>67</sup> Hale, Charles R. **El Protagonismo Indígena, las Políticas Estatales y el nuevo Racismo en la Época del Indio Permitido**. Palestra realizada na Conferência “*Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado*”, 2004. Disponível em [http://www.cedet.edu.ar/Archivos/Bibliotecas\\_Archivos/id40/hale%20protagonismo%20indigena.pdf](http://www.cedet.edu.ar/Archivos/Bibliotecas_Archivos/id40/hale%20protagonismo%20indigena.pdf). Último acesso em: 25.10.2017.

relações de poder desiguais entre povos e entre culturas”<sup>68</sup>O papel do Direito, portanto, é o de promoção desse multiculturalismo emancipador em suas práticas. Desse modo:

defesa da diferença cultural, da identidade coletiva, da autonomia ou da autodeterminação podem, assim, assumir a forma de luta pela igualdade de acesso a direitos ou a recursos, pelo reconhecimento e exercício efetivo de direitos de cidadania ou pela exigência de justiça. Ela pode tomar a forma de defesa e promoção de quadros normativos alternativos, locais ou tradicionais, de formas locais e comunais de resolução de conflitos ou de exigência de integração plena, como cidadãos, no espaço do Estado-nação e de acesso, sem discriminações à justiça oficial, estatal.<sup>69</sup>

Em se tratando de uma pesquisa com o corte da criminologia e da crítica às práticas do Direito penal, necessário se faz resgatar o sentido de Criminologia da Libertação, dado pela professora Lola Aniyar de Castro, como já referido na introdução do presente trabalho:

Finalmente, Libertação de que?

Libertação das estruturas exploradoras; especialmente, mas não exclusivamente, através de uma libertação da ocultação das relações de poder e do funcionamento mascarado dos interesses. Libertação do discurso educativo, religioso, artístico, jurídico e criminológico, vinculados àquelas relaçõesde poder. Libertação da razão tecnológica que contrabandeia para nossos países um conceito artificial de desenvolvimento. Tudo isso em benefício do valorativo, em função do homem e de sua expansão material e espiritual ao mesmo tempo<sup>70</sup>.

Cabe, desse modo, adentrar no cerne da pesquisa: quais os limites e as aplicações do artigo 57 do Estatuto do Índio? Essa é uma pergunta que se responde para além das linhas da dogmática. Ela precisa se fundamentar na maneira como o Direito tratou os ameríndios ao longa da história, conforme visto no primeiro capítulo, bem como a partir de uma leitura conjectural que, na nossa opinião, deve se dar nos moldes do capítulo que agora se finaliza.

---

<sup>68</sup> SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. A possibilidade de multiculturalismos emancipatórios *in* **Reconher para libertar**: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Org. Boaventura de Souza Santos. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2003, p. 42.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>70</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: ICC, 2005, p. 110.

### 3. AUTONOMIA PENAL DOS POVOS INDÍGENAS: ANÁLISE DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO.

*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 colonia.*

Trecho inicial do preâmbulo da Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia, 2009.

Como referido na introdução, a análise jurídico-penal dos povos indígenas pode ser abordada por dois vieses distintos: o primeiro, de que trata esse trabalho, é acerca da possibilidade de uma concessão de autonomia penal própria às comunidades indígenas, em que é possível definir ações passíveis de sanções, bem como da aplicação dessas sanções.

A outra abordagem diz respeito à 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 ao 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, conseqüentemente, 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, incursos em situação de ausência de compreensão da ilicitude, que pode ser vencível ou invencível, como todos os seus conseqüentes. 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”<sup>71</sup>.

Percebe-se, conseqüentemente, que a questão da imputabilidade do agente indígena está diretamente relacionada com o modo com que o sujeito se relaciona com o sistema

---

<sup>71</sup> 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.

jurídico pátrio; havendo, de certo modo, uma relação entre o grau de interação do agente indígena que está sofrendo a persecução penal e a organização social<sup>72</sup>.

As críticas realizadas ao sistema de imputação individual aos ameríndios são muitas, e, em grande medida, se coincidem com as de toda aplicação dos direitos indigenistas:

determinar quem é e quem não é indígena; dizer quem tem ou não tem amparo por legislação protetiva específica; manipular um precário conceito sobre sua natureza atemporal e universal (índio arquétipo); atribuir ou não a identidade étnica do outro, segundo parâmetros etnocêntricos e racistas: estas são as funções políticas possibilitadas pelo discurso penal, feito com base na criminologia positivista, e desempenhadas pelas agências do sistema punitivo contemporâneo, na criminalização de indígenas — processo que intitulamos de penalidade civilizatória.<sup>73</sup>

Em realidade, é que os choques interculturais passam a demonstrar fragilidades na teoria da culpabilidade, inclusive por meio dos fluxos migratórios existentes na Europa:

migraciones actuales, legales o ilegales, crean millones de sujetos socialmente desadaptados y privados de medios para sobrevivir: son las ‘vidas desperdiciadas’ de las que habla Zigmunt Bauman. La segunda es que las migraciones llevan a muchos sujetos a inserirse en sociedades distintas a las originarias, aumentando frecuentemente de modo relevante la tasa de diversidad étnica, religiosa y cultural de las sociedades que —por así decirlo— ‘acogen’ a extranjeros inmigrantes. La acción combinada de factores como los que he indicado ha producido diversas consecuencias: nacen los conceptos de sociedad multiétnica y de sociedad multicultural; sociólogos, politólogos y filósofos estudian los fenómenos del multiculturalismo. Este cambio de perspectiva afecta actualmente de pleno al Derecho penal, llamado, como las otras ciencias jurídicas, a reformular las propias categorías para adaptarlas a las nuevas exigencias. La composición multiétnica de la sociedad mueve los cimientos de las concepciones tradicionales: surgen verdaderos conflictos culturales entre los llamados

---

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil**. São Paulo, IBCRIM, 2016, p. 250.

sistemas anfitriones y los grupos minoritarios que son huéspedes en el mismo.<sup>74</sup>

O que se deve levar em conta é que existem muitas correlações teóricas entre o processo que a dogmática penal realiza a verificação de uma imputabilidade do indivíduo ameríndio e as possibilidades de comunidades indígenas aplicarem suas próprias sanções, pois ambas situações estão assentadas na mesma conjuntura estrutural. É de se notar que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal não são bens universais, os quais são *a priori*, passíveis de criminalização por qualquer sociedade; as criminalizações, é bem verdade, muitas vezes estão mais relacionadas a situações de determinados períodos históricos do que com deduções racionais daquilo que deve ser protegido ou não.

Nesse sentido, se entrelaçam o tratamento penal relegado ao índio e a possibilidade de comunidades julgarem e aplicarem suas próprias sanções por atos que consideram violações de suas normas: se o indivíduo pertence a determinado contexto social e cultural, faz mais sentido que seja julgado por esse contexto do que pelo Direito Penal estatal.

Passada essa breve (e necessária) digressão acerca dos pontos de contato entre o tema da presente dissertação e a imputabilidade indígena, passa-se a estudar a autônoma penal das comunidades indígenas propriamente dita.

### 3.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UMA DELIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PENAL DOS POVOS ORIGINÁRIOS

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 americana (tanto da América Latina como da América do Norte), em que a pluralidade jurídica passa a ser problema relevante e a concepção de direito como monopólio do Estado passa a ser questionada. Na América Latina, isso se dá, em certa medida, pela realidade de que diversos sistemas jurídicos extremamente diferentes entre si coexistem em um mesmo território<sup>75</sup>, além das diversas lutas sociais desencadeadas com os processos de

---

<sup>74</sup> DE MAGLIE, Cristina. **Los delitos culturalmente motivados**: Ideologías y modelos penales. Trad. Víctor Manuel Macías Caro. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 44.

<sup>75</sup> 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



democratização havidos nas décadas passadas. A partir desta constatação, juristas do continente desenvolveram a concepção de pluralismo jurídico.

### **3.1.1. O pluralismo jurídico, neoconstitucionalismo latino-americano e as jurisdições indígenas do continente.**

Conforme já referido, a cultura jurídica que deu forma ao Direito brasileiro é a europeia, cuja natureza, 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. 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 Estado<sup>76</sup>.

Esta cultura constitucional, clássica, não tem condições, não obstante, de recepcionar, dentro de seu corpo jurídico, o direito de povos originários, bem como a noção de 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 Estado<sup>77</sup>. 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 preconceito que

---

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.

<sup>76</sup> Cf., WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 46.

<sup>77</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos para o Direito**. Curitiba, Juruá, 2006, p. 68.

reclama providências no sentido da absorção de preceitos contemporâneos bem mais arrojados sobre o tema<sup>78</sup>.

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 institucionalização<sup>79</sup>.

Destarte, a concepção de um pluralismo jurídico diz respeito com a aceitação de que há diversos campos sociais e que cada um desses campos possui peculiaridades intrínsecas a ele; é o Direito aceitando a existência de mais de uma realidade<sup>80</sup>.

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 passional’. 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 passional como fora

---

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 119.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 171-172.

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 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?<sup>81</sup>

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 desses sistemas<sup>82</sup>. Neste sentido:

---

<sup>81</sup> RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 228-229

<sup>82</sup> 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 primitivos* in **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*

*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 diferencias<sup>83</sup>.*

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 outro<sup>84</sup>.

---

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

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> 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](http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>>, último acesso em 09.11.2015.

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 certa medida, uma reação aos regimes totalitários havidos na primeira metade do século XX, em que os ideais iluministas foram substituídos pela barbárie<sup>85</sup>. 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 ética<sup>86</sup>.

Deste modo, percebe-se que o pluralismo jurídico dá suporte aos 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. É de acrescentar que 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 80 e resultantes das nefastas consequências das ditaduras militares que assolaram o continente nas décadas anteriores e (ii.) a assunção do fracasso do modelo das constituições liberais europeias, reproduzidas quase que literalmente por países

---

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> 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.

latinos<sup>87</sup>. 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.

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-americano<sup>88</sup>. Nota-se, sem embargo, que diversas alterações constitucionais em outros países tiveram efeitos semelhantes, como no Peru e no México<sup>89</sup>.

Neste sentido — e aproximando essa corrente jurídica do tema tratado nesta pesquisa —, é importante ressaltar que o neoconstitucionalismo levou muitos países da América Latina

---

<sup>87</sup> Cf. VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Rubén. *Fundamento Teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano in Estudios Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Eds., TirantLoBlanch, 2012, p.18.

<sup>88</sup> “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 reconstruem e, ao mesmo tempo, descontroem a racionalidade monolítica a que o direito e a modernidade estão acostumados. Estas Constituição 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 Abya Yala, 2012, p. 13.

<sup>89</sup> O caso do México merece certo destaque, pois sua atual Constituição, promulgada em 1917, já tinha diversos aspectos do movimento neoconstitucionalista, que surgiu 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.

a criar jurisdições próprias dos indígenas<sup>90</sup>, conferindo aos povos originários um poder decisório autônomo ímpar. Passamos, desse modo, a analisar algumas das jurisdições indígenas existentes no continente.

### 2.2.1.1. México

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 indigenas 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*<sup>91</sup>. (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 mediadores<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> 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. Na mesma linha: “*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.

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> 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.

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 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 magistrados<sup>93</sup>.*

---

<sup>93</sup> 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.



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

#### 2.2.1.2. Países andinos

Ainda, outro caso a ser estudado é o dos países andinos que também reconheceram jurisdições próprias de povos indígenas, quais sejam: Peru, Equador, Venezuela e Bolívia<sup>94</sup>. Cada um, ao seu modo, constituiu espaços jurisdicionais, reconhecendo a legitimidade e outorgando poderes às autoridades dos povos originários lá estabelecidos. Passa-se, então, a noticiar o modo com que cada um desses países organizou esses órgãos. Diz a Constituição da Colômbia em capítulo destinado às jurisdições especiais:

*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. 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 de igual forma, das funções da pena:

---

<sup>94</sup> “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. *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.

*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 comunidad<sup>95</sup>.*

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 dispositivas<sup>96</sup>.*

No Peru, o artigo 149 da Constituição Política reconhece a existência de jurisdições indígenas, com a competência atraída pelo território e protegendo os direitos fundamentais<sup>97</sup>. Não há limitação da competência material, sendo possível a jurisdição em matéria penal.

---

<sup>95</sup> Corte Constitucional de la Republica de Colombia. **Sentencia T-921/13**. Sala Séptima de Revisión da Corte Constitucional. Bogotá, 5 de dezembro de 2013.

<sup>96</sup> *Idem*.

<sup>97</sup> “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.

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 pública<sup>98</sup>.

No Equador, há um grande aprofundamento da jurisdição penal indígena. Para além da disposição constitucional do artigo 171<sup>99</sup> 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*”<sup>100</sup>. Ainda, o Código de Organização judiciária do país deixa claro a grande autonomia outorgada à 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 mais importância ainda, pois define os princípios da assim chamada justiça intercultural, dando-se especial relevância para o princípio denominado “*pro jurisdicción*”, cujo conteúdo prevê que, 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

---

<sup>98</sup> “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.

<sup>99</sup> “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.

<sup>100</sup> EQUADOR. Código de Procedimiento Penal. Publicado em 30.01.00.

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 autores<sup>101</sup>, o chamado

---

<sup>101</sup> 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.

pluralismo jurídico unitário — em contraposição do igualitário — tem como cerne 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*”<sup>102</sup>.

Essa maior inserção dos povos originários se dá pela integração de índios nos espaços institucionais, como 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, também, 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.*<sup>103</sup>

A jurisdição indígena da Bolívia tem por característica a criação de vários órgãos próprios de acordo com as regiões; na temática penal, estes órgãos — na mais das vezes — tomam um posicionamento de acordo com o crime debatido; o assassinato, por exemplo, via de regra, é relegado às jurisdições ordinárias<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> 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.

<sup>103</sup> BOLÍVIA. Código de Procedimiento Penal de Bolivia. Ley n. 1970. Promulgada em 25.03.99.

<sup>104</sup> Para uma minuciosa análise da realidade das jurisdições indígenas na Bolívia: 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.

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 assunto<sup>105</sup>.

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

Finalizando o ponto, cabe destacar que as críticas realizadas ao “multiculturalismo oficial”, apresentado no capítulo anterior, se dirigem, em igual intensidade, à noção de pluralismo jurídico:

diferente do pluralismo que surge *desdeabajo* (dos movimentos sociais, por exemplo), o pluralismo jurídico multiculturalista enquanto reflexo do multiculturalismo oficial, baseado somente no reconhecimento e inclusão indígena, dá muita atenção à questão ‘cultural’. Desta maneira, não problematiza as relações de conhecimento, principalmente o *locus*

---

<sup>105</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais de 07 de junho de 1989.

privilegiado de enunciação que define o que é ‘pluralismo’ e o que é ‘jurídico’”<sup>106</sup>.

De fato, o discurso do direito estatal e a própria prática jurídica fazer com que não exista a característica marcante do multiculturalismo oficial, qual seja a “autorização” de uma cultura à outra, ou seja, o direito estatal sempre irá permitir o modo de vida ameríndio, limitando-o quando ultrapassar os limites permitidos. Agora, papel da criminologia, nos casos relativos ao Direito Penal, justamente dará ou dá os contornos dessas limitações o quão mais longe possível da imposição de uma cosmovisão a outro povo ou etnia.

### 3.1.2. Jurisdição ou autonomia?

Diversos autores creditam ao artigo 57 como a possibilidade de existir uma jurisdição penal indígena. Contudo, não nos parece tratar aqui de uma “jurisdição” conferida às comunidades indígenas, função esta que apenas pode ser exercida pelo Estado; haveria, em realidade, uma forma de heterocomposição<sup>107</sup>.

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”<sup>108</sup>. 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).

---

<sup>106</sup> COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina**: O Direito e o Pensamento Decolonial, Vol IV. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 108-109.

<sup>107</sup> LOPES JR., Aury. **Um Processo Penal para quê(m)?** – Buscando o fundamento de sua existência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

<sup>108</sup> CARNELLUTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1946, p. 223.

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, ressaltando 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:

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, 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 ordem<sup>109</sup>.

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”.<sup>110</sup>

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

---

<sup>109</sup> CARNELLUTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1946, p. 232.

<sup>110</sup> 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.



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 estatal<sup>111</sup>.

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 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 predominante<sup>112</sup>.*

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

---

<sup>111</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi Divan. **Processo Penal e Política Criminal**: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 442-443.

<sup>112</sup> Corte Constitucional de la Republica de Colombia. **Sentencia T-921/13**. Sala Séptima de Revisión da Corte Constitucional. Bogotá, 5 de dezembro de 2013.

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.

### 3.1.3. A cultura como limitadora da persecução penal.

Em ponto anterior, tratou-se de compreender o pluralismo jurídico e sua relação com a aplicação do direito latino-americano. A compreensão desta corrente jurídica perpassa, como esposado, por uma interligação entre direito e pluriétnicidade; envolvendo, por consequência, a cultura. Sem embargo, quando tratamos de processo penal, existe a ideia de que o Estado detém a exclusividade da pena e do processo<sup>113</sup>. Essa ideia, contudo, não pode estar despegada da realidade social e dos fundamentos do Direito, nem da inter-relação entre as instituições e os cidadãos<sup>114</sup>. Assim, o processo penal não deve perder de vista que as 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 às daquela. Portanto, com a superação do modelo liberal pelo garantista, a igualdade reclama que as especificidades e diferenças sejam

---

<sup>113</sup> 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.

<sup>114</sup> 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 étnicocultural, 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. *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. 23.

incorporadas e encampadas pelo discurso, devendo ser respeitadas, com o que se alcançará a sua dimensão material, ou substantiva<sup>115</sup>.

Ainda, a persecução penal, em que pese seus princípios fundadores, também deve estar atrelada à cultura a que ela se destina, como todo o Direito, pois se não há como afastar o Direito da noção de cultura, o mesmo não pode ser feito com o processo penal. 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 seus pressupostos lógicos e ontológicos”<sup>116</sup>. Pensa-se, deste modo, na cultura como parte integrante do saber e da sociabilização do ser humano<sup>117</sup>.  
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

---

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> REALE, Miguel. *Conceito de cultura: seus temas fundamentais in Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

<sup>117</sup> 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.

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 ‘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 espécie<sup>118</sup>.

Ligando a noção de cultura com a dos regramentos sociais, Clifford Geertz afirma que:

a cultura é melhor vista não como complexos de padrões concretos de comportamento – costumes, usos, tradições, feixes de hábitos -, como tem sido o caso até agora, mas como um conjunto de controle – planos, receitas, regras, instruções (o que os engenheiros da computação chamam de “programas”) – para governar o comportamento.<sup>119</sup>

Em livro que trata da resolução de conflitos em diferentes contextos culturais e de sua relação com o Direito, Oscar Chase afirma:

Dispute processes are in large part a reflection of the culture in which they are embedded; they are not an autonomous system that is predominantly the product of insulated specialists and experts. More, they are institutions through which social and cultural life is maintained, challenged, and altered, or as the same idea has been expressed, “constituted” or “constructed.” These institutional practices importantly influence a society and its culture—its values, metaphysics, social hierarchies, and symbols—even as those practices themselves reflect the society around them.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 25-27.

<sup>119</sup> GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p 28.

<sup>120</sup> CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**. Nova Iorque: New York University Press, 2005, p. 2-3. Em tradução livre: Processos de resolução de disputas são, em grande parte, um reflexo da cultura em que eles estão incorporados; eles não são um sistema autônomo que é, em sua maioria, o produto de especialistas e *experts* isolados. Majoritariamente, eles são instituições através da qual a vida cultural e social é mantida, desafiada e alterada, ou de acordo com a ideia já referida, “constituída” ou “construída”. Essas práticas institucionais influenciam de maneira importante a sociedade e a sua cultura —seus valores, crenças, hierarquia social, símbolos — assim como essas práticas são um reflexo da sociedade no entorno delas.

Mais adiante em sua obra, Chase opina acerca do componente da cultura na resolução de conflito. Para o autor, os meios de resolução de conflitos, por mais bizarros que possam parecer ao olhar de um “alienígena”, são produto da cultura em que ele está inserido.

Social practices often “make sense” when viewed from within the culture that creates and sustains them. The consultation of the benge oracle makes perfect sense to a Zande chief. The gift of overwhelming amounts of food to an enemy makes perfect sense to the Massim. But to an observer from outside the society, these practices appear bizarre and culture specific.<sup>121</sup>

O mais interessante de notar na obra de Chase é a percepção de uma relação mutualística entre a cultura e os processos de resolução de conflitos da mesma: ao mesmo tempo que os mecanismos de solução de disputas são moldados a partir da sociedade em que eles estão inseridos, a maneira com que se resolvem os conflitos sociais interfere de igual modo na formação e nas modificações da cultura das sociedades. Em suas conclusões, o autor aponta:

*I recognize that my first claim (that dispute-ways are culture bound) can be read as limiting my second (that they importantly influence culture). If disputing practice is locked in a pas-de-deux with culture, destined to follow its greater partner's lead, how can the process partner possibly effect a change that departs from what is already choreographed? The solution to this paradox lies in returning to the recognition that culture is neither eternal nor absolutely uniform in any society. It is continually contested and therefore subject to change. Competing tugs will whirl it this way or that. These tugs will stem from a clash of political interests, from new social and economic conditions, and from disagreement about how best to serve social needs. Max Weber confronted a variant of this problem in his discussion of the emergence and development of legal norms. If legal norms arise from social consensus and take on the character of coercion, “there arises the question of how anything could ever change in this inert mass of canonized custom which, just because it is considered as binding, seems as though it could never give birth to*

---

<sup>121</sup> CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**. Nova Iorque: New York University Press, 2005, p. 81. Em tradução livre: “As práticas sociais muitas vezes ‘fazem sentido’ quando vistas de dentro da cultura que as cria e sustenta. A consulta do Oráculo de Benge faz todo o sentido para um chefe de Zande. Enormes quantidades de comida como presente para um inimigo faz perfeito sentido para Massim, mas não para um observador de fora dessa sociedade, essas práticas parecem bizarras e específicas da cultura.”

*anything new.” He argues that a “new line of conduct” can emerge as the result of changes in individual behavior that, because of new conditions, spread through the society. Change can also result when one of several available arrangements is seen by the community to be best suited to dealing with new conditions. Change takes place in part through the unconscious treatment of new rules as variants of the old. Weber’s points apply to procedural change as well. Individual and institutional changes in that important sphere of social life can have cultural resonance and can move the society in a new direction<sup>122</sup>.*

Dito de outra maneira: o direito é ao mesmo tempo parte integrante da cultura, mas também agente formador e modificador dela. Assim, a própria decisão de se aplicar um subsistema jurídico, e não outro, já é uma maneira não apenas de privilegiar um grupo social, mas de causar mudanças profundas nas práticas daquele grupo que teve a sua juridicidade negada <sup>123</sup>.

Portanto, nos parece nítido que a opção por não reconhecer os sistemas jurídicos indígenas é um modo de manutenção da colonização dos povos originários e de uma missão “civilizatória”. No momento em que uma persecução penal do Estado é sobreposta à resolução de conflito tradicional de determinada comunidade indígena, além de não estar

---

<sup>122</sup> CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**. Nova Iorque: New York University Press, 2005, p. 138-139. Em livre tradução: Reconheço que a minha primeira reivindicação (que as formas de disputa são culturalmente vinculadas) pode ser lida como limitadora da minha segunda (que influenciam de forma importante a cultura). Se a prática de disputa estiver bloqueada em um “pas-de-deux” com cultura, destinada a seguir a liderança de seu parceiro líder, como o parceiro do processo pode afetar uma mudança que se afasta do que já está coreografado? A solução para este paradoxo reside no retorno ao reconhecimento de que a cultura não é nem eterna nem absolutamente uniforme em qualquer sociedade. É continuamente contestado e, portanto, sujeito a alterações. Competidores puxando uma corda em lados opostos irão puxar para ou lado ou outro. Esses competidores puxarão a corda de um confronto de interesses políticos, de novas condições sociais e econômicas e do desacordo sobre a melhor forma de atender às necessidades sociais. Max Weber confrontou uma variante desse problema em sua discussão sobre o surgimento e desenvolvimento de normas legais. Se as normas legais decorrerem do consenso social e assumirem o caráter de coerção, ‘surge a questão de como algo poderia mudar nessa massa inerte de costume canonizado que, só porque é considerado vinculativo, parece que nunca poderia dar nascimento a nada novo’. Ele argumenta que uma ‘nova linha de conduta’ pode surgir como resultado de mudanças no comportamento individual que, devido a novas condições, se espalham pela sociedade. A mudança também pode resultar quando uma das várias soluções disponíveis é vista pela comunidade como mais adequada para lidar com novas condições. A mudança ocorre em parte através do tratamento inconsciente de novas regras como variantes das antigas. Os pontos de Weber se aplicam também à mudanças procedimentais. Mudanças individuais e institucionais nessa esfera importante da vida social podem ter ressonância cultural e podem mover a sociedade em uma nova direção.

<sup>123</sup> JOBIM, Marco Felix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

presente o fator legitimidade, há uma modificação substancial da maneira como essa cultura se relaciona com seus próprios conflitos.

Há, por consequência, estreita relação entre a aplicação do direito estatal (em contraposição à autonomia dos povos indígenas) e as visões colonizadoras e tutelares apresentadas em ponto anterior dessa pesquisa. Heleno Fragoso já se demonstrara preocupado com a questão penal e os indígenas em célebre 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’<sup>124</sup>.

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, quese diga, já é debatida há muito por penalistas; sem que a situação, no entanto, fosse descortinada. 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:

*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*

---

<sup>124</sup> FRAGOSO, Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 14.

*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 interno*<sup>125</sup>.

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 compositivas. 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 compositiva 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 de su grupo indígena y ello no repugne al respeto debido a la dignidad humana*<sup>126</sup>.

É a partir destas noções que Alessandro Barattadefende a tese da existência de um princípio de respeito às autonomias culturais, cuja cerne é o de impor “*un ulterior límite*

---

<sup>125</sup> INSTITUTO 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.

<sup>126</sup> 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



*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*<sup>127</sup>. 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 antitotalitária<sup>128</sup>.

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-americanas<sup>129</sup>, ao menos em um primeiro momento:

[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 psíquico<sup>130</sup>.

Assim, parece-nos que a perseguição penal não apenas está intrinsecamente ligada à cultura, mas também que a não pluralização do Direito Processual Penal — e do sistema penal como um todo — constitui-se em política neocolonialista, cujos efeitos são a degradação (ainda maior) das culturas e etnias originárias da América.

---

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> *Idem*.

<sup>129</sup> 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?

<sup>130</sup> CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 145.

### 3.1.4. As razões de se limitar a autonomia penal conferida às comunidades indígenas.

Limitar aquilo que optamos por chamar de 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 pelo 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 do 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 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.<sup>131</sup>*

Em vista disso, parece ser necessária a limitação estatal em alguns pontos. A partir da segunda parte do *caput* da previsão dada pelo Estatuto do Índio, podemos referenciar a

---

<sup>131</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *CuandolosexcluidostienenDerecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidadin Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidadenBolivia*, p. 11-48. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012, p. 34.

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.*<sup>132</sup>

A construção dos direitos humanos, em uma sociedade pluriétnica e plurinacional, perpassa, por via própria de consequência, pelo diálogo com os diversos sistemas jurídicos, etnias e culturas existentes nesta sociedade. Assim, os direitos humanos não são apenas um limite externo à atuação das jurisdições indígenas, mas um elemento que as integra, com o objetivo de construir um direito verdadeiramente plural. Nesse 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*

---

<sup>132</sup> 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. 38.

*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 diálogo*<sup>133</sup>.

Ademais do respeito aos direitos humanos, necessário estabelecer alguns critérios de ordem processual, como a fixação de uma espécie de competência de abrangência dessa autonomia. 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[ou devido ao?] 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. 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 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

---

<sup>133</sup> JIMENEZ, Agustín Grijlava 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

de pensar? Como discutir universalismo e especificidades se sempre a busca de universais ocidentais se fazem presentes?<sup>134</sup>

Não nos parece que o critério da competência *ratiolocae*, tal qual ocorre nos Estados Unidos da América, seja preponderante para a escolha pela jurisdição comum; se há um crime envolvendo dois índios dentro dos limites de uma cidade e, posteriormente, a comunidade aplica o seu direito consuetudinário para resolver a questão, não há porque haver interferência do direito estatal.

### **3.1.5. A leitura constitucional do artigo 57 e a mínima intervenção penal.**

Delineados, dessa forma, 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.

Finalmente, superadas as questões que dão sustentáculo para que se possa encampar o cerne da presente pesquisa, passa-se à análise do artigo propriamente dito. Primeiramente, insta ressaltar que uma série de doutrinadores assume que a norma<sup>135</sup> 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 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 morte<sup>136</sup>.

De certo modo, se pode dizer que o estudo do artigo 57 do Estatuto do Índio não tem muita repercussão na doutrina brasileira, sendo encontrado apenas em algumas passagens dos livros que abordam a questão da imputabilidade de ameríndios:

---

<sup>134</sup> 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

<sup>135</sup> Norma no sentido dado por ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>136</sup> BRASIL. Lei 6.001. **Estatuto do índio**. Promulgada em 19 de dezembro de 1973.

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 distintos<sup>137</sup>.

Destaca-se outro trecho de livro que versa sobre a temática dos direitos indígenas:

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 julgará<sup>138</sup>.

Ainda que não haja muitas pesquisas diretamente relacionadas, parece 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 indica as seguintes bases interpretativas: são válidos julgamentos realizados no seio de comunidade indígenas, aplicando-se o direito consuetudinário dessas, desde que respeitados certos limites.

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 maioria das vezes, sobre uma disputa de competência entre a justiça estadual e a federal (a partir do disposto pela Constituição Federal). Em outras palavras, deveria ser a regra que a tentativa de uma composição interna e própria, mas não é o que se percebe. 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.

---

<sup>137</sup> REZENDE, Guilherme Madi. **Índio**: tratamento jurídico penal. Curitiba, 2011, p. 33

<sup>138</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 296

Isso pode se dar por diferentes 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 Sociedades Indígenas, mas encontra-se parado na Mesa Diretora da Câmara desde 2009, tendo sido feitas 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 da proposta, 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 autoria 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 em relação ao que está em vigor atualmente; a nova redação, contudo, não explica se a regra do parágrafo único é uma exceção à autonomia de julgamentos. Não há razões, ao nosso ver, que os crimes dolosos contra a vida não sejam julgados pela comunidade indígena quando todos os envolvidos sejam integrantes daquela etnia em específico. Desse modo, a única leitura do acréscimo dado pelo dispositivo do Projeto de Lei é quando algum dos envolvidos não seja índio.

Ainda, calcado em uma visão 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 limites<sup>139</sup>.

Parece-nos acertada a crítica acerca da vagueza do artigo, tendo em vista a importância do dispositivo e os inúmeros debates que dele podem advir. Importante, ainda, o debate acerca das tentativas de aplicação dos preceitos do direito ocidental ao direito indígena; o que se relaciona com o que apontamos como sendo um dos problemas, apontado principalmente por antropólogos, do pluralismo jurídico. No entanto, não acreditamos que o caminho para a solução do embate seja o da total separação das duas sociedades, como se não houvesse interação entre elas; não nos parecendo equivocado que o direito estabeleça limites a essa autonomia, até mesmo por se tratar de um duplo reconhecimento, conforme visto, de culturas. Assim, as limitações devem estar conforme os princípios constitucionais que regem o Direito Penal (notadamente, o da legalidade, intervenção mínima e o da lesividade), além da garantia constitucional de que os povos originários podem viver de acordo com seus usos e costumes.

Dessa maneira, nos parece que os limites que pode dar a justiça penal devem estar centralizados em três vieses fundamentais: (i.) restrição para que a pena imposta àquele que cometeu o fato tido como delituoso não tenha caráter cruel; (ii.) impossibilidade de criminalização dos executores da sanção que não ultrapassou os limites fornecidos pelo próprio artigo 57, e; (iii.) a garantia de que o julgamento da comunidade indígena tenha legitimidade face a possíveis ações penais futuras, resguardando o agente de sofrer um duplo julgamento pelo mesmo fato.

Quanto ao primeiro viés, o problema que exsurge é o de definir a pena cruel. Aqui, nos parece que deve ser feito um sopesamento entre critérios já existentes no direito estatal (como os estabelecidos para a caracterização do crime de tortura) e de que modo a sanção se

---

<sup>139</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 194.



enquadra nos usos e costumes da etnia em específico. Não se pode caracterizar uma ação como cruel sem que enquadrá-la no contexto em que foi aplicada.

No que tange ao segundo ponto trazido, essa impossibilidade deve se dar, justamente, pelo critério de limitação da pena imposta. Se a sanção estiver dentro dos contornos permissivos do artigo 57, não se pode falar em persecução penal às lideranças indígenas responsáveis pelo julgamento. De outro lado, caso haja ferimento ao previsto pela norma, nada obsta que haja investigações penais pelo suposto excesso, o que leva o debate para os limites da imputação penal de ameríndios e discussões sobre crimes culturalmente motivados.<sup>140</sup>

Finalmente, no terceiro ponto, a garantia de legitimidade ao julgamento não apenas protege a cultura da comunidade envolvida, mas dá segurança ao agente a que se imputa o fato de que ele não será duplamente julgado por um mesmo fato, de acordo com os limites do princípio do *(non) bis in idem*. Dois detalhes são importantes nesse terceiro viés: o primeiro, é que a absolvição também garante que não haja a persecução penal, tendo em vista que o que deve ser evitado é o duplo julgamento, conforme será analisado no segundo caso, adiante. O segundo detalhe é que, em não havendo julgamento, por razão de o fato não ser uma infração das normas da comunidade, deve o agente responder ao processo penal nos limites das já referidas noções de imputações penais a ameríndios.

### 3.2. ESTUDOS DE CASO A PARTIR DA LEITURA CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO.

Parte-se, agora, para a etapa final do presente trabalho. Após a análise histórica e um breve posicionamento sociológico e antropológico, visou-se dar sentido ao artigo 57 do Estatuto do Índio, a partir de uma leitura constitucional e, de igual modo, embasada no que foi trazido pelos capítulos anteriores.

A conclusão a que se chegou foi que uma leitura constitucional do referido artigo não pode fugir do restante dos princípios constitucionais; desse modo, deve haver uma dupla leitura: aquela que protege a vítima por possíveis excessos nas penalizações (cruéis ou a

---

<sup>140</sup> No tema, as já citadas obras de SILVA, Tédney Moreira e DE MAGLIE, Cristina.

própria pena de morte) e a outra que protege o réu de receber uma sanção por ato que já fora julgado em sua cultura originária.

Cabe destacar que se trata de uma escolha qualitativa, sabendo-se que há diversos casos na jurisprudência pátria que poderiam ser submetidos à análise dos parâmetros aqui estudados (e muitos outros que jamais chegam ao Poder Judiciário, o que se pode perceber a partir de pesquisas jurisprudenciais). A escolha pelos que seguem se deu porque cada um deles tratou de uma das duas possibilidades de controle jurídico possíveis pela leitura constitucional do artigo 57.

A primeira opção metodológica é de que o estudo será exclusivamente de julgamentos havidos em segundo grau, última resposta do Poder Judiciário dada aos casos<sup>141</sup>. Ainda, a opção se justifica pelo fato de que as decisões de segunda instância são as últimas a realizarem uma detida leitura dos fatos, tendo as cortes superiores a função de somente julgar teses de direito, as quais fogem do julgamento das circunstâncias fáticas dos casos em concreto. Por fim, optou-se somente pela análise de atos decisórios: a uma porque é esses são a verdadeira aplicação do poder estatal, pois os únicos com poder de alteração da situação fática e cultural (nos termos daquilo visto no ponto 3.1.2.), a duas, porque eles contêm um cotejamento de tudo aquilo trazido no curso da ação penal. Em tempo, faz-se menção à delimitação que foi dada logo na introdução da pesquisa: não se buscou aqui a visão antropológica do objeto de estudo (em que pesa ela permeie todo o trabalho) e, portanto, não havia razão para uma pesquisa de campo ou entrevista com todos atores envolvidos na contenda, como vítimas e réus, por exemplo.

Assim, passa-se à exposição dos casos. Foram pincelados trechos dos acórdãos analisados, os quais foram colocados em quadros de texto (ainda que extensos, apresentam de forma resumida, na visão dos julgadores, , bem como demonstram a *ratio decidende* cada um dos julgados). Após, é feita breve análise a respeito dos argumentos da decisão a partir do que se tratou na presente pesquisa.

---

<sup>141</sup> No primeiro caso apresentado, há Recurso Especial ministerial pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1621789/RS), conforme informações no sítio do tribunal, com último acesso em 19.10.2017; no segundo caso, após a decisão do Tribunal de Justiça de Roraima, a ação transitou em julgado, sem que as partes apresentassem recursos às cortes superiores.

### **3.2.1. Disputa política em aldeia Kaingang no norte do Rio Grande do Sul (caso em que houve análise da sanção imposta por liderança indígena a um dos membros da comunidade).**

O presente caso versa sobre uma disputa política por liderança em uma aldeia indígena na região de Mato Castelhana, norte do estado do Rio Grande do Sul, em que membros da aldeia foram levados pelas lideranças locais, supostamente sob violência e ameaças.

Pinçou-se boa parte acórdão, trecho que contém o resumo do caso, bem como as razões de decidir adotadas à unanimidade pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Perceber-se-á que se trata de caso em que a apreciação do Poder Judiciário foi direcionada à aplicação da sanção por indígenas e os supostos delitos advindos da execução dessas sanções.

**Quadro I:** Trechos do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da apelação nº 5007763-60.2011.4.04.7104, Rel. Des. Leandro Paulsen, 8ª Turma, j. 9.3.16.

DIREITO PENAL. CÁRCERE PRIVADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. EXISTÊNCIA. DOLO. AUSÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. COSTUMES. GRUPO INDÍGENA KAINGANG. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. MESMO CONTEXTO. RECONHECIMENTO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA 269.

1. A expulsão de indígenas de acampamento, mediante emprego de violência e com suficiente caracterização de coação das vítimas, implica no cometimento do crime de constrangimento ilegal - art. 146, §1º, CP.

2. O cotejo das provas constantes dos autos revela que a ação do cacique e da sua liderança, na expulsão de indígena e familiares de acampamento Kaingáng mantido em Mato Castelhana, não objetivou a manutenção da ordem na reserva, tampouco a preservação dos costumes e tradições daquele povo indígena, mas se prestou, na verdade, a assegurar a prevalência dos réus no contexto de disputa pela liderança do agrupamento, onde uma das vítimas era considerada rival na contenda.

3. Constrangimento ilegal e cárcere privado são crimes da mesma espécie, que violam o mesmo bem jurídico (liberdade), e quando praticados dentro de um mesmo contexto fático e com um mesmo propósito, possível aplicar a ficção jurídica do crime continuado.

4. Consideradas favoráveis a maioria das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, sem vislumbrar-se ainda alta periculosidade do apelante reincidente, aplica-se o regime inicial semiaberto, em observância ao teor da Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

1. *Objeto do recurso.* Tratam-se de Apelações Criminais interpostas por Jonatan Inácio e Dorvalino Kogja Joaquim contra a sentença proferida pelo Juiz Federal Rodrigo Becker Pinho que, acolhendo parcialmente denúncia do MPF, condenou o primeiro como incurso na prática dos delitos de constrangimento ilegal (art. 146, §1º do CP) e de cárcere privado (art. 148 do CP), em concurso material. Dorvalino foi condenado somente pela prática de cárcere privado.

Narrou a exordial acusatória (ev. 1 INIC):

**1º GRUPO DE FATOS DELITUOSOS:**

*No dia 23 de fevereiro de 2008, por volta das 22h30min, no acampamento indígena localizado nas margens da Rodovia BR 285, altura do km271, em frente à COTRIJAL, no município de Mato Castelhana/RS, os denunciados UBIRATA INÁCIO, VALDECIR VELOSO, ISAÍAS MARQUES, TAINÁ INÁCIO e FERNANDES DA SILVA, liderados por JONATAN INÁCIO, agindo dolosamente e conscientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, com emprego de violência e armas, constrangeram um grupo de outros indígenas, entre os quais a família de JÓ REIS e, na sequência, a de GETÚLIO DANIEL, aí incluídos SIDNEI PALIANO, EVA PAULO FARIAS, JAIR ANTÔNIO, NILSON ANTÔNIO, ADRIANA DANIEL e MARILUCIA ANTÔNIA (fls. 18/20 - autos nº. 2008.71.04.001120-6), a abandonar suas residências, expulsando-os do local onde estas estavam estabelecidas.*

*O grupo liderado por JONATAN INÁCIO era formado por indígenas e não indígenas e composto por este, pelos denunciados aludidos acima e pelas pessoas precariamente identificadas como Raquel e Miriam (fl. 31 dos autos nº 2008.71.04.001120-6).*

*O grupo de indígenas expulso era composto por 12 (doze) famílias, em um total aproximado de 30 (trinta) pessoas.*

*Esclareça-se que o acampamento indígena referido instalou-se no local mencionado aproximadamente no ano de 2006. Aludido grupo busca a identificação de terras indígenas em tal município e, enquanto não são realizados os trabalhos necessários pela FUNAI, aptos a esclarecer acerca da procedência da pretensão dos indígenas, os indígenas expulsos ali estavam a aguardar por uma resposta estatal, até a data da expulsão, sob a liderança de GETÚLIO DANIEL.*

*Consigne-se que, próximo ao local do mencionado acampamento, também às margens da rodovia federal, aproximadamente há 01 (um) quilômetro de distância do acampamento indígena situado em frente à COTRIJAL, no sentido Mato Castelhana/Passo Fundo, no km 269, há outro acampamento de indígenas, os quais têm como líder ou cacique a pessoa chamada DORVALINO KOGJA JOAQUIM.*

*Outrossim, por volta do mês de junho de 2007, no acampamento que era liderado por GETÚLIO DANIEL, foram recepcionadas algumas famílias de indígenas oriundas de um acampamento que havia se retirado do município de Pontão/RS após a realização de estudos pela FUNAI, que concluíram que não havia terras de ocupação indígena aptas ao reconhecimento do domínio da União, nesse município.*

*Tais indígenas, do acampamento que estava instalado em Pontão/RS, tinham JONATAN INÁCIO como liderança.*

*Após a recepção consensual de tais indígenas por aqueles que já estavam em Mato Castelhana/RS, mais precisamente os liderados por GETÚLIO DANIEL, passando a residir no mesmo acampamento os indígenas*

vindos de Pontão e os liderados por GETÚLIO DANIEL, JONATAN INÁCIO passou a ter alguns desentendimentos com GETULIO DANIEL, pois tinha a pretensão de exercer a liderança no acampamento.

Diante disso, GETÚLIO DANIEL procurou DORVALINO KOGJA JOAQUIM e ambos concertaram a unificação da liderança dos dois acampamentos indígenas situados em Mato Castelhana/RS (o situado em frente à COTRIJAL e o distante 01 (um) quilômetro desse local).

Em razão de tal acordo, DORVALINO KOGJA JOAQUIM exerceria a função de cacique e GETULIO DANIEL a de vice-cacique dos dois acampamentos.

Descontente com tais ocorrências, pois algumas famílias de indígenas que o haviam acompanhado desde Pontão/RS estavam reconhecendo a nova liderança dos acampamentos unificados, JONATAN INÁCIO, acompanhado pelos denunciados ora referidos, no local e condições de tempo já aludidas, com o uso de armas de fogo, facões, facas, barras de ferro e pedras, desferindo socos, pedradas e golpes com as armas brancas, agrediu os demais indígenas que estavam no acampamento, promovendo lesões corporais em 08 (oito) deles, pelo menos.

Tais atos foram descritos da seguinte forma pelas pessoas ouvidas nesta Procuradoria da República:

(...)

Diante das agressões, os indígenas vítimas foram expulsos de suas residências, tendo deixado seus pertences para trás durante a fuga em direção à mata próxima ao local dos eventos e ao outro acampamento indígena situado nas proximidades.

Na sequência dos fatos referidos, já na transição para o dia 24 de fevereiro de 2008, os denunciados componentes do grupo liderado por JONATAN INÁCIO, dolosamente e cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, subtraíram, para si, com o emprego da violência descrita acima, bens pessoais dos demais indígenas que haviam sido expulsos do local, tais como roupas, mantimentos (carne) e dois aparelhos de DVD.

Ademais, após as agressões e expulsão, as residências dos indígenas expulsos, algumas feitas com lonas cedidas pela FUNAI e a esta pertencentes, foram destruídas pelos denunciados, liderados por JONATAN INÁCIO, que agiam dolosamente e cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, como pode ser verificado, em parte, nas imagens captadas por servidores da FUNAI no referido acampamento (fls. 08/11 dos autos nº 2008.71.04.001120-6). Tais residências tiveram as lonas que as recobriam cortadas a faca e, duas delas, ao que consta, foram incendiadas.

A existência dos fatos e a respectiva autoria estão satisfatoriamente demonstradas pelas fotografias juntadas aos autos (fls. 08/11 - autos nº. 2008.71.04.001120-6), pelas comunicações policiais nº. 462686/2008 (fl. 12 - autos nº. 2008.71.04.001120-6), nº. 804776/2008 (fls. 14/16 dos autos nº. 2008.71.04.001120-6), nº. 4595/2008 (fls. 18/20 - autos nº. 2008.71.04.001120-6), pela declaração (fl. 17 - autos nº. 2008.71.04.001120-6 09) e pelos termos de declarações (fls. 22/34 - autos nº. 2008.71.04.001120-6).

Agindo desse modo, UBIRATA INÁCIO, VALDECIR VELOSO, ISAÍAS MARQUES, TAINÁ INÁCIO, FERNANDES DA SILVA e JONATAN INÁCIO, incidiram nas condutas descritas no art. 146, §1º, art. 157, §2º, incs. I e II, e art. 163, parágrafo único, incs. I, II e III, todos do Código Penal.

## **2º GRUPO DE FATOS DELITUOSOS:**

*Após a expulsão dos indígenas referidos, o grupo por estes formado passou a residir, por certo período, junto ao acampamento de indígenas liderado por DORVALINO KOGJA JOAQUIM.*

*Contudo, continuou a haver certa disputa entre os distintos grupos de indígenas, que tinham como líderes, cada qual, GETÚLIO DANIEL, JONATAN INÁCIO e DORVALINO KOGJA JOAQUIM.*

*Em razão disso, no dia 18 de janeiro de 2009, por volta das 23h00min, os denunciados JÓ REIS, DANILO JOAQUIM, MARCOS JOAQUIM, ARGEU JOAQUIM, CLÁUDIO CRISTÃO, JOÃOZINHO JOAQUIM, JOÃO VÍTOR CANDINHO e SIDINEI INÁCIO CANDINHO, liderados por JONATAN INÁCIO e por DORVALINO KOGJA JOAQUIM, invadiram a residência habitada pela família de GETÚLIO DANIEL e, com emprego de ameaças de morte e violência contra este, o privaram de sua liberdade, mediante sequestro.*

*Na ocasião, GETÚLIO DANIEL encontrava-se dormindo, quando foi surpreendido pelos mencionados acusados, os quais o amarraram com cordas, situação em que permaneceu, com sua liberdade restringida, tendo sido levado até o outro acampamento situado na cidade de Mato Castelhano, onde permaneceu até por volta das 03h30min do dia 19 de janeiro de 2009. Após isso, os acusados removeram GETÚLIO DANIEL até a localidade de Alto do Recreio, situada na Terra Indígena de Serrinha, no município de Ronda Alta/RS, onde, então, o libertaram.*

*Na sequência, a família de GETÚLIO DANIEL (sua esposa e seus dois filhos, um dos quais é deficiente auditivo, tratando-se a outra de deficiente física) também foram levados pelos acusados, compulsoriamente, até o mesmo local onde aquele havia sido deixado, ou seja, foram constrangidos, mediante grave ameaça, a abandonarem a sua residência e o acampamento indígena (fl. 68 - autos n.º 2008.71.04.002866-8).*

*Por ensejo dessas ocorrências, o denunciado DORVALINO KOGJA JOAQUIM encaminhou declaração à Procuradoria da República de Passo Fundo, comunicando a 'transferência' do ex-vice cacique Getúlio Daniel e sua família para uma área indígena (Terra Indígena da Serrinha), devido a suposta quebra de acordo para unificação dos acampamentos (fl. 73 - autos n.º 2008.71.04.002866-8).*

*Ouvido em sede policial, GETÚLIO DANIEL declarou que, no dia seguinte à sua expulsão, os denunciados foram armados até o acampamento em que ele residia e forçaram a saída das famílias que não pertenciam ao grupo liderado por DORVALINO KOGJA JOAQUIM (fls. 76/77 - autos n.º 2008.71.04.002866-8), circunstância que, contudo, depende de melhor apuração em sede policial.*

*Ao prestar declarações perante a autoridade policial, o denunciado DORVALINO KOGJA JOAQUIM esclareceu que a expulsão do indígena GETÚLIO DANIEL teria ocorrido em conformidade com a lei indígena (fl. 92 - autos n.º 2008.71.04.002866-8).*

*Quanto aos demais acusados, todos foram unânimes ao asseverar que a expulsão de GETÚLIO DANIEL do acampamento deu-se em obediência às ordens da liderança indígena formada por JONATAN INÁCIO e DORVALINO KOGJA JOAQUIM.*

*Assim agindo, os denunciados ora referidos incorreram na prática dos delitos descritos no art. 146, §1º, e art. 148, caput, ambos do Código Penal.*

*A existência dos fatos e a respectiva autoria estão satisfatoriamente demonstradas pelos termos de declarações (fls. 68, 76/77, 92, 96, 122, 124, 126, 128, 130 e 156 dos autos n.º 2008.71.04.002866-8), pela comunicação policial n.º 1872/2009 (fls. 69/70 dos autos n.º 2008.71.04.002866-8) e pela declaração (fl. 73 dos autos n.º 2008.71.04.002866-8).*

*Com efeito, pelo que se depreende dos autos, o motivo dos crimes supramencionados consistiu na disputa sobre a liderança da comunidade indígena instalada no lugar dos eventos, bem como a pretensão da ocupação de terra indígena na área em questão, se esta vier a ser reconhecida após os estudos a serem desenvolvidos pela FUNAI. [grifos originais]*

A denúncia foi recebida em 12.12.2011 (E5, DESP1). No curso da persecução foi oferecida e aceita transação penal relativamente à prática de constrangimento ilegal para os réus Fernandes Poves da Silva, DorvalinoKogjaJoaquim, Danilo Joaquim, Marcos Joaquim, Argeu Joaquim, Cláudio Cristão, Joãozinho Joaquim, João Vítor Candinho e Sidinei Inácio Candinho.

Cumpridas as condições estabelecidas, proferiu-se em 3 de dezembro de 2012 sentença homologando a transação penal, declarando-se extinta a punibilidade em relação à tal imputação em favor dos réus acima nominados (evento 419).

Prosseguiu-se com a devida instrução em relação aos demais delitos referidos na inicial e também quanto aos réus que não preenchiam as condições legais para o oferecimento de transação penal.

(...)

Os delitos ocorreram por força de disputa da liderança de pequenas comunidades indígenas acampadas naquele local. Do que foi possível extrair dos autos, na época dos fatos existiam dois acampamentos nas proximidades da unidade da Cotrijal sediada em Mato Castelhana, sendo um coordenado por Getúlio Daniel e o outro por DorvalinoKogja Joaquim.

Um terceiro grupo de indígenas, oriundo de acampamento mantido em Pontão e chefiado por Jonatan Inácio foi acolhido no acampamento chefiado por Gilberto, após frustrada a tentativa de reconhecimento oficial de terras indígenas naquele local.

Dentro de um contexto de disputa pela liderança deste agrupamento o órgão ministerial expôs o primeiro fato delitivo. Segundo a denúncia, no dia **23 de fevereiro de 2008**, um grupo de indígenas e não indígenas liderado por Jonatan Inácio promoveu a expulsão do grupo originário de indígenas que estava acampado no local, composto por 12 famílias, até então submetidos ao cacicado de Gilberto Daniel.

Na sentença proferida em 17 de outubro de 2014 o Juízo de origem considerou configurada, para o primeiro conjunto de fatos referidos na denúncia, a prática do delito de constrangimento ilegal, previsto no art.146, §1º do CP, condenando Jonatan Inácio às penas de (um) ano de detenção e multa de 21 dias, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos.

O grupo expulso de seu acampamento foi acolhido no local chefiado por DorvalinoKogja Joaquim. Na seqüência promoveu-se a tentativa de unificação da coordenação de todas as comunidades indígenas lá acampadas. Todavia, manteve-se latente a disputa de comando entre Dorvalino, Jonatan e Gilberto.

Acordo realizado entre Dorvalino e Gilberto acarretou na prática da segunda conduta delituosa descrita na inicial. O MPF referiu que na madrugada do dia **18 de janeiro de 2009** diversos indígenas, liderados pelos réus DorvalinoKogja Joaquim e Jonatan Inácio impuseram a Getúlio Daniel e familiares constrangimento ilegal e cárcere privado.

Na ocasião Getúlio encontrava-se dormindo, quando foi surpreendido pelos mencionados acusados, os quais mediante o auxílio de outros corréus ingressaram em sua casa e amarraram a vítima com cordas, restringindo sua

liberdade. Passadas aproximadamente cinco horas do ato de violência, os acusados então removeram Getúlio Daniel até a localidade de Alto do Recreio, situada na Terra Indígena de Serrinha, no município de Ronda Alta/RS, onde o libertaram.

Na seqüência delitiva, a família de Getúlio Daniel também foi levada pelos acusados, compulsoriamente e mediante ameaças, até o mesmo local onde aquele havia sido deixado.

Acerca dos fatos ocorridos em janeiro de 2009, notadamente a prática de constrangimento ilegal por Dorvalino, foi homologada em favor deste e de outros corréus transação penal oferecida pelo MPF (evento 419).

Decidiu o Juiz Federal Rodrigo Becker Pinto que os apelantes Dorvalino e Jonatan, em relação aos fatos ocorridos em 18 e 19 de janeiro de 2009, incorreram na prática dos delitos de constrangimento ilegal (Jonatan) e cárcere privado (Jonatan e Dorvalino). O apenamento fixado em desfavor de Dorvalino foi de 1 (um) ano de reclusão.

Para Jonatan foi imposta pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão pela prática de cárcere privado e pena de 1(um) ano de detenção e multa de 21 dias, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos, pela prática de constrangimento ilegal aos familiares de Getúlio Daniel.

*2. Constrangimento ilegal. 1º fato referido na inicial.* O constrangimento ilegal é delito material, que exige resultado naturalístico, consistente na coação da vítima, e sua comprovação, no caso, se dá pela prova documental e prova oral colhida na persecução.

As vítimas, todas indígenas, sob o comando de Getúlio Daniel, foram expulsas no dia 23 de fevereiro de 2008 do acampamento que mantinham nas margens da BR 287, no município de Mato Castelhana.

Tais fatos foram detidamente descritos em diversos boletins de ocorrência policial, cadastrados sob nº 462686/2008 (E2, INQ4, fls. 10/11), nº 091704/2008 (E2, INQ4, fls. 12/13), nº 804776/2008 (E2, INQ4, fls. 14/15) e nº 4595/2008 (E2, INQ4, fls. 17/19).

Ainda houve encaminhamento da notícia do episódio à FUNAI e ao MPF( E2, INQ4, fl. 16, fato 1), sendo a materialidade secundada também pelo laudo antropológico elaborado pelo antropólogo Wagner Antônio de Oliveira nos autos nº 2008.71.04.001120-6 (E3, LAU2, fls. 02/29).

Destaco excerto da sentença que enfatiza a coerência dos depoimentos das vítimas:

*As vítimas, por sua vez, também foram firmes em dizer que a transferência aconteceu por ganância de Jonatan Inácio pelo poder, que muitos indígenas entraram na residência da família com armas, paus, pedras e facões, e que a ação do grupo desde o início até a efetiva expulsão das famílias da reserva envolveu violência e ameaças, tanto que durante a noite precisaram se esconder no mato e buscar refúgio em residências localizadas fora do acampamento, tendo inclusive que carregar uma pessoa cadeirante e auxiliar um deficiente auditivo.*

Dos depoimentos colhidos em juízo emerge clara a conduta ilícita do réu Jonatan, que com o auxílio de Tainá Inácio, Ubiratã Inácio, Isaías Marques, Valdecir Veloso e Fernandes Poves da Silva, todos corréus beneficiados por transação penal, incorreram na prática delitiva do art. 146, §1º do CP, pois mediante ameaça de violência, **expulsaram, de forma ilegítima**, o grupo de indígenas comandado por Gilberto Daniel do acampamento originariamente erigido pelas vítimas.



Os relatos das vítimas e testemunhas foram seguros e coerentes no sentido de ter o réu coordenado a prática delitiva, no intuito de assumir o comando do local, **na condição de cacique**. Soma-se isso o laudo antropológico e tem-se presente conjunto suficiente para manutenção da sentença condenatória. Destarte, não há que se falar em insuficiência de provas, como alegado pela defesa ou que a mesma derive exclusivamente do inquérito policial.

Apenas a título de acréscimo, cabe apontar que a prática delitiva teve como intuito a cobiça de Jonatan Inácio, pois este, na condição de auto-proclamado cacique do acampamento então coordenado por Gilberto, pretendia tirar proveito econômico de tal condição. Quanto ao ponto, transcrevo o seguinte excerto do laudo antropológico:

*'Há que mencionar-se também que a gestão realizada pelo cacique e respectiva liderança envolve, invariavelmente, a administração de recursos financeiros e oriundos de políticas públicas - dos governos estadual e federal - e ainda de possíveis recursos captados junto a organizações ou organismos internacionais.*

(...)

*Os grupos faccionalistas acampados em Mato Castelhana estão atualmente enredados em um contexto muito parecido com esse que vimos de trazer a colação. Ambos travam uma declarada disputa política, visando a garantir uma supremacia que, futuramente, assegure acessos aos bens econômicos da terra demarcada e a outros benefícios - políticos, econômicos e sociais - que o exercício do cacidado poderá proporcionar.*

Encontrando-se, pois, devidamente comprovada a ocorrência do primeiro fato delituoso imputado ao denunciado Jonatan Inácio **e não havendo qualquer circunstância que exclua o crime ou isente-o da pena**, impõe-se a confirmação da sentença condenatória lavrada pelo Juiz Federal Rodrigo Becker Pinto, que impôs à Jonatan às penas do artigo 146, § 1º, do Código Penal em relação ao primeiro fato delituoso retratado na exordial.

3. *Segundo fato delituoso. Cárcere privado. Materialidade e autoria. Dolo.* Para a caracterização do delito de cárcere privado, previsto no art. 148, *caput*, do Código Penal impõe-se que a vítima seja colocada em ambiente fechado e privada de sua liberdade, o que restou evidenciado nos autos, nos termos bem delineados pela sentença que ora transcrevo e adoto como razão de decidir:

*Relativamente ao segundo grupo de fatos (18.01.2009), pelo qual respondem Jonatan Inácio, DorvalinoKogja Joaquim, Argeu Joaquim, Cláudio Cristão, Danilo Joaquim, Joãozinho Joaquim, Marcos Joaquim, João Vítor Candinho, Sidinei Inácio Candinho e Jó Reis por infração ao delito do artigo 148, caput, ambos do Código Penal, sendo o último referido também acusado pelo artigo 146, § 1º, do mesmo diploma legal, já que não beneficiado pela transação penal, os acusados confirmaram que Getúlio Daniel e sua família foram compulsoriamente transferidos para a terra indígena da Serrinha, em Ronda Alta, RS.*

*Confirmam, também, que ele foi retirado de seu acampamento e levado para o acampamento de DorvalinoKogja Joaquim durante a noite, sendo transferido na madrugada no carro de Jonatan Inácio, mas negaram ter ele sido amarrado ou utilizada violência.*

*Aqui, como visto, os réus confessaram os fatos, divergindo suas declarações daquelas prestadas pelas vítimas apenas no ponto que diz respeito ao fato de Getúlio Daniel ter ou não sido amarrado e sofrido ameaças.*

*Enquanto Jonatan Inácio garante que sua participação resumiu-se a conduzir Getúlio Daniel até a terra indígena da Serrinha, e a pedido dele próprio (E504, VÍDEO1 a VÍDEO3), DorvalinoKogja Joaquim afirmou que a ideia toda partiu do Jonatan Inácio, que, sentindo-se ameaçado, lhe sugeriu removê-lo do acampamento para a briga não ser maior (E583, VÍDEO1).*

Disse ainda que toda a conversa acontecida no momento da apreensão do Getúlio Daniel foi feita por Jonatan Inácio, já que ele era o líder do acampamento situado em frente à COTRIJAL, desmentindo assim a versão dada por Jonatan Inácio

Os demais indígenas que confirmaram ter presenciado/participado ou ser convidado - Argeu Joaquim, Cláudio Cristão, Marcos Joaquim, João Vítor Candinho, Sidinei Inácio Candinho e Jó Reis -, alegaram que a ordem foi dada a toda a comunidade indígena pela liderança, mais precisamente pelo cacique DorvalinoKogja Joaquim e pelo capitão Jonatan Inácio, tendo de ser obedecida sem qualquer resistência, pois acaso não acompanhassem a liderança sofreriam a mesma penalidade de expulsão/transferência.

**Dito isso, tenho que restou comprovado tanto num caso quanto no outro que a ação do cacique e da sua liderança nos episódios de expulsão das famílias e de privação de liberdade de Getúlio Daniel nada teve a ver com a manutenção da ordem nos acampamentos, ou com a preservação dos costumes e tradições Kaingang; pelo contrário, as punições aplicadas serviram para satisfazer interesses pessoais do grupo que pretendia exercer o domínio e foi levada a cabo atingindo bens jurídicos penalmente relevantes, o que, com certeza, demanda a intervenção estatal.**

(...)

Getúlio Daniel foi detido em seu acampamento, sendo então levado para o acampamento de DorvalinoKogja Joaquim, onde foi mantido privado de sua liberdade por aproximadamente cinco horas, quando então foi compulsoriamente transferido para a terra indígena da Serrinha, em Ronda Alta, RS, local para onde foi levado de carro por membros da liderança.

Com já restou estabelecido no item anterior, a punição aplicada pelo cacique e sua liderança a Getúlio Daniel não era legítima, tampouco o foi a expulsão do acampamento.

Isso porque ficou claro que a liderança desde o início pretendia privar Getúlio de sua liberdade para depois transferi-lo, e, na sequência, remover o restante de sua família sem maiores problemas.

Não fosse isso, não haveria necessidade de Jonatan Inácio e DorvalinoKogja Joaquim convocarem toda a comunidade que lhes apoiava, invadindo a residência de Getúlio Daniel e sua família com a clara intenção de surpreendê-lo, amarrando-o com cordas e, na sequência, levando-o para o outro acampamento.

(...)

Conforme já mencionado anteriormente, o cacique e o capitão se uniram para 'pegar' Getúlio com a finalidade de removê-lo do local, já que pretendiam assumir a liderança e o viam como uma ameaça constante.

Enquanto Jonatan teve a ideia, Dorvalino convocou a comunidade para ajudar na empreitada criminosa, ambos participando ativamente na execução do ato.

Ficou claro, então, que o cacique DorvalinoKogja Joaquim e o capitão Jonatan Inácio foram os principais responsáveis pela privação da liberdade de Getúlio Daniel, indevidamente e contra a sua vontade, agindo dolosamente e conscientes da ilicitude de suas condutas, razão pela qual devem ser condenados

Diversamente do que alega a defesa dos réus Dorvalino e Jonatan, restou amplamente comprovado o dolo, o elemento subjetivo do tipo penal em análise, ou seja, a vontade consciente dos recorrentes de privar ou restringir a liberdade de movimento de Gilberto Daniel, detendo-o contra a sua vontade, com emprego de violência, até a efetivação da expulsão da vítima do acampamento onde residia.

As provas produzidas durante a instrução criminal foram bem avaliadas na sentença recorrida e são suficientes para ensejar a condenação dos réus pelo crime de cárcere privado.

O conjunto de provas ampara a versão acusatória e a alegação dos réus revelou-se isolada do conjunto probatório, principalmente quando confrontada com a robusta prova produzida pela acusação.

Desse modo, tenho que tanto a autoria quanto a materialidade delitiva restaram suficientemente demonstradas, sendo, assim, impositiva a condenação dos réus Dorvalino e Jonatan pelo crime de cárcere privado.

*4. Constrangimento ilegal. Familiares.* A expulsão de familiares de Gilberto Daniel (esposa e dois filhos) do acampamento onde residiam é fato que está intrinsecamente ligado ao fato anterior (cárcere privado e remoção compulsória de Gilberto Daniel).

Em face da remoção compulsória de Gilberto Daniel, os familiares da vítima ficaram desamparados e sequer tinham condições de contrastar a determinação oriunda do cacique Dorvalino, que determinou a expulsão também dos familiares de Gilberto do acampamento indígena por ele comandado.

No caso dos autos, sob as ordens do cacique Dorvalino e com a atuação efetiva de Jonatan Inácio, caracterizou-se constrangimento ilegal dos familiares de Gilberto Daniel, que submetidos à grave ameaça, foram obrigados a deixar o acampamento Kaingang de Mato Castelhana.

Restou comprovado que toda a ação dos denunciados deu-se em um mesmo contexto de violência e de ameaças direcionado contra Gilberto, inclusive com utilização de armas.

Dito isso, constatada a tipicidade do delito de constrangimento ilegal, e não existindo causas que excluam o crime ou isente o réus de pena, é de ser corroborada a condenação de Jonatan Inácio às penas do artigo 146, §1º, do Código Penal, quanto aos fatos ocorridos entre 18 e 19 de janeiro de 2009.

*5. Excludente de culpabilidade. Consciência da ilicitude. Afastamento.* Sustenta a defesa de Dorvalino que não houve dolo no seu agir, pois exerceu sua autoridade como cacique local, no escopo de dirimir conflitos que envolviam Gilberto. Embora confirme os fatos, a defesa do réu apregoa que desconhecia a ilicitude, pois a medida aplicada faz parte dos costumes daquela comunidade indígena.

Não se sustenta a tese defensiva.

Destaco, de início, o que determina o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), no seu artigo 57:

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

Para retirada de Gilberto de sua residência, foi empregada violência desmedida, tendo sido a vítima imobilizada por grande grupo de pessoas, todas ao comando de Dorvalino, e amarrada por várias horas, até sua remoção e liberação em outra comunidade indígena.

Está provado nos autos, além da violência, a situação de grave ameaça, pois portavam os algozes facões e outros instrumentos aptos a impingir à vítima sérias lesões e risco de morte.

Convém ressaltar ainda que não foi possível verificar da persecução qual fora a conduta irregular praticada por Gilberto e seus familiares, sendo os depoimentos colhidos vagos quanto a tal situação.

No presente processo, entendo que não merece acolhida a tese defensiva de ocorrência do erro de proibição, em face do suposto desconhecimento da ilicitude. Comentando o artigo 21 do Código Penal, assim esclarece ROGÉRIO GRECO:

*Segundo Sanzo Brodt, 'conforme a concepção finalista da teoria do delito, à reprovação penal não é necessária a atual consciência da ilicitude; basta a possibilidade de obtê-la. Daí conceituarmos consciência da ilicitude como a capacidade o agente de uma conduta proibida, na situação concreta, apreender a ilicitude de seu comportamento' (in Código Penal Comentado. 5ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 65)*

Portanto, o potencial conhecimento da ilicitude prescinde de conhecimento técnico sobre o injusto, exigindo apenas que o agente pressuponha que o seu comportamento é juridicamente proibido, isto é, a consciência profana do injusto. A potencial consciência da ilicitude do fato não necessita ser efetiva, bastando que, com algum esforço ou cuidado, o agente possa posicionar-se sobre a ilegalidade de seu ato.

Dorvalino, de forma voluntária e consciente, agiu de forma contrária ao ordenamento jurídico, pois comandou e aquiesceu com a violência desmedida aplicada para privar Gilberto de sua liberdade, com a finalidade de fazer valer sua vontade naquela comunidade indígena.

Cabe o registro que Dorvalino, indígena já integrado ao convívio urbano, era plenamente conhecedor dos meios e órgãos que atuam na preservação dos interesses indígenas.

Ainda quando dos primeiros fatos retratados na denúncia, o réu encaminhou missiva ao MPF e a FUNAI, solicitando auxílio para efetivação da transferência de Jonatan Inácio e outros indígenas de seu grupo, que a época invadira o acampamento coordenado por Gilberto (Evento 2, INQ4, Página 16). Disto decorre claramente a conclusão que Dorvalino era sabedor que não poderia impor, a força, a retirada de Gilberto daquele local, não havendo que se cogitar de desconhecimento de ilicitude da conduta.

Jonatan, da condição original de agressor e invasor do acampamento indígena de Mato Castelhana, passou a ser aliado de Dorvalino, sendo ambos os responsáveis pela prática de cárcere privado e constrangimento ilegal impingido a Gilberto Daniel e familiares.

Não há qualquer elemento de prova que aponte no sentido de Gilberto, ou qualquer membro de sua família, fossem indígenas turbadores da ordem, insubordinados, obstinados por poder. Na verdade, tudo leva a crer que o cacique Dorvalino e o capitão Jonatan expulsaram Gilberto e sua família sob falso pretexto, esvaziando a alegação de que a pena de transferência foi aplicada respeitando costumes e tradições indígenas do povo Kaingáng.

O interesse dos réus no comando do grupo é evidente, visando assegurar o controle das terras e usufruir do possível proveito econômico de tal situação.

Gilberto não se desincumbiu do ônus da prova que lhe cabia, nos termos do art. 156, *caput*, do CPP. Diante disso, restou comprovado que a ação do cacique Dorvalino e de Jonatan não objetivou a manutenção da ordem no acampamento, tampouco a preservação dos costumes e tradições kaingáng, mas se prestou, na verdade, para satisfazer interesses pessoais do grupo dominante.

Assim, presentes a tipicidade da conduta e o dolo, não havendo falar em absolvição.

(...)

*Dispositivo.* Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação da defesa de Dorvalino Kogja Joaquim e dar parcial provimento à apelação de Jonatan Inácio, para *i)* reconhecer hipótese de continuidade delitiva entre os delitos de constrangimento ilegal e cárcere privado praticados no mesmo contexto; *ii)* reduzir o apenamento imposto ao réu e *iii)* determinar que o regime inicial de cumprimento das penas seja o semiaberto, nos termos e limites da fundamentação.

Para o estudo do presente caso, necessário fazer uma divisão dos argumentos adotados pela Corte. O crime de coação ilegal foi, sucintamente, analisado em termos de dogmática penal. Contudo, nos importa aqui o discurso a respeito do olhar dado pela decisão para a auto-organização das comunidades indígenas.

Veja-se que o acórdão justifica as ações do “auto-proclamado” cacique da tribo, que antes era liderada pela vítima, buscava “tirar proveito econômico de tal condição”. Para isso, faz referência ao laudo antropológico, o qual afirma que

“os grupos faccionalistas acampados em Mato Castelhana estão atualmente enredados em um contexto muito parecido com esse que vimos de trazer a colação. Ambos travam uma declarada disputa política, visando a garantir uma supremacia que, futuramente, assegure acessos aos bens econômicos da terra demarcada e a outros benefícios - políticos, econômicos e sociais - que o exercício do cacidado poderá proporcionar”.

Por se tratar de uma disputa política interna da comunidade, cujos frutos serão de ordem econômica, é que a decisão, amparada em trechos selecionados do laudo antropológico, condenou o cacique pelo primeiro crime (coação ilegal).

O segundo delito, de cárcere privado dos integrantes da família e do próprio do ex-cacique, foi julgado, para além de seus requisitos formais, pelo motivos que levaram os réus a cometerem os fatos descritos na denúncia:

“restou comprovado tanto num caso quanto no outro que a ação do cacique e da sua liderança nos episódios de expulsão das famílias e de privação de liberdade de Getúlio Daniel nada teve a ver com a manutenção da ordem nos acampamentos, ou com a preservação dos costumes e tradições Kaingang; pelo contrário, as punições aplicadas serviram para satisfazer interesses pessoais do grupo que pretendia exercer o domínio e foi levada a cabo atingindo bens jurídicos penalmente relevantes, o que, com certeza, demanda a intervenção estatal”.

Percebe-se que esse é o ponto central de toda a decisão: o motivo pelo qual as ações foram perpetuadas. Aos olhos dos julgadores, a disputa política não se enquadra nos casos de preservação dos costumes, mas de uma busca por ganhos pessoais, sejam eles de poder dentro do grupo ou de obtenção de lucros.

É da mesma maneira que o argumento da defesa sobre a excludente de culpabilidade (pela falta de consciência da ilicitude do fato) foi afastada pelos argumentos decisórios. Lê-se na decisão que o agente deve pressupor que o seu comportamento é juridicamente proibido, ou seja, que tem “a consciência profana do injusto”<sup>142</sup>. Adiante, o julgador se vale do vício integracionista: “Dorvalino, indígena já integrado ao convívio urbano, era plenamente conhecedor dos meios e órgãos que atuam na preservação dos interesses indígenas”.

Finalmente, o acórdão realiza uma análise a respeito da legitimidade da sanção aplicada:

“Não há qualquer elemento de prova que aponte no sentido de Gilberto, ou qualquer membro de sua família, fossem indígenas turbadores da ordem, insubordinados, obstinados por poder. Na verdade, tudo leva a crer que o cacique Dorvalino e o capitão Jonatan expulsaram Gilberto e sua família sob falso pretexto, esvaziando a alegação de que a pena de transferência foi aplicada respeitando costumes e tradições indígenas do povo Kaingáng. O interesse dos réus no comando do grupo é evidente, visando assegurar o controle das terras e usufruir do possível proveito econômico de tal situação. Gilberto não se desincumbiu do ônus da prova que lhe cabia, nos termos do art. 156, caput, do CPP. Diante disso, restou comprovado que a ação do cacique Dorvalino e de Jonatan não objetivou a manutenção da ordem no acampamento, tampouco a preservação dos costumes e tradições kaingáng, mas se prestou, na verdade, para satisfazer interesses pessoais do grupo dominante.”

Feitas essas observações, passa-se a verificar de que maneira o julgamento não seguiu o que comanda o artigo 57 do Estatuto do Índio. A primeira questão que vale destaque é que os argumentos utilizados dão a entender que as penalidades de que trata o artigo 57 devem se dar para a preservação dos costumes e tradições do povo Kaingang, ou pela manutenção da ordem na tribo.

Contudo, a ideia do referido artigo, e da leitura constitucional dada a ele, é justamente que os ameríndios possam viver de acordo com seus costumes e tradições e não

---

<sup>142</sup> Não nos é possível passar ao largo da escolha da palavra profana para adjetivar a ilicitude do ato cometido pelos ameríndios submetidos a julgamento. Aqui, recordam-se os diversos estudos que ligam o direito ocidental juntamente com suas sanções e ritos, tendo sido citado o trabalho de Oscar Chase no presente trabalho, às tradições católicas da Europa. Embora estejamos aqui tratando da escolha de uma palavra, nos parece que o simbolismo é digno de destaque: ameríndios estão sendo julgados pelo cometimento de um ato profano aos olhos da sociedade ocidental, qual seja o cárcere privado, cuja pena é, justamente, a do cárcere estatal. Trata-se de verdadeira demonstração da já aludida colonialidade do poder.

nos parece crível que a organização política da tribo não seja parte integrante dos costumes e tradições de uma sociedade, ainda que essa fuja dos padrões da democracia ocidental.

Da leitura do trecho do laudo antropológico colacionado pela decisão, é possível fazer inferência que se tocou numa característica clássica da organização Kaingang, aquilo que alguns antropólogos denominam faccionalismo:

Aos movimentos de união e cisão de grupos políticos, característicos da etnia, venho tratando-os como faccionais. Entretanto, não há entre os Kaingang uma categoria nativa específica que defina esse modelo de articulação, de acesso e disputa pelo poder (CID FERNANDES, 2003, p. 7). Do mesmo modo, eles não dispõem de termos para designar o dualismo subjacente a lógica, por exemplo, do seu sistema de metades; o que não é de se estranhar! Termos como faccionalismo, segmentaridade e dualismo são categorias analíticas criadas pelos antropólogos, sobretudo pelos africanistas, para dar conta da descrição e comparação de determinadas formas de organização e estrutura sociais. No caso do termo “faccionalismo”, este foi especialmente utilizado nos estudos desenvolvidos ao longo da década de 1940 na Antropologia britânica. Nesses, as sociedades eram classificadas em dois tipos básicos: as com governo central e as que não apresentavam um governo unificado. As primeiras caracterizavam-se por possuírem chefes com autoridade e *status* hereditários, máquina administrativa e instituições sociais formais e complexas; exemplo desse tipo de sociedade seria a dos Barotse, com seus tribunais, analisados por Gluckman (1955), a qual veremos com mais detalhes no capítulo seguinte. Sobre as sociedades sem governo centralizado e formal, ocuparam-se, especialmente, Evans-Pritchard (1940) e Mayer Fortes (1953). Foi para descrever a configuração dos grupos políticos corporados nas sociedades desse último tipo, que foram desenvolvidos e conceitualizados os termos facção, sistemas de linhagens segmentares e outros. Assim, apesar de a origem da categoria analítica “facção” estar vinculada a um determinado contexto etnográfico e para tratar de sociedades onde as chefias eram sem poder, ela nos fornece elementos significativos para fins descritivo e analítico. Isto porque os Kaingang, embora possuam chefias com poder centralizado, este não é hereditário e nem vitalício, mas variável de acordo com as capacidades de cada líder, sendo, portanto, uma forma de poder circunstancial.<sup>143</sup> (p. 129)

---

<sup>143</sup> RAMOS, Luciana Maria de Moura. **VÊNĤ JYKRÉ e KE HA HAN KE**: Permanência e Mudança do Sistema Jurídico dos Kaingang no Tibagi. Tese (Doutorado em Antropologia Social) — Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, 2008, p. 129.

Ainda que essa pesquisa não tenha se apropriado por inteira de categorias antropológicas ou sociológicas, é necessário que se compreenda, a partir de estudos da antropologia, o *modus* de vida da sociedade em questão, a respeito:

Dadas as características de algumas das lideranças políticas, é possível que, em determinados momentos, estas tenham se sobreposto às outras instituições sociais, especialmente àquelas vinculadas aos direitos que eram social e culturalmente reconhecidos às pessoas. Isto porque, como reforçou Mabilde – autor que mais nos trouxe informações sobre o sistema penal dos Kaingang no século XIX –, a postura de alguns chefes não era no sentido de apaziguar conflitos, mas de potencializá-los, envolvendo neles toda a coletividade. A essa suposição também se soma o fato de que os veredictos desses chefes políticos eram inquestionáveis, de modo que devem ter sido comuns situações e contextos nos quais havia acentuado “desequilíbrio das forças internas”. Logo, valores como a generosidade e a reciprocidade, assim como as regras morais e legais podem ter sido, em alguns momentos, totalmente ignoradas por chefes políticos que governaram para si, em detrimento de um sistema de direitos culturais mais amplos e cosmologicamente sustentado. Além das decisões jurídicas de cunho territorial e diplomático, parecem ter passado pelo cacique principal, também, as questões relacionadas à cidadania. Há indicativos de que a perda do direito de permanência junto a uma determinada unidade política, por decisão dos chefes e por motivos políticos – o que parece ter sido pena comumente aplicada –, só podia ser reconstruída junto a outro grupo. Também é de se supor que, nos assuntos da alçada do cacique principal, nenhum cacique subordinado ousava substituí-lo, sob pena também de ver declarada uma guerra contra si.<sup>144</sup>

Veja-se que a decisão caminha justamente no sentido de estabelecer a maneira de agir das lideranças Kaingang. No acórdão, fica claro que o julgador concluiu que havia ali uma disputa política<sup>145</sup> em que um cacique fora substituído por outro e que à liderança substituída restou a mudança de aldeia.

---

<sup>144</sup> *Idem*, p. 133.

<sup>145</sup> Sobre a divisão política nos Kaiang: “Tudo indica que a transmissão do poder entre os Kaingang nunca se deu de forma hereditária. Pelos registros do século XIX, observa-se que as chefias se impunham pelas suas qualidades de liderança, de bravura, de astúcia, pela capacidade de ampliar as suas alianças, pela generosidade e pela sabedoria, conjugando força política e ritual. Becker (1995), Almeida (1998) e Cid Fernandes (2003, p. 149) mostraram que os *põ’i* eram sujeitos que fundiam autoridade, prestígio e capacidades rituais, pois com esta mesma categoria – *põ’í* – os Kaingang tanto designavam seus chefes políticos quanto os cabeças do Kiki. Tal observação permitiu a estes autores afirmarem a dimensão política deste ritual Kiki.” (RAMOS, Luciana Maria de Moura, 2008, p. 134)



Caso similar já fora registrado em um território indígena Kaingang, em Palmas/TO, quando lideranças da etnia passaram a responder por acusações de maus tratos e expulsões de índios (o que é uma sanção extremamente comum nessa sociedade). No intuito de auxiliar as autoridades jurídicas, fora realizada uma espécie de “Código Penal” Kaingang no ano de 1981. Contudo, essa ação se deu por autoridades estatais como a FUNAI, tendo pouca difusão nos Kaingang daquela região. Assim o documento define procedimentos para o julgamento de indígenas:

1. O índio que transgride a lei tribal está sujeito a sanções impostas pela liderança indígena e que, conforme a gravidade do erro praticado, implicam em transferência para outro PI;
2. O tempo de duração da transferência depende do tipo de erro cometido e do comportamento que o índio infrator tiver no novo PI:
  - a) Erro não muito grave corresponderá ao mínimo de um (1) ano de afastamento de sua área, sem poder visitar os parentes que la ficaram;
  - b) Erros que a liderança considerar grave terá a punição de no mínimo quatro (4) anos de transferência, sem direito a visitar os parentes que permanecerem no PI de origem;
  - c) Se o índio não se comportar bem na área para a qual foi transferido, o Cacique dessa área poderá dobrar o tempo de seu castigo ou transferi-lo para mais longe.
3. O índio transferido não poderá usar armas.
4. Em caso de crimes de morte, o índio nunca mais poderá voltar a área indígena de origem.
5. O índio que voltar a sua área depois de cumprido determinado tempo de transferência, não terá mais direito a sua antiga casa e lavoura (propriedades), ficando sujeito a determinação do Cacique onde ele devera morar e plantar.
6. O índio transferido deverá efetuar os trabalhos que o seu novo Cacique determinar e obedecer às suas ordens.
7. O castigo a ser imposto para crime de morte e trabalho obrigatório.
8. Quando o erro foi cometido por mais de um índio, eles serão transferidos separados, ou seja: irão para PIs diferentes.

9. Cabe ao Chefe do PI encaminhar, por escrito, o índio que a liderança indígena resolveu transferir, detalhando nesse documento o motivo da transferência a fim de que o Cacique e o Chefe de Posto do PI da outra área tomem conhecimento da gravidade do caso e saiba como o índio deverá ser tratado. O Chefe do PI devera, ainda, encaminhar cópia do documento para a Delegacia Regional [da Funai]”<sup>146</sup>

Depreende-se desse fato, que a atitude de que tratou o caso estudado é exatamente o esperado para uma sociedade Kaingang: faccionalismo, trocas de liderança e punições que ensejam na transferência de indivíduos para outras aldeias. Aqui, talvez, o maior equívoco do julgador: o artigo 57 garante, justamente, que essas penas, *e.g.* a de transferência, inerentes à cultura desses povos, sejam aplicadas sem que haja qualquer criminalização estatal pela execução delas. No acórdão em comento, foi feito o exato oposto.

Perceba-se que o cerne da questão é que não cabe ao Estado brasileiro averiguar as intenções dos indivíduos, ou seja, se houve, realmente, algum cometimento de ilícito ou se a liderança é exercida legitimamente: essa é a maneira com que essa sociedade articula seu modo de vida e isso lhes é constitucionalmente garantido. Não se trata aqui de vitimizar ou crer que os indivíduos envolvidos na contenda estejam livres dos interesses econômicos ali descritos, mas de sustentar que a resolução dos conflitos inerentes a qualquer modo de vida deve se dar internamente. Remete-se aqui às conclusões de Chase, referidas no ponto 3.1.2., em que ele afirma que as decisões que resolvem conflitos são interferidas pela cultura, mas também alteram a cultura em que elas estão inseridas. No presente caso, a resolução se deu por meio de concepções estranhas aos fatos e aos dele participantes.

A mais disso, o processo penal não pode se tornar uma ferramenta de disputa política interna: a vítima do presente processo era a liderança anterior, substituída pelos réus. Ora, o acionamento das agências oficiais pelo julgamento, que faz parte da tradição, pode ser apenas um meio de atingir aqueles que substituíram a liderança anterior.

Ou seja, a interferência do Poder Judiciário extrapolou os limites constitucionais e interferiu indevidamente na organização social de comunidades indígenas com regras e funcionamento próprios. Paradoxalmente, a intervenção estatal aqui registrada é a de

---

<sup>146</sup> Documento elaborado no Encontro de Caciques do RS, realizado em 1981, *apud* (RAMOS, Luciana Maria de Moura, 2008, p. 197)

penalizar com a pena privativa de liberdade lideranças indígenas cujo ato foi o cárcere privado de outros indígenas por algumas horas. Não há engano: o presente caso registra exatamente a realidade para além da formalidade, em que pese a garantia constitucional que detêm os povos originários de viverem ao seu modo e conforme sua organização social, a que prevalece é aquela que derivou do colonizador europeu.

**3.2.2. Homicídio em território indígena e a utilização do princípio do (*non*) *bis in idem* (caso em que houve proibição de que o indígena, já julgado e sancionado pela sua comunidade, fosse processado pelo Estado).**

No segundo julgamento estudado, é trazido acórdão do Tribunal de Justiça do estado de Roraima, a respeito de ação penal em que indivíduo ameríndio, dentro de território indígena, foi julgado e sancionado por sua comunidade pelo homicídio de outro índio e, posteriormente, foi denunciado pelo Ministério Público daquele estado pelos mesmos fatos.

Em 1º Grau, a sentença foi de absolvição sob o pretexto de não poder haver, concomitantemente, um duplo *jus puniendi*. O *decisum* de 2º Grau manteve a absolvição; alterando, contudo, a fundamentação. Para os desembargadores, como já houvera sanção, um segundo julgamento feriria o princípio do *ne bis in idem*. A decisão trouxe, ainda, soluções dadas pelo direito comparado:

**Quadro II:** TJRR – ACr 0090.10.000302-0, Rel. Des. MAURO CAMPELLO, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, DJe 17/02/2016, p. 13.

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.

- Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.

- A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem.

- O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte.

- Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF.

- Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.

- Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.

- Apelo desprovido.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Roraima, em face de sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Bonfim, que deixou de apreciar o mérito da denúncia do Parquet, para declarar a ausência do jus puniendi estatal neste caso, diante do julgamento do fato por comunidade indígena, com fundamento no art. 57 do Estatuto do Índio e art. 231 do Constituição Federal. Nas suas razões recursais, o Ministério Público alega que houve transgressão ao monopólio da ação penal pública incondicionada e violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, postulando a reforma da sentença para que seja dado prosseguimento ao feito.

Em contrarrazões, a Advocacia Geral da União, enfatizando a necessidade de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e a importância do art. 231 da CF, pede que seja mantida inalterada a sentença. Em seu parecer, a douta Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e desprovisionamento do apelo ministerial. Retornaram-me os autos.

É o relatório. À douta revisão.

#### VOTO

Deve ser conhecido o recurso de apelação do Ministério Público.

Passo ao exame do mérito.

De logo, transcrevo trecho da sentença cujo teor é imprescindível para a clara compreensão do caso, cuja excepcionalidade o Juiz a quo e demais atores processuais corretamente reconheceram:

“Ao réu é imputado o crime de homicídio qualificado inserto no art. 121, § 2º, II, do CPB.

[...]

O fato ocorreu no dia 20/06/2009 na comunidade indígena do Manoá, terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, município de Bonfim-RR, onde o acusado DENILSON (índio) após ingerir bebida alcoólica desferiu facadas na vítima ALANDERSON (índio), seu irmão, ocasionando-lhe a morte. Vê-se, portanto, que se cuida de acusado e vítima, ambos índios, sobre fato ocorrido dentro de terra indígena. Após o ocorrido, reuniram-se Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá no dia 26/06/2009, conforme consta às fls. 68/73, para deliberar eventual punição ao índio Denilson. Após oitiva do acusado e de seus pais e outras pessoas, concluíram pela imposição de várias sanções, entre as quais a construção de uma casa para a esposa da vítima, a proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos Tuxauas".

Contudo, no dia 06 de abril do corrente ano, reuniram-se novamente as lideranças indígenas, Tuxaus de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá, WaiWai, e servidores da Funai, estes últimas apenas presenciaram a reunião

[...]

Após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON as seguintes penalidades, conforme consta na ata de fls. 185/187:

- '1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região do WaiWai por mais 5 (cinco) anos com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo WaiWai, respeitando a Convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo WaiWai;
3. Participar de trabalho comunitário;
4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvido pela comunidade;
5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com o tuxaua;
6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
8. Aprender a cultura e a língua WaiWai;
9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar (sic) outra decisão". (fls. 224).

Cabe acentuar que todo o procedimento supramencionado foi realizado sem mencionar um momento algum a legislação estatal, tendo apenas como norte a autoridade que seus usos e costumes lhe confere'. Ao final, a r. sentença ora objurgada, considerando o que denominou 'Duplo *Jus Puniendi*', 'deixou 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'.

Desde logo, *data venia* dirirjo da conclusão do ilustre Magistrado a quo, de que "não se trata de bis in idem, pois os entes detentores do direito de punir são distintos e não apenas o Estado" (fls. 224).

Se o que denomina o Juiz sentenciante de "Duplo *Jus Puniendi*" significa que há dois entes juridicamente legitimados a punir uma infração penal, e julgando um deles um certo crime, não poderá se imiscuir o outro no mesmo fato, arrogando para si o direito de examinar a culpabilidade do agente e eventualmente responsabilizá-lo

também, pois isto seria se outro modo, justamente, aquilo que veda o brocardo "*Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*" (Ninguém deve ser sancionado mais de uma vez por um e mesmo fato), cuja contração correspondo ao *non bis in idem*. Este princípio não implica [apenas] que um mesmo ente não pode punir duas vezes o mesmo fato, e sim, como garantia processual penal ampla do indivíduo, que este não pode ser punido duas vezes por um/pelo mesmo fato, qualquer que seja o ente que o pune.

Tenho que a compreensão para o caso deve ser a que percebe violado o princípio *non bis in idem* no presente caso, não porque seja refratário a novos institutos que possam ser reconhecidos na casuística judicial, mas apenas porque me parece que o "*Duplo Jus Puniendi*" poderia acender um debate paralelo acerca de conflito de jurisdições, e que esse novel instituto não suplantaria adequadamente o argumento da acusação de que se haveria violado na espécie princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sobre este último ponto, se se reconhece que caso é de incompetência da jurisdição estatal em razão da matéria, haja vista o anterior julgamento pela comunidade, esvai-se a alegada violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Ademais, o "*Duplo Jus Puniendi*", aparentemente alicerçado na hipótese de que o direito da comunidade indígena é autônomo em relação ao direito estatal, parece criar uma situação paradoxal, pois, a só tempo, afasta certas normas estatais ("[...] não considero aplicáveis ao caso regras processuais penais [...] já que as normas relativas ao processo [...] são limitadoras ao direito de punir estatal e não ao direito de punir das comunidades indígenas", cf. fls. 224), mas tolera a incidência de outras, como aquelas do Estatuto do Índio.

Em todo caso, o reconhecimento de situação de *bis in idem* não é apenas uma escolha pela via menos problemática. Este Julgador realmente concorda com Juan Carlos Ferré Olivé quando este diz que "[...] *el Principio ne bis in idem exige que una vez impuesta la sanción por parte de su comunidad no pueda volver a imponerse íntegramente una pena estatal*".

À medida que do que se trata aqui é de violação à regra *non bis in idem*, tem-se então uma questão envolvendo claramente direitos humanos.

Em primeiro lugar, porque a vedação *non bis in idem* corresponde a um direito humano previsto em instrumento internacional, conforme se pode ver no art. 8, 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado de direitos humanos do qual o Brasil faz parte:

"Artigo 8. Garantias judiciais [...] 4. **O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos**" (destaquei).

Trata-se, pois, de uma regra universalmente aceita pelos Estados democráticos, a qual pode ser interpretada, como o é no Brasil, para impedir a injustiça que há na aplicação de uma pena no Estado contra um ofensor já punido no âmbito estrito de sua comunidade de vivência. Embora vetusta em muitos pontos, em relação a este que se discute a Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) deve ser considerada modelar ao prever expressamente a possibilidade de sanções penais dou disciplinares por comunidades indígenas contra seus próprios membros, o que, por inferência lógica que observe o *non bis in idem*, afasta a jurisdição penal estatal. Registre-se o teor do dispositivo em comento do Estatuto do Índio, que parece trazer implícita a vedação do *bis in idem*:

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

Embora concorde com o Juiz *a quo* em que "o caso em estudo não tem precedente judicial monocrático [na jurisdição brasileira]", destaco que do direito comparado se pode extrair lições interessantes, pois em alguns países a apreciação judicial da matéria não é nova.

Nos Estados Unidos, onde as comunidades indígenas nativas, habitantes em reservas autogovernadas (*Indian country*), possuem ampla autonomia sobre suas terras, a questão há anos suscita um rico debate jurídico.

Em artigo de 2004, TerrillPollman destacava:

“A ambivalência do governo federal no tocante à soberania de tribos nativas é normalmente um fato tranquilo na vida neste país. Agora, contudo, as cortes regionais federais têm perturbado essa tranquilidade, tomando decisões opostas sobre a questão de saber se a cláusula *Double Jeopardy* (dupla responsabilização) impede sucessivas acusações, no âmbito tribal e federal, de não indígenas em terra indígena [*Indian Country*].

[...] Além das consequências práticas, há também os efeitos doutrinários e teóricos. [...] Como tantos casos de direito indígena, um só caso se torna um microcosmo para o universo do direito indígena, levantando questões fundamentais: Quais são os limites da soberania tribal? Onde está a fonte da soberania tribal? Quem decide as respostas a essas perguntas?”.

No mesmo texto, esclarece que há o entendimento dominante de que a jurisdição comunitária, uma vez implementada, torna desnecessária a atuação do Estado-Juiz:

"O tribunal tribal tem competência concorrente ao abrigo da Lei de Crimes Graves (*Major Crimes Act*), e, portanto, se a tribo inicia a persecução do réu antes de que a instância federal o faça, aqueles que cometem crimes graves podem escapar à punição [federal]" (POLLMAN, op. cit, p. 933). **E, note-se, nesse texto o autor está falando de situações em que o crime foi cometido por não-índio nas terras indígenas dos EUA.** Neste caso, como ponderou o Juiz *a quo*, além do fato de que o crime ocorreu em terra indígena, tanto a vítima quanto o autor são indígenas.

É certo que alguém poderia alegar que, nos EUA, o regime soberano das terras dos índios nativos (e o consequente direito de punir nela que disso deriva) é tal que não poderia servir como parâmetro para um caso brasileiro. Mas me permito citar outro exemplo, da Austrália, envolvendo aborígenes, estes que não têm qualquer proteção constitucional nos seus direitos.

Em texto publicado também de 2004, Agnes T. M. Schreiner abordava a tendência de inserção dos elementos multiculturais no direito penal australiano:

A retribuição aborígene ao comportamento criminoso, conhecido em inglês aborígene como 'retorno' (*payback*), é agora reconhecido no direito penal australiano. O direito penal concedeu-lhe um lugar dentre o conjunto de penas alternativas e sanções existentes, sob o título de "punição aborígene", promovendo-a assim ao status de medida multicultural. A inclusão de um costume jurídico aborígene no que é considerado o direito oficial parece ser um passo na direção do pluralismo jurídico. [...] o "retorno" é um dispositivo que só serve para demonstrar a flexibilidade do sistema jurídico dominante; é uma contribuição importante para a tendência que prevalece em muitos sistemas jurídicos modernos para mais formas de punição alternativas e menos aprisionamentos incondicionais.

Neste caso, o juiz com o seu intento de traduzir a punição aborígene em uma 'punição alternativa' visa também proteger-se contra uma potencial violação do princípio *ne bis in idem*, que impede a dupla punição por um crime cometido.

E veja-se, no direito aborígene, a punição criminal ("retorno") ocorre através de um "julgamento" sob a forma de um duelo organizado pela comunidade, realizado logo após o incidente, em que as partes em conflito (o ofensor e a vítima ou os parentes desta) desafiam uns aos outros para um combate de dardos e lanças, sendo que o resultado pode ser favorável ao ofensor.

No presente caso, vê-se que as penas alternativas impostas pela comunidade ao apelado não têm nada de medievais, mas, ao contrário, em muito se parecem com penas restritivas de direitos, ao disporem sobre limitação de se ausentar do seu local de domicílio, não poder comercializar sem autorização etc.

Não houve qualquer afronta ao art. 57 do Estatuto do Índio, pois não são revestidas de caráter cruel ou infamante. E não se tem aqui caso de pena de "banimento comunitário", considerado o mais grave dentre as etnias desta região, mas apenas de deslocamento compulsório do apelado de uma comunidade para outra, por prazo determinado.

Inclusive, o prazo poderá ser abreviado, se o apelado demonstrar à comunidade bom comportamento na "execução da pena"

Os exemplos do direito comparado trazidos à baila não são aleatórios.

Estados Unidos e Austrália são dois dos países que votaram contrariamente à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, a qual contou com voto favorável do Brasil.

Se a assinatura de dita Declaração traz para o Brasil um compromisso apenas moral, a assinatura ratificação da Convenção 169 da OIT - Sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989 traz um compromisso, além de moral, jurídico. Internalizada através do Decreto 5.051/2004, esta Convenção traz em seu art. 9º (citado na Sentença) o seguinte:

#### 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 assunto.

O art. 10, 2, dessa Convenção chega a referir que "Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento", tal como ocorreu na espécie.

Sem necessariamente discordar do Magistrado sentenciante de que a Convenção 169 da OIT seria um tratado de direitos humanos, entendo que isso remete a um debate que permanece ainda em aberto. Sou inclinado a concordar com isso, e, conseqüentemente, que é dotada de supralegalidade (não podendo ser formalmente constitucional, visto que não foi incorporada sob o rito previsto no § 3º do art. 5º, da CF), pois a Convenção em seu preâmbulo lembra dos "termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação", como que querendo vincular os direitos indígenas aos direitos humanos, mas o fato é que ainda não há um claro posicionamento nem jurisprudencial nem doutrinário sobre o assunto.

De outro lado, não resta dúvida quanto à normatividade dessa Convenção, que, uma vez ratificada pelo Brasil, vincula-o e reclama o devido cumprimento, de acordo com as normas gerais contidas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Ainda sobre a Convenção 169, eu não poderia deixar de referir o oportuno precedente havido na Guatemala, em 2003, bastante semelhante a este sob exame. No caso guatemalteco, a Fiscalía del Ministerio Público (que



funciona como *custos legis*), requereu perante o Juízo Criminal do Departamento de Totonicapán um Requerimiento de Sobreseimiento da ação penal intentada contra três indivíduos acusados roubo circunstanciado (robo agravado) no Cantón Chiyax do Município e Departamento de Totonicapán, região habitada por descendentes maias. O Juiz Edgar Manfredo Roca Canet, considerando que a comunidade havia adotado medidas punitivas próprias antes da chegada da Polícia Nacional, e considerando que o Estado da Guatemala é signatário da Convenção 169 da OIT, concluiu [...] Em virtude do que restou explícito, de que a Convenção 169 está vigente em nossa legislação e que não contradiz nem é incompatível com a Constituição, como ficou assentado na Opinião da Corte de Constitucionalidade, a qual manifestou: "Esta Corte entende que a Convenção 169 analisada não contradiz o disposto na Constituição e é um instrumento internacional complementar que vem desenvolver disposições programáticas [...] o que não se opõe, mas, ao contrário, consolida o sistema de valores projetados no texto constitucional [...] E ao analisar os documentos datadas de 25 de junho do ano de 2003, subscrita pelas autoridades comunitárias de Chiyax, deste Município e Departamento, se conclui na mesma através da sanção nela descrita, que não contraria disposições relativas ao Direito Internacional em matéria de Direitos Humanos, nem à Constituição Política da República da Guatemala, pelo que se torna pertinente sua aprovação e reconhecimento legal, e com base em tal expediente e em considerações de fato e de direito expostas anteriormente, as quais devem ser analisadas conjuntamente com os princípios de não intervenção ou de mínima intervenção do direito penal, que estabelece em essência que o mesmo deve intervir em *Ultima Ratio*, quer dizer, quando as demais instâncias legais houverem fracassado, coisa que não ocorreu no presente caso, já que se deu uma efetiva e legal aplicação do Direito Indígena na solução do presente conflito, e ao concatenar-se dito princípio com o do *NON BIS IN IDEM*, o qual em essência estabelece que uma pessoa não pode ser julgada mais de duas vezes pelo mesmo fato, e que ao se aplicar também uma sanção oficial das normas contidas no Código Penal se estaria contrariando dito princípio diretivo [...] resulta clara a impossibilidade material de julgar e [...] resta declarar no presente caso a Falta de Legitimidade no exercício da ação penal pública por parte do Ministério Público, por ausência do monopólio da ação, já que a mesma foi assumida integralmente pelas autoridades comunitárias da comunidade de Chiyax, que se valeram da aplicação do seu direito indígena, o qual impede por seu turno o exercício jurisdicional deste Tribunal [de 1º instância] já que previamente existente uma solução alternativa do conflito [...] e tomando em conta que o propósito o Julgador neste caso foi que os usos e costumes das diversas comunidades étnicas e os processos de solução alternativa de conflitos devem ser considerados [...] pertinente resulta declarar procedente o Requerimiento de Sobreseimiento formulado pela Fiscalía del Ministerio Público local, devendo cessar toda medida de coerção decretada em desfavor dos acusados [...].

Firme na Convenção 169 da OIT, bem assim no conhecido art. 231 da Constituição Federal, e tomando por base a experiência comparada (conforme o permite o art. 4º da LINDB), entendo como correta a decisão em 1ª instância, ressalvadas as considerações sobre parte da justificativa nela adotada, como anotei, o que, em todo caso, nos leva à mesma conclusão.

Ante o exposto, considerando afastada a jurisdição estatal com o julgamento do fato pela comunidade indígena concernida, sob pena de se acarretar *bis in idem*, voto pelo desprovimento do recurso de apelação ministerial, mantendo inalterada a sentença.

Aqui, tem-se um nítido exemplo de aplicação das noções do pluralismo jurídico no processo penal: tanto a sentença de primeiro grau quanto a de segundo, ainda que tenham optado por fundamentos diferentes, conferiram ao julgamento da comunidade indígena o mesmo *status* do que a da própria jurisdição estatal, por eles representada. Veja-se o seguinte trecho:

Trata-se, pois, de uma regra universalmente aceita pelos Estados democráticos, a qual pode ser interpretada, como o é no Brasil, para impedir a injustiça que há na aplicação de uma pena no Estado contra um ofensor já punido no âmbito estrito de sua comunidade de vivência. Embora vetusta em muitos pontos, em relação a este que se discute a Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) deve ser considerada modelar ao prever expressamente a possibilidade de sanções penais dou disciplinares por comunidades indígenas contra seus próprios membros, o que, por inferência lógica que observe o *non bis in idem*, afasta a jurisdição penal estatal

Interessante detalhe a ser abordado é que o julgador não se atém aos fatos em si (o homicídio), conferindo ao julgamento indígena total legitimidade para a busca daquilo que a doutrina conhece por “verdade real”, sendo esse um dos fins do processo penal. Pode-se argumentar que o acórdão não precisou entrar no mérito da questão, haja vista que houve condenação e aplicação de sanções. Sem embargo, a decisão parece apontar que, ainda que houvesse a absolvição pelo julgamento comunal, o desfecho seria o mesmo. Isso porque há citação direta do artigo 8º da Convenção de Direitos Humanos, o qual veda novo julgamento pelo mesmo fato, ainda que havendo absolvição.

Insta que se atente aos dois argumentos trabalhados pelo Poder Judiciário para a justificação da decisão. O primeiro, diz respeito à proibição de um “Duplo *jus puniendi*”, ou seja, que haveria a existência de duas “jurisdições” legitimadas a punir por aquele fato. O Tribunal de Justiça de Roraima afastou tal argumento da seguinte maneira:

Se o que denomina o Juiz sentenciante de "Duplo Jus Puniendi" significa que há dois entes juridicamente legitimados a punir uma infração penal, e julgando um deles um certo crime, não poderá se imiscuir o outro no mesmo fato, arrogando para si o direito de examinar a culpabilidade do agente e eventualmente responsabilizá-lo também, pois isto seria se outro modo, justamente, aquilo que veda o brocardo "Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa" (Ninguém deve ser sancionado mais de uma vez por um e mesmo fato), cuja contração correspondo ao non bis in idem. Este princípio não implica [apenas] que um mesmo ente não pode punir duas vezes o mesmo fato, e sim, como garantia processual penal ampla do indivíduo, que este não pode ser punido duas vezes por um/pelo mesmo fato, qualquer que seja o ente que o pune.

Tenho que a compreensão para o caso deve ser a que percebe violado o princípio *non bis in idem* no presente caso, não porque seja refratário a novos institutos que possam ser reconhecidos na casuística judicial, mas apenas porque me parece que o "Duplo *Jus Puniendi*" poderia acender um debate paralelo acerca de conflito de jurisdições, e que esse *novel* instituto não suplantaria adequadamente o argumento da acusação de que se haveria

violado na espécie princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sobre este último ponto, se se reconhece que caso é de incompetência da jurisdição estatal em razão da matéria, haja vista o anterior julgamento pela comunidade, esvai-se a alegada violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Ademais, o "Duplo *JusPuniendi*", aparentemente alicerçado na hipótese de que o direito da comunidade indígena é autônomo em relação ao direito estatal, parece criar uma situação paradoxal, pois, a só tempo, afasta certas normas estatais ("[...] não considero aplicáveis ao caso regras processuais penais [...] já que as normas relativas ao processo [...] são limitadoras ao direito de punir estatal e não ao direito de punir das comunidades indígenas", cf. fls. 224), mas tolera a incidência de outras, como aquelas do Estatuto do Índio.

Na visão da Corte de 2º Grau, não se trata de conferir menor legitimidade à coisa julgada da comunidade indígena, mas no de proteção da autoridade da comunidade para realizar o julgamento. Isso porque a aceitação de uma dupla legitimação de punir acarreta em uma espécie de litispendência, a qual o Estado, provavelmente, sairia vencedor.

O argumento do Tribunal roraimense foi no sentido de se evitar a dupla responsabilização pelo mesmo ato. Assim, em consonância com o princípio do *ne bis in idem*, não poderia o réu responder duplamente por sua ação. Nos Estados Unidos, essa discussão foi travada pela primeira vez pela Suprema Corte daquele país no caso *United States v. Wheeler*(1978), em que houve a ponderação entre a aplicação da proibição de *Double Jeopardy* da *Dual Sovereignty Doctrine*. Necessário, para se falar do entendimento da corte norte-americana, o qual guarda muitas semelhanças com o caso do TJRR, uma breve digressão para compreender o choque principiológico existente entre os dois institutos do direito norte-americanos supracitados.

O primeiro, como referido no acórdão, deriva da própria Constituição Federal norte-americana e se assemelha ao princípio do (*non*) *bis in idem*; determina a *Fifth Amendment* da Constituição estadunidense que o cidadão não será submetido a um segundo julgamento pela mesma ofensa<sup>147</sup>. Apesar dessa vedação expressa à dupla responsabilização, a Suprema Corte

---

<sup>147</sup> Lê-se na *Bill of Rights*, a qual fez emendas à Constituição dos Estados Unidos: “no person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; **nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb**; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just

dos Estados Unidos, já em 1922, desenvolveu a *Dual Sovereignty Doctrine* na ação *United States v. Lanza*. Nesse processo, a Suprema Corte do país entendeu, a partir das experiências do *Common Law*, que a ofensa de um crime vai além da vítima, ou de determinados indivíduos, sendo uma ofensa à soberania de um determinado governo<sup>148</sup>. Desse modo, em se dividindo os Estados Unidos em diversas soberanias (Estados que compõe a Federação e têm soberania própria em matéria penal), um ato que seja lesivo a qualquer uma dessas soberanias pode receber um duplo julgamento, desde que preenchidos os requisitos de competência da jurisdição. Portanto, um ato pode ser julgado pela Justiça Estadual e, posteriormente, em havendo interesse federal na questão, pela Justiça Federal; nada obsta, ademais, que haja um julgamento concorrente entre dois estados da federação.

Na disputa *United States v. Wheeler*, a dupla soberania se deu entre um *Indian Country*<sup>149</sup> e a justiça federal norte-americana. Em *Wheeler*, a Suprema Corte daquele país entendeu que existe uma soberania inerente a cada um dos *Indian Countries* presentes no território estadunidense e que, por consequência, ao condenar o nativo Wheeler pelos fatos que se lhe foram imputados, a tribo, de etnia Navajo, estava exercendo sua própria soberania, a qual não está ligada ao governo federal, podendo ser aplicada, dessa maneira, a *Dual Sovereignty Doctrine*.

Assim, poder-se-ia contrapor o julgamento do Tribunal de Justiça de Roraima com o estabelecimento da doutrina da soberania dupla, em tradução livre. Ocorre, no entanto, que o ordenamento jurídico do Brasil não comporta o pensamento de que há diversas soberanias sendo exercidas mutuamente, havendo um sistema penal único para todo o país. Ainda, o

---

*compensation.*" (grifamos). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The bill of rights*, 1789. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>. Último acesso: 8.10.2017.

<sup>148</sup> POLLMAN, Terril. *Double Jeopardy and Nonmember Indians in Indian Country* in *Nebraska Law Review*, vol. 82, p. 889-946.

<sup>149</sup> A definição legal de Indian Country é: "Except as otherwise provided in sections 1154 and 1156 of this title, the term 'Indian country', as used in this chapter, means (a) all land within the limits of any Indian reservation under the jurisdiction of the United States Government, notwithstanding the issuance of any patent, and, including rights-of-way running through the reservation, (b) all dependent Indian communities within the borders of the United States whether within the original or subsequently acquired territory thereof, and whether within or without the limits of a state, and (c) all Indian allotments, the Indian titles to which have not been extinguished, including rights-of-way running through the same". ESTADOS UNIDOS. *United States Code*, Title 18, Part I, Chapter 53, § 1151. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1151>. Último acesso: 8.10.2017.

princípio do (*non*) *bis in idem* não comporta exceções dentro do território nacional, sendo que cada jurisdição (estadual, federal, eleitoral) só exerce a sua própria competência. A única exceção que vislumbramos ao referido princípio é a do artigo 8º do Código Penal que assevera que “a pena cumprida no estrangeiro **atenua** a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.”<sup>150</sup>. Assim, o direito penal brasileiro admite outra sentença pelo mesmo fato, ainda que havendo uma sentença prolatada em jurisdição estrangeira.

Ocorre que, no caso de julgamentos por comunidades indígenas, a autonomia é conferida pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, não sendo aceitável um novo julgamento, sob a vedação, justamente, do princípio do (*non*) *bis in idem*, tanto em sua concepção processual, quanto material. A respeito do tema:

Decerto, o princípio em causa ostenta uma aplicabilidade geral em relação a todos os âmbitos do Direito.

Em sua evolução histórica, a qual remonta ao direito romano, desponta a regra do *non bis in idem* atrelada à sacralidade da coisa julgada; não obstante, se foi expandindo e, dessa vertente marcadamente processual, passou a incorporar uma outra, de cunho material. Em termos gerais, o instituto do *non bis in idem*, portanto, tanto pode apresentar uma dimensão material como processual. Para Estrella Escuchuri Aisa, ‘*el non bis in idem material se traduce en la prohibición de sancionar o castigar dos veces por el mismo hecho, y, en su vertiente procesal, el principio supone que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos (no dos procesos con el mismo objeto)*’. Referido regramento justifica-se, por um plano, pela ‘*elementareesigenzarazionaleed equitativa*’ – isto é, por se constituir em um obstáculo da arbitrariedade dos poderes públicos –, como, por outro, não só pela (noção de) proporcionalidade, como, ainda, pela (postura de) segurança jurídica.

Tal princípio é de aplicação direta e imediata, não dependendo de desenvolvimento legislativo, dado que se encontra vinculado ao da legalidade; cabe lembrar, ainda, nesta ordem de consideração, que o princípio do *non bis in idem* tem, substancialmente, um caráter político-jurídico de segurança pessoal, e requer, para a sua plena configurabilidade, uma tríplice identidade: *eadem personam* (somente se projete a mesma pessoa que está sendo perseguida [excluindo-se, portanto, os eventuais coautores ou partícipes ainda não perseguidos]); *eadem re* (leva-se em

---

<sup>150</sup> BRASIL. **Código Penal**, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Último acesso em: 8.10.2017.

consideração o fato em sua essência material, sem atender para o seu significado jurídico); e, finalmente, *eadem causa petendi* (o poder de ação exercitado que, novamente, se pretende manejar com idêntico objeto ou imputado). Em uma fórmula sintética, trata-se da coexistência da pessoa, do objeto e da causa de persecução.

De outro curso, Wolfgang Naucke acresce que a proibição da dupla punição se insere no quadro (da Parte Geral) do ‘direito penal negativo’, quer dizer, ‘negador do poder, e que, sob a forma de direito vigente, garante a liberdade do indivíduo’. Nesse sentido, a proibição (representada pelo *non bis in idem*) se traduz em ‘*uncriterioconcursal básico que veda lapluralidad de sanciones a una idénticainfracción, esto es, si se aprecia identidad de sujeto, de hecho y de fundamento*’.<sup>151</sup>

Assim, correta aplicação do TJRR e da inexistência de previsão para um julgamento estatal, a partir da leitura constitucional do art. 57 do Estatuto do Índio. Problema mais complexo é quando há o cometimento de um crime e não há qualquer julgamento por parte da comunidade, por não haver contrariedade às normas e costumes daquela etnia, os chamados “crimes culturalmente motivados”. Em que pese ser discussão que foge a esta pesquisa (trata-se de responsabilização individual do ameríndio), nos parece que, em a tribo não exercendo sua autonomia para julgar e sancionar, não há qualquer óbice legal para o Estado fazê-lo. De todos os modos, é inegável que esse tipo de persecução penal foge da ideia, com a qual nos filiamos, de que o Estado brasileiro deve intervir o menos possível no modo de vida dos povos originários.

---

<sup>151</sup> FAYET JÚNIOR, Ney. **Do Crime Continuado**, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 227-228.

## 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 apertada síntese dos resultados da pesquisa proposta e, ao fim, nossos últimos apontamentos no tema.

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.

No segundo capítulo, o objetivo foi trazer algumas categorias da antropologia e da sociologia que dão alguma dimensão ao tema para além das fronteiras jurídicas. O que se percebeu foi que o fenômeno de dominação cultural existente entre o Estado e os povos originários se dá pela dinâmica de funcionamento do capitalismo. Para tanto, trabalhou-se com as noções de poder tutelar, coloniedade do poder, etnocídio, multiculturalismo oficial.

Todas, de alguma maneira, agem de modo a cooptar os modos de vida tradicionais para a lógica capitalista. Ainda no multiculturalismo oficial, em que há o reconhecimento das diferenças, esse reconhecimento é limitado às práticas que não atrapalham as dinâmicas de mercado. Por essa razão, o trabalho optou pelo chamado multiculturalismo emancipador, em que se tenta resolver o choque cultural a partir de um reconhecimento mútuo das diferenças.

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 dois casos que versaram sobre 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.

O tema do multiculturalismo e o direito penal passa a ser debate em diversos países da Europa, principalmente com as ondas migratórias para o continente nos últimos anos. É longo



o caminho a ser percorrido por esses estudos, mas deve-se perceber que a situação latino-americana demanda uma abordagem diferente, haja vista que, no nosso continente, se trata de um choque entre sociedades absolutamente diversas entre si nas suas bases fundantes (religiões, organizações políticas, entre outros aspectos que alteram totalmente o modo de vida). O Estado e o Direito, tal qual os conhecemos, são uma invenção ocidental e, desde que esse “invento” chegou a essas terras do sul do mundo, a luta dos povos originários é uma luta contra o Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: ICC, 2005.
- 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.
- 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, 2011.
- 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.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- 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. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (revogado).
- BRASIL. **Código Penal**, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Último acesso em: 8.10.2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Outorgada em 24 de janeiro de 1967 (revogada).
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 24 de fevereiro de 1891 (revogada).
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 16 de julho de 1934 (revogada).

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

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

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

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

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

BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**: textos temáticos, v. 2. Brasília: CNV, 2014.

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.

BUENAVENTURA, Enrique Jaramillo. *Expertos culturales e intervención social: tensiones y transformaciones en antropología aplicada in Etnicidad, identidad y cultura*, nº 2 julho-dezembro, 2008.

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

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.

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.

CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual**: disputing systems in cross-cultural context. Nova Iorque: New York University Press.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**: pesquisas de antropologia política. São Paulo, CosacNaif, 2004.

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.

\_\_\_\_\_; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: O Direito e o Pensamento Decolonial**, Vol IV. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

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: Ensaio e Documentos**. São Paulo, Brasiliense, 1987.

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

DE MAGLIE, Cristina. **Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales**. Trad. Víctor Manuel Macías Caro. Madrid: Marcial Pons, 2012.

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.

\_\_\_\_\_. Código de Procedimiento Penal. Publicado em 30.01.00.

ESTADOS UNIDOS. **United States Code**, Title 18, Part I, Chapter 53, § 1151. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1151>. Último acesso: 8.10.2017.

\_\_\_\_\_. *The bill of rights*, 1789. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>. Último acesso: 8.10.2017.

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.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do Crime Continuado**, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

\_\_\_\_\_); 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

FOLLARI, Roberto. O lugar do cultural no social in **Margem Esquerda**: ensaios marxistas, v. 17. São Paulo: Boitempo editorial, 2011, p. 108-122.

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

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

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.

HALE, Charles R. **El Protagonismo Indígena, las Políticas Estatales y el nuevo Racismo en la Época del Indio Permitido**. Palestra realizada na Conferência “*Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado*”, 2004. Disponível em [http://www.cedet.edu.ar/Archivos/Bibliotecas\\_Archivos/id40/hale%20protagonismo%20indigena.pdf](http://www.cedet.edu.ar/Archivos/Bibliotecas_Archivos/id40/hale%20protagonismo%20indigena.pdf). Último acesso em: 25.10.2017.

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

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 17ª ed., trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro, Zahar editores, 1981.

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 Grijlava 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, p. 47.

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.

---

. **Um Grande Cerco de Paz: Poder Tutelar, Indianidade e Formação do Estado no Brasil.** Petrópolis: Ed. Vozes, 1995.

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.

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

LUXEMBURGO, Rosa. A acumulação do capital in **Rosa Luxemburgo: textos escolhidos.** São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MACEDO, Marcos Vinicius Aguiar. **Vida e Morte na Amazônia Indígena: As invasões madeireiras e os povos Ashainka.** 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.

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

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, Luís Roberto Cardoso de *et al.* Apresentação in **Antropologia e direito** : temas antropológicos para estudos jurídicos. Org. Antonio Carlos de Souza Lima. Brasília / Rio de Janeiro / Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / LACED / Nova Letra, 2012.

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 Colonial 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.

POLLMAN, Terril. *Double Jeopardy and Nonmember Indians in Indian Country* in **Nebraska Law Review**, vol. 82, p. 889-946.

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; GROSGOUEL, 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: Juruá, 2011.

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

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

RIST, Gilbert. 2002. *El desarrollo: historia de una creencia occidental*. Madrid: La Catarata.

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

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

\_\_\_\_\_); NUNES, João Arriscado. A possibilidade de multiculturalismos emancipatórios *in* **Reconher para libertar**: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Org. Boaventura de Souza Santos. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2003.

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.

SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio**: criminalização de indígenas no Brasil. São Paulo, IBCRIM, 2016.

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

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**, 2009. Disponível em <<[http://www.anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf) >>, último acesso em 09.09.2017.

TRUMAN, Harry S. **Inaugural Address**, 1949. Disponível em: [https://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr\\_archive/inagural20jan1949.htm](https://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr_archive/inagural20jan1949.htm). Último acesso em 10.10.2017.

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

ZIZEK, Slavoj. *Reflexiones sobre el multiculturalismo in Estudios culturales*. Buenos Aires: Paidós, 2003.



