



**LEI DO ÍNDIO** OU  
**LEI DO BRANCO**  
– QUEM DECIDE?



**Editor**

João Luiz da Silva Almeida

**Conselho Editorial**

Abel Fernandes Gomes  
Adriano Pilatti  
Alexandre Bernardino Costa  
Ana Alice De Carli  
Anderson Soares Madeira  
André Abreu Costa  
Beatriz Souza Costa  
Bleine Queiroz Caúla  
Daniele Maghelly Menezes Moreira  
Diego Araujo Campos  
Enzo Bello  
Firty Nascimento Filho  
Flávio Ahmed  
Frederico Antonio Lima de Oliveira  
Frederico Price Grechi  
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu  
Gisele Cittadino  
Gustavo Noronha de Ávila  
Gustavo Sénéchal de Goffredo  
Jean Carlos Dias  
Jean Carlos Fernandes  
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar  
Jerson Carneiro Gonçalves Junior  
João Marcelo de Lima Assafim  
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.  
José Emílio Medauar  
José Ricardo Ferreira Cunha  
José Rubens Morato Leite  
Josiane Rose Petry Veronese  
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha  
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato  
Luis Carlos Alcoforado  
Luiz Henrique Sormani Barbugiani  
Manoel Messias Peixinho  
Marcelo Ribeiro Uchôa  
Márcio Ricardo Staffen  
Marco Aurélio Bezerra de Melo  
Marcus Mauricius Holanda  
Mária Celeste Simões Marques  
Océlio de Jesus Carneiro de Moraes  
Ricardo Lodi Ribeiro  
Salah Hassan Khaled Jr.  
Sérgio André Rocha  
Simone Alvarez Lima  
Valter Moura do Carmo  
Vicente Paulo Barretto  
Vinicius Borges Fortes

**Conselheiros Beneméritos**

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)  
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

**Filiais**

Sede: Rio de Janeiro  
Rua Octávio de Faria - nº 81, sala 301 –  
CEP: 22795-415  
Recreio dos Bandeirantes – RJ  
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)  
Rua Sousa Lima, 75 –  
CEP: 01153-020  
Barra Funda – São Paulo – SP  
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)  
Sergio Ricardo de Souza  
[sergio@lumenjuris.com.br](mailto:sergio@lumenjuris.com.br)  
Belo Horizonte – MG  
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilia  
[cristiano@lumenjuris.com.br](mailto:cristiano@lumenjuris.com.br)  
Florianópolis – SC  
Tel. (48) 9-9981-9353

ASSIS DA COSTA OLIVEIRA  
ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO  
ORGANIZADORES



# LEI DO ÍNDIO OU LEI DO BRANCO – QUEM DECIDE?



SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS  
E INTERVENÇÕES ESTATAIS



EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2019

Copyright © 2019 by Assis da Costa Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho (Orgs.)

Categoria: Direitos Humanos

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

---

Lei do índio ou lei do branco - quem decide? : sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais / Assis da Costa Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho (organizadores). – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.  
368 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-1282-9

1. Direitos humanos. 2. Direito indígena. 3. Constitucionalismo. 4. Direito penal. I. Oliveira, Assis da Costa. II. Castilho, Ela Wiecko Volkmer de. III. Título.

CDD 341

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

## Prefácio: As leis e as Leis Inventadas

Todas as sociedades têm leis e seus membros se obrigam a acatá-las ou sofrer as consequências. Estudá-las e resolver, com outras leis, como aplicá-las e entendê-las, é coisa das sociedades ditas modernas, dos brancos, como dizem os povos indígenas. A lei dos outros é sempre para os outros, leis exóticas, engraçadas, estranhas, incompreensível, às vezes. Nossas leis sabemos quais são dizem os membros das sociedades. Mas os brancos não sabem muito bem quais são as leis que regulam cada coisa, ato e prática concreta. São muitas leis que vão se tramando em teia fina de tal forma que se alguém não sabe todas elas ou não se precavê em seus atos, acaba enredado.

De fato, as leis da sociedade moderna, muitas e para todas as ocasiões, são consultadas apenas para os atos complexos e criados pela própria lei, como comprar um imóvel, pagar imposto, etc. Para viver, trocar uma ideia com o vizinho, comer ou vestir-se, não é preciso consultar as leis, sabe-se como agir, fazem parte do cotidiano societário. A sociedade se acostuma às leis, isto é, elas fazem parte do costume.

As leis dos povos indígenas também fazem parte do costume, deles! É verdade que pode haver quem diga: “Mas os indígenas têm leis?” Têm, e cumprem com muita facilidade porque fazem parte de sua cultura e a aprendem desde crianças sem escolas formais. Ao viver, vivem as leis de sua sociedade. Certa vez Paiaré Gavião, líder da Montanha às margens do Rio Tocantins, perguntava como eram feitas as leis dos brancos e, depois de uma resposta complexa, ponderou com iluminada precisão: “então a lei é uma invenção!? É por que os brancos inventam leis para os índios sem nos perguntar? Porque se os índios não gostarem terão que inventar outra.”

Mas por que mesmo os brancos fazem leis para os índios? Por que não se contentam em inventar leis para sua própria sociedade e aplicar para os indígenas as leis indígenas? Longas e profundas seriam as respostas e justificativas, todas levando em conta apenas a racionalidade da modernidade. As explicações acabariam em dogmas que teriam que ser cumpridos porque se inventaram como leis. Por isso, juntando todas as respostas possíveis, que incluem desde a história da formação do estado moderno, do racionalismo, do bem estar social e das políticas públicas, se poderia resumir a uma afirmação: é obrigação do Estado e bom para os indígenas que haja leis que regulamentem estas relações que, afinal, cria direitos aos povos

índigenas dentro do Estado moderno. Seria melhor ainda, em todo caso, perguntar a eles ao fazer e cumpri-las ao inventar. O fato concreto é que estão feitas.

As leis chamadas nacionais ou dos Estados Nacionais, desde a constituição até a mais regulamentar das normas, se pretende universal dentro de um território arbitrariamente estabelecido e reconhecido pelos outros Estados. No loteamento do planeta terra coube um pedaço a cada Estado, com intromissões, proteções, intervenções dos outros, é verdade, mas a razão ou a invenção quer fazer crer que todas as gentes, bichos e plantas, montanhas e rios fazem parte, ou como dizem os juristas, estão sob a jurisdição do território arbitrado.

É uma lógica pouco compreensível a um povo indígena, à primeira vista, mas é assim! A lei inventada vale até o limite territorial do Estado criador que fica exatamente onde começa outro Estado, e é complexa. Mas os povos a cada vez que vão plantar mandioca ou construir sua aldeia devem consultar Códigos, analisar Decretos e refletir sobre as Portarias, e saber que aquela terra com plantas, bichos, montanhas, rios e eles mesmos estão num ou outro Estado arbitrado, já que não sobrou outros espaços? Ou singelamente seguirão as leis que costumam seguir e que sabem que não afetará nem prejudicará grandemente a seus coabitantes, que tampouco estarão atentos às leis dos brancos. Ademais, como diria Paiaré Gavião, se a lei que os brancos inventaram para os índios não serve ou não está certa, os brancos que inventem outra lei. Então, é seguir a vida com as leis que o costume dá a cada um.

Parece fácil. Porém, a lei dos brancos é uma invenção que pode ser reinventada a cada momento e pode dizer que o que é deixa de ser. Eis o problema. Quem inventa para o bem, como esperava Paiaré, pode inventar para o mal, como temia Paiaré. Um pouco pior do que isso, quem inventa diz como é sua invenção e os povos indígenas, que não inventaram nem participaram, lendo o que está escrito, não podem compreender segundo a compreensão dos inventores que leem o que não está escrito, estranho poder da palavra escrita que retira ou esconde sentimentos, gestos, modulações e intenções. E a lei é palavra escrita, seca, sem alma e quem a faz cumprir corre o risco de perder, também, a alma e não ver a humanidade que ela esconde. Por a palavra escrita vale mais do que a explicação clara e bem conversada? É o mistério da modernidade tão bem captada pelo xavante Juruna e pelo yanomami Kopenawa<sup>1</sup>. O mundo dos brancos para ser entendido tem que ser lido!

---

<sup>1</sup> Mario |Juruna foi Deputado Federal e andava sempre com um gravador para gravar a conversa dos brancos que sempre era tão diferentes das escritas. David Kopenawa escreveu um livro de grande

Então, os povos indígenas para poder ler as leis inventadas tiveram que cada vez mais conhecer a leitura e o inventor e se dedicam a fazer isso desde meados do século XX, compreendendo não só as leis nacionais e suas diferenças, mas as normas internacionais. Mas, quem aprende, ensina. Então, os povos que tiveram que aprender palavras como constituição, códigos, decretos, direitos, propriedades, etc. começaram a poder explicar como eram as leis que os regia e foi ficando claro, aos brancos que ensinavam, que complexas leis regiam esses povos, tão complexas e tão naturalmente estruturadas que nem precisavam se chamar de leis e de direito.

É disto que este livro trata. De como os povos indígenas, ou melhor, cada povo indígena tem direito, jurisdição, autonomia, sistema jurídico, sentido de justiça e de como isso se relaciona com a invenção da lei moderna dos estados que abarcam seus territórios e as vezes estende a mão protetora mal lavadas de atrocidades recentes e remotas e ameaças futuras.

O livro trata da “Lei do Índio ou Lei do Branco – quem decide?” fazendo reflexões sobre sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais. Dividido em duas seções está escrito por quem conhece o assunto em seus mais íntimos recantos. Mais de uma dezena de autores se debruçam sobre estas questões que são, só por existir, portadoras de conflitos. Apesar da diversidade de pensamentos, a obra está tão bem organizada por Assis da Costa Oliveira e Ela Wiecko Volkmer de Castilho que oferece uma totalidade e unicidade precisa de argumentos e o leitor poderá desvelar e entender a beleza e a riqueza que ainda pulsa por trás das leis ou se indignar ao vislumbrar quão fácil poderiam ser encontradas soluções para problemas de relações humanas negadas ou violadas.

Boa leitura!

Curitiba, março de 2019

**Carlos Marés**

*Professor Titular da PUC/PR*



# Sumário

Introdução: Sobre Conflitos Jurídicos, Direitos Indígenas e Indagações ..... 1

*Assis da Costa Oliveira*

*Ela Wiecko Volkmer de Castilho*

## Seção I – Reconhecimento dos Sistemas Jurídicos Indígenas, Constitucionalismo Latinoamericano e Direito Penal

1. De la Autonomía y el Derecho de Administración  
de Justicia Indígena en Latinoamérica..... 13

*Rosember Ariza Santamaría*

2. Proteção Constitucional da Jurisdição Indígena no Brasil..... 43

*Erika Macedo Moreira*

*Ana Catarina Zema*

3. Radiografia do Tratamento Penal aos Povos Indígenas: dos Usos da  
Culpabilidade à Aplicação da Autodeterminação e da Antijuridicidade ..... 75

*Assis da Costa Oliveira*

4. Indígenas na Prisão: o Déficit da Perspectiva Intercultural .....127

*Ela Wiecko Volkmer de Castilho*

5. Direito do Estado e Jurisdição Indígena: Casuísticas Amazônicas  
de Pluralidade, Jusdiversidade e Interlegalidades ..... 157

*Edson Damas da Silveira*

*Júlio Macuxi*

6. La Justicia Mapuche en Pulmarí. De la Reivindicación  
Indígena al Reconocimiento Estatal.....181

*María Paula Cabeda*

**Seção II – Atuação dos Sistemas Jurídicos Indígenas,  
Poder Judiciário e Laudos Antropológicos**

1. Nhande Nhe'e Rupia'e (Por Nossas Próprias Palavras)..... 201  
*Almires Martins Machado*
2. Justiça Kayapó Mebengokre: um Estudo de Caso.....221  
*Gustavo Hamilton de Sousa Menezes*
3. O Júri Indígena de Roraima e a Atuação do Sistema Jurídico Indígena... 237  
*Assis da Costa Oliveira*
4. La Pericia Antropológica: una Axiología Jurídica Postcolonial..... 279  
*Manuel Alberto Jesús Moreira*
5. Indígenas crianças: desafio aos sistemas  
jurídicos indígenas e não-indígenas ..... 297  
*Jane Felipe Beltrão*
6. Sentido de Justiça Mbyá-Guarani e a Intervenção Estatal:  
Lógicas em (Des)Encontro? .....313  
*Elaine Amorim*
7. Sociedades Ecocosmológicas e Interlegalidade: a Experiência Mapuche  
e o Azmapu Frente a Etnofagia Multicultural .....337  
*Sandra Nascimento*

# Introdução: Sobre Conflitos Jurídicos, Direitos Indígenas e Indagações

Assis da Costa Oliveira

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Um dos elementos centrais do direito à autodeterminação dos povos indígenas é a capacidade de resolução de conflitos internos a partir da definição de normas, procedimentos e decisões estruturados com base na lógica organizacional de cada povo indígena e que devem (ou deveriam) ser reconhecidos e respeitados pelos Estados nacionais na condição de sistemas jurídicos indígenas. É isso o que estabelece o artigo XXII, inciso 2, da Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas: “El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional” (OEA, 2016).

No final da segunda década do século XXI, este preceito ainda é um desafio com maior ou menor possibilidade de efetivação a depender da conjuntura político-jurídica de cada Estado nacional ou plurinacional latinoamericano e à capacidade político-organizacional dos povos indígenas de resistirem às medidas coloniais do monismo jurídico e da jurisdição estatal.

Por outro lado, as discussões relacionadas ao reconhecimento e à atuação da jurisdição indígena também fomentam a rediscussão da lógica estatal de intervenção jurídico-judicial junto aos povos indígenas, buscando proporcionar a revisão e/ou a reconstrução dos mecanismos estabelecidos para melhor tratamento dos direitos constitucionais e internacionais dos povos indígenas, assim como estabelecer critérios de coordenação com as jurisdições indígenas.

Assim, apresentar análises sobre as práticas, experiências, normativas e fundamentos teóricos relacionados ao reconhecimento, à atuação e aos conflitos das jurisdições indígenas e/com jurisdições estatais, é importante para avançar no debate e no reforço à luta dos povos indígenas pela plena efetivação do direito à autodeterminação e à construção de Estados menos nacionais e mais plurais.

O reconhecimento e a atuação dos sistemas jurídicos indígenas é um dos assuntos que mais tensiona (e desnaturaliza) os fundamentos moderno-coloniais do Estado nacional, como a soberania, a jurisdição, a cidadania e o direito. O horizonte da desconstrução está justamente na compreensão de que os povos indígenas possuem formas próprias de resoluções de conflitos que se organizam por meio de autoridades, regras, procedimentos e punições, os quais são praticados desde antes da invasão colonial portuguesa e espanhola, e se mantiveram, em boa parte dos grupos, durante o processo de convivência com as sociedades não-indígenas, com maior ou menor grau de afetação colonial e intercâmbio intercultural. Por isso a denominação de sistemas jurídicos, pois compreendem um conjunto de elementos articulados internamente na organização social dos povos indígenas e fundamentados em seus princípios cosmológicos e jurídicos, os quais, via de regra, possuem uma transmissão oral, sem a necessidade de codificação.

O fato dos sistemas jurídicos indígenas existirem previamente ao surgimento dos Estados nacionais, e coabitarem – de forma legal ou ilegal, dependendo da perspectiva da regulamentação do direito estatal – com eles os territórios transformados em jurisdição e soberania política estatal, além dos diferentes regimes etnocidas e assimilacionistas para tratamento dos povos indígenas, são os principais motivos pelos quais, ainda hoje, a pergunta sobre quem decide em casos de conflitos que envolvam indivíduos e/ou grupos indígenas, seja uma questão em aberto e provocativa.

*Lei do Índio ou Lei do Branco – Quem Decide?* A resposta certamente não está na simples indicação de um ou outro, mas na análise das condições sociais, jurídicas e culturais de produção do reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas e, quando haja, das formas de coordenação destes com o sistema jurídico estatal. Além da compreensão de como estes sistemas jurídicos atuam, seja em termos de análises etnográficas e sociojurídicas da operacionalização das concepções indígenas de resolução de conflitos, seja em relação ao modo como o sistema de justiça estatal passa a intervir nos conflitos que envolvam sujeitos e grupos indígenas, e até que ponto considera a identidade étnica e os direitos indígenas para (re)organização de suas práticas judiciais.

Nisso, a capacidade de interlocução do Direito com a Antropologia é outro ponto de tensão e de reflexão, posto que o saber antropológico passa a atuar na seara judicial para produzir laudos, baseados (ou não) em etnografias, que tentam promover a tradução intercultural dos modos de vida e das lógicas

culturais dos povos indígenas. Porém, as condições éticas, metodológicas e operacionais de realização do trabalho antropológico, assim como as expectativas e os efeitos que este conhecimento gera nos sujeitos envolvidos, especialmente nos povos indígenas, e, sobretudo, o lugar e a função deste conhecimento nas relações de poder-saber do campo jurídico, são elementos em constante disputa de significação nas práticas judiciais.

Por outro lado, o movimento do constitucionalismo intercultural – também conceituado por multicultural, pluralista e etnonacionalismo – que ocorreu em muitos Estados latino-americanos desde a década de 1980, gerou a constitucionalização de direitos indígenas e a incorporação de documentos internacionais, como a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), os quais passaram a definir outras condições formais e materiais de disputa pelo reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas e, com isso, da existência e da resistência do pluralismo jurídico nos Estados.

Porém, isto não ocorre sem que, uma vez mais, a colonialidade do poder, do saber e do direito nos Estados, e nas sociedades não-indígenas, venha a determinar unilateralmente a legalidade, legitimidade e aplicação dos sistemas jurídicos indígenas. Assim, emoldurando aquilo que Hoekema (2002) classifica por pluralismo jurídico formal unitário, o que ocorreu e ainda ocorre na maior parte dos países latino-americanos.

A construção de um tratamento igualitário – e, ainda na concepção de Hoekema (2002), de um pluralismo jurídico formal igualitário – entre os diferentes sistemas jurídicos é uma experiência em andamento em alguns países, como Bolívia e Colômbia, mas sempre marcada por conflitos interculturais – os quais evidenciam a força ideológica de reprodução dos fundamentos moderno-coloniais do Estado – e também por inovações institucionais, normativas e jurisprudenciais – as quais carregam expectativas de transformação decolonial e de efetivo diálogo intercultural, mas sempre com este “otimismo ressabiado” para não descuidar da capacidade de controle às novas formas de reprodução da colonialidade mesclados aos discursos e às práticas vanguardistas.

Em muitos contextos nacionais, a exemplo da Argentina e do Brasil, a criminalização dos indivíduos indígenas – e, também, dos sujeitos que acionam ou operacionalizam as justiças indígenas – ocorre por meio de intervenções policiais e judiciais plasmadas numa perspectiva assimilacionista e discriminatória

dos sujeitos e seus grupos étnicos, apegados às normativas infraconstitucionais que, muitas vezes, estão em confronto com os novos paradigmas dos direitos indígenas. Isto ocorre porque o direito penal, o sistema judicial e o sistema prisional continuam a desconhecer e/ou a desobedecer aos mandamentos constitucionais e internacionais dos direitos indígenas, especialmente para o atendimento diferenciado dos sujeitos devido suas identidades étnicas e a legitimidade do exercício autônomo dos sistemas jurídicos indígenas.

Inclusive, mesmo nos Estados em que já ocorreu o reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, a estruturação normativa e/ou judicial de mecanismos de limitação de suas atuações, via de regra pela definição de critérios de (in)compatibilidade entre os sistemas jurídicos indígenas e os direitos humanos ou a legislação nacional, são também estratégias adotadas pela soberania política estatal e o monismo jurídico para, em último caso, ter o poder de dizer se e como pode atuar determinado sistema jurídico. Em uma perspectiva intercultural, a interpretação destes preceitos normativos e/ou jurisprudenciais precisar ser feitos assegurando a adequada participação e a igualdade de condições para a decisão sobre conflitos entre sistemas jurídicos.

No entanto, quando chegamos a compreender a lógica de atuação dos sistemas jurídicos indígenas, isto é, o modo como articulam conhecimentos ancestrais sobre o bem viver e a harmonia sócioespiritual com complexos mecanismos de julgamento, decisão e punição – neste último aspecto extrapolando a perspectiva punitivista e mais ligado ao reencontro do sujeito com o bem viver e a reparação individual e coletiva dos danos provocados –, então podemos afirmar que é o “nosso” sistema jurídico estatal que tem muito a aprender com os sistemas jurídicos indígenas.

Mas estamos preparados para aprender com os povos indígenas? E, de que forma discutir os legados modernos-coloniais do Estado, em especial no direito penal e no Poder Judiciário? Além disso, como construir respostas práticas, normativas e teóricas a estas questões, de modo a assegurar o respeito aos direitos indígenas e ao diálogo intercultural? Como compreender a atuação dos sistemas jurídicos indígenas? E, junto a este último aspecto, como fazer da produção deste conhecimento sobre os sistemas jurídicos indígenas um processo de aprendizagem e de refundação do Estado? Estas são algumas das perguntas que orientam os trabalhos reunidos neste livro, o qual objetiva apresentar o estado da arte no Brasil e em alguns países latino-americanos das discussões so-

bre reconhecimento e atuação dos sistemas jurídicos indígenas, assim como as condições e as implicações do acionamento da jurisdição estatal, especialmente dos mecanismos estatais de intervenção em questões penais, entre outras áreas jurídicas, quando envolvam sujeitos indígenas.

O livro está estruturado em dois eixos. O primeiro, denominado *Reconhecimento dos Sistemas Jurídicos Indígenas, Constitucionalismo Latinoamericano e Direito Penal*, reúne artigos que analisam diferentes aspectos da articulação entre constitucionalismo latinoamericano, com enfoque nos direitos indígenas, e as implicações para o reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas e a lógica de atuação do direito, do processo e da justiça penal.

No primeiro artigo, Rosember Ariza Santamaría desenvolve análise comparativa entre países, a partir de graus de reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas frente às normativas e à administração da justiça estatal. Distingue países de alto reconhecimento (Bolívia e Colômbia), médio (Guatemala) e baixo (Brasil) dos sistemas jurídicos indígenas, de modo a refletir sobre as disputas pelo alcance, as competências, e as sujeições dos sistemas jurídicos indígenas às normatividades e à administração da justiça estatal.

O autor considera que, em países de baixo e médio reconhecimento do pluralismo jurídico, os agentes estatais desenvolvem mecanismos de reprodução do racismo institucional para dificultar o avance normativo-institucional desta pauta. E, mesmo nos países de alto reconhecimento, o que se assegura formalmente no plano constitucional acaba sofrendo retrocessos ou paralisias por meio de dispositivos jurisprudenciais, de legislação infraconstitucional e/ou de políticas públicas. Por isso, e de maneira geral, o autor argumenta que em América Latina existe um alto déficit da pluralidade jurídica, ainda que a Colômbia e a Bolívia continuem sendo referências para os demais países.

No segundo artigo, escrito por Erika Macedo Moreira e Ana Catarina Zema, as autoras examinam de que forma o quadro constitucional brasileiro assegura o reconhecimento da jurisdição indígena, abordando, também, os desafios desta recepção para o ordenamento jurídico nacional. Com base nos pressupostos da interculturalidade crítica e do pluralismo jurídico, e após uma análise acurada do direito à jurisdição indígena presente em diversas cartas constitucionais de Estados latinoamericanos, compreendem que a Constituição Federal de 1988 dialoga com os conteúdos expressos nos debates internacionais sobre o assunto, de modo

a possibilitar que os sistemas jurídicos tenham plena efetividade. Adotar este posicionamento significa, para as autoras, fomentar a descolonização do direito, na medida em que reconhece como legítimas outras culturas jurídicas.

O terceiro artigo deste eixo, de autoria de Assis da Costa Oliveira, problematiza a teorização racista das normas de direito penal e processo penal e da jurisprudência aplicadas aos sujeitos indígenas, a partir dos conceitos de imputabilidade-imputabilidade e de culpabilidade. O autor analisa a forma como outros países latino-americanos desenvolvem a recepção penal dos indivíduos indígenas pela ótica do erro culturalmente condicionado e o erro de ilicitude, sendo que, no segundo caso, discute-se também a adoção da classificação pelo Projeto de Lei n.º 236/2012, em tramitação no Congresso Nacional.

No entanto, o autor considera que estas medidas ainda são insuficientes e calcadas em perspectivas discriminatórias dos sujeitos e sistemas jurídicos indígenas. Por isso, procuram estabelecer diretrizes para o tratamento jurídico-penal com base no respeito do direito à autodeterminação dos povos indígenas e na necessidade de direcionar a recepção penal dos sujeitos indígenas pela teoria da antijuridicidade que, desde uma perspectiva intercultural, passaria a classificar as condutas indígenas com base na disposição normativa de exercício regular do direito à diferença.

Ela Wiecko Volkmer de Castilho é a autora do quarto artigo, em que enfoca o crescente aumento de indígenas na população prisional brasileira e traz sugestões para o déficit da perspectiva intercultural na execução de penas aplicadas pela justiça estatal. A autora argumenta que o Judiciário, ao prolatar a sentença condenatória para a pessoa indígena, precisa obter informações sobre o contexto do conflito e sobre como o povo indígena lida com os conflitos internos.

Além disso, a etapa de execução penal também é oportuna para a identificação étnica dos sujeitos, respeitando a autodeclaração, assim como a adoção de medidas que enfrentem as situações de discriminações étnicas sofridas pelos sujeitos indígenas nos estabelecimentos prisionais.

O quinto artigo do primeiro eixo é de autoria de Edson Damas da Silveira e de Júlio Macuxi, este último membro do povo *Macuxi*, em que analisam os avanços judiciais para tratamento dos sistemas jurídicos indígenas ocorridos no estado de Roraima, Brasil. Para os autores, ao tempo em que se reconhece o esforço de autoridades judiciais locais de validar os sistemas jurídicos indígenas, também se atenta para o fato da decisão final sobre a validade da jurisdição indígena ainda

está sob domínio do próprio judiciário. Com base nos conceitos de pluralismo jurídico, jusdiversidade e interlegalidade, os autores analisam três casos judicializados em Roraima em que, apesar da alegação de respeito ao “direito próprio” dos povos indígenas, na prática resultaram em decisões judiciais que, posteriormente, foram revisadas pelas comunidades indígenas envolvidas, adotando-se um outro senso de justiça e de reparação às vítimas e seus familiares.

María Paula Cabeda escreve o sexto e último do primeiro eixo, desenvolvendo análise sobre o processo de reconhecimento da justiça mapuche na província de Neuquén, Argentina, com base na elaboração e validação da *Declaração de Pulmarí*, um acordo firmado entre as comunidades *Mapuche* de Pulmarí e o Ministério Público Fiscal desta província, em 2014.

A autora sustenta que esta Declaração impulsionou o reconhecimento das práticas *Mapuche* de resolução de conflitos, denominadas *Nor Feleal*, dentro do sistema penal, implicando a elaboração de um documento normativo em que o Estado estabelece o que entende por justiça indígena, seus alcances, competências e limites. Utilizando do método etnográfico, a autora procura visibilizar as tensões geradas pela normativa, sobretudo das condicionantes e das limitações que o Estado delimita para o exercício da justiça indígena.

O segundo eixo de distribuição dos artigos do livro, intitulado *Atuação dos Sistemas Jurídicos Indígenas, Poder Judiciário e Laudos Antropológicos*, contém trabalhos que analisam a operacionalidade e a organicidade de sistemas jurídicos indígenas, assim como das ações e reações do Poder Judiciário para lidar com estas outras lógicas de justiça e o papel desempenhado pela Antropologia na produção de conhecimentos, via laudos antropológicos, para compreensão do Outro.

Inicia-se com o artigo escrito por Almiros Martins Machado, membro dos povos *Guarani e Terena*, em que aborda os elementos principiológicos e de tratamento comunitário do Direito Guarani que foi vigente na Terra Indígena Francisco Horta, conhecida por Reserva Indígena de Dourados, na cidade de mesmo nome, no Brasil.

O autor enfatiza a importância do juízo holístico presente religião tradicional para a estruturação e operacionalização do direito nativo. Também, analisa os diferentes princípios do Direito Guarani (solidariedade, reciprocidade e prevalência do interesse coletivo sobre o individual) que potencializam o modo tradicional de ser sustentado num sistema jurídico holístico. No entanto, tam-

bém adverte para as dificuldades enfrentadas pelos *Guarani* de manutenção dos seus sistemas jurídicos indígenas, haja vista a existência de conflitos fundiários que reduzem, a cada dia, a capacidade de reprodução física e cultural dos seus membros, incluindo a operacionalidade do Direito Guarani.

O segundo artigo, de autoria de Gustavo Hamilton de Sousa Menezes, aborda as concepções *Kayapó* de justiça com base na análise de uma situação de conflito entre membros da Terra Indígena *Badjankore*, aldeia *Kreampare*, e um grupo de não-indígenas invasores do território étnico. O foco principal do autor é analisar, desde uma perspectiva antropológica, os valores e as estruturas simbólicas que orientam as condutas dos *Kayapó* no contexto deste conflito. Além disso, o autor também discute o caminho percorrido pelo processo criminal que colocou os indígenas como réus, numa reflexão sobre o lugar da diferença perante à justiça estatal.

No terceiro artigo do segundo eixo do livro, Assis da Costa Oliveira analisa o caso e o contexto de produção do Tribunal do Júri realizado unicamente com jurados indígenas e dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, no dia 23 de abril de 2015. Além disso, o autor procura refletir sobre a reação indígena ocorrida logo após o encerramento do Júri Indígena, com o acionamento do sistema jurídico indígena para realizar julgamento.

Nisso, sustenta o autor o desafio de pensar numa lógica de tratamento dos sistemas jurídicos indígenas que tenha por base critério de coordenação entre sistemas jurídicos estatal e indígenas, estruturado com a participação dos povos indígenas. Isto porque, o que o caso do Júri Indígena revela é a existência de critério jurisprudencial de caráter unilateral, e que não comporta a complexidade e a legitimidade de atendimento das diferentes circunstâncias que definem “se” e “como” operam os sistemas jurídicos indígenas.

Manuel Alberto Jesús Moreira é o autor do quarto artigo, com a proposta de analisar os “desajustes epistemológicos” que ocorrem no cruzamento interdisciplinar entre Antropologia e Direito, quando se procura compreender as lógicas aplicadas pelo Judiciário para valorar a perícia antropológica em sede criminal. As reflexões voltam-se para os usos de categorias e seus significados, seja no campo do direito penal ou do trabalho antropológico, e nos formatos teórico-metodológicos de realização de perícias antropológicas, no contexto da Argentina e do Brasil.

Com isso, o autor pretende discutir caminhos para a descolonização do sistema jurídico estatal, em que se aceite a alteridade como um campo de signi-

ficação de diferentes lógicas, cosmovisões e expressões identitárias, em que haja condições normativas de legitimação dos julgamentos indígenas e de aplicação das punições baseadas no direito próprio dos povos indígenas.

O quinto artigo do segundo eixo do livro, de autoria de Jane Felipe Beltrão, discute casos judicializados envolvendo indígenas crianças e as formas de atuação dos profissionais da Antropologia e do Direito, além dos povos indígenas. A autora analisa casos referentes ao nascimento de gêmeos, à adoção e à responsabilidade parental, de modo a visibilizar os sistemas culturais e jurídicos diferenciados dos povos indígenas envolvidos e a sensibilidade dos profissionais para externar seus limites, formas de articulação interdisciplinar e o cuidado (e os conflitos) com os modos de tratar os sujeitos etnicamente diferenciados.

No sexto artigo, Elaine Amorim desenvolve reflexões sobre a perícia antropológica decorrente de denúncias de violência doméstica e sexual contra crianças e mulheres do povo Mbya-Guarani, em São Paulo. A autora discute o modo como o Estado e os Mbya-Guarani lidam com estas violências com base no ethos e nas visões de mundo distintas, ressaltando a pouca flexibilidade do Estado ao diálogo intercultural.

No sétimo e último artigo, Sandra Nascimento analisa a forma jurídica do direito próprio do povo *Mapuche* e os conflitos em relação ao tratamento moderno/colonial pelo Estado chileno. Para tanto, discute a dimensão socio-cosmológicas do *Azmapu* para o povo *Mapuche*, que seria a maneira própria de viver com base em suas próprias leis e institucionalidades, com posterior crítica à hierarquização e desigualdade com que os tribunais chilenos tratam a consideração à validade e à legitimidade de aplicação do sistema jurídico *Mapuche*.

Nesse caso, importante também mencionar o fato de que a autora analisa a perspectiva *Mapuche* de interação com o Estado chileno, desde uma lógica que torna indissociável a apreensão junto ao território e à ancestralidade, frisando que não os *Mapuche* querem o reconhecimento formal pelo sistema jurídico nacional, pois consideram que isto seria uma outra forma de pluralismo jurídico subordinado, mas o exposto respeito a autonomia de seus modos de conceber e aplicar o sistema jurídico próprio.

Com este conjunto de análises, de autoras e autores, indígenas e não-indígenas, do Brasil e fora dele, esperamos ter atingido o objetivo de revelar e fomentar discussões sobre reconhecimento da jurisdição indígena, atuação

indígena na resolução de conflitos e no acionamento da jurisdição estatal, assim como dos mecanismos estatais de intervenção em questões penais e de outras áreas jurídicas, quando envolvam povos indígenas.

## **Referências**

HOEKEMA, André J. Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. In: *El outro Derecho*, Bogotá, n. 26-27, abr. 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)**. Washington: OEA, 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

**Seção I – Reconhecimento  
dos Sistemas Jurídicos  
Indígenas, Constitucionalismo  
Latinoamericano e Direito Penal**



# De la Autonomía y el Derecho de Administración de Justicia Indígena en Latinoamérica

Rosembert Ariza Santamaría<sup>1</sup>

## Introducción

La cultura comprende todos los aspectos de la sociedad, de ahí que se entienda el hecho de que las autoridades indígenas son competentes de conocer todas las materias que atañan a su vida social. Ciertamente es, que además lo son, porque son los especialistas dentro de su sistema jurídico. Lo cultural es pues transversal a todos los aspectos sociales, la cultura es ubicua, es inasible y no se confina a un sector específico de la vida social, porque es una dimensión de toda la vida social que es interiorizada como espiritualidad y mentalidad, y es exteriorizada (vale decir se observa) a través de costumbres, tradiciones y lenguajes. Esto nos obliga a considerar la cultura preferentemente desde la perspectiva de los sujetos, y no de las cosas; desde la perspectiva de las formas de interiorización. La cultura es antes que nada acción y vida desde el punto de vista de los sujetos y de sus prácticas. Las formas interiorizadas y formas exteriorizadas de la cultura son, en el primer caso, estructuras mentales, y, en el segundo caso, cuerpos de signos que se manifiestan como prácticas rituales, o cosas de uso cotidiano. Por lo dicho comprendemos el ejercicio de la administración de justicia indígena como un derecho cultural fundamental, y de su reconocimiento y garantía penderá la pervivencia e integridad cultural de los pueblos indígenas de nuestro continente.

Una de los aportes de la Constitución Política (CP) colombiana de 1991 fue el haber reconocido por primera vez la diversidad étnica y cultural de la

---

1 Profesor Asociado, Departamento de sociología de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado defensor de derechos colectivos de comunidades étnicas. Este trabajo es un avance del proyecto de investigación de “justicias otras” del grupo de investigación Estado y usos sociales de la i-legalidad *E-ilusos* de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Correo: arosembert@gmail.com

Nación (art. 7 CP). Dicho reconocimiento es, sin duda, uno de los avances del llamado constitucionalismo cultural colombiano, y como tal permitió potenciar un nuevo sujeto de derecho en su carácter colectivo, la comunidad indígena, base para el reconocimiento de la pluriétnicidad y la pluriculturalidad, en el entendido de que es por su mismo carácter colectivo que posee formas diferentes de vida social. De donde se deriva, por ejemplo, la necesidad de reconocer la propiedad colectiva sobre el territorio que habitan. Como claramente lo señala la Corte Constitucional colombiana:

[...] los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la “diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-115 de 2011).

Por su parte el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia consagra que “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” (COLOMBIA, 1991).

El tema de las funciones judiciales asignadas por la Constitución a las “autoridades de los pueblos indígenas” debe ser leído en un doble aspecto: de un lado, el reconocimiento que la teoría jurídica ha venido haciendo, cada vez con mayor énfasis, de la existencia de un pluralismo jurídico en la sociedad, que convive con el derecho estatal y le disputa los espacios de regulación; y, de otro, los esfuerzos de transformación de la administración de justicia en Colombia en perspectiva multicultural.

En cuanto al primer aspecto, la teoría jurídica le ha dado buen recibo al pluralismo jurídico, hecho que acompaña la ascensión de los nuevos sujetos, con espacios propios y derechos específicos. Ello, sin embargo, tiene como límites la invocación a la unidad de la nación, a la existencia de los otros colombianos, y otros elementos que el monismo jurídico reclama del Estado de derecho. En cuanto al segundo aspecto, la administración de justicia y sus operadores tienen mayor conciencia del tema ya que en sus procesos de formación se estu-

dia la justicia indígena, en la legislación secundaria existe reconocimiento de la misma y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se cuenta con un gran acervo de decisiones en esta materia, haciendo este un tema de estudio de juristas y de las propias ciencias humanas y sociales.

En común en América Latina tenemos un alto déficit pluralista ello conlleva a distintos desarrollos de la pluralidad jurídica en los países de la región.

Las diferencias actuales saltan a la luz. Chile aparece como el caso paradigmático del lento avance cultural y del débil reconocimiento constitucional del pluralismo. En cambio, en Ecuador y Bolivia las nuevas Constituciones parecerían garantizar los derechos que se han incluido en ellas como efecto de la emergencia de un “pluralismo desde abajo” que ha resultado efectivo en términos del reconocimiento de los derechos de los sectores marginados y excluidos, notoriamente los pueblos indígenas. Aquí la cuestión central es el desafío de cómo articular eficazmente el mandato constitucional con el ordenamiento jurídico vigente o por reconfigurarse en su implementación.

Una doctrina orientada a sistemas jurídicos plurales debe caminar la ruta que propone el constitucionalismo boliviano: el de la interculturalidad, en esta propuesta hay varios aportes que revisar para lograr un avance común en este momento en Latinoamérica.

[...] a partir de la concepción del pluralismo como elemento fundante del Estado, el modelo de Estado, se estructura sobre la base de derechos individuales y también derechos con incidencia colectiva, pero además, la concepción del pluralismo y la interculturalidad, configuran un diseño de valores plurales rectores destinados a consolidar el vivir bien, en ese orden y al abrigo de la estructura axiomática plasmada en el Preámbulo de la Constitución la interculturalidad, asegura que los valores plurales supremos, se complementen en una sociedad plural e irradian de contenido todos los actos de la vida social, incluidos aquellos procedimientos o decisiones emanadas de los pueblos y naciones indígenas originarios campesinos (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2012).

Estado plurinacional, interculturalidad y justicia indígena son conceptos complementarios y tal complementariedad es esencial para lo que Boaventura de Sousa Santos (2012) ha denominado *convivialidad*, esto es un tipo de encuentro cultural y político basado en intercambios tendencialmente iguales y en la autoridad compartida.

Siguiendo a Boaventura en la investigación realizada en Ecuador (2012, p. 24) afirma que las justicias indígenas precisamente son evidencias vivas de que plurinacionalidad e interculturalidad no son dimensiones opuestas sino complementarias. Por una parte, el pluralismo jurídico, connatural a un Estado plurinacional, consiste en la coexistencia en un plano de igualdad de diversos sistemas jurídicos junto con el sistema jurídico ordinario, en un marco de derechos constitucionales interpretados en términos interculturales. Esto implica un cambio profundo en la institucionalidad de los Estados nacionales, en los cuales la producción normativa y el poder de juzgar son monopolizados por el Estado a efectos de control social y homogenización cultural. Más exactamente, el pluralismo jurídico supone el reconocimiento y/o la construcción de una institucionalidad nueva donde se articulan instituciones propias y diferentes, por un lado, e instituciones compartidas, por otro.

Las instituciones propias son expresión del derecho colectivo de los pueblos indígenas a su autonomía. Esta autonomía debe entenderse en el sentido que lo establece la propia Constitución Política en el caso ecuatoriano, esto es, como la competencia para designar sus propias autoridades, generar sus propias normas y decisiones y ejercitar facultades jurisdiccionales. En otras palabras, los sistemas jurídicos de cada nacionalidad son expresión directa de su autonomía.

Pese al reconocimiento de la autonomía indígena, en algunos países los pueblos indígenas encuentran dificultades en los propios sistemas judiciales nacionales que la mayoría de las veces aplican racismo institucional y desconocen los derechos de los pueblos y comunidades étnicas. Por tanto, se requiere un diálogo o interacción horizontal entre las dos justicias, o si más bien de lo que se trata es del mantenimiento de una superioridad racista del derecho positivo Estatal y la inferiorización y asimilación de la justicia indígena, que debe legitimarse en la primera o “evolucionar” en derecho positivo para ser aceptada.

Podemos caracterizar diferentes modelos de reconocimiento de los sistemas jurídicos de pueblos indígenas y comunidades étnicas en América Latina, uno alto como lo es el caso de Colombia y Bolivia, a quienes podemos reconocer como países garantistas en términos de diversidad cultural y pluralismo jurídico, países de garantismo medio, como Ecuador, México, Venezuela, Panamá y Guatemala, que a pesar de ser Estados multiculturales e incluso pluriculturales el avance del pluralismo es aún muy restringido y precario, y países de bajo reconocimiento explícito como Brasil, Chile y Perú, donde

existe directamente o soterradamente un régimen tutelar sobre los pueblos indígenas y una marcada desconfianza en el derecho propio.

En este trabajo presentaremos mayoritariamente elementos y ejemplos de Colombia, y Bolivia como países de alto reconocimiento de la jurisdicción indígena en diálogo con Guatemala, de nivel medio, y de Brasil, de bajo reconocimiento.

## **1. Derecho ancestral, jurisdicción y justicia Indígena**

La justicia indígena se comprende como todas aquellas prácticas culturales mediante las cuales las autoridades de los pueblos indígenas regulan las diferentes actividades, vida social, económica, religiosa y demás ámbitos de existencia dentro de sus comunidades. Los castigos o sanciones aplicadas dentro de los pueblos indígenas responden a su particular cosmovisión y tienen fines generalmente de carácter restaurativo.

En el campo jurídico se aborda la justicia indígena como jurisdicción indígena o, más técnicamente, como sistemas normativos de los pueblos indígenas, este último hace referencia a una noción que da centralidad al reconocimiento. Lo que en realidad se reconoce no es la potestad de impartir justicia, sino la existencia de los sistemas jurídicos propios y específicos de los pueblos indígenas y la potestad que ellos mismos les confieren a algunas personas de su comunidad para impartir justicia.

Dicho de otro modo, ese concepto es relativo de manera directa al hecho de que los indígenas tienen sus propias filosofías jurídicas, sus propios órdenes normativos, sus adecuadas instituciones y sus pertinentes jueces; y que, en tal orden, dichas instituciones y jueces son diferentes, competentes, independientes y autónomos en sus procedimientos y decisiones.

Con el reconocimiento de la jurisdicción indígena los Estados modernos lo que aceptan es la existencia real y jurídica de la autonomía diferencial de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas respecto del sistema jurídico nacional que lo reconoce, con base en las siguientes características propias: un sistema cultural; una trayectoria histórica; una formación jurídica; y, una configuración política. Vale decir, son sistemas jurídicos que dependen de sus propios sentidos de espiritualidad, resistencia, justicia y autonomía, y que tienen normas, autoridades y procedimientos que no necesariamente se encuentran definidos por el sistema jurídico nacional.

La jurisdicción indígena en cualquier Estado, vela por los derechos de los indígenas de manera autónoma, basado en los fundamentos de sus sistemas jurídicos, espirituales, históricos y culturales. Dado que la justicia tiene una significación como valor, y otra como institución, es necesario identificar lo que jueces, indígenas y no indígenas, deben percibir. Se dirá entonces que los factores que determinan las tradiciones jurídicas, la administración de justicia y la competencia judicial indígena deben ser comprendidos de modo intercultural.

El modo intercultural permitirá ver que no se pueden estudiar de la misma manera las tradiciones cuando no son funcionales a un sistema, que cuando si lo son. Las tradiciones judiciales indígenas hoy son funcionales, están vivas, y eso altera nuestra percepción y relación con ellas.

El modo intercultural será útil para aproximarnos a los sistemas jurídicos, a través de su estructura, control social y pervivencia jurídica. Es útil el modo intercultural porque puede mostrarnos las diferencias y las similitudes, base de toda comparación. Nos puede mostrar que teniendo claro un par de conceptos estructurales y funcionales, el andamiaje de la jurisdicción especial indígena y la coordinación interjurisdiccional se pueden echar a andar sin problemas. No se requieren, por el momento, estudios etnográficos complicados, sino conceptos que permitan operar en el sistema de una manera directa, objetiva, eficiente y precisa.

Es posible comprender que cuando un indígena se auto identifica como tal procede la coordinación inter jurisdiccional si esta fuera del territorio en el que es competente su autoridad indígena; es objetiva porque el bloque de constitucionalidad y todo el sistema de derechos fundamentales protege y garantiza el libre desarrollo de la personalidad; es eficiente porque no se vulneran derechos ni se generan obstáculos en faltas al debido proceso; y son precisas porque resuelven el asunto específico del procedimiento judicial.

Países como México y Guatemala muy recientemente han ajustado sus marcos constitucionales al pluralismo jurídico, un avance disiente del nivel de la jurisdicción indígena en el sistema normativo positivista es el reconocimiento del pluralismo jurídico, hecho que ocurrió recientemente en Guatemala, donde la Corte Suprema de Justicia establece dicho pluralismo jurídico, al definir el derecho indígena como:

[...] un conjunto de principios y normas consuetudinarias, instituciones, autoridades, procedimientos y sanciones reconocidas por una comuni-

dad indígena, la que debe ser comprendida integralmente, es decir como un sistema jurídico único en su dimensión cultural, social y espiritual, que coexiste con el derecho estatal bajo un prisma de pluralismo jurídico [...] (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012)

Esto significa que la jurisprudencia reconoce la diversidad cultural como parte de la realidad histórica y social de la república guatemalteca y da reconocimiento jurídico a los pueblos indígenas. Los artículos 58 y 66 del texto constitucional guatemalteco reconocen el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural, de acuerdo con sus valores, su lengua y sus costumbres. Así mismo afirma la existencia de diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos de ascendencia Maya, reconoce, respeta y promueve, sus formas de vida y formas de organización social. La Constitución reconoce de manera expresa la existencia de la diversidad cultural o de formas de vida diferentes de los pueblos de ascendencia Maya y, de manera extensiva, la existencia de los pueblos Xinka y Garífuna.

La forma de administración de justicia de los pueblos ancestrales en el caso boliviano, tiene particularidades respecto a la jurisdicción ordinaria, la cual está marcada por la significación desarrollada por la doctrina jurídica occidental. Para los pueblos ancestrales, la justicia es parte de la integralidad; en este sentido, Fernando Huanacuni Mamani, en su obra *Vivir Bien/ Buen Vivir* (2010), sostiene que la forma de vida de los pueblos ancestrales es holística y comunitaria, su estructura tiene las siguientes características:

El sistema jurídico comunitario, antepone la vida y el respeto a la libertad. Frente a una ruptura en la armonía de la comunidad, no se recurre a prácticas punitivas, sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos, asignándole roles de trabajo para devolverle la sensibilidad y la comprensión de que la vida es conjunta y de la necesidad de complementación y cuidado entre todos. La premisa para los pueblos indígenas originarios es la comunidad, trascendiendo lo individual; la comunidad es el pilar esencial de toda la estructura y organización de vida, que no se refiere simplemente a la cohesión social, sino a una estructura y percepción de vida que va más allá de los seres humanos y que se relaciona con toda forma de existencia en una común-unidad de interrelación e interdependencia recíproca (HUANACUNI, 2010, p. 80).

Otro componente de la lógica ancestral es que la vida comunitaria establece que nada se entiende de manera individual, todo está ligado no sólo a las personas, sino también a los dioses y la naturaleza. Como resultado de esta interacción, la sociedad se integra en sus componentes y objetivos en función a una forma de vida que desde la lógica occidental se entiende como vivir bien o *suma qamaña*, Fernando Huanacuni señala que el término tiene varios significados:

Para la cosmovisión de los pueblos indígenas originarios, primero está la vida en relaciones de armonía y equilibrio, por lo que “qamaña” se aplica a quien “sabe vivir”. Ahora bien, el término de “suma qamaña” se traduce como “vivir bien”, pero no explica la magnitud del concepto. Es mejor recurrir a la traducción de los términos originales en ambas lenguas. Desde la cosmovisión aymara, “del jaya mara aru” o “jaqi aru”, “suma qamaña” se traduce de la siguiente forma:

- Suma: plenitud, sublime, excelente, magnifico, hermoso
- Qamaña: vivir, convivir, estar siendo, ser estando (HUANACUNI, 2010, p. 7).

Por tanto, el concepto implica una relación metafísica que trastoca la lógica de la sociedad occidental y abarca mucho más que el concepto material de vivir bien. La justicia desde la cosmovisión indígena originaria campesina tiene que ser comprendida en este contexto y los procedimientos que se aplican, responden a esta percepción, aunque son ejecutados de manera particular, ya que cada pueblo, comunidad o nación actúa en función a su propia dinámica, asentada en su ancestralidad cultural, que es lo que finalmente determina su derecho ancestral.

## **2. Derecho a la administración de justicia indígena en el marco internacional**

Como dijimos, asumimos como países de alto reconocimiento del derecho de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas a aquellos que incorporan los instrumentos internacionales, los cumplen y los desarrollan vía legislación o jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas tienen:

[...] el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1989).

Respecto de temas circunscritos al polémico “derecho penal” en las comunidades indígenas, el derecho internacional en materia indígena, sigue lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, como en la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de Pueblos Indígenas (DNUDPI), que reconocen a los pueblos la facultad de reprimir los delitos cometidos por sus miembros conforme a sus métodos tradicionales, en la medida en que ello sea *compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos (DDHH) internacionalmente reconocidos*. Sin embargo, no exige que el sistema indígena tenga que replicar las normas o formalidades específicas de los sistemas estatales, sino ser compatible respecto a la protección de derechos fundamentales. La DNUDPI lo establece de la siguiente manera:

Artículo 34: Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de DDHH.

Artículo 35: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2007).

El derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, así como el de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades, deviene necesariamente en el derecho a la jurisdicción indígena, derecho que es reconocido en algunos casos, como el colombiano, como derecho fundamental de administración de justicia.

El ejercicio del derecho a la jurisdicción indígena implica, según la normativa internacional, lo siguiente:

- Que los pueblos y comunidades indígenas gozan del derecho colectivo de crear y aplicar sus propias normas, como parte del derecho de libre determinación.
- Que los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas deben ser reconocidos por los Estados.
- Que las autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas tienen la facultad de resolver sus conflictos internos conforme a su propio sistema normativo (en diferentes materias: civil, familiar, penal, administrativo, etc.), respetando los mínimos de los DDHH internacionalmente reconocidos y los principios constitucionales.
- Que en la práctica judicial, las resoluciones de las autoridades indígenas, emitidas en el ámbito de su competencia, deben ser respetadas por las autoridades de otras jurisdicciones.

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016), en su artículo VI, señala sobre los derechos colectivos que:

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 2016, p. 4).

La Declaración Americana, en su artículo XXII, sobre Derecho y jurisdicción indígena, establece:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.
3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.
4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 2016, p. 9).

Y en el artículo XXIII, sobre Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas, define:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 2016, p. 9).

Estos tres instrumentos, entre otros, coinciden en afirmar que el derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional. Ello implica obligaciones de los Estados y concretamente de los órganos judiciales en cuanto al apoyo y respeto de estos derechos.

Estos instrumentos permiten interpretaciones amplias como lo concerniente al debate jurídico político de la autonomía de los pueblos indígenas en Bolivia donde se destaca un aporte sustancial de la doctrina a esta reflexión; el voto disidente de la Magistrada Ligia Mónica Velásquez – 12 de Mayo de 2014 – en el control previo de constitucionalidad de los estatutos o cartas orgánicas autónomas donde señala:

Como se puede apreciar, es sustancialmente diferente la autonomía indígena originaria campesina, que no encuentra sustento en la voluntad estatal

de distribuir la soberanía popular y las funciones del Estado, conceptos y objetivos propios del orden cultural formal occidental a que responden las estructuras estatales de orden republicano del estado nación; en el marco de esa conclusión, es que es imperativo marginar a las autonomías indígena originario campesinas de la simple condición de autonomías territoriales, para impulsar su verdadera identidad de autonomías culturales que reivindican formas y modos distintos en todas las áreas culturales, a las formales que el Estado desde la propia Constitución proclama para todos los demás habitantes del Estado (TRIBUNAL PLURINACIONAL DE BOLÍVIA, 2014).

Agrega el voto disidente en comentario que:

La doctrina del derecho internacional de los pueblos indígenas, expone que no obstante esa conclusión, no debe comprenderse a lo indígena originario campesino al margen de los estados, sino que éstos tienen el deber de respetar su cultura, organización política, económica, etcétera, e incluso sus tradiciones jurisdiccionales (TRIBUNAL PLURINACIONAL DE BOLÍVIA, 2014).

Todo lo expuesto hasta ahora, nos impele a la proposición de que no se puede reducir a la autonomía indígena originaria campesina a sólo otra forma de autonomía territorial, ésta última no es cultural ni responde al ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos que comparten identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, y que además son anteriores a la invasión colonial europea, características de todo pueblo indígena originario campesino, conforme el artículo 30.I de la Constitución Plurinacional del Estado boliviano.

### **3. Fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales**

La Corte Constitucional Colombiana ha identificado tradicionalmente que, para que un individuo pueda ser sujeto titular de la llamada Jurisdicción Especial Indígena (JEI), se requiere del cumplimiento de dos elementos esenciales: i. *Un elemento personal*: Que implica que el ciudadano, por el hecho de ser miembro de una comunidad indígena determinada, ha de ser juzgado de acuerdo con sus usos y costumbres; y ii. *Un elemento geográfico*: Que significa que cada comunidad debe investigar y sancionar las conductas reprochables que suceden en su territorio geográfico, de acuerdo con sus propias normas.

En cuanto al alcance de la JEI, la sentencia T- 642 de 2014 de la Corte Constitucional Colombiana establece:

El reconocimiento de una jurisdicción indígena, implica además materializar el pluralismo jurídico en el marco de la Constitución y la Ley para ratificar:

- I. la existencia de un poder jurisdiccional autónomo de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica;
- II. normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento propios y;
- III. autoridades propias de administración y juzgamiento.

Con todo ello se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos como manera de afirmación de su identidad. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2014)

La jurisprudencia de la Corte añadió otros elementos que demarcan la JEI y determinan otros criterios de procedencia del fuero especial indígena, con el fin de solucionar tensiones entre jurisdicciones y proteger eficazmente la integridad étnica, la diversidad cultural y el debido proceso constitucional:

*Un elemento institucional:* Que indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena. Dicha institucionalidad debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (a) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (b) un concepto genérico de nocividad social; y,

*Un elemento objetivo:* Que se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria. Dicho elemento puede matizar el elemento territorial o geográfico.

Como regla general, independientemente de la jurisdicción aplicable, los miembros de comunidades indígenas no deben cumplir penas en establecimientos ordinarios de reclusión, ya que la mayoría de las costumbres indígenas no conciben con la pena de encarcelamiento como una forma de sanción a un comportamiento reprochable. Además, dicha represión estatal desconoce abiertamente la libre determinación de los pueblos indígenas, el pluralismo jurisdiccional del Estado colombiano y, con ello, el Convenio 169 de la OIT que admite la existencia

de instituciones especiales de las comunidades indígenas, así como la autonomía e independencia de dicha jurisdicción (CORTE CONSTITUCIONAL, 2014).

Sobre las implicaciones de las decisiones de las autoridades indígenas en sede de Jurisdicción y sus efectos para el mundo occidental: las reglas están establecidas por la Corte, el primero es el fuero indígena (elemento personal) cualquier sanción aplicada en el mundo indígena se asume como “remedio” es de carácter espiritual y esta dentro de la cosmovisión indígena.

Por ello una sanción o castigo impuesta dentro de la JEI y dentro de un territorio (segundo factor) no tiene ningún efecto externo, solo aplica para el respectivo territorio indígena.

Conforme con su diseño constitucional, la jurisdicción indígena comprende dos dimensiones: desde una *perspectiva colectiva*, es el resultado y, a la vez, un instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano garantizada por la Constitución y, en particular, de la identidad y autonomía de las comunidades indígenas en cuyo beneficio se establece; desde una *perspectiva individual* y, particularmente, en materia penal, constituye un fuero especial para los indígenas.

Este *fuero especial indígena* ha sido definido por la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos, como

el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para 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 (CORTE CONSTITUCIONAL, 2016).

Estos elementos entre otros, como los desarrollados por la jurisprudencia Boliviana y colombiana, nos acercan a la idea del Bloque Intercultural Jurídico<sup>2</sup> (Ariza, 2015, p.186) y a una jurisprudencia capaz de avanzar a unas reglas interculturales y de convivencia entre sistemas jurídicos que nos permitan un pluralismo de tipo igualitario.

---

2 El BIJ es entendido como una armonización entre las normas internacionales, la constitución y los órdenes propios de los pueblos, comunidades indígenas y afrodescendientes.

#### **4. Límites, conflictos de competencia y sanciones en la Justicia Indígena**

Los llamados límites al ejercicio de la justicia indígena o derecho ancestral se hace para intervenir en la autonomía de los pueblos e impedir su autodeterminación por parte de los Estados. En el voto disidente ya mencionado del Tribunal Plurinacional de Bolivia, de la Magistrada Ligia Mónica Velásquez, refiere que:

[...] cada una de las técnicas a ser aplicadas para identificar el límite del derecho indígena originario campesino en relación al derecho constitucional formal, son herramientas que sirven para analizar casos concretos, no formulaciones estatutarias con la pretensión de normas jurídicas abstractas, generales y obligatorias para el pueblo indígena originario campesino, como vienen a ser los estatutos para la autonomía indígena originaria campesina, de lo que se deduce que el análisis de las tensiones entre el derecho indígena originario campesino y el formal estatal, siempre se hace a partir de la existencia de un caso concreto y para averiguar el alcance de los usos y costumbres indígena originario campesinos, mientras no exista problema el derecho indígena originario campesino convive con el derecho formal, siendo ese un principio elemental que se debe asumir para respetar de forma material los derechos consagrados en el art. 30 de la CPE y en especial aquellos sistematizados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Expediente 02190-2012-05 CEA).

Estos límites entonces solo se resuelven en instancias constitucional cuando exista una tensión entre el derecho indígena y el derecho formal.

En la Constitución Colombiana de 1991, la facultad de administrar justicia de los pueblos indígenas (art. 246 CP)<sup>3</sup>, va acompañada de la facultad de hacerlo según “sus propias normas y procedimientos”, lo que implica que la forma específica que adquieran cada uno de los elementos de la jurisdicción depende de las características de cada uno de los pueblos. Son sus “usos y costumbres” los que determinan los conflictos de conocimiento de la autoridad judicial, los procedimientos que deben

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

adelantarse para llegar a una decisión, la forma de la decisión y la manera en la que será usada la fuerza para lograr el cumplimiento de la decisión.

La justicia indígena, como su propia jurisdicción en cada caso, responde a la especificidad cultural de cada pueblo, pero también es cierto que se trata de un derecho limitado. El primero de estos límites tiene que ver con los asuntos que pueden conocer las autoridades indígenas. Al revisar el texto constitucional, lo primero que se constata a este respecto es que no hay una limitación en cuanto a la materia o la cuantía. El límite al que se refiere la norma es el del territorio: “las autoridades judiciales de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial” (COLOMBIA, 1991).

Pero, ¿qué quiere decir esto exactamente: que los fallos de las autoridades indígenas sólo tienen efectos en su territorio o que las autoridades indígenas sólo pueden decidir hechos ocurridos dentro de su territorio? Y ¿cuál es el territorio al que se refiere exactamente la Constitución: el legalmente reconocido con título, el que tradicionalmente ocupa la comunidad indígena o el que la comunidad considera como su territorio?

A pesar de que no existe en Colombia la ley llamada a desarrollar estos aspectos del texto constitucional (ley de Coordinación), la jurisprudencia de la Corte Constitucional provee herramientas valiosas para dilucidar las preguntas que se han formulado. Frente al primer interrogante, la posición de la Corte ha sido que la restricción territorial se refiere al lugar de ocurrencia de los hechos que generaron el conflicto. Por un lado, esta es la interpretación que expresamente ha dado a la norma<sup>4</sup>. Por otro, ha indicado la validez de las decisiones de las autoridades indígenas en todo el territorio nacional.

De acuerdo con la sentencia T-349 de 1996, para determinar los casos que pueden ser conocidos por la jurisdicción indígena el factor territorial no es suficiente. Debe tenerse en cuenta el grupo étnico al que pertenecen las partes involucradas. El factor territorial solamente es suficiente cuando las partes involucradas pertenecen todas al mismo grupo étnico. Pero, cuando en un asunto de cualquier tipo las partes pertenecen a diferentes grupos étnicos, este hecho debe ser tenido en consideración

---

4 En la Sentencia T-349 de 1996, al referirse a los elementos que configuran el fuero indígena, se afirma que uno de los elementos de este fuero es “[...] de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio [...]” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1996).

Al establecer la Jurisdicción Especial Indígena, la Constitución dispone que las atribuciones conferidas a las autoridades de los pueblos indígenas para administrar justicia deben ajustarse a la “Constitución y las leyes de la República”. Pero ha sido la Corte Constitucional la que a través de su interpretación de la norma ha fijado los alcances de los límites constitucionales al ejercicio del derecho que la Carta consagra a favor de los pueblos indígenas.

De acuerdo con la sentencia T-349 de 1996, los límites al derecho de los pueblos indígenas deben establecerse teniendo en cuenta las personas e intereses que se ven afectados por la decisión de las autoridades indígenas. En el caso en el que las personas e intereses involucrados pertenecen a una misma comunidad o pueblo indígena, debe aplicarse el principio de maximización de la autonomía. Según este principio, los únicos límites a la autoridad indígena en los casos en los que el principio se aplica son: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el derecho a que el castigo sea previsible para los miembros de la comunidad.

En el caso de los pueblos indígenas, el derecho a administrar justicia también incluye el derecho a utilizar la fuerza física, teniendo como límite la protección del derecho a la vida e integridad corporal (prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y los tratos crueles, inhumanos y degradantes). Esto implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los reuientes ante las autoridades judiciales de la comunidad, sitios de reclusión o castigo, y también que pueden imponer penas restrictivas de la libertad y tener personas que vigilen el cumplimiento de las penas de cualquier tipo.

Además de los límites que se derivan de los derechos fundamentales constitucionales, la Corte Constitucional no ha señalado la existencia de otros. Por el contrario, ha avalado la actuación de los pueblos indígenas en este aspecto<sup>5</sup>. Para garantizar el *imperium*, inclusive ha ordenado a la policía colombiana colaborar con las autoridades indígenas para dar captura a quienes han salido del territorio indígena tratando de evadir el cumplimiento de la sanción<sup>6</sup>.

El derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la Jurisdicción Especial Indígena que ejercen las autoridades de los

---

5 Véase : ST-349 de 1996 ; T-523 de 1997 y SU-510 de 1998.

6 Véase: ST-349 de 1996.

pueblos indígenas que la realizan según sus normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta constitucional colombiana. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción, señala la Corte Constitucional colombiana.

Los límites a la autonomía de las comunidades indígenas, entonces, solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de las garantías fundamentales, a partir de un *consenso intercultural* lo más amplio posible.

Ello involucra, por ejemplo, el derecho a la vida (art. 11 CP), la prohibición de tortura (art. 12 CP) y esclavitud (art. 17 CP), y el principio de legalidad penal (art. 29 CP).

En ese orden de ideas ha de concluirse que:

los límites a la autonomía reconocida en favor de las comunidades indígenas están dados, en primer lugar, por un *núcleo duro de derechos humanos*, junto con el *principio de legalidad* como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, *mínimos de convivencia* cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias (CORTE CONSTITUCIONAL, 1996).

## **5. Conflictos de competencia**

Al funcionar paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales, es posible que se presenten conflictos de competencias. Como aún el legislador no ha establecido las formas de coordinación entre ellas, es preciso que el intérprete en su solución se atenga a las circunstancias particulares del caso concreto. En especial, dos elementos son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos.

La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual

incurrir en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Bajo ningún aspecto puede un juez impedir que se tramite un proceso por la jurisdicción correspondiente. Si lo impide, está violando derechos fundamentales al acceso a la justicia y al debido proceso, susceptibles de amparo. Además, constituye violación afectar la autonomía de la etnia, dejar de lado el concepto de propiedad que se tiene sobre los territorios, aplicar un trámite diferente al del derecho consuetudinario tratándose de sucesión de indígenas, y como si fuera poco, tramitar medidas cautelares en territorios indígenas, en contra de la disposición constitucional que los caracteriza como inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Los sistemas jurídicos indígenas son competentes para conocer todos los conflictos y temas.

- En realidad la jurisdicción especial indígena está desarrollada sobre la base de una pluralidad de sistemas jurídicos, de muy variada complejidad cultural y evolución histórica. Por lo tanto el orden jurídico de cualquier cultura es competente para conocer, tramitar y resolver todos los casos de su jurisdicción y territorio.
- La competencia es plena, y se coordinará cuando sea necesario, y todo cuando sea, bajo principios de equidad, cooperación, etc.
- La competencia es plena y su ejercicio validado según los procedimientos judiciales.
- Materia familiar, civil, penal, tierras, herencias, servicios públicos, organización interna. Y, en general, es competente para solucionar cualquier conflicto en su jurisdicción.
- Todas las autoridades indígenas desde tiempos inmemoriales han tratado estos temas con relativa autonomía, la institución de los corregidores de indios y el cabildo fueron transformándose, en virtud de cierta autonomía hasta que produjeron un gran cambio en las instituciones.
- La justicia indígena a veces es tratada como derecho alternativo, o como mecanismo de solución de conflictos. No es alternativa a los pueblos indígenas, es su justicia y, si bien la gente se acomoda a otras jurisdicciones, no es de libre escogencia sino su sometimiento a la Ley.

La corte constitucional colombiana ha elaborado una profusa doctrina en materia de principios o criterios generales de interpretación que deben ser aplicados cuando se presenten conflictos originados en tensiones entre el orden jurídico nacional y las normas, usos y costumbres de las comunidades indígenas. En la sentencia T-921 de 2013, los mismos fueron resumidos, así:

- (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 (Sentencia T-921 de 2013).

Es menester mencionar en este acápite como en Guatemala la sentencia 01004-2012-01524 de la Corte Suprema de Justicia de este país, a propósito de un conflicto de competencia, señala que:

[...] el procesamiento penal a un alcalde indígena por dar cumplimiento a una disposición adoptada por medio de las instituciones, mecanismos y procedimientos propios del Derecho Indígena, muestra con claridad la falta de comprensión y reconocimiento en las sentencia que se analiza en casación, de las costumbres, tradiciones, organización social y más específicamente del derecho indígena, vacío que pueden y deben empezar a llenar los fallos judiciales no solo por cumplimiento de principios y normas jurídicas que guían y rigen el ordenamiento jurídico nacional, sino por necesidades básicas de convivencia en armonía, respeto y progreso de los diferentes pueblos que conforman Guatemala (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012).

Y agrega la propia Corte Suprema de Justicia de manera clara y contundente:

El Derecho, incluyendo el indígena, implica normas de cumplimiento obligatorio, instituciones, autoridades reconocidas y por ende legítimas, procedimientos, órdenes y coacción; es un medio para conseguir metas colectivas de interés general de un grupo social, sistema e instituciones que son consideradas legítimas y que implican la regulación de las actividades

personales y colectivas en relación con fines en procura de lograr el bien común de los pueblos (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012).

## **6. Sanciones de la Justicia Indígena**

En general la justicia indígena en la mayor parte de países establece, entre otras, las siguientes sanciones: multas; la devolución de los objetos robados; las indemnizaciones; ejercicios físicos; multas económicas; el pago de los daños a través del trabajo comunal; el baño con agua fría; el castigo con ortiga; el fuate o látigo; los pencazos; trabajos en las comunidades; pérdida de sus derechos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la Comunidad.

Este conjunto de sanciones podemos decir que son tangibles, es decir, tienen una presentación material. Agregándose que en los pueblos indígenas existen otras “[...] sanciones tangibles, no tienen representación material más sí simbólicas, como la exposición pública y la imposición pública de dichas sanciones” (REGALADO, 2012).

El fruto de las multas es destinado a los fondos de las comunidades y/o de la organización. En otras comunidades se prioriza el castigo corporal como los fuetazos, la penqueada o el trabajo comunitario como la denominada cadena ronderil y los apremios físicos que aplican las rondas campesinas del Perú. El profesor Antonio Peña Jumpa (PEÑA, 2009), en sus trabajos de investigación con comunidades campesinas del sur o las comunidades nativas aguarunas del norte amazónico del Perú, ha identificado algunos tipos de penas, como: el calabozo o privación de la libertad; el trabajo forzado o servicio público; el humeo en la cara y la toma de ayahuasca o toé; la hortigueada; el corte de pelo; multas etc. Son muy diversos los tipos de sanciones en cada comunidad o sistema de justicia indígena.

Las sanciones que se aplican en la jurisdicción indígena generalmente son de obligatorio cumplimiento, hay comunidades, como el Tribunal Superior Indígena de Tolima en Colombia, que solicita siempre el apoyo de la Policía Estatal para dar cumplimiento a sus fallos, pero esto es un caso especial, la mayor parte de las sanciones comunales las ejecutan las mismas autoridades comunales.

En común en América Latina tenemos un alto déficit pluralista. Ello conlleva a distintos desarrollos de la pluralidad jurídica en los países de la región. Colombia sin duda tiene un alto nivel de reconocimiento del pluralismo jurí-

dico, Guatemala por su parte esta a camino de superar el monismo jurídico y tiene avances importantes que lo sitúan en un nivel medio de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas a administrar justicia.

## **7. El sentido de las “penas” en los sistemas indígenas**

La sentencia T-523/97 de Colombia, estableció claramente el sentido de los fuetazos, chicotazos o latigazos, cuando señaló que:

aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al ‘escarmiento’ público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad (T-523 de 1997).

Esta sentencia constitucional en Colombia cerro la discusión que los positivistas legales y defensores del monismo alegaban para impedir el ejercicio de la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas.

Por su parte el académico peruano Antonio Peña Jumpa (2009), analizando las sanciones, refiere que ellas pueden ser definidas como la fuerza coercitiva de la comunidad que surgen ante el incumplimiento de sus reglas básicas. En la medida que se ha transgredido las normas de convivencia en la comunidad, las penas intentarían restaurar esa convivencia alterada. Buscan prevenir o mantener la situación de armonía de la comunidad. Dentro de esta perspectiva la sanción se puede componer de tres elementos básicos: (a) la reparación del daño; (b) la aplicación de una pena o castigo; y (c) la amenaza de una pena mayor.

El propósito general de la pena en los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia propios es restaurar las cosas a su estado anterior a la agresión o el “delito”,

si algo se ha dañado o afectado el transgresor debe reparar ese daño causado y restablecer la convivencia y la armonía en la comunidad. Aunque la mayor parte de los procedimientos de composición de conflictos de los pueblos indígenas terminan en acuerdos o conciliaciones, también se establecen penas y/o castigos para aquellos que han transgredido las normas establecidas en la comunidad.

El objetivo general de la resolución de un conflicto al interior de la comunidad es mantener o restablecer la paz comunal mediante el nuevo equilibrio en las relaciones sociales, creado por el arreglo o la decisión. Busca igualmente imponer orden y autoridad, todos coinciden en que las sanciones y su aplicación garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad. Igualmente se enfatiza en los procesos de justicia comunal que los infractores rectifiquen su conducta. Tienen que aprender una “lección”.

El jurista Raul Zaffaroni señala:

No tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican. Si el sistema penal de que dispone la pretendida civilización es el que padecemos en nuestros países, lo racional es admitir que es preferible el comunitario y en la medida que funcione lo mejor que podemos hacer es reconocerlo y no entrometernos, porque no tenemos nada mejor que ofrecerles (2009, p.109).

En Colombia el sentido del castigo es mayoritariamente visto como espiritual o de armonización, como ocurre con el pueblo Nasa del Cauca para quienes las sanciones son asumidas como remedio para el alma, y para re-armonizar al que incumple las reglas comunitarias de convivencia.

A propósito de los castigos, la sentencia SP9243 de 2017, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia – en el caso del indígena *nasa* Feliciano Valencia, quien fue señalado de cometer secuestro simple al ejercer la jurisdicción indígena y castigar con nueve fuetazos a un militar vestido de civil que se encontraba en territorio indígena – permite analizar como esta corporación judicial en sede de casación comprende el alcance y límites de la justicia indígena, bástenos decir que es casada la sentencia y que el fallo toma en cuenta los principios interpretativos constitucionales, en particular el principio de maximización de la autonomía de la cultura indígena. La Sala Penal de la Corte Suprema destaca la forma cómo la comunidad *nasa* está organizada para investigar los hechos

anómalos y cómo reconstruye la memoria de lo acontecido, los procedimientos o rituales de resarcimiento o armonización.

La Corte Suprema de Colombia, en reiteradas decisiones<sup>7</sup>, ha enfatizado el reconocimiento constitucional orientado a proteger la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, reafirmando el poder de configuración normativa por parte de esa población, lo cual conlleva el desplazamiento de la legislación nacional, en sus componentes orgánico, normativo y procedimental.

También confirma la Corte suprema que tratándose de hechos graves que atenten contra bienes jurídicos de interés para la cultura mayoritaria, como para determinada comunidad indígena, el elemento institucional, satisfechos los demás factores, adquiere preeminencia para definir el conflicto de jurisdicciones, sin que resulte determinante el hecho de que la justicia indígena contemple un castigo distinto a la pena de prisión fijada por el legislador<sup>8</sup>.

Otro argumento mayoritariamente expresado por los monistas hace referencia a la incompatibilidad de las sanciones indígenas y los derechos humanos, a este respecto la Corte Constitucional de Guatemala indica:

las sanciones impuestas en el derecho indígena no pueden ser calificadas *prima facie* como vulneradoras de derechos humanos, en tanto que para su análisis es indispensable conocer los aspectos sociales y culturales de la comunidad en que se aplican, cuestión que puede obtenerse, verbigracia, por medio de un peritaje cultural o jurídico-antropológico, que permita comprender la cosmovisión indígena y su sistema normativo propio, lo que, incluso, podría variar dependiendo de la comunidad indígena de que se trate; en todo caso, [...] lo importante es que al momento de evaluar estos hechos y los tipos de sanciones que se aplican, deben ser abordados desde una mirada intercultural y con clave pluralista, no se puede juzgar sólo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario [...] (Expediente 1467 de 2014).

Esto prueba una vez más lo ya dicho por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, es la falta de comprensión y reconocimiento en las sentencia que se analiza en casación, de las costumbres, tradiciones, organización social y más específicamente del derecho indígena.

7 CSJ SP, 5 dic. 2016, rad. 48136 y SP 28 oct. 2015 rad. 44890.

8 CSJ SP, 12 mar 2014, rad. 42287, y SP, 11 nov. 2015, rad. 46556.

Implica que los jueces de primera y segunda instancia aún desconocen o pretenden mantener una perspectiva positivista a ultranza ignorando el bloque de constitucionalidad y las transformaciones que Guatemala requiere para ser una sociedad incluyente.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe sobre la situación de pueblos indígenas, en 2016, en Guatemala, con razón afirma:

La construcción de una sociedad equitativa en Guatemala solo es posible si se garantiza el disfrute efectivo de los derechos de los pueblos indígenas y se toman medidas concertadas para combatir su discriminación racial y exclusión. Veinte años después, la ruta trazada por el Acuerdo de Paz sobre la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas sigue siendo pertinente para atender las preocupaciones pendientes que enfrentan estos pueblos (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA GUATEMALA, 2016).

## **Inconsistencias de los Estados de Derecho y conclusiones reiterativas**

En países de bajo y medio reconocimiento de pluralismo, como Ecuador, los abogados monistas y tradicionales se oponen a estos avances por diferentes temores, pero un elemento que es destacable de estos países mencionados y de otros tantos de la región, es el racismo institucional, aspecto que hace imposible el avance en materia de reconocimiento y garantía de los derechos de los pueblos y comunidades étnicas en nuestro continente. No nos detendremos a analizar el tema del racismo institucional de los sistemas legales de derecho a profundidad, pero si es menester referir algunos aspectos que son visibles en esta apabullante inconsistencia de algunos llamados “Estados de Derecho”.

Un aspecto en países de población indígena mayoritaria como Bolivia y Guatemala, o de importante población indígena como México y Ecuador, tanto cuanto se avanza en materia de reconocimiento y garantía de los derechos de administración de justicia de los pueblos indígenas, tanto cuanto se retrocede. Lo ganado constitucionalmente se retrocede o paraliza con la legislación y las

políticas públicas. O, en otros casos, vía jurisprudencia. La ley de deslinde en Bolivia es un buen ejemplo de lo señalado.

Aunque no profundizamos en este trabajo lo referente a las leyes de coordinación jurisdiccional en América Latina, los experimentos en este sentido no son un camino certero para fortalecer el derecho ancestral y la jurisdicción indígena. Lo que si ocurre es una coordinación desde abajo, e informal, que en países como Colombia, Guatemala o México permiten el ejercicio del derecho de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas (ARIZA, 2010).

Otro aspecto es la lectura de “incapacidad” o “incompetencia” de los pueblos para conocer de asuntos como el homicidio o temas “de mayor cuantía”, esto nos permite constatar como un Estado plurinacional como Ecuador, considerado de nivel medio de garantismo, a través de una sentencia de la Corte Constitucional de Transición freno los progresos en materia de justicia indígena.

El 12 de agosto de 2010, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición, admitió a trámite la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Víctor Manuel Olivo Palio, en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, por parte de autoridades indígenas pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de su hermano Marco Antonio Olivo Palio. Dicha causa se denominó “Caso La Cocha”. El 30 de julio de 2014, dentro del ámbito de sus competencias, la Corte Constitucional del Ecuador expidió la sentencia N°113-14-SEP-CC, en la cual se dejó sentado precedentes jurisprudenciales que motivan la presente investigación. Entre otros puntos importantes, señalamos principalmente dos: 1) al existir un sanción en la justicia indígena sobre delitos contra la vida, no existe doble juzgamiento y por tanto es susceptible de ser conocido y sancionado en la justicia ordinaria; y, 2) desde la fecha de expedición de la sentencia, todos los casos relativos a delitos contra la vida deberán ser conocidos exclusivamente por la justicia ordinaria (BRAVO, 2015).

Las inconsistencias o expresiones del racismo institucional se refieren a considerar las prácticas de castigo de las autoridades y pueblos como bárbaras e incivilizadas por parte de los jueces y magistrados monistas. El argumento de descalificación central es que estos “remedios” son una la violación de los derechos humanos occidentales de carácter universal. Pocas veces se acude al dialogo intercultural o a los peritajes antropológicos u otras herramientas que

le permitan al “erudito juez” dilucidar otras perspectivas y comprensiones tanto del castigo como de la administración de justicia.

En el caso de Brasil, la Constitución de la República Federativa en los artículos 109, 231 y el 232 hacen mención “tutelar” de los pueblos, este nivel bajo de reconocimiento y garantía a la fecha no avanza en dirección de mejorar las condiciones de los pueblos indígenas. El artículo 232 señala que los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses, interviniendo el Ministerio Público en todos los actos del proceso.

Este aspecto del papel del Ministerio Público demuestra que ni la Constitución Federal brasileña, ni el papel de las instituciones republicanas, coadyuvan a lograr un nivel de autonomía relativa de los pueblos. Esta mirada de la gramática constitucional de Brasil insiste en la subordinación, inferioridad y minoría de edad de los pueblos indígenas de este país.

Los pueblos indígenas y comunidades étnicas tienen la facultad de administrar justicia conforme a las constituciones políticas de los Estados de Derecho de Latinoamérica, y en concordancia con los instrumentos internacionales como el Convenio 169, la Declaración Universal y la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los Estados y especialmente sus órganos judiciales son los principales responsables de la situación de los derechos de administrar justicia, su avance o precariedad es reflejo del nivel jurídico de sus operadores judiciales.

## Referencias

ARIZA, Rosembert. **La coordinación entre sistemas jurídicos. El caso de Colombia.** Costa Rica: Instituto interamericano de derechos humanos, 2010.

\_\_\_\_\_. El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. In: **Revista InSURgencia**, Brasilia año 1 V.1, N.1, ene./jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Descolonización de prácticas judiciales constitucionales en Bolivia y Colombia. In: **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2017.

BOLIVIA. Tribunal Plurinacional de Bolívia. **Voto disidente de Ligia Monica Velásquez**. 12 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Plurinacional de Bolívia. **Resolución 1422/2012**. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletter-PortalInternacionalDestques/anexo/Resolucion\\_1422\\_2012\\_\\_Tribunal\\_Constitucional\\_de\\_Bolivia.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletter-PortalInternacionalDestques/anexo/Resolucion_1422_2012__Tribunal_Constitucional_de_Bolivia.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2019

BRAVO, Giovanni Francisco. **Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador**, Tesis (Maestría). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Presidencia de la República: 1991. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2019

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Bogotá D.C., **Sentencia T- 642 de 2014**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-642-14.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Bogotá D.C., **Sentencia T- 115 de 2011**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-116-11.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Bogotá D.C., **Sentencia T- 921 de 2013**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Bogotá D.C., **Sentencia T-349 de 1996**. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Bogotá D.C., **Sentencia T-397 de 2016**. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-397-16.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Bogotá D.C., **Sentencia T-523 de 1997**. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia. Bogotá D.C., **Sentencia SP9243 de 2017**. Disponível em: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2jul2017/SP9243-2017.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2019.

GUATEMALA. Corte Suprema de Justicia. Ciudad de Guatemala. **Sentencia 01004-2012-01524**. Disponível em: < <http://nimajpu.org/es/sentencias/nacionales/108-sentencia-1004-2012-01524-respeto-al-sistema-juridico-maya>>. Acesso em: 8 jan. 2019

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia. Ciudad de Guatemala. **Sentencia 01004-2012-01848**. Disponível em: <[http://jpgramajo.weebly.com/uploads/8/7/0/3/87035886/recopilación\\_jurisprudencial\\_pluralismo\\_juridico.pdf](http://jpgramajo.weebly.com/uploads/8/7/0/3/87035886/recopilación_jurisprudencial_pluralismo_juridico.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2019

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010. Disponível em: <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_6118-1442-4-30.pdf?120305212214](http://www.kas.de/wf/doc/kas_6118-1442-4-30.pdf?120305212214)>. Acesso em: 30 de set. 2018.

MERRY, Rally E. *et al.* **Pluralismo Jurídico**. Bogotá: Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

OFICINA DE ALTO COMISIONADO Y DEL SECRETARIA GERAL. **Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala**. Consejo de Derechos Humanos 31º período de sesiones Tema 2 de la agenda, 19 de febrero de 2016.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas**, 2016. Disponible em: < <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acceso em: 8 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas**, 2007. Disponible em: < [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)>. Acceso em: 8 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales**, 1989. Disponible em: < [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314)>. Acceso em: 8 jan. 2019.

PEÑA, Antonio. **Multiculturalidad y Constitución**, Lima: Centro de estudios Constitucionales, 2009

REGALADO, José Antonio. De las sanciones y las penas en la justicia indígena. In: **Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico, Manual para Operadores de Justicia**, 2012.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Cuando lo excluidos tienen derecho. In: **Justicia indígena Plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. Quito: Fundación Rosa Luxemburg; Aby Ayala, 2012.

VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO, Presidencia de la asamblea legislativa plurinacional. **Pensando el mundo desde Bolivia, I ciclo de seminarios internacionales**. La Paz: Vicepresidencia del Estado; Presidencia de la asamblea legislativa plurinacional, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la Ley Penal. In: **Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales**. Quito: Ministerio de Justicia y DDHH, 2009.

# Proteção Constitucional da Jurisdição Indígena no Brasil

Erika Macedo Moreira<sup>1</sup>

Ana Catarina Zema<sup>2</sup>

## Introdução

A luta dos povos indígenas pelo reconhecimento e pela preservação de suas culturas jurídicas não é nova. Desde o início da colonização, eles têm resistido às sucessivas tentativas de desestruturação social e aniquilação de sua capacidade de autogoverno, inclusive em matéria de justiça. Apesar da violência colonial, de séculos de políticas assimilacionistas e dos postulados monistas da sociedade dominante, eles lograram conservar seus sistemas jurídicos próprios. No entanto, em um contexto em que o Estado, nas suas relações com os povos indígenas, continua mantendo e reproduzindo a colonialidade do poder como lógica dominante da razão jurídica, a coexistência das culturas jurídicas indígenas com a estatal permanece problemática. Muitos povos indígenas, ainda hoje, devem se mobilizar para obter dos Estados onde vivem o reconhecimento de seu direito à autodeterminação, particularmente quanto à aplicação de sua ordem normativa.

---

1 Professora da Universidade Federal de Goiás/regional Cidade de Goiás. Fundadora do Observatório Fundiário Goiano (OFUNGO). Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora membro do Grupo de Estudos em Direitos Étnicos Moitará da Faculdade de Direito da UnB. Contato: erikamacedomoreira@hotmail.com.

2 Pós-doutoranda no Centro de Desenvolvimento Sustentável da UnB. Doutora em História pelo Programa de Pós-graduação em História da UnB. Bacharelado e Mestrado em História pela UnB. Diplôme d'Etudes Approfondies en Histoire Sociale, des idées, des cultures et des religions pela Université Paris Nord/Sorbonne. Membro do Groupe Décolonial de Traduction. Pesquisadora membro do Grupo de Estudos em Direitos Étnicos Moitará da Faculdade de Direito da UnB. Pesquisadora Membro do Laboratório de Estudos Interdisciplinares sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas (LEIJUS) do Departamento de Estudos Latino-americanos da Universidade de Brasília. Pesquisadora membro do Grupo de Trabalho do Conselho Latino-Americano de Ciências Sociais (CLACSO) sobre Pensamiento Crítico y Decolonizador Caribeño. Contato: ana.zema@gmail.com.

Alguns Estados já reconheceram formalmente os sistemas de justiça indígena. Na América Latina, muitos países, sobretudo da região andina, reconheceram em suas Constituições a jurisdição das autoridades indígenas para aplicar seu direito próprio. Em alguns casos, as regras desse direito são reconhecidas por lei, mas vêm acompanhadas por restrições ou cláusulas de incompatibilidade que estabelecem, por exemplo, que as regras consuetudinárias são reconhecidas, desde que não haja contradição com a legislação nacional. De qualquer maneira, numa perspectiva comparada, parece haver um consenso normativo, no sentido de preservar a diversidade indígena também naquilo que se refere à existência e validade das suas culturas jurídicas. Vale lembrar que o termo “direitos indígenas” refere-se não apenas ao conjunto do jurídico feito pelos “brancos” e que historicamente tem regulamentado as relações entre os povos indígenas e o Estado, mas também a suas regras, costumes e reivindicações que ainda não foram incorporadas em um quadro jurídico estabelecido, “levando em conta a afirmação de muitos indígenas sobre o fato de que seus direitos não derivam apenas do Estado” (ZEMA, 2014, p. 4).

Nos debates sobre o “Novo Constitucionalismo” Latinoamericano, o tema do reconhecimento da jurisdição indígena foi central. Desde então, muitas pesquisas foram realizadas sobre a questão do pluralismo jurídico e das jurisdições indígenas. Mesmo assim, é possível constatar que os sistemas jurídicos desses povos permanecem desconhecidos e invisibilizados aos olhos da grande maioria. Existem ainda muitas dúvidas sobre as especificidades das jurisdições indígenas e isso acaba por dificultar sua compreensão e uma abertura para o diálogo com as culturas jurídicas ocidentais. No Brasil, são raros os estudos sobre essa temática o que reforça ainda mais uma série de preconceitos e leituras discriminatórias por parte dos juízes, advogados e sociedade em geral.

Esse artigo pretende examinar em que medida o quadro constitucional brasileiro determina a recepção da jurisdição indígena, quais os desafios que esse reconhecimento coloca para o direito nacional e, finalmente, até que ponto as mudanças recentes no direito constitucional brasileiro são capazes de amparar uma pluralidade jurídica mais igualitária que atenua a lógica hegemônica e hierárquica do direito oficial. Para a análise da proteção constitucional da jurisdição indígena e de seus desafios, recorreremos aos pressupostos teóricos da Interculturalidade Crítica como pensados por Catherine Walsh e às reflexões sobre o pluralismo jurídico de Raquel Yrigoyen Fajardo e de Boaventura de Sousa Santos.

## 1. Interculturalidade Crítica e Pluralismo Jurídico

O modelo teórico da Interculturalidade Crítica desenvolvido por Catherine Walsh e as reflexões de Raquel Yrigoyen Fajardo e de Boaventura de Sousa Santos sobre o Pluralismo Jurídico nas novas constituições da América Latina oferecem parâmetros necessários para a compreensão e avaliação dos avanços e limites da proteção constitucional da jurisdição indígena no Brasil. Catherine Walsh, professora no *Centro de Estudios Latinoamericanos* na Universidade Andina Simon Bolívar de Quito, mantém um diálogo de longa data com o movimento indígena do Equador e participou da redação da Constituição do Equador em 2007.

Desde os anos 1990, na América Latina, uma nova atenção é dada à diversidade étnico-cultural com o reconhecimento de direitos e diante da necessidade cada vez mais preeminente de lutar contra a discriminação, o racismo e a exclusão e promover relações positivas entre os diferentes grupos culturais e formar cidadãos conscientes das diferenças e capazes de trabalhar em conjunto na construção de uma sociedade justa, equitativa, igualitária e plural. A interculturalidade surge desse esforço, segundo Walsh (2016).

A compreensão do termo “interculturalidade” continua ampla e difusa sobretudo porque se tornou uma palavra em voga, usada em uma variedade de contextos para atender a interesses sociopolíticos diversos, às vezes, até opostos. O uso e o sentido contemporâneo e conjectural da interculturalidade pode ser explicado a partir de três perspectivas: a relacional, a funcional e a crítica (WALSH, 2016). A primeira perspectiva, a relacional, remete à ideia mais básica e geral de contato e troca entre culturas. Essa perspectiva, no entanto, tende a obscurecer e minimizar a conflitualidade e as relações de poder, dominação e a colonialidade em curso. A segunda perspectiva da interculturalidade é a funcional. De acordo com essa perspectiva, a interculturalidade está enraizada no reconhecimento da diversidade e da diferença cultural com objetivos para sua inclusão na estrutura social estabelecida. Essa perspectiva “não toca as causas da assimetria e da desigualdade social e da cultura, nem questiona as regras do jogo e, portanto, é perfeitamente compatível com a lógica do modelo neoliberal existente” (WALSH, 2016, s./p.).

A terceira perspectiva – a que seguimos neste artigo – é a da Interculturalidade Crítica. O que interessa nessa perspectiva não é o problema da diversidade ou da diferença em si, mas o problema da estrutura colonial-racial. Ou seja, o

reconhecimento de que a diferença é construída em uma estrutura colonial e matriz de poder racializado e hierárquico, onde os brancos estão acima e os povos indígenas e afrodescendentes são inferiorizados. Nessa perspectiva, a interculturalidade é entendida como uma ferramenta e como um projeto político que é construído a partir das pessoas marginalizadas. “Aponta e requer a transformação de estruturas, instituições e relações sociais, e a construção de condições de ser, pensar, conhecer, aprender, sentir e viver diferente” (WALSH, 2016, s/p.).

Para Walsh (2009), o paradigma da interculturalidade deve ser entendido a partir da práxis política dos grupos sociais que buscam superar a estrutura de dominação imposta aos povos indígenas desde a colonização. Está relacionado, portanto, à capacidade de construção dos novos sentidos, olhares e práticas diante do “outro”, do diferente. Nesse sentido, os conteúdos da diversidade cultural remetem ao reconhecimento, estímulo e valorização das formas próprias de organização social, cultural, econômica e política que os povos indígenas e as populações tradicionais produzem nos seus modos de vida, e como o Estado organiza os espaços, mecanismos e formas de interação social que, no espaço público, legitima as novas formas de tratamento diferenciado do “outro”.

O paradigma da interculturalidade surge do acúmulo teórico-prático dos Estudos Culturais, surgido nos fins do século XX, princípios do século XXI, com a preocupação inicial de descrever, analisar e criticar a cultura popular, através de duas categorias-chave: classe e nação. No entanto, assumindo o compromisso político com a afirmação da diferença, no contexto das lutas pós-coloniais, especialmente a partir dos debates trazidos por Stuart Hall, Paul Gilroy, entre outros, expande seu objeto de análise para as questões da identidade, da diferença racial, do nacionalismo e da sexualidade. Desvinculando-se diretamente da perspectiva de classe social, porém buscando a compreensão da manifestação das estruturas de poder, no processo de construção da hegemonia, através da manifestação da cultura: sedução e cumplicidade, ao contrário da repressão; poder libidinoso, ao contrário do poder disciplinar (CASTRO-GOMEZ, 2005).

A perspectiva crítica que deu sustentação aos Estudos Culturais, se definiu em oposição “totalizadora” às diferentes disciplinas da teoria tradicional (trazidas pelo projeto de modernização), passando a valorizar categorias como tempo, espaço, interdisciplinaridade e complexidade, especialmente considerando a especificidade dos países da Ásia e América Latina. O debate intercultural permitiu um exercício de diluição de fronteiras, demonstrando como a integração ou

assimilação em uma cultura pode – ou não – promover uma ruptura com sua cultura “original”. A questão da desterritorialização, como a perda da relação “natural” da cultura com os locais geográficos, seguida pela reterritorialização, gera parciais, velhas e novas produções simbólicas. Portanto, o movimento da des-re-territorialização coloca o conflito numa visão mais multifocal e tolerante voltada para a autonomia cultural (HAESBAERT, 2001).

Das hibridizações jurídicas surge o conceito de interlegalidade, isto é, o cruzamento de diferentes direitos na resolução dos problemas:

Consoante as situações e os contextos, os cidadãos e os grupos sociais organizam as suas experiências segundo o direito oficial estatal, o direito consuetudinário, o direito comunitário, local, ou o direito global, e, na maioria dos casos, segundo complexas combinações entre estas ordens jurídicas (SOUSA SANTOS, 2003, p. 49-50).

A interlegalidade refere-se à desconstrução do sistema jurídico centrado no indivíduo de matriz colonial e busca acabar com a hierarquia dos sistemas normativos, reconhecendo que cada um possui um sentido e uma prática própria, embora haja articulação e complementariedade entre eles. Portanto, instituí uma nova dinâmica, diluindo fronteiras entre o que seja direito individual e coletivo, pois considera a normatividade histórica, a autonomia e diversidade das formas de vida e pluraliza o sistema nacional.

A Interculturalidade Crítica e o conceito de interlegalidade como parâmetros teóricos para pensar os desafios da proteção constitucional da jurisdição indígena no Brasil serão tomados aqui como um projeto político, social, ético e epistêmico de caráter e orientação descolonizador que implica a transformação e a construção de condições de ser, pensar, sentir, conhecer e viver distintas. Seguindo essa proposta teórica, não se trata apenas de “afirmar a necessidade de uma mudança das relações, mas também das estruturas, condições e dispositivos de poder que mantêm a desigualdade, inferiorização, racialização, discriminação, incluindo as estruturas jurídicas” (WALSH, 2010, p. 6).

O pluralismo jurídico aponta para a necessidade de mudanças nas estruturas jurídicas do Estado. Não se trata de um fenômeno novo, mas de uma realidade histórica bastante estudada e conhecida dos medievalistas. A novidade está em seu reconhecimento por parte das entidades internacionais e dos Estados com relação à aceitação da coexistência das práticas e sistemas ancestrais para

o exercício da justiça nas sociedades indígenas e de raiz africana (WALSH, 2010). O pluralismo jurídico sinaliza para a necessidade de uma ação transversal, coordenada e intencional pelo Estado, no sentido de reconhecer, valorizar e adotar medidas de fortalecimento da autodeterminação dos povos, também na busca pela resolução de seus conflitos.

O conceito de pluralismo jurídico que defendemos refere-se a um conjunto de políticas de reconhecimento da diversidade, e difere da pluralidade, na medida em que esta remete a uma realidade de coexistência de diversos sistemas normativos dentro de um mesmo espaço geopolítico. O reconhecimento do pluralismo jurídico deve fundamentar e legitimar o desenvolvimento de políticas públicas de manutenção e fortalecimento de sua fonte geradora: a diversidade cultural. E não pode significar supressão de garantias e direitos.

Inicialmente, Sousa Santos (1998), identifica três manifestações de pluralismo jurídico no processo histórico brasileiro: 1) no ângulo colonial, quando aplicado o direito oficial português na colônia; 2) o direito dos povos indígenas; 3) em decorrência da exclusão social. No entanto, para o autor, com o avanço da globalização, a consolidação das instâncias e mecanismos de negociação supranacionais, há uma pluralidade de diversos sistemas normativos, no mesmo espaço e tempo, que dá origem a um conjunto de influências mútuas que se estabelecem como estratégia de sobrevivência de cada uma das esferas das constelações jurídicas, dando origem ao conceito de *hibridações jurídicas* (SOUSA SANTOS, 2003).

No contexto do pós-colonialismo, a vigência do pluralismo jurídico é uma condição em que se encontram as sociedades contemporâneas. Importa compreendê-lo de forma dinâmica, de acordo com a pluralidade da organização social (que dá origem a pluralidade normativa), aplicando o conceito a partir da abordagem dialética na análise das relações entre os campos sociais e suas forças normativas. Cada povo indígena possui um sistema normativo próprio, que rege a organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, ocupação territorial, relações de família/sucessão e relações interétnicas, e a aceitação desta diversidade é fonte de fortalecimento do próprio Estado. Para Villares (2009), o sistema jurídico de um povo indígena constitui elemento básico da identidade étnica de um povo.

O direito brasileiro admite a existência e executividade dos sistemas jurídicos indígenas, num reconhecimento de seu alcance limitado, da sua não-completude e da complexidade das relações sociais num país pluri-

étnico. As normas gerais que regulam a sociedade brasileira são inadaptadas para muitas das situações vividas pelas comunidades indígenas e deixam de ser aplicadas em favor das normas feitas pelos próprios índios. A aceitabilidade de outras normas é medida necessária para a manutenção do próprio direito (VILLARES, 2009, p. 23).

Para Raquel Yrigoyen Fajardo (2004), o reconhecimento do pluralismo jurídico está relacionado à criação de medidas de garantia de produção e reprodução dos sistemas normativos/ direitos consuetudinários, e as funções de jurisdição especial:

La jurisdicción especial comprende todas las potestades que tiene cualquier jurisdicción: *notio, iudicium, imperium o coercio*. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo fundaciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*iudicium*); y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos, tales como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*imperium o coercio*) (YRIGOYEN FAJARDO, 2004, p. 176).

Para o exercício desta autoridade, em diálogo com a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e com as Constituições da Colômbia, Peru, Bolívia e Equador, Raquel estabelece três níveis de competência: “territorial, material e personal” (YRIGOYEN FAJARDO, 2004, p. 179-187).

Conforme veremos abaixo, ainda que a Constituição Federal de 1988 do Brasil esteja situada por Raquel Yrigoyen Fajardo (2010b) no primeiro ciclo das reformas constitucionais pluralistas, entendemos que, por ser instrumento formal de materialização de direitos, seu marco normativo dialoga com os conteúdos expressos nos debates internacionais atuais, e por isto possuem plena efetividade no sistema jurídico nacional, devendo ser interpretados enquanto conceitos dinâmicos que reconhecem o valor da diversidade cultural e da busca pela emancipação social. Especialmente porque influenciado pelos debates do Grupo de Trabalho da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre povos indígenas, em funcionamento desde 1982, que culminaram na revisão da Convenção n.º 107 da OIT pela Convenção n.º 169 da OIT.

## 2. A Constituição Federal de 1988 frente ao constitucionalismo latinoamericano

A Constituição Federal de 1988 é comemorada por instituir uma nova relação entre Estado e povos indígenas, uma vez que reconhece aos índios o direito de ser índio, e manter-se como índio, rompendo com toda a legislação indigenista anterior de caráter eminentemente integracionista, e atribuindo à União o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas.

Assim, o artigo 231 ao reconhecer 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, inaugura, no constitucionalismo brasileiro, sua concepção pluralista e comunitarista, pautada no reconhecimento da diversidade cultural e social como fonte de fortalecimento do Estado e da democracia. Desta forma, na busca pela garantia dos direitos étnicos e efetivação das políticas interculturais, diante do histórico conflito com o Estado, os povos indígenas acabam por recolocar em debate questões estruturantes, como democracia, governo e direito (SOUSA SANTOS, 2010).

Neste contexto, as reformas constitucionais do Brasil (1988), Colômbia (1991), Peru (1993), Equador (1998 e 2008), Venezuela (1999) e Bolívia (2009) são festejadas por colocar ao Estado a necessidade de criar conceitos e instituições capazes de materializar políticas públicas de garantia da diversidade cultural, especialmente para os povos indígenas. No campo do acesso à justiça, inovam com questões relacionadas a administração da justiça, como autogoverno e jurisdição própria, onde as autoridades indígenas passam a ter seus direitos expressamente reconhecidos. Conforme podemos observar na tabela abaixo:

Tabela 1. Constituições da Latinoamérica

Constituição do Brasil	
* 1988	Artigo 231: São reconhecidos aos índios sua <b>organização social, costumes, línguas, crenças e tradições</b> , e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
Constituição da Colômbia	
* 1991	Artigo 246: Las <b>autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales</b> dentro de su ámbito territorial, <b>de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República</b> . La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.
Constituição do Peru	
* 1993	Artigo 149: Las <b>autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas</b> con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las <b>funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial</b> de conformidad con el <b>derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona</b> . La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.
Constituição do Equador	
* 1998	Artigo 191: Las <b>autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia</b> , aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, <b>siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes</b> . La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.
* 2008	Artigo 173: Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su <b>derecho propio</b> , dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación y decisión de las mujeres.  Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, <b>y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales</b> .  El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. <b>Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad</b> . La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.
Constituição da Venezuela	
* 1999	Art. 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su <b>hábitat instancias de justicia</b> con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, <b>siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público</b> . La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Constituição da Bolívia	
* 2009	<p>Art. 190: I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. <b>La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.</b></p> <p>Art. 191: I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes <b>ámbitos de vigencia personal, material y territorial</b>: Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.</p> <p>Art. 192: I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado. III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.</p>

Fonte: Erika Macedo Moreira (2014).

Desta forma, inovam ao trazer para o sistema jurídico formal, o reconhecimento de outra instância de resolução de conflitos, que se pauta na ancestralidade e na competência de suas autoridades locais, com base nos princípios, valores, práticas culturais, normas e procedimentos jurídicos próprios de seus povos.

Na medida em que trazem mecanismos, princípios e objetivos que permitem o avanço e a emancipação do povo, as novas constituições radicalizam o constitucionalismo, já que a constituição é o mandato direto do poder constituinte e, por consequência, fundamento último da razão de ser do poder constituído (VICIANO PASTOR, 2012).

Nesse sentido, para Viciano Pastor (2012), o texto constitucional da Colômbia de 1991, do Peru de 1993 e do Equador de 1998, não compõem o marco do novo constitucionalismo latino-americano já que, por terem sido dirigidas pelo regime autoritário de Fujimore, no caso do Peru, lhes falta um referendo final sobre o texto constitucional. Ao inverso, no caso brasileiro, embora

não tenhamos a incorporação expressa da jurisdição especial indígena ou do pluralismo jurídico, a participação indígena marcou o processo constituinte (LACERDA, 2008). Aliado à presença de apoiadores da causa, constituiu fator determinante para o reconhecimento dos direitos indígenas, estando às normas constitucionais de 1988 dotadas, portanto, da legitimidade do poder constituinte. Segundo Paulo Bonavides Paes de Andrade (1990, p. 491):

A Constituinte, ausente a intermediação do Estado, teve de abrir e manter diálogo direto, imediato, constante e eficaz com a própria sociedade. Logrou-se assim o acompanhamento e o debate de todas as regras temáticas por distintas correntes sociais, que faziam convergir para a Constituinte aspirações, interesses e reivindicações patrocinadas com todo o fervor e empenho. Os lobbies, que nunca existiram em outras Constituintes, se tornaram uma presença familiar e, os grupos de pressão, tanto do meio empresarial como das classes obreiras e respectivas organizações sindicais, jamais se mostraram tão ativos e assíduos no Congresso quanto neste período, trazendo a elaboração constitucional uma dimensão nova de participação cujos efeitos o analista político há de medir e aferir com o tempo e a competente reflexão. Enfim, uma Constituinte, como nunca aliás houve em nossa história constitucional de várias repúblicas e um império, em que o povo esteve realmente perto dos mandatários da soberania e sem quaisquer obstáculos lhes trouxe o subsídio de sua colaboração e o préstimo de sua vontade.

O constitucionalismo contemporâneo, ou o novo constitucionalismo que alguns autores fazem menção, ou mesmo o neoconstitucionalismo, inaugurado, especialmente, pelas constituições latinoamericanas, caracteriza-se não só pelo controle de constitucionalidade e o princípio da supremacia constitucional, mas também pelas garantias dos direitos fundamentais, em especial, das minorias étnicas, em sua dimensão real e concreta, passando pelo reconhecimento da diversidade política, cultural e social.

O constitucionalismo é um movimento social implantado e desenvolvido através da história, tendo recebido a contribuição de elementos resultantes das elaborações de teorias políticas e jurídicas, sendo hoje um instrumento fundamental para a implantação de sociedades humanistas e democráticas (DALLARI, 2010, p. 347).

Nesse contexto de mudança normativa e reestruturação das formas de acesso à justiça a grupos sociais diversos, considerando que a Constituição consagra com mesmo valor e pretensão de eficácia, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, as pesquisas jurídicas têm direcionado o olhar para a análise de decisões e o perfil de atuação dos magistrados. Para Haro (*apud* VICIANO PASTOR, 2001, p. 263), a justiça constitucional e a eficácia do texto fundamental estão nas mãos dos magistrados: “son ellos, ahora, los guardianes de la Constitución, legítimos garantes de la voluntad del pueblo y del constituyente”.

No campo da jurisdição indígena, nos países andinos, seu reconhecimento ficou atrelado aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos:

En algunos casos, tal promoción se dio mediante donaciones y, en otros, mediante préstamos a los estados, préstamos condicionados a cierta visión de las reformas de la justicia. Estas reformas permitieron una apertura ideológica, y en algunos casos financiamiento, para impulsar el reconocimiento de la justicia indígena, pero concebida fundamentalmente como una forma alternativa de resolución de conflictos locales para las comunidades indígenas pobres, y en tanto sólo resolvieran conflictos menores. **No estaba dentro de este esquema que los pueblos indígenas pudieran tener poder jurisdiccional en sus territorios para resolver, por ejemplo, conflictos con corporaciones transnacionales, o extraños. Ni tampoco cabía el reconocimiento de funciones jurisdiccionales que dieran a los colectivos un poder absoluto sobre los individuos, y que impidiera a éstos desarrollar procesos de individuación para poder moverse en el mercado, como en el caso de las mujeres.** Esta influencia se nota, por ejemplo, en la fórmula de constituciones como la Bolivia de 1994, en el marco del neoliberalismo, que reconocen la justicia indígena en tanto “mecanismos alternativos de resolución de conflictos”, o la de Ecuador, para “conflictos internos” (YRIGOYEN FALARDO, 2010a, s./p. Grifos nossos).

No Brasil, ainda não houve a adoção de medidas regulamentadoras do acesso à justiça para comunidades indígenas. Apenas um grupo de trabalho constituído no âmbito da *XIV Conferência Judicial Iberoamericana*, ocorrido em 2008, entre as 100 Regras de Brasília de acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, apontam os indígenas entre os grupos de pessoas em condições de vulnerabilidade, destacando nas regras 48 e 49 a importância de estimular as formas próprias de justiça, para resolução de conflitos internos surgidos nas comunidades indígenas, bem como a necessidade de harmonizar o sistema de admi-

nistração de justiça estatal e indígena, baseado nos princípios de respeito mútuo e de convivência com as normas internacionais de direitos humanos.

No caso da Colômbia, a Corte Constitucional, tendo em vista o reconhecimento da jurisdição indígena pela Constituição de 1991 e os conflitos com o sistema jurídico ordinário, ao longo dos anos, construiu uma significativa jurisprudência, onde a dimensão e os limites da autonomia política reconhecida às comunidades indígenas foram definidos, funcionando como instância fundamental para a resolução de conflitos derivados da pluralidade normativa reconhecida pelo Estado e para a redefinição da aplicabilidade de alguns direitos fundamentais em face da diversidade cultural do país (BOTERO, 2010). A partir deste acúmulo, hoje estabeleceu mínimos fundamentais para lidar com a garantia da diversidade cultural: “não matar, não torturar, não escravizar (diferente de castigo físico) e previsibilidade do castigo” (BOTERO, 2012, s/p).

No contexto do constitucionalismo plural, realizar a interpretação constitucional de temas relacionados aos conflitos entre indígenas, Estado e indivíduos, pressupõe a prática do diálogo intercultural. Implica reconhecer uma pluralidade de direitos vivos, em culturas locais e em coexistência com o direito oficial no interior de um dado território. Não se trata de uma nova versão do relativismo cultural, nem como um anti-ocidentalismo. A questão está em enriquecer a perspectiva do universalismo a partir das dinâmicas culturais diferentes. Segundo Tubino, “a interpretação no contexto intercultural é um processo muito complexo porque interpretar não é decifrar significados objetivos, mas ressignificar-los a partir dos nossos”. Nesse processo e por ação do diálogo, nossa pré-compreensão “também muda e com ela nossas possibilidades de descobrir, outorgar e construir novos sentidos” (2009, p. 162).

Nesta perspectiva, para o autor, o diálogo intercultural pressupõe, além da racionalidade, uma sensibilidade e uma afetividade para garantir a “vivência” com/ do outro:

Para que se produzca es importante crear espacios propicios para la convivencia intercultural, espacios que promuevan el encuentro de sensibilidades y el diálogo de racionalidades. Estos espacios habitualmente no existen, nos movemos por el contrario en espacios culturalmente asimétricos donde la posibilidad de una buena comunicación intercultural está usualmente bloqueada [...] Pero la creación de espacios propicios de convivencia intercultural es tarea larga e compleja, porque involucra la

desconstrucción progresiva de las estructuras simbólicas, vale decir, de los prejuicios y estereotipos que se hallan instalados en el superyó cultural que introyectan los individuos en sus procesos primarios de socialización. Involucra el desmontaje de las categorías mentales que están en la base de la violencia simbólica y la estigmatización social. Desconstruir las estructuras simbólicas de la discriminación para generar espacios de convivencia: esta es la tarea a la que nos coloca la praxis de la interculturalidad como proyecto ético-político y este es el sentido – por ahora – de la educación bilingüe intercultural en contextos asimétricos (TUBINO, 2009, p. 165).

Pensar uma nova forma de interpretação constitucional dos direitos indígenas é levar em conta a estrutura assimétrica de poder, entre as distintas culturas, e o impacto dos fatores econômicos, sociais, políticos e militares produzidos na relação desigual entre os povos indígenas, o Estado e proprietários privados. É necessária uma estrutura de justiça que permita a superação desta assimetria como condição para a realização do exercício hermenêutico que se desenvolve a partir da linguagem na busca pelo entendimento e efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Cidadã.

### **3. Desafios frente a mudança de paradigma da Constituição Federal de 1988**

Como dissemos acima, a Constituição Federal de 1988, inaugurou no Brasil, o constitucionalismo de perspectiva pluralista e comunitarista, ao assegurar medidas protetivas dos direitos individuais e também das coletividades, com a recepção de valores culturais diversos e dinâmicos presentes na sociedade, que exigem uma nova forma de interpretar a Constituição. Para Gisele Cittadino:

A ideia de pluralismo não se restringe à diversidade das concepções individuais sobre a vida digna que caracteriza a sociedade moderna. O pluralismo possui outra dimensão, que está associada não à diversidade das concepções individuais sobre o bem, mas à existência de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico (CITTADINO, 2013, p. 85).

Para exemplificar a mudança de paradigma que a Constituição Federal de 1988 inaugurou no constitucionalismo brasileiro, vejamos o quadro comparativo das constituições anteriores abaixo:

**Tabela 2. Paradigma Indígena no Constitucionalismo Brasileiro**

Períodos	Características
Colonial: Período da Tutela-Incapacidade (séculos XV à XVIII)	<p>a) Paradigma da inferioridade dos povos indígenas, direito consuetudinário enquanto sistema jurídico inferior/ primitivo (vigência do Pluralismo Subordinado: governos indiretos, “usos e costumes” desde que não violassem as leis divinas e naturais);</p> <p>b) Povos submetidos ao controle da metrópole: legislação aplicada na colônia, com base nas influências do direito canônico, romano e germânico, constitui o monismo jurídico, formalista e dogmático. Regime jurídico pautado pela Carta Manuelina.</p>
Constitucionalismo Liberal: Guerras de Independência e Formação do Estado-Nação (Século XIX)	<p>a) Modelo liberal-assimilacionista: conversão dos índios em cidadãos, controle dos índios selvagens e das terras coletivas;</p> <p>b) Primeira Constituição no Brasil – Lei Fundamental de 1824: regime monárquico, imperial e monista. Dualidade de modelo constitucional (liberalismo e absolutismo) e instabilidade política, tendo em vista a manutenção do Poder Moderador;</p> <p>c) Constituição da República de 1891: consolidação do modelo positivista e liberal. Separação de Poderes e compromissos absolutos com a Ordem e o Progresso, após a instalação das crises – do trabalho escravo/ cativo da terra e população rural, militar/ pós Guerra do Paraguai e Religiosa/ força social do catolicismo associado a monarquia;</p> <p>d) Ambas as Constituições, de caráter individual-conservador, não expressaram diálogo com a vontade e participação popular. Manutenção do controle político-econômico das oligarquias agroexportadoras – política do café com leite/ sucessão alternada da Presidência da República.</p>

<p>Constitucionalismo Social: Século XX</p>	<p>a) Revolução de 30 e ruptura com o individualismo monista: reconhecimento da pluralidade de sujeitos, a partir da Constituição de 1934, com criação do instrumento processual contra atos ilegais ou inconstitucionais, Mandado de Segurança; incorporação dos direitos sociais e econômicos, de representação política e classista de grupos sociais e órgãos de cooperação. O direito de propriedade privada deixa de ser absoluto, não pode ser exercido contra o interesse social ou coletivo; sujeição à desapropriação, etc.</p> <p>b) As demais constituições brasileiras do período (1937, 1946, 1967 e 1969) são de caráter autoritário e representam um recuo no reconhecimento da diversidade. Apesar do caráter retórico, que oficializou uma legalidade individualista, formalista e monista, houve o reconhecimento dos sujeitos e direitos coletivos;</p> <p>c) Em especial as Constituições Antidemocráticas de 1967 e 1969, reproduziram interesses da aliança entre burguesia agrária/ industrial com a tecnoburocracia civil e militar;</p> <p>d) Com a redemocratização brasileira, a CF/88 reconhece o pluralismo político (art.1º, V) e os “novos” direitos, resultantes das demandas coletivas de grupos sociais específicos.</p>
<p>Constitucionalismo Pluralista: Séculos XX/ XXI</p>	<p>a) Dividido em três grandes ciclos: 1) Ciclo multicultural (1982-88): reconhecimento da diversidade cultural e dos modos de vida próprios dos grupos sociais; 2) Ciclo pluricultural (1989-2005): reconhecimento expresso do Estado pluricultural e do pluralismo jurídico; 3) Ciclo plurinacional (2006-2009): Estado plurinacional.</p> <p>b) Transfiguração: da tutela-incapacidade para a tutela-proteção.</p>

Fonte: Erika Macedo Moreira (2014).

Portanto, o conjunto dos dispositivos constitucionais que a Constituição Federal de 1988 inaugura está relacionado a uma nova dimensão do Estado e do direito, onde a garantia constitucional de reconhecimento da existência de povos indígenas com organização social própria faz com que a legitimidade das ações estatais passe pela aceitação e criação de mecanismos de reconhecimento e fortalecimento da diversidade cultural, expressos nos modos de vida, cultura, costumes e sistemas normativos plurais. Em contraposição à noção de sujeito individual de direitos, temos o reconhecimento dos direitos coletivos, em oposição à ideia da propriedade individual da terra, temos o usufruto do território, contra o monismo estatal, o reconhecimento dos usos, costumes e tradições (o que abre caminho para pensarmos no pluralismo jurídico e na jurisdição indígena).

Estes desafios podem ser classificados em três dimensões da mudança de paradigma: da tutela-proteção; da diversidade de modos de vida; da identidade e autodeterminação.

O primeiro desafio imposto pela Constituição Federal de 1988 foi no sentido de superar, ao menos do ponto de vista normativo, séculos de política integracionista; e, instituir, em oposição, o paradigma da diferença e da interação. Até 1988, a incorporação dos “silvícolas” havia sido o objetivo mais importante da política indígena, sendo tema das Constituições, desde 1934 e do Estatuto do Índio de 1973. Atrelado ao paradigma da incapacidade, a política integracionista considerava que as comunidades indígenas se encontravam em nível inicial do processo de evolução, e por isso era necessário a incorporação daquela cultura, na sociedade nacional, mais evoluída, progressista e moderna.

Com a Constituição Federal de 1988, o sentido da tutela transfigura-se da tutela-incapacidade para a tutela-proteção, uma vez que a diversidade das manifestações sociais e culturais passa a ser visto como fonte de riqueza cultural. Nesse sentido, vale destacar a importância das pesquisas empíricas da Antropologia que derrubaram o paradigma da inferioridade e comprovaram que os “chamados povos primitivos dispunham de culturas completas e funcionais que em nada ficam atrás das chamadas ‘culturas dos civilizados’, no que diz respeito ao desenvolvimento e perspicácia de seu pensamento” (KAYSER, 2010, p. 210).

O paradigma da tutela-proteção está relacionado, portanto, a uma visão do direito que reconhece e valoriza a diversidade social, cultural e jurídica. O que pressupõe superar a redução do direito à lei, e mais ainda, à lei de matriz ocidental, rompendo assim com o pensamento jurídico tradicional que optou por consolidar um conceito de pluralismo jurídico associado ao paradigma da inferioridade, reduzindo o direito consuetudinário (ou direito “primitivo”) dos povos autóctones, ao direito imperial/colonial. Aqueles, sempre colocados num plano de submissão e inferioridade, em relação ao último.

Tal mudança (ao menos do ponto de vista formal), na forma de se relacionar com os indígenas implica o desenvolvimento de ações e políticas públicas que almejem superar o racismo institucional expresso até mesmo nos órgãos responsáveis pela proteção dos povos indígenas e o modelo autoritário de desenvolvimento que desconsidera as opções dos povos em relação a seus modos de vida.

O segundo desafio da mudança de paradigma da Constituição Federal de 1988 está relacionado à importância e ao reconhecimento dos usos, costumes e tradições, enquanto instrumentos de tradução de “outras” lógicas sociais, espaciais e territoriais dos povos, a partir de “outro” conjunto de significados e regras sociojurídicas, traduzidos pelo sistema jurídico tradicional enquanto direitos consuetudinários. Assim, pressupõe a superação tradicional do conceito de pluralismo jurídico no âmbito da sistemática constitucional, para reconhecimento do pluralismo como fonte de desenvolvimento de políticas coordenadas de coexistência de sistemas jurídicos no mesmo espaço e tempo, fortalecendo o Estado com o reconhecimento dessa diversidade viva de formas de resolver conflitos.

Wolkmer (1998), ao promover uma digressão histórica da América Luso-Hispânica, chama atenção para a pluralidade de institutos legais que predominou durante os séculos XV e XVIII. No caso da legislação jurídica lusitana, percebemos, desde os primórdios, que sua legislação se constitui basicamente em função da legislação aplicada a colônia, impregnada de influências do direito romano, canônico e germânico, o que, por si só, já reflete uma pluralidade de concepções.

Apesar da vigência do pluralismo jurídico e do reconhecimento dos sistemas jurídicos produzidos pelos povos indígenas enquanto estratégia de gestão jurídico-política, a utilização dos princípios e diretrizes do direito “alienígena”, permitiu a constituição de um ordenamento jurídico formalista e dogmático, pautado pelo idealismo jusnaturalista e, posteriormente, na exegese positivista, privilegiando a vigência do monismo jurídico e a negação das formas próprias de resolução de conflitos de segmentos da população, como índios e negros. Modelo que irá se consolidar com o advento da República e o positivismo jurídico, depois de quatro séculos de uma formação social.

Nesse sentido, é possível perceber uma continuidade da tradição colonial, elitista e segregadora, mesmo depois da independência, passando pela experiência monárquica e hereditária do Império, chegando a República. O que evidencia a ausência, no processo histórico brasileiro, de grandes transformações, seja na estrutura econômica, mercantilista e escravocrata, seja na política administrativa, semifeudal, patrimonialista e elitista (WOLKMER, 1994).

A partir da República, o direito estatal, cada vez mais atrelado aos interesses da burguesia liberal e dos proprietários de terra, foi constituindo um modelo institucional de legalidade, de matriz individual e patrimonialista, distante das

práticas informais de resolução de conflitos. Nesse sentido, o reconhecimento dos “direitos consuetudinários”, enquanto expressão da organização social dos povos originários, passou a ser incompatível com a teoria e prática jurídica desenvolvida. E quando reconhecido, sempre num plano de submissão e inferioridade.

A partir da era moderna, e uma pretensa “dessacralização do direito”, o direito válido é reconhecido como fruto de uma ordenação racional, que encontra na dogmática e no positivismo sua fundamentação e legitimidade. Assim, as práticas costumeiras que estariam na base da formação do direito, das regras escritas, juntamente com toda a transformação da ciência nos marcos da modernidade, passam a ser vistas como regra primitiva. Desta forma, deu-se a separação entre o direito material, vivo, presente e compartilhado no dia a dia dos grupos populares e o direito formal, atrelado ao Estado e a burocracia.

As transformações sociais e econômicas iniciadas no século XIX impulsionaram o processo de racionalização da ciência, em que o positivismo, o formalismo e o normativismo impuseram um padrão na construção do direito, reduzido à lei, a fim de garantir “segurança jurídica” e o poder soberano do Estado em produzi-la. Nesse, o formalismo enquanto procedimento que valoriza as regras pré-determinadas, tornou-se o principal meio para a interpretação do direito, mesmo que implicasse, a negação do elemento material, quer como conteúdo ou finalidade, enquanto o costume transformou-se em fonte secundária do direito.

Baseado no uso contínuo ao longo do tempo e na convicção de obrigatoriedade, de determinada conduta, o costume, enquanto regra estrutural, constitui o próprio direito, já que representa modos de pensar e agir e que dá sentido e manutenção ao modo de viver de um grupo social e, portanto, ao próprio direito.

Para Ferraz Jr. (2003, p. 242), o costume, do ponto de vista sociológico, representa uma *norma-origem*, pois sua validade está relacionada ao processo difuso de institucionalização que pressupõe uma aceitação tácita e rotineira:

o costume possui em sua estrutura, um elemento substancial – o uso reiterado ao longo do tempo – e um elemento relacional – o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimentos, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores.

Assim, no âmbito da sistemática jurídica, parte da doutrina brasileira reconhece o costume enquanto fonte de direito. Mesmo que sua incorporação se dê através da negação, como um sistema jurídico diferente, estranho e inferior ao sistema jurídico nacional, em que o direito acaba reduzido a uma concepção legalista.

De acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil): “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942). Nesse sentido, a “doutrina” distingue três modalidades do costume, enquanto fonte do direito: *Secundum Legem, Praeter Legem, Contra Legem* (NADER, 2004).

Para Xavier Albó (2000), a partir de estudos realizados com povos indígenas andinos, os direitos consuetudinários possuem algumas características comuns: 1) acumulam uma larga tradição de práticas vivenciadas num determinado contexto cultural; 2) se baseiam numa visão global, não secundarizada; 3) são administrados por autoridades reconhecidas e controlados pela comunidade e sua assembleia; 4) funcionam em níveis mais locais e diretos; 5) são fundamentalmente orais e muito flexíveis no tempo e no espaço; 6) não são automaticamente equitativos; 7) estão permanentemente abertos a influências alheias; 8) seu acesso e reconhecimento são rápidos e de baixo custo; 9) quando há conflito interno, as regras acordadas dão prioridade a manutenção da paz comunitária, mais do que o castigo enquanto tal; 10) não havendo reconciliação, ou sendo delinquentes externos, se prioriza a intimidação.

Assim, o pressuposto do trabalho é que as práticas costumeiras desenvolvidas pelos povos indígenas, interpretadas a partir dos novos marcos constitucionais, trazem ao universo jurídico uma outra concepção sobre a vigência, validade e efetividade do pluralismo jurídico.

O terceiro desafio da Constituição Federal de 1988 está relacionado à identidade e à autodeterminação, um direito coletivo expresso nos modos próprios de vida e opções de modelo de desenvolvimento dos povos indígenas. Assim, abarcam dupla dimensão: tanta na perspectiva do direito difuso de todos à existência e manutenção da cultura dos diversos povos, com respeito e integridade; como também das pessoas de cada povo se reconhecer enquanto pertencentes daquele povo e não de outro. Relacionam-se, portanto, a autodeterminação e ao pertencimento, vinculados aos modos de vida, cultura, língua e garantia de

manejo dos seus territórios, a partir de seus usos, costumes e tradições. Desta forma, os conteúdos da diversidade cultural estão relacionados ao tratamento político-jurídico dos “novos direitos”, materializados num conjunto normativo, que nos remetem a identidade étnica e a autodeterminação.

Sentir-se parte do grupo, se identificar com a comunidade na qual se vive é uma expressão do que conhecemos por identidade. O processo de construção desse sentimento de pertencimento leva em consideração um rol de fatores como os costumes e tradições desses grupos. A preservação desse sentimento de pertença que um indivíduo tem com um grupo é uma das garantias do direito à identidade étnica, que permite que o indivíduo que se sinta pertencente a um grupo social possa se afirmar como tal, preservando a sua cultura, seus valores, sua visão de mundo e coesão social. É considerado um direito fundamental, já que é uma garantia que, mesmo não estando expressamente na Constituição Federal, depreende dos princípios por ela adotados, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade de consciência e de crença.

Mesmo não estando expreso no texto constitucional – direito à autodeterminação – podemos perceber referências à proteção desse direito em diversos dispositivos. Já no preâmbulo, o constituinte estabelece que uma das finalidades da República Federativa do Brasil é a criação de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988). Embora haja outras referências à garantia do direito à identidade, como nos artigos 215 e 216 do diploma constitucional, que versa da ordem social, mais especificamente sobre a cultura, a liberdade de crença e de religião, etc. “Os direitos culturais não são apenas os ligados ao respeito ao exercício de suas tradições, festas, alimentação, mais do que isso é o Direito a que as informações sobre o povo não sejam recobertas por um manto de preconceito, desprezo e mentiras” (SOUZA FILHO, 2012, p. 158).

Portanto, para Constituição Federal de 1988, os povos indígenas deixam de ser considerados culturas em extinção, fadadas à “incorporação à comunhão nacional” e passam a ter a diversidade cultural reconhecida e protegida pelo Estado, que determinou ao próprio Estado o dever de garantir sua reprodução e aos índios o direito à sua organização social, usos, costumes e tradições – e, portanto, as formas próprias de construção e efetivação dos seus sistemas jurídicos.

A autodeterminação representa um regime jurídico de independência política, que passa pelo exercício da autonomia. Esse direito se refere ao processo

de a própria comunidade/grupo ter consciência de que é pertencente a uma minoria étnica, quer seja indígena, remanescentes de quilombo, camponesa, etc., a partir da própria dinâmica, levando em consideração suas formas de organização, ancestralidade, língua, religião, usos do território, terra, etc. Nesse sentido, o direito à autodefinição consagra o olhar dos sujeitos como essencial, garantindo a coesão social do grupo e a reprodução dos modos de vida, o que implica reconhecer e garantir o direito dos povos de escolher, soberanamente, suas formas de organização social e modelo de desenvolvimento.

A nuestro juicio, usando precisamente su derecho a la autodeterminación, los pueblos pueden decidirse libremente por una gran variedad de caminos, que van desde la constitución de un Estado nacional propio, hasta la conformación de entes autónomos en el marco de un Estado determinado (POLANCO, 2006, p.159).

Entre os direitos coletivos, o direito ao território é o fundamento para garantir a reprodução de seus modos de vida. E estão relacionados ao processo demarcatório das terras, já que a Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos originários dos índios sobre seus territórios, a partir de quatro elementos fundamentais: terras habitadas; utilizadas; imprescindíveis à preservação da natureza; e, necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo. O reconhecimento dos direitos originários impôs limites ao poder discricionário do Estado, que passa a ter de respeitar usos, costumes e tradições e fica impedido de “liberar’ terras para exploração ou uso público, como estradas ou projetos desenvolvimentistas” (SOUZA FILHO, 2002, p. 54).

Interessante observar que toda esta normatividade é reflexo, no todo ou em parte, das conquistas legais, com suas contradições, produzidas no âmbito internacional. Diante dos conflitos entre grupos sociais minoritários e Estado, uma série de normatividades, que reconhecem o conteúdo da diversidade e da cultura, foi sendo produzida, delineando os paradigmas da interculturalidade e da descolonialidade. Entre elas, destaca-se a Convenção n.º 169 da OIT, aprovada em 1989, sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, e, que foi ratificada pelo governo brasileiro através do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004. A Convenção n.º 169 mantém relação com os debates produzidos na ONU, pelo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da Subcomissão sobre Minorias e Discriminação da Comissão de Direitos Humanos da ONU, instituído em 1982 e

que vinha criticando a ausência de instrumentos internacionais garantidores dos direitos dos povos indígenas. Surge das críticas à Convenção n.º 107 e sua perspectiva eurocêntrica, como se os índios fossem integrar-se à comunhão nacional e deixar de reivindicar um lugar diferenciado enquanto grupo sociocultural. Por isso, a Convenção n.º 169 inovou e constitui uma mudança de paradigma ao valorizar a manutenção e o desenvolvimento dos povos indígenas como coletividades distintas (BARBOSA, 2001), que possuem instituições, formas de vida, modelo de desenvolvimento econômico, social e cultural, na busca pela manutenção e fortalecimento de sua identidade, línguas e religiões.

Em 2007, após 22 anos de discussão, debates ideológicos, negociações diplomáticas e geopolíticas, durante a 107ª Assembleia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (STAVENHAGEN, 2010). Entre outros aspectos aborda a reafirmação da democracia dos direitos legais; a preocupação com as injustiças históricas; o reconhecimento de promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas; a consolidação da organização política, social, econômica e cultural; o direito aos territórios e suas terras tradicionais; o reconhecimento às culturas e às práticas tradicionais indígenas; o direito à educação escolar específica e intercultural; o respeito aos direitos humanos e à autodeterminação. O direito à autodeterminação implica a livre determinação de sua condição política. O direito de determinar e elaborar suas prioridades e estratégias para o exercício do seu direito ao desenvolvimento econômico, social e cultural, especialmente em relação a suas terras, territórios e recursos. Além do direito que os povos e as pessoas têm de pertencerem a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade ou nação em questão, não sendo permitida qualquer discriminação resultante do exercício desse direito. Representa um plano de ação para as políticas de fortalecimento da diversidade cultural dos Estados, governos, sociedade civil e povos indígenas que possuem o compromisso de garantir respeitar e proteger os direitos indígenas.

El más fuerte argumento a favor de la declaración es que fue adoptada por una aplastante mayoría de 143 estados, de todas las regiones del mundo, y que, como instrumento universal de derechos humanos, obliga moral y políticamente a todos los estados miembros de la ONU a la plena aplicación de su contenido (STAVENHAGEN, 2010, p. 378).

Embora o autor reconheça que a Declaração serve como estímulo a uma nova cultura política democrática e participativa, ele ressalta que sua efetivação está relacionada aos processos políticos, nacionais e locais de cada país. Depois de discorrer sobre vários exemplos em que a Declaração foi utilizada para dirimir conflitos, no caso do Brasil, afirma que “un prominente e poderoso miembro del congreso brasileño propuso el Gobierno retirarse su firma de la Declaración porque era contrario al interés nacional de Brasil el haber votado a favor de su adopción en la Asamblea General” (STAVENHAGEN, 2010, p. 380).

## **Considerações finais**

O desenvolvimento recente da doutrina sobre os direitos dos povos indígenas e seu reconhecimento constitucional coloca para o Estado brasileiro o desafio de rever sua postura hegemônica e hierárquica tradicional com relação à jurisdição indígena. A negação da cultura jurídica indígena por parte do Estado tem acarretado, ao longo da história, uma série de injustiças coletivas e individuais. Não reconhecer o direito dos povos indígenas de gerir sua sociedade a partir dos princípios ancorados em sua cultura e cosmovisão é impedir que as pessoas vivam plenamente sua cultura. De acordo com Boaventura de Sousa Santos, a luta dos povos indígenas pela preservação de suas culturas jurídicas está ligada a uma luta mais ampla contra as sucessivas tentativas de assimilação e a recusa por parte do Estado em reconhecer a jurisdição indígena tem sido “um elemento central de dominação etnocrática através dos séculos” (*apud* CHICOINE-WILSON, 2015, p. 4).

As relações de dominação resultantes da experiência colonial europeia moderna se fundaram na ideia da inferioridade racial ou étnico-cultural dos povos colonizados. Além da colonização político-administrativa, o colonialismo implicou uma colonização epistêmica para justificar e garantir essa ideia da inferioridade racial. Problematizar o colonialismo e as relações de poder coloniais que se mantêm nos dias de hoje sob a forma de colonialidade do poder, do ser e do saber, significa questionar a hegemonia dos conhecimentos postos como universais, entre eles, o monismo e o positivismo jurídico.

A concepção de direito proposta pela ideologia do sistema mundo moderno/colonial e fundada sobre o monismo e positivismo não se sustenta mais hoje como

hipótese para pensar o direito nas sociedades multiculturais. As reivindicações dos movimentos indígenas nas Américas mostraram que, na verdade, o monismo e o positivismo jurídico são obstáculos para um conhecimento mais profundo do direito. De fato, pensar o direito considerando apenas o “monismo jurídico” a partir da perspectiva da moderna racionalidade eurocêntrica representa um empobrecimento muito limitador com relação às outras possibilidades de conhecer e interpretar o mundo. Nesse sentido, descolonizar o direito significa reconhecer como legítimas outras culturas jurídicas. A negação da existência ou da validade das culturas jurídicas não estatais impede um diálogo que permitiria o enriquecimento mútuo das culturas. Para Sousa Santos (2002), perder essa oportunidade de diálogo equivale a um desperdício das experiências e saberes que poderiam enriquecer a reflexão sobre soluções para os problemas e dificuldades que o direito estatal encontra. O monismo jurídico é uma dessas teorias dominantes que provoca a perda de experiências e de práticas jurídicas e que legitima um enorme “juricídio” (SOUSA SANTOS *apud* CHICOINE-WILSON, 2015, p. 6).

Os países da América Latina que já reconheceram em suas Constituições os direitos indígenas e o pluralismo legal ainda têm um caminho a percorrer para a construção de um Estado pluricultural mais igualitário e que respeite as diferenças. A tarefa normativa não terminou. Falta uma maior apropriação dessas reformas por parte da sociedade civil em geral e por parte dos povos indígenas. Dada a situação de marginalização histórica dos povos indígenas, esforços deverão ser realizados para que eles não sejam mais apenas receptores das normas impostas pelo Estado, mas que possam usufruir dos direitos garantidos constitucionalmente e participar da elaboração normativa para o estabelecimento de mecanismos consensuais, plurais e democráticos de coordenação entre os sistemas jurídicos (YRIGOYEN FAJARDO, 2000).

No Brasil, a proteção constitucional da jurisdição indígena não é suficiente para torná-la efetiva. Houve, como procuramos mostrar nesse artigo, um reconhecimento de fato do pluralismo jurídico pelo Estado, no entanto, mesmo após 30 anos da promulgação da Constituição Federal brasileira, ainda não houve um processo que permitisse uma coordenação coerente dos dois sistemas jurídicos. Uma das principais armadilhas é a falta de regras que definam os métodos de articulação entre o judiciário e as jurisdições indígenas, o que representa grandes desafios institucionais. Para que isso aconteça, é necessário aplicar concreta-

mente as normas constitucionais, supranacionais (Convenção n.º 169 da OIT e convenções internacionais de direitos humanos) e desenvolver a jurisprudência.

Com relação à atuação do judiciário brasileiro, como verificado por Erika Macedo Moreira (2014) em sua tese de doutoramento após a análise de um número significativo de decisões, é possível perceber o caráter incompleto e aberto no reconhecimento de novos direitos da Constituição que, durante o exercício interpretativo, fica majoritariamente preenchido por uma leitura de mundo que reproduz o estranhamento e a inferioridade, sem alcançar os valores do “outro”, das situações reais e concretas que mantêm os povos indígenas em uma situação desprivilegiada na estrutura econômica, material e simbólica. Limita-se, portanto, à negação e não produz a interação. Retira do judiciário a responsabilidade de contribuir com o Estado no cumprimento de seu dever em garantir aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Na maior parte das decisões, principalmente das varas da justiça estadual, fica evidente o distanciamento entre a vigência e a efetividade do conjunto de normas e princípios da Constituição e do direito internacional, como a Convenção n.º 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Povos Indígenas. Na questão da terra/ território, especialmente nas ações e recursos de liminares de manutenção de posse ou reintegração de propriedade, ou nas ações de interdito proibitório, há um alinhamento da magistratura no sentido de reconhecer a propriedade privada, em desconsideração ao conceito jurídico de terra indígena, que transita entre as ideias-elementos de habitat do povo, posse permanente e tradicionalidade. Até que todo o processo demarcatório seja concluído, majoritariamente as decisões caminham no sentido de garantir a manutenção do *status quo*.

Nas ações penais, a síntese do aculturado, portador de título eleitoral e carteira de trabalho, invisibiliza os sentidos de ser índio e os impactos sociais, culturais e econômicos que o encarceramento produz nele e na sua comunidade de origem. Assim, termos e categorias de outras áreas do conhecimento acabam apropriados no discurso jurídico com destinação conceitual e prática diversa dos seus sentidos originários. Como podemos verificar no (não) uso da perícia antropológica nas ações penais, que poderia contribuir na tradução das bases operantes dos direitos indígenas, constituído pelos povos indígenas, especialmente para a resolução de conflitos e estabelecimento/cumprimento das sanções, ou mesmo na consideração dos direitos consuetudinários, ou do pluralismo jurídico, ou do território. Ou seja,

o laudo deveria ser utilizado para verificar os costumes indígenas e os reflexos da conduta do índio, acusado criminalmente, na comunidade indígena e a aplicação ou não do sistema jurídico específico. Para tanto, é necessário superar o preconceito instituído pelos juristas, na relação com a perícia antropológica. No âmbito da sistemática constitucional plural, entende-se que a vigência da Súmula n.º 140 do Superior Tribunal de Justiça representa uma afronta à Constituição, aos direitos indígenas e ao direito de ter o processamento da ação com todas as garantias e instrumentos da interculturalidade.

O reconhecimento legal dos direitos indígenas e da autonomia dos povos indígenas acaba reduzido ao de tipo inferiorizado, já que não validado pelo processo de racionalização jurídica (formulação, generalidade e validade objetiva), nem pelo sentido de justiça que permeia o imaginário do magistrado, no momento da ponderação dos valores conflitantes. São aceitos quando a lei é omissa, ou desde que não contrariem as normas estatais. Quando não conflitante com os interesses do desenvolvimento nacional, “os usos, costumes e tradições” são respeitados e garantidos pela decisão judicial. Cuida-se dos direitos indígenas, portanto, somente quando relacionados à realidade sociocultural e não às questões de natureza político-territorial.

Apesar do conservadorismo hegemônico, é importante considerar que muitas decisões estão se pautando pelo reconhecimento dos contextos socioculturais dos povos indígenas e que entendem os direitos indígenas a partir de uma concepção mais ampla abarcando tudo que é inerente a vida e cultura indígena. Assim, colocando o judiciário e todos os seus atores jurídicos no campo da disputa pela Constituição e legitimidade de uma concepção de justiça e bem viver, que se orienta pelo interesse público de garantir a diversidade cultural.

Fica colocado o desafio de pensar estratégias de superação da prática de racismo institucional e a construção de modelos de justiça que realmente se proponham a superar todas as barreiras colocadas pela forma tradicional de se conceber o direito, em especial dos povos indígenas (como o monismo, o dogmatismo, o formalismo e a descontextualização) e caminhar para o estabelecimento de diálogos interdisciplinares que permitam a diluição das fronteiras acadêmicas e o exercício da interpretação intercultural dos direitos dos povos indígenas. É preciso resgatar a dimensão comunitarista, vitoriosa nos debates da Assembleia Nacional Constituinte, e estabelecer outros parâmetros para a

construção da decisão, especialmente quando os conflitos jurídicos estão relacionados à garantia dos direitos coletivos, transindividuais e plurais.

Avançar no caminho do reconhecimento, da implementação do pluralismo jurídico e da proteção da jurisdição indígena permitiria revisitar a maioria de nossas noções e conceitos que perpetuam a colonialidade, sobretudo em um país como o Brasil de forte tradição do monismo e da juridicidade estatal. Permitiria, de acordo com a interpretação da interculturalidade crítica, enriquecer nossa tradição jurídica “de abajo hacia arriba” com princípios do direito ancestral dos povos indígenas e com suas distintas maneiras de conceber e exercer esse direito (WALSH, 2010, p. 18). Mas, sobretudo, nos ajudaria a assumir e enfrentar o racismo e a desigualdade para, finalmente, construir um Estado e uma sociedade radicalmente diferentes que não meçam esforços para melhorar o acesso à justiça para os povos indígenas, respeitando assim a realidade intercultural do nosso país.

## Referências

ALBÓ, Xavier. **Derecho consuetudinario: posibilidades y limites**. 2000 (*mimeo*).

BONAVIDES PAES DE ANDRADE, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 2 ed. Brasília: Paz e Terra, 1990.

BOTERO, Esther Sánchez. **Justicia y pueblos indígenas de Colombia**. 3ª Ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010.

\_\_\_\_\_. **Interpretação Intercultural de los derechos**. Curso Pré- VIII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica/ RELAJU. Lima, Outubro de 2012.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Brasília: Casa Civil, 1942. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/DEL%204.657-1942?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%204.657-1942?OpenDocument)>. Acesso em: 24 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2019.

CASTRO-GOMES, Santiago. Ciências Sociais, violência epistêmica e o problema da invenção do outro. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

CHICOINE-WILSON, Charlotte. **La reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone: regard sur l'expérience colombienne**. Ottawa: Thèse soumise à la Faculté des Études Supérieures et Postdoctorales, Université d'Ottawa, 2015.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos. Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FARIA, José Eduardo de. Estado, Sociedade e Direito, in FARIA, José Eduardo de (Org.). **Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista**. São Paulo: Max Limmonad, 2002.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

HAESBAERT, R. Da desterritorialização à multiterritorialidade. In: **Anais do IX Encontro Nacional da ANPUR**. Vol. 3. Rio de Janeiro: ANPUR, 2001.

KAYSER, Hartmurt-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas. Desenvolvimento histórico e estágio atual**. Porto Alegre: Safe, 2010.

LACERDA, Rosane. **Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988.** Dissertação (mestrado). Brasília: UnB, 2007.

MOREIRA, Erika Macedo. Onhemoirô. **O judiciário frente aos direitos indígenas.** Tese (doutorado). Brasília: Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB, 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

POLANCO, Héctor Díaz. **Autonomía Regional. La autodeterminación de los pueblos indígenas.** México: Século XXI, 2006.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O discurso e o poder.** Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Towards a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation,** 2. ed., Londres, Butterworths – Lexis Nexis, 2002.

\_\_\_\_\_. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: Boaventura de Sousa Santos e outros. **Conflito e Transformação Social.** Uma Paisagem das Justiças em Moçambique; Porto: Afrontamento, 2003. Vol. I., Cap. I, pp. 47-128.

\_\_\_\_\_. **Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e outro,** Conferência de Abertura do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Coimbra, setembro de 2004. Disponível em: <[http://www.ces.uc.pt/misc/Do\\_pos-moderno\\_ao\\_pos-colonial.pdf](http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **A função social da terra.** Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** Curitiba: Juruá, 2012

STAVENHAGEN, Rodolfo. Como hacer que la declaracion sea efectiv. In: CHARTERS, Claire; STAVENHAGEN, Rodolfo. **El desafío de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas**. Copenhague: IWGA, 2010.

TUBINO, Fidel. Aportes de la hermenêutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos. In: TUBINO, Fidel; MONTEAGUDO, Cecilia (orgs.). **Hermenêutica en diálogo. Ensayos sobre alteridad, lenguaje e interculturalidad**. Lima/ Peru: Fondo Editorial, 2009.

VICIANO PASTOR, Roberto; DALMAU, Rubén Martínez (Org.). **Cambio político y processo constituyente em Venezuela (1998-2000)**. Valencia: tirant lo blanch, 2001.

VICIANO PASTOR, Roberto; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: VICIANO PASTOR, Roberto (Org.). **Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Valencia: tirant lo blanch, 2012.

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

WALSH, Catherine, **Interculturalidad, estado, sociedade: luchas (de)coloniales de nuestra época**. Quito – Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar/ Ediciones Abya-Ayala, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico**. Ponencia presentada en el Seminário Pluralismo Jurídico, Procuradora del Estado/Ministerio de Justicia, Brasília, 13-14 de abril 2010. Disponível em: <[www.mpf.mp.br/...pluralismo-juridico...interculturalidade/intercul](http://www.mpf.mp.br/...pluralismo-juridico...interculturalidade/intercul)> Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Vers une compréhension de l’interculturalité – une approche par la pédagogie décoloniale**, 2016. Disponível em:< <https://iresmo.jimdo.com/2016/11/02/vers-une-compréhension-de-l-interculturalité-une-approche-par-la-pédagogie-décoloniale/>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Latina. Da conquista a colonização**. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 1998.

\_\_\_\_\_. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Paraná, 2010.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador). **Revista Pena y Estado**, n. 4, Buenos Aires, INECIP y Editorial el Puerto, 2000.

\_\_\_\_\_. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El otro derecho**, n.30, jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: balanço e desafio da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Como se há regulado el pluralismo jurídico en la historia latinoamericana?** Curso Pre-congreso Internacional Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Peru, 2010 a, *mimeo*.

\_\_\_\_\_. **El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización**. In: Curso de Aperfeiçoamento Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo. Brasília: Escola Superior do Ministério Público, 2010b.

\_\_\_\_\_. **Pueblos Indígenas**. Constituciones y reformas políticas en América Latina. Lima: IIDS, 2010c.

ZEMA DE RESENDE, Ana Catarina. **Direitos e autonomia indígena no Brasil (1960-2010): uma análise histórica à luz da teoria do sistema-mundo e do pensamento decolonial**. Tese (doutorado). Brasília: Departamento de História. Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, 2014.

# Radiografia do Tratamento Penal aos Povos Indígenas: dos Usos da Culpabilidade à Aplicação da Autodeterminação e da Antijuridicidade

Assis da Costa Oliveira<sup>1</sup>

## Introdução: constitucionalismo brasileiro, direito penal e diversidade cultural

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em 1988, permitiu ao Estado brasileiro o ingresso no constitucionalismo multicultural (GREGOR BARIÉ, 2003), constitucionalismo pluralista (YRIGOYEN FAJARDO, 2016) ou etnonacionalismo (SOUZA, 2004) latino-americano. Com diferentes designações teóricas, este movimento político-jurídico centrou-se na revisão ou promulgação de cartas constitucionais que incorporaram as reivindicações políticas dos povos indígenas como direitos fundamentais, influenciadas pelo protagonismo interno de organizações indígenas e pela incidência de tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) e, mais recentemente, da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI).

Estes instrumentos jurídicos promoveram o reconhecimento sócioestatal da diversidade cultural e da organização política indígena, definindo o *status* de pessoas e povos como sujeitos individuais e coletivos de direitos, e a inscrição no patamar da cidadania diferenciada: a garantia do acesso aos mesmos direitos

---

1 Professor de Direitos Humanos da Faculdade de Etnodiversidade da Universidade Federal do Pará (UFPA), *Campus* de Altamira. Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Mestre e bacharel em Direito pela UFPA. Coordenador do Grupo Temático Direitos, Infâncias e Juventudes do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais. Membro colaborador da Associação Brasileira de Antropologia. Advogado. Contato: assisdc@gmail.com

dos demais cidadãos brasileiros, acrescido do respeito às suas identidades étnicas e aos direitos coletivos que lhes competem. Isto se tornou um importante meio de reconfiguração da arena política para afirmação da sociedade democrática e plural, com a conversão do “ser indígena” em marcador sociojurídico que operacionaliza a autonomia e a participação social dos indivíduos e das coletividades que se autodefinem como indígenas.

No Brasil, território onde se localizam 305 povos indígenas e com população de 896.917 pessoas (IBGE, 2012), a promulgação da CRFB significou o reconhecimento normativo da cidadania diferenciada. Isto ocorreu por meio da estruturação de capítulo específico à proteção e promoção dos direitos coletivos dos povos indígenas alicerçado na afirmação da capacidade civil-processual de sujeitos, comunidades e organizações indígenas (artigo 232<sup>2</sup>, CRFB) e autonomia político-cultural via reconhecimento à organização social, educação bilíngue e intercultural, manifestações culturais, costumes, línguas, crenças, tradições, direitos originários sobre as terras e direito à oitiva (artigo 231, em conjunto com os artigos 210, §2º, 215, §1º, da CRFB<sup>3</sup>).

Como direitos fundamentais e internacionais, os direitos indígenas passaram a requerer a adequação normativa infraconstitucional, a moldagem institucional por meio de políticas públicas e a mudança na cultura jurídica de agentes sócioestatais (YRYGOYEN FAJARDO, 2008). No entanto, os novos paradigmas normativos não eliminaram a colonialidade<sup>4</sup> das práticas e dos discursos sociojurídicos, plasmando o cenário de transição paradigmática marcado por contradições e conflitos socioculturais que antagonizam os povos indígenas com gru-

---

2 Assim disposto: “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo” (BRASIL, 1988).

3 Destes direitos constitucionais, sublinha-se o presente no *caput* do artigo 231: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988).

4 Adota-se a compreensão de Quijano de colonialidade, segunda a qual a “colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista. Sustenta-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social quotidiana e da escala societal. Origina-se e mundializa-se a partir da América” (2010, p. 84).

pos de interesse ligados as empresas do agronegócio,<sup>5</sup> aos oligopólios religiosos-midiáticos<sup>6</sup> e à burocracia institucional<sup>7</sup>. Estes agentes desenvolvem diferentes estratégias políticas para inviabilizar ou dificultam a internalização dos direitos indígenas em mecanismos de aplicabilidade concreta, de modo a reforçar a não “adoção pelo Estado de uma política étnica e nem tampouco em ações governamentais sistemáticas capazes de reconhecer prontamente os fatores situacionais que influenciam uma consciência étnica” (ALMEIDA, 2005, p. 15-16).

Logo, percebe-se a distância que existe entre positivação normativa e efetividade jurídica transversalizada nas e estruturadora das decisões judiciais, políticas públicas e relações sociais internas do país. O “sabor agridoce dos direitos indígenas” (GREGOR BARIÉ, 2009) representa a metáfora da contradição entre a vanguarda constitucional e internacional decolonial (sabor doce) e

- 
- 5 Almeida e Marin (2010) conceituam o conjunto de medidas de “agroestratégias”, adotadas pelos grupos de interesse empresariais vinculados aos agronegócios “para incorporar novas terras aos seus empreendimentos econômicos, sobretudo na região amazônica, liberando-as tanto de condicionantes jurídico-formais e político-administrativos, quando de fatores étnicos e culturais ou determinados pelas modalidades de uso das terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, quilombolas, seringueiros, quebradeiras de coco babaçu, castanheiros, comunidades de fundo de pasto, faxinais, ribeirinhos, geraizeiros e outras categorias sociais” (2010, p. 141).
- 6 De 2007 até o presente pululam notícias na grande mídia que pretendem tornar pública a “barbárie” cometida por determinadas comunidades indígenas contra as crianças para assim promover discursos de criminalização contra os povos indígenas pela égide da defesa dos direitos humanos. O intento midiático se insere no contexto de disputa pelo antigo Projeto de Lei (PL) n.º 1.057/2007, atualmente PL n.º 119/2015, em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, que encampa as perigosas possibilidades de instrumentalização dos direitos humanos para defesa da criminalização dos povos indígenas, com apoio da bancada evangélica. No caso em questão, de repressão penal às alegadas “práticas tradicionais nocivas” dos povos indígenas, acusando-os de praticarem “infanticídio”, homicídios de recém-nascidos e crianças, abuso sexual, estupro, atentado violento ao pudor, maus tratos, e agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores, ainda que os supostos casos que vêm a público tenham como única fonte os grandes meios de comunicação de massa, carecendo (1) de estudos que atestem a dimensão dos fatos, (2) de posicionamento das lideranças e organizações indígenas sobre as questões, e (3) da criação de meios que prezem pelo diálogo intercultural, e não pela imposição de valores via aparato jurídico-penal. Sobre os impactos do humanismo etnocêntrico dos grupos de interesse que denunciam as supostas “práticas tradicionais nocivas”, conferir: Castilhos e Grotz (2015), Holanda (2017), Pacheco de Oliveira (2009) e Beltrão *et al* (2010).
- 7 A burocracia institucional não apenas tem colocado inúmeras barreiras para impedir ou tornar mais lento o processo de demarcação e titulação das terras indígenas, como também tem financiado o desenvolvimentismo nacional por meio da construção de hidrelétricas, estradas e concessão de titulação de terra a grileiros, tudo legalmente travestido de políticas públicas, sendo que grande parte dos locais onde incidem estes investimentos são terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas e outros povos e comunidades tradicionais.

a manutenção ideológica da colonialidade (sabor amargo) como continuidade significativa que institui e orienta novas (ou velhas) modalidades de produção de sentidos para convivências em locais onde a diversidade ainda é majoritariamente tratada como desigualdade, e não como direito à diferença.

Sem dúvida, um dos conflitos políticos mais intencionalmente invisível na atual conjuntura sociojurídica é o relativo à adequação normativa do direito e processo penal brasileiro aos ditames dos direitos indígenas. As consequências são eminentemente práticas e afetam diretamente a indivíduos e povos indígenas na lida diária com as instituições jurídico-policiais e nos impasses às lutas sociais.

Para se ter um senso prático do problema, o relatório *Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil* (SILVA, 2008), produzido num convênio entre a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e a Procuradoria-Geral da República (PGR), concluiu que: (1) não há consistência nas informações oficiais sobre o perfil étnico indígena da população carcerária, com predominância de desconhecimento das autoridades policiais, judiciais, políticas e acadêmicas sobre o real contingente de indígenas presos; (2) os crimes cometidos por indígenas e o conseqüente aprisionamento é decorrente, majoritariamente, da baixa qualidade de vida nas aldeias de origem e das “dificuldades de formas tradicionais de resolução de conflito operarem em contextos de desorganização social – como são aqueles resultantes do impacto de frentes de expansão econômica da sociedade nacional, regiões de fronteira internacional ou na periferia de grandes cidades” (SILVA, 2008, p. 37); (3) o desconhecimento de policiais, agentes carcerários, delegados, promotores, procuradores, juízes e indigenistas de órgãos oficiais ou da sociedade civil, acerca da legislação nacional e internacional aplicável aos índios acusados de crimes.

Em suma, a questão é grave e está a todo o momento produzindo novas vítimas, isto é, novos réus e presos indígenas que não estão tendo seus direitos indígenas respeitados, sobretudo em relação à forma como estes prescrevem condicionantes que influenciam no direito e no processo penal brasileiro, nos aspectos da dogmática, da prática judicial e da política criminal. Porém, se o Estado brasileiro se pretende democrático e plural, é necessário compreender quais consequências a diversidade cultural traz para esta seara do ordenamento jurídico.

No presente artigo, analiso, num primeiro momento, qual o atual tratamento jurídico-penal aos povos indígenas no Brasil. Em seguida, e comparati-

vamente, discuto como se desenvolve o tratamento jurídico-penal em outros países da América Latina. Adiante, trato da discussão sobre a nova proposta de regulamentação penal para os sujeitos e os povos indígenas, com base na análise do PL n.º 236/2012, em tramitação no Congresso Nacional. Por último, apresenta-se reflexões sobre novos rumos que se podem adotar quando se pensa numa dogmática e política criminal intercultural, com a proposta de reformulação via adoção da teoria da antijuridicidade e da classificação penal dos atos de pessoas indígenas como exercício regular de direito.

## **1. Cenário brasileiro do direito e processo penal aos povos indígenas**

As normas atuais que estabelecem o tratamento jurídico-penal aos povos indígenas foram estabelecidas com a promulgação do Código Penal Brasileiro (CPB), em 1940.

A disposição normativa é a especificação do atual artigo 26<sup>8</sup>, antigo artigo 22 antes da reforma legislativa de 1984, como aquele que disciplina o tratamento penal ofertado aos povos indígenas. No entanto, não consta expressamente a normativa, e sim na exposição de motivos do Ministro Francisco Campos, assim definido:

No seio da Comissão, foi proposto que se falasse, de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se, em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao ‘desenvolvimento mental incompleto ou retardado’, e devendo entender-se tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava alusão expressa aos surdos-mudos e silvícolas inadaptados (BRASIL, 1969, p. 129).

---

8 No CPB: “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940).

Do exposto, percebe-se que o legislador adequou o dispositivo da inimputabilidade e semi-imputabilidade, dentro da seara da culpabilidade, presente no artigo 26 do CPB, por meio da fixação da categoria desenvolvimento mental incompleto ou retardado como correlato jurídico-penal da situação dos indivíduos indígenas, desde que, e essa é a bússola de orientação, estejam na condição de inadequados aos valores culturais da sociedade nacional.

De acordo com Marés (2009), a definição jurídico-penal foi influenciada pela disposição definida no Código Civil Brasileiro (CCB) de 1916<sup>9</sup>, o qual equiparava, no artigo 6º, os então “silvícolas” aos pródigos e maiores de 16 anos e menores de 21 anos, todos classificados como sujeitos relativamente incapazes a prática de certos atos da vida civil. Portanto, aptos a serem regidos por regime tutelar que, no caso dos “silvícolas”, cessaria na medida em que fossem se integrando à sociedade nacional.

Por outro lado, Marés (2009) e Rezende (2009) apresentam justificção do motivo da ausência de termo “indígenas”, ou outro correlato, no CPB. Para os autores, a omissão realizada pela comissão responsável por elaborar o projeto do CPB foi intencional e inserida no contexto de industrialização do Estado brasileiro com intenção de tornar-se uma potência mundial. Daí localizarem no posicionamento de Nelson Hungria o fundamento da razão, assim explicitado:

[...] a Comissão revisora entendeu que sob tal rubrica [desenvolvimento mental incompleto] entrariam por interpretação extensiva os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentios (HUNGRIA *apud* REZENDE, 2009, p. 36).

Trata-se de compreender a recepção no direito penal brasileiro da ideologia assimilacionista que regia, à época, o regime de tutela dispensado aos povos indígenas. Este regime tinha por liame central a ideia de que os indivíduos e as culturas indígenas estariam com os dias contados ou com prazo de validade, pois, num futuro bem próximo, planejava-se a transformação de seus saberes,

9 Disposição em nada alterada com a entrada em vigor do CCB de 2002 que, mesmo na égide dos direitos constitucionais dos povos indígenas, ainda os tipifica como relativamente incapazes, no artigo 4º, parágrafo único, fazendo menção que sua capacidade será regulada por lei especial, isto é, pelo Estatuto do Índio, de 1973, o qual também trabalha com a mesma sistemática da incapacidade civil indígena como pressuposto da permanência da tutela do órgão indigenista.

costumes e tradições, quando encontrariam a “alegria de viver na ‘pacífica, justa, doce e humana’ sociedade dos civilizados, e então o Direito Penal ser-lhes-á aplicado em plenitude, e os juristas não se envergonharão mais nos congressos internacionais” (MARÉS, 2009, p. 111).

Como o CPB não tratava diretamente do indígena, até 1973 permaneceu vigente o Decreto n.º 5.484/1928 que estabelecia um conjunto de regulamentações para reger vários aspectos da vida dos indígenas (MARÉS, 2009), dentre os quais os crimes por eles praticados. A respeito do tratamento penal, definia duas possibilidades: (1) indígenas com menos de cinco anos de integração ou contato com a sociedade nacional que cometessem crimes seriam recolhidos, mediante requisição do inspetor de índios, as colônias correccionais ou estabelecimentos industriais disciplinares, pelo tempo que parecesse necessário ao inspetor, nunca superior a cinco anos; (2) indígenas com mais de cinco anos de convívio com a sociedade nacional sofreriam aplicação da lei comum, com as penas reduzidas à metade, nunca devendo ser aplicada prisão cautelar, sempre substituída por prisão disciplinar, ou seja, cumprimento da pena em instituição especialmente criada para os indígenas.

Porém, desde 1973, com a edição do Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/1973), tornou-se vigente relacionar os artigos 26 e 59 do CPB com os artigos 4º e 56, Parágrafo Único, do referido diploma legal, por dois motivos diferentes.

A primeira relação, artigo 4º<sup>10</sup> do Estatuto do Índio e artigo 26 do CPB, no sentido de associar as três categorias de indígenas – integrado, em vias de integração e isolado – com o grau de compreensão do ato ilícito praticado, a fim de compreender quando enquadrá-los na imputabilidade (os ditos integrados), semi-imputabilidade (os em vias de integração) e os inimputáveis (os isolados). A aplicação ao caso concreto ficaria a cargo do agente julgador, é dizer, do juiz, fazendo uso de laudo psicológico ou antropológico quando achasse necessário.

---

10 Com o seguinte texto normativo: “Art. 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura” (BRASIL, 1973).

A segunda relação, do artigo 59<sup>11</sup> do CPB com o artigo 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio, ocorre para dosimetria da pena e posterior fixação do seu regime. Para tanto, o artigo 56 do Estatuto do Índio deixa expresso:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na 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 de semi-liberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado (BRASIL, 1973).

Pontes (2010) afirma que o *caput* do dispositivo é aplicado aos indígenas classificados nas três categorias citadas pelo artigo 4º do Estatuto do Índio, sendo a atenuação condição obrigatória pelo simples fato do acusado ser indígena, devendo o magistrado tão somente calculá-la levando em conta o grau de integração à sociedade. Mas a atenuação, ao contrário da redução, não permitiria aplicação de pena abaixo do mínimo legalmente disposto, apesar de haver julgados, como o proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no *Habeas Corpus* (HC) n.º 85.198-3 de 2005, que reconhecem a legitimidade da atenuação abaixo do mínimo legal de decisão realizada no Tribunal de Justiça do Maranhão, o que demonstra a existência de divergências judiciais.

Por outro lado, qual a interpretação do parágrafo único do artigo 56 do Estatuto do Índio? Ciente de que apenas os indígenas em via de integração – por serem ditos semi-imputáveis – e integrados – por serem vistos como imputáveis – podem sofrer aplicação de pena de reclusão e detenção, ficaria sedimentada a compreensão de que a semi-liberdade – gênero no qual se incluem os regimes semi-aberto e aberto – caberia a essas duas classes de indígenas enquanto medida de potencialização da ressocialização do condenado e “atenção” às especificidades socioculturais.

---

11 Assim disposto: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível!” (BRASIL, 1940).

No tocante ao processo penal brasileiro, a principal questão está na normatização constitucional que define a exclusividade da competência da matéria indígena à Justiça Federal, fundamentado no artigo 109, IV e XI<sup>12</sup>, da CRFB. Todavia, a posição encontra divergências teóricas e jurisprudenciais relativa às possibilidades de interpretação do preceito constitucional para definição dos casos que necessariamente precisam ser remetidos à competência federal e os que podem ser tratados pela Justiça Estadual.

Em 1995, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) editou a Sumula n.º 140 na qual define que “[c]ompete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima” (STJ, 2010). Desse modo, os casos que não envolvem direitos indígenas, é dizer, em que o indivíduo indígena figura singularmente como autor ou vítima por violação a bem jurídico por crime que não tenha nenhuma correspondência com a coletividade a que pertença e com os respectivos direitos coletivos, tornaram-se obrigatoriamente de competência estadual.

Todavia, a questão só foi jurisprudencialmente pacificada com o precedente do STF no HC n.º 79.530-7, que assim definiu o conflito de competência:

Não configurando os crimes praticados por índio, ou contra índio, “disputa sobre direitos indígenas” (art. 109, inc. XI, da CF) e nem, tampouco, “infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas” (inc. IV ib.), é da competência da Justiça Estadual o seu processamento e julgamento (STF, 1999, p. 582).

No primeiro quesito – “disputa sobre direitos indígenas” – o ministro-relator Ilmar Galvão estabeleceu hermenêutica do texto do artigo 109, inciso XI, da CRFB para precisar o vocábulo “disputa de direito indígena” como tendo “sentido de questão, litígio, lide, conflito, só podendo compreender, por isso, as causas que envolvam os direitos dos silvícolas tutelados pela FUNAI” (STF, 1999, p. 593-594). Mais adiante na decisão, especificou que os direitos indígenas aludidos no artigo 109, inciso XI, da CRFB são os referentes ao artigo 231 do di-

12 Na CRFB: “[a]rt. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: ... IV – os crimes políticos e a infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral... XI – disputas sobre direitos indígenas” (BRASIL, 1988).

ploma constitucional, de forma a reiterar as conclusões sobre a questão aludidas no julgamento do HC n.º 75.404 do STF.

Logo, se o crime apresenta conflito ou disputa que infringe um dos direitos coletivos presentes no artigo 231 da CRFB e tem como parte(s) indígena(s) tutelado(s) pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) pode ter acesso à justiça diferenciado, fundamentado no artigo 109, inciso XI da CRFB. No entanto, se o crime não apresentar nenhuma das duas condicionantes analisadas acima, o acórdão o ministro-relator fez questão de enfatizar tratar-se de paciente indígena dito integrado à sociedade nacional e agente de crime (estupro) que não versa ou infringe, no entender do magistrado, direitos indígenas, daí resultando a impossibilidade de tratamento diferenciado no acesso à justiça e a inserção no mesmo tramite jurídico-penal das demais pessoas da sociedade nacional.

No segundo quesito – “infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços e interesse da União” – a fundamentação da decisão da Corte gira em torno da discussão sobre o instituto da tutela dos indígenas pelo órgão indigenista federal, cabendo a definição de “se” e “como” há correlação entre serviço, bem e/ou interesse da União nos casos penais relativos a indígenas, vítimas ou agentes, a fim de compreender como o artigo 231 do ordenamento constitucional, que define expressamente a tutela jurídica da União à proteção dos direitos dos povos indígenas, pode ser aplicado.

A Corte estabeleceu a natureza jurídica da tutela como sendo de direito civil e fez isso de modo a impedir que abarcasse também o direito penal, sinalizando, ainda, que a tutela da União – leia-se: da FUNAI –

não pode ser confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos silvícolas... considerando que não é restrito aos índios, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas, o dever de segurança que constitui um dos principais apanágios do Estado moderno (STF, 1999, p. 591).

Percebe-se que o STF mobilizou o dever geral do Estado brasileiro de proteger os bens jurídico-penais de todos os indivíduos para desconsiderar a possibilidade de tratamento diferenciado aos povos indígenas no tocante à tutela obrigatória da União pelo preceito constitucional do artigo 231.

Logo, se a tutela indígena é de natureza civil e a responsabilidade de proteção jurídico-penal do Estado é para com todas as pessoas, para o STF daí resulta a

impossibilidade de discriminação aos povos indígenas da tutela da União em matéria penal quando versar sobre possíveis prejuízos a bens, serviços ou interesses da União. A fundamentação deste posicionamento é justamente de que tal abertura demandaria que a Justiça Federal se detivesse a todos os casos penais indígenas e não-indígenas, haja vista o texto normativo do artigo 109, inciso IV, ser amplo demais ao definir ser competente a Justiça Federal para julgar “infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União” (BRASIL, 1988).

O problema que se coloca é o do *subjetivismo tendencioso* inserido na pauta da definição de competência da jurisdição para julgar casos relativos a indivíduos e povos indígenas. Pergunta-se: quem pode dizer quando questões individuais indígenas não envolvem ou associam-se às questões coletivas? A quem interessa sedimentar a competência estadual para casos envolvendo indígenas? Por que retomar dispositivos incompatíveis com os direitos indígenas na atualidade, como a tutela e a natureza jurídica dos direitos violados, para legitimar práticas judiciais?

Certamente, as posições jurisprudenciais fortalecem a discricionariedade judicial na definição da competência de jurisdição na proporção inversa com que enfraquece ou flexibiliza os direitos indígenas e a precisão de seus significados, além de produzir condicionantes que tornam mais vulneráveis os indivíduos e povos indígenas no processo de judicialização de seus conflitos, de modo a permitir: (1) a indicação, sem necessidade de fundamentação amparada por laudo antropológico, de quando a repercussão coletiva e os direitos indígenas deixam de atuar ou incidir nos casos concretos; e, (2) a remessa dos conflitos às justiças estaduais com interesses de classe marcadamente antagônicos aos dos povos indígenas, pois não se pode esquecer a influência que os grupos de interesse dominante têm nos magistrados estaduais, cerceando-lhes a independência e a imparcialidade.

Para Santos Filho (2010), é imperativo a realização de laudo antropológico sempre que houver indígenas também para apuração da vinculação étnica do autor ou da vítima, bem como os reflexos do crime na comunidade em face de costumes e direitos consuetudinários. E ressalta que a Súmula n.º 140 do STJ, assim como o precedente do STF, foram proferidos antes da entrada em vigor da Convenção n.º 169 da OIT no Brasil, em 2004, que promove o reconhecimento dos elementos culturais como essenciais na identificação do indígena, de suas ações e concepções de mundo.

## **2. Culpabilidade, aculturação e política criminal indigenista brasileira**

Para compreender a situação dos povos indígenas na seara penal brasileira é necessário discutir teoricamente o preceito da culpabilidade, dentro do qual estão localizados os critérios da imputabilidade. De antemão, informa-se que a discussão versará unicamente sobre pontos que possam contribuir com a discussão principal, não sendo necessária a incursão em todos os âmbitos da culpabilidade.

De acordo com Gomes (2005), a culpabilidade é condição transitória entre a teoria do delito e a teoria da pena, consistindo no poder agir (concretamente) conforme o Direito e também em juízo de reprovação pessoal (de censura, por parte do juiz) que recai sobre o agente do crime, ou seja, daquele que cometeu o fato punível. Para Queiroz, a culpabilidade é “a reprovabilidade social de uma conduta, por ser razoavelmente exigível, de seu autor, nas circunstâncias dadas, uma atitude diferente da adotada” (2005, p. 137).

Madeira (1999) especifica que o juízo de censurabilidade traduz-se na valorização de um injusto decorrente da realização de ação ou omissão típica e desacompanhada de causa de justificação que pressupõe agente imputável, ou seja, com a possibilidade de conhecimento do ilícito e, ainda, que lhe seja possível exigir, em face das circunstâncias concomitantes ao fato, comportamento ajustado ao regramento jurídico.

Além disso, tanto Gomes (2005) como Madeira (1999) indicam como núcleo material ou fundamento último da culpabilidade a tese iluminista clássica da capacidade de liberdade do ser humano, ou melhor, a aferição da condição de que o indivíduo “desfruta em razão de sua racionalidade e a possibilidade de conhecimento a respeito de sua capacidade de condução de processos causais externos” (MADEIRA, 1999, p. 45).

O núcleo material da culpabilidade encampa a própria condição de possibilidade de vigência do direito penal, pois não se pode falar em reprovação jurídico-penal se não há responsabilidade dos indivíduos por seus atos, inter-relacionada com a capacidade de autodeterminar-se. Ainda assim, a filosofia política do qual parte remete a centralidade do racionalismo moderno – e dos elementos da consciência, liberdade e individualidade – para a construção social da pessoa que vem a ser, ao mesmo tempo, sujeito de direitos frente ao

Estado e demais co-cidadãos, e sujeito passível de repressão jurídico-estatal para cumprimento das punições decorrentes da infração à algum bem jurídico. É, portanto, perspectiva histórico-cultural localizada que visa confrontar a ideia de determinismo biopsicossocial para promover a individualização da pena pela égide do livre-arbítrio. Porém, que não pode ser exportada para outros sistemas culturais sem a devida relativização dos pressupostos e das implicações, pois é necessário reconhecer que seu núcleo se assenta em uma das possibilidades de construção social da pessoa imersa numa diversidade de outras formas de conceber culturalmente a pessoa, cuja oposição determinismo e livre arbítrio pode não ter nenhuma importância estrutural.

Dentre as correntes teóricas que versam sobre a culpabilidade, a hegemônica na dogmática brasileira é a teoria normativa pura da culpabilidade, construída pelo finalismo de Welzel, no qual a culpabilidade é reconhecida como puro juízo de reprovação “que recai sobre o agente do fato punível que podia comportar-se de maneira diferente, conforme o Direito, e não se comportou” (GOMES, 2005, p. 15). Assim, Welzel retirou da culpabilidade os aspectos subjetivos do dolo e da culpa, passando-o para a tipicidade, e definiu como requisitos normativos da culpabilidade: (1) imputabilidade, na qual cabe ao juiz verificar se o agente do crime tinha ou não capacidade (maturidade biológica e sanidade psíquica) suficiente para suportar a reprovação penal; (2) possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da ilicitude); (3) verificação das circunstâncias em que se desenvolveu a ação/omissão, para saber se era possível haver exigibilidade de conduta diversa.

Logo, a culpabilidade estrutura-se nestes três fundamentos e qualquer causa que afaste um deles promove, conseqüentemente, a eliminação da própria culpabilidade, sendo as causas de exclusão da imputabilidade o campo primordial da discussão sobre o tratamento jurídico-penal vigente aos crimes cometidos por pessoas indígenas.

A imputabilidade é definida como “capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação” (MADEIRA, 1999, p. 85). Rezende (2009) acrescenta ser ela a capacidade para ser penalmente responsável e pressuposto do juízo de culpabilidade que possui dois elementos: (1) maturidade biológica, ligada a estipulação de marcadores cronológicos (idades) relacionados a determinados graus de exercício dos direitos e deveres; (2) saúde psíquica, compreendendo certo padrão

de normalidade mental que deve estar presente nos indivíduos para que possam compreender os atos que produzem e responder por eles quando forem ilícitos.

O segundo elemento é o relevante para a discussão pretendida. Trata-se da modalidade de exclusão da imputabilidade por condições inapropriadas de saúde mental, isto é, de desenvolvimento ou situação mental aquém do padrão estabelecido como normal, disciplinado no artigo 26 do CPB, com as espécies da doença mental e do desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Para Gomes (2005), a dogmática penal brasileira adotou o sistema biopsicológico ou misto de reunião de dois fatos interdependentes para produção da imputabilidade: (1) comprovação de doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (aspecto biológico); e, (2) constatação de que devido essas condicionantes o indivíduo sofre de incapacidade de entender ou de querer (aspecto psicológico). Madeira (1999) ainda acrescenta um terceiro requisito, o cronológico, de que a supressão da capacidade psíquica de imputabilidade ocorra – ou esteja presente – no momento da ação ou da omissão.

Rezende (2009) afirma que as doenças mentais abarcam todas as psicoses, sejam orgânicas, tóxicas ou funcionais, ou seja, as diversas patologias da mente, e, com base em Capez (2003), disciplina desenvolvimento mental incompleto como aquele que ainda não se concluiu devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade. Por outro lado, o desenvolvimento mental retardado é aquele incompatível com o estágio de vida normal para aquela idade cronológica, significando que a plena potencialidade jamais será atingida.

Verificada a inimputabilidade, fica prejudicada a materialização da culpabilidade no caso concreto e, conseqüentemente, de imposição de sanção penal ao agente do crime, tendo o juiz que decretar sentença absolutória imprópria, aplicando as medidas de segurança, com base no artigo 386, inciso VI e parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Penal (CPP)<sup>13</sup>.

Assim, a “punição” cabida nas medidas de segurança é a internação para tratamento ambulatorial – em crimes punidos com detenção, por prazo de um a

13 No CPP: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência... Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: [...] III - aplicará medida de segurança, se cabível” (BRASIL, 1941).

três anos – ou para tratamento em hospital de custódia psiquiátrica – em crimes punidos com reclusão, e por tempo indeterminado. A institucionalização ter por base a necessidade de cessação da periculosidade do agente, compreendida como o “conjunto de condições objetivas e subjetivas que revelam a probabilidade de que o sujeito venha a cometer fatos socialmente danosos” (GOMES, 2005, p. 19).

Além da hipótese da inimputabilidade, o artigo 26, parágrafo único, do CPB disciplina a condição de semi-imputabilidade, da seguinte forma:

... a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude da perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

Para Madeira (1999), trata-se da verificação de existência de certos tipos de enfermidades mentais ou psíquicas que não retiram do agente a capacidade plena de entendimento e autodeterminação, apenas reduzindo-a a níveis que permitem a correspondência entre fato injusto típico, juízo de reprovabilidade e sanção penal. Com isso, pode o juiz optar, conforme seja mais recomendável ao caso, entre aplicar pena (obrigatoriamente reduzida de um a dois terços) ou medida de segurança, conformando o sistema vicariante.

Por certo, a classificação doutrinária majoritária do indígena é de sujeito com desenvolvimento mental incompleto, e isto significa, quando não integrado – ou, na definição do artigo 4º do Estatuto do Índio, de indígenas isolados ou em vias de integração – a aferição de que lhe falta à compreensão dos valores culturais da sociedade nacional. Portanto, que se trata de pessoa “ainda não” adequadamente aculturada ao mundo não-indígena para que possa responder por seus atos a partir da valoração social e do juízo de reprovação estabelecido por agentes não-indígenas (o juiz e o legislador).

Para Paschoal, trata-se de verdadeira “síndrome da supremacia” na qual a eventual inimputabilidade do indígena, em determinado caso concreto, “deve residir na verificação, também concreta, da internalização dos valores tutelados pela norma penal supostamente desrespeitada e, mais, na verificação da intenção deliberada de ferir o valor protegido pela norma” (2010, p. 84). Há explícita relação entre desenvolvimento mental do indígena e estágio de integração à sociedade nacional, com desconsideração *a priori* da plena capacidade de res-

ponder e agir segundo seus valores socioculturais para, só a *posteriori*, entender por bem preservá-lo da sanção penal dos sujeitos integrados – ou melhor: do cidadão comum – justamente porque se compreende ser alguém diferenciado culturalmente, porém hierarquicamente inferior e “menos evoluído” do que as pessoas integradas à cultura nacional: o que prevalece no início é o déficit cognitivo-cultural, o que permanece na saída é a (in)tolerância cultural.

Daí a requisição de laudo antropológico por parte do juiz objetivar a resposta, via de regra, da questão de se o indígena é capaz ou incapaz de compreender os atos praticados a partir da valoração cultural não-indígena, trocando em miúdos: se ele está aculturado à nossa sociedade ao ponto de ter a mesma racionalidade dos demais indivíduos da nação e, portanto, a possibilidade ou não de sofrer repressão penal devido ao livre-arbítrio de seus atos.

Como, nessa hipótese – desenvolvimento mental incompleto – a resposta é um categórico “não”, a consequência lógico-procedimental é a decretação, pelo juiz, de sentença absolutória imprópria, e a “punição” cabida ao indígena pelo “pecado original” de não ser regido pelos e nem compreender os valores culturais implícitos nas normas penais seria a medida de segurança.

No entanto, surgem diversas dúvidas que questionam tal “punição” no caso de acusados indígenas, pois: qual a finalidade da medida de segurança, portanto, da internação em locais de tratamento psiquiátrico para indígenas? É necessariamente a periculosidade que se quer sanar com este tipo de tratamento, ou a efetividade da aculturação que tem por pressuposto a inferiorização dos valores culturais indígenas? E, com isso, que tipo de ressocialização se pretende com tal punição? É possível adequar lugares – laboratório e hospital psiquiátrico – que visam tratar doenças e condicionantes de ordem psíquica para casos – como os indígenas – que remetem a situações de conflito sociocultural?

Por certo, são sempre dois crimes na mesma pena que o indígena “não aculturado” terá que pagar. Um primeiro crime de incompletude sociocultural, por não compreender e não agir segundo os valores das normas penais nacionais; e um segundo crime de pretensa periculosidade na violação do bem jurídico-penal específico, cuja ocorrência se deve, justamente, ao fato de não compreendê-lo a partir dos referenciais culturais externos ou dominantes, o que reforça a ideia da inimputabilidade como medida de correção civilizacional e hierarquização cultural.

Apesar de todo o “bom senso” na pretensão político-criminal de redução dos efeitos da repressão penal e de preservação da lógica cultural nativa de disposição cognitivo-comportamental, a crítica elaborada não incide prioritariamente nos resultados a que se chega, mas sim nos meios, é dizer: em como os procedimentos e os discursos são produzidos e quais as implicações racistas e coloniais escondidas “na bondade dos bons” juízes e demais agentes jurídico-policiais.

No caso da semi-imputabilidade há possibilidade de incidência do artigo 56 do Estatuto do Índio, tanto para atenuar ainda mais o cálculo da pena, quanto para definir a obrigatoriedade do regime de semi-liberdade para cumprimento da pena.

No entanto, seja na inimputabilidade ou na semi-imputabilidade, a visão dominante estabelece que as únicas formas de atenuar a repressão penal e minimizar os efeitos de sua aplicação aos indígenas ocorrem pela alegação de possuírem entendimento incompleto do caráter delituoso, “por falta de compreensão das regras sociais e, numa visão que chega ao limite do racismo, por inferioridade ética ou mental” (MARÉS, 2009, p. 117).

Há, ainda, a possibilidade final de o indígena ser tratado como imputável. Trata-se de típica prática judicial que não encontra respaldo em normas penais, mas pode se valer do artigo 4º, inciso III do Estatuto do Índio que versa sobre os indígenas ditos integrados. Em regra, o juiz, pela verificação dos documentos presente nos autos, do interrogatório de testemunhas e do acusado, e de certa avaliação subjetiva do agente no qual leva em conta sua personalidade, atributos patrimoniais e convivência social, forma a convicção de que aquela pessoa está integrada aos valores da sociedade nacional, sem qualquer auxílio de laudo antropológico.

Dois casos cujos *Habeas Corpus* (HC n.º 79.530-7 e HC n.º 85.198-3) foram julgados pelo STF ilustram bem a sedimentação desta prática judicial. O primeiro caso envolveu o indígena Benkaroty Kaiapó, mais conhecido como Paulinho Paiakan, cacique da aldeia Aukre do povo Kayapó, acusado e apenado pelo crime de estupro, teve HC julgado pelo STF em 1999. O segundo caso, cujo paciente era Adauto Viana Guajajara da Silva, membro do povo Guajajara, acusado e apenado por tráfico de drogas, porte ilegal de armas e associação para cometimento de crimes, e julgado pelo STF em 2005. Por meio dos acórdãos, se consolidou o fundamento sobre os elementos que comprovam a responsabilidade penal dos indígenas, com as caracterizações apresentadas dos indígenas

nos autos – grau de escolaridade, eleitores, fluência na língua portuguesa, proprietário de casa, entre outros – permitindo a conclusão pelos Ministros relatores Ilmar Galvão, no primeiro caso, e Eros Grau, no segundo, da integração efetiva do indígena à sociedade nacional, ou seja, de que é “inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (STF, 2005, p. 373).

A presença de atributos subjetivos nos sujeitos indígenas revelou aos juízes de primeiro grau e aos ministros dos tribunais superiores: (1) primazia da nacionalidade sobre a etnicidade, com a flexibilização do direito à diferença resguardado às pessoas indígenas pela ótica da integração (ou não) a sociedade nacional, assim desconsiderando a importância da etnicidade na conformação subjetiva e social dos indivíduos indígenas; (2) impossibilidade de diferenciação do tratamento penal por se tratarem de pessoas com igual capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato das pessoas não-indígenas; (3) desnecessidade de realização de laudo antropológico ou psicológico pelos “manifestos” atributos subjetivos que revelam a integração dos indígenas aos valores socioculturais nacionais; (4) destituição dos direitos diferenciados à competência da Justiça Federal para julgamento da lide, ao interprete na língua nativa nos interrogatórios, à assistência judicial da FUNAI e outros direitos indígenas, com exceção do artigo 56 do Estatuto do Índio; e, (5) definição de que os atributos subjetivos apreendidos (grau de escolaridade, fluência na língua portuguesa, serem eleitores, proprietário de imóvel, entre outros) são satisfatórios para a formação da convicção dos magistrados quanto à adequação jurídico-judicial dos indígenas.

Trata-se de relativização judicial aos direitos indígenas por meio de análises subjetivas dos juízes sobre o grau de socialização do indígena na sociedade nacional, com a definição da integração ou não a partir de parâmetros estritamente observacionais proferidos por sujeitos não-indígenas. Para Araújo (2006), o entendimento é duplamente perverso, pois se apóia em conceitos superados – como aculturação e integração – para barrar a aplicação de dispositivos legais vigentes, e ainda bane a possibilidade de interpretação de tais dispositivos de acordo com a concepção contemporânea do princípio da igualdade, que pressupõe a observação e o respeito à diferença.

### **3. Outros cenários: a tipificação criminal de povos indígenas em países da América Latina e a proposta de Rezende**

Rezende (2009) analisou os códigos penais de Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, México, Paraguai, Peru e Venezuela, e constatou que (1) somente as legislações boliviana, colombiana e mexicana fazem expressa menção aos indígenas, talvez por serem países onde o constitucionalismo pluralista foi mais benéfico aos povos indígenas, e (2) que os países adotam três critérios para tratamento penal dos indígenas: inimputabilidade, erro de proibição e erro culturalmente condicionado.

Todos os países pesquisados ratificaram a Convenção n.º 169 da OIT. Com exceção do Chile, também reformaram ou promulgaram cartas constitucionais nas últimas três décadas para garantir o *status* de direitos fundamentais às diversas reivindicações políticas dos povos indígenas. Porém, o fato de somente três dos oito códigos penais analisados fazerem referência direta aos povos indígenas para definição do tratamento jurídico-penal ofertado é sintoma do descaso com que os estados nacionais historicamente têm tratado a questão indígena na seara penalista, assim permitindo continuidades coloniais e racistas em procedimentos construídos e consolidados à revelia dos direitos indígenas.

Dentre as formas jurídico-penais de tratamento dos povos indígenas, o erro de proibição é critério construído e legitimado pela doutrina penalista latino-americana, e bem pouco pela jurisprudência e legislação.

Na dogmática penal brasileira, Bittencourt faz referência ao erro de proibição como ato fundado numa “falsa percepção da realidade [...] que incide sobre a ilicitude de um comportamento” (2009, p. 59-60). Assentado no artigo 21 do diploma penal brasileiro<sup>14</sup>, disciplina que o agente supõe, erroneamente, ser lícita sua conduta sem conhecer a contrariedade do fato em relação à lei. Logo, trata-se de reprovação ao “juízo equivocado” do agente sobre aquilo que lhe é permitido fazer em sociedade, definindo-o como invencível – erro que exclui a consciência de ilicitude e, conseqüentemente, a culpabilidade – e vencível – se

---

14 No CPB: “[a]rt. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência” (Brasil, 1940).

comprovado que o agente podia, no caso concreto, tê-lo evitado, o que não exclui a culpabilidade, mas enseja condenação com atenuação.

Para Rezende (2009), trata-se de entender a excludente de culpabilidade na conduta específica do indígena não pela lógica do desenvolvimento mental incompleto (inimputabilidade), mas pela não consciência da ilicitude do fato com a ordem da sociedade em que se baseia a proibição penal. Aqui, o indígena não sabia que seus atos infringiam valores sociojurídicos do Estado-nação, ou seja, agia imbuído por crenças culturais válidas, mas que, por isso mesmo, lhe impediam de perceber o caráter proibido da conduta.

Por outro lado, o erro culturalmente condicionado é critério específico do Código Penal Peruano, de 1991 – portanto, anterior as reformas constitucionais de 1994 e 1995 que consolidaram o constitucionalismo multicultural peruano – que no artigo 15 dispõe sobre o erro culturalmente condicionado,

[...] estabelecendo que aquele que, em razão de sua cultura ou de seus costumes, comete um fato punível sem compreender o caráter delituoso do fato ou determinar-se de acordo com este direito, será eximido de responsabilidade penal, ou ainda, terá a sua pena atenuada se, pelas mesmas razões, tiver diminuída a sua possibilidade de compreensão ou autodeterminação (REZENDE, 2009, p. 56).

Além disso, define no artigo 45 o mecanismo de individualização da pena no qual o juiz deverá levar em consideração a cultura e os costumes do condenado no momento de fundamentar e determinar a pena a ser-lhe aplicada.

De acordo com Rezende (2009), a doutrina do erro culturalmente condicionada foi formulada por Eugenio Raul Zaffaroni e funda-se no reconhecimento de que, além do erro que afeta o conhecimento da ilicitude, há o erro que afeta a compreensão da ilicitude, isto é, a não internalização da norma devido o condicionamento cultural do agente, pois, apesar de conhecer a ilicitude do fato, o sujeito não a compreende, por não ter internalizado os valores imbuídos na norma.

O respeito à diversidade cultural e, conseqüentemente, aos valores das diversas culturas, garante ao agente o direito de não se deixar contaminar por valores culturais que não sejam os seus. Ou, melhor dizendo, não se pode obrigar, e muito menos sob a ameaça do direito penal, que o agente internalize valores diferentes ou incompatíveis com os valores de sua cultura (REZENDE, 2009, p. 84).

A dimensão do respeito à diversidade cultural no erro culturalmente condicionado cingi-se no reconhecimento de que determinados sujeitos, como os oriundos de povos indígenas, internalizaram valores diferenciados culturalmente, e não podem ser obrigados a desrespeitá-los em favor de outros valores, mesmo os definidos pelo Estado nacional.

Há, inegavelmente, avanço substancial na mudança de tratamento da inimputabilidade para o erro de proibição ou o erro culturalmente condicionado. Especificamente, trata-se de mudar o foco central do desenvolvimento mental, portanto, algo eminentemente psicológico, para outro centrado na diversidade dos valores culturais que condicionam o pensar e o agir do indígena. O enfoque torna-se antropológico, com centralidade ao modo como se incompatibiliza a conduta da pessoa indígena com os valores do Estado-nação, daí afastando a culpabilidade, ou reduzindo seus efeitos jurídico-penais.

Há, inclusive, a possibilidade de hermenêutica do artigo 21 do CPB para interpretação do erro sobre a ilicitude do fato – o texto normativo do erro de proibição – pela ótica do erro culturalmente condicionado, via inserção da compreensão condicionada culturalmente como pressuposto de delimitação da excludente de culpabilidade (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1997). Apesar de não haver nenhuma definição explícita no diploma legal, ainda assim há possibilidade de fundamentação constitucional da hermenêutica jurídica pretendida com base na defesa do direito fundamental às crenças, costumes e tradições dos povos indígenas, conforme inscrição no artigo 231 da CRFB. Isto, como se verá mais adiante, compõe o conteúdo da reformulação do CPB, em tramitação no Congresso Nacional.

Porém, não há como afastar o peso discriminatório da palavra “erro” que indica, na seara penal, nas palavras de Bittencourt (2009) mencionadas anteriormente, falsa percepção da realidade, em que o indígena agia baseado em preceitos culturais que lhe impediam de atingir a dimensão adequada da percepção dos valores que poderiam lhe instruir a conduta. Assim, o erro de proibição ou o erro culturalmente condicionado passam a definir outra forma de violação à diversidade cultural, reproduzindo, em parte, a “síndrome da supremacia” (PASCHOAL, 2010) cognitivo-cultural da sociedade não-indígena em relação aos povos indígenas, “na medida em que, ao se falar em erro, supõe-se como certos os valores contidos na norma cuja não internalização provocou a conduta e errados os demais” (REZENDE, 2009, p. 90).

Portanto, a definição de erro recupera a retórica colonial de questionar os valores do “outro”, e não os “nossos” valores. Com isso, reduz a capacidade de proceder a certa relativização das verdades e certezas dos valores imbuídos nas normas penais para entender que os padrões e valores diferenciados culturalmente não são maneiras errôneas de pensar e agir no mundo, mas formas específicas e com a mesma validade social que as outras.

É com base em tais críticas que Rezende (2009) propõe como possível solução ao tratamento jurídico-penal do indígena a adoção do critério da inexigibilidade de conduta diversa, modalidade de excludente da culpabilidade em que a configuração material da culpabilidade depende da possibilidade de se exigir do agente, nas circunstâncias em que se dá a conduta, que ele se porte de acordo com a norma.

Apesar do CPB dispor no artigo 22<sup>15</sup> de apenas duas causas legais de inexigibilidade de conduta diversa, a coação irresistível e a obediência hierárquica, Rezende (2009), apoiado em Dotti (2002), aponta a existência de causas supra-legais de exclusão da culpabilidade pelo critério referido, dentre as quais o condicionamento cultural, hipótese relacionada aos valores dos povos indígenas, para tratamento jurídico-penal dos indígenas

seja isoladamente, em casos onde é suficiente para afastar a culpabilidade, seja combinado com o critério da individualização da pena, onde a inexigibilidade não tiver força suficiente para afastar a culpabilidade, mas tão somente para atenuá-la (REZENDE, 2009, p. 101).

Para o autor, a questão central para configuração da referida excludente da culpabilidade é a avaliação, por meio de laudo antropológico, de se a conduta do indígena estava de acordo com os valores próprios de seu povo. Caso sim, considera que os valores culturais locais, apesar de conflitantes com os valores das normas penais, serão respeitados e protegidos, com acolhimento do indígena na excludente. Em não, então não há de se falar nesta excludente. E acrescenta: “[a]ssim, não basta que a conduta simplesmente não seja considerada criminosa por determinado povo, é importante que ela esteja em conformidade com os valores deste povo, que ela reflita estes valores” (REZENDE, 2009, p. 103).

---

15 No CPB: “Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem” (Brasil, 1940).

O autor também inclui outra possibilidade no caso em que além da incompatibilidade entre conduta indígena e valores de determinado povo indígena, haja “dificuldade de assimilação, não da norma, hipótese em que haveria erro de proibição, mas sim do valor que a permeia” (REZENDE, 2009, p. 103). Em tal vertente, não se exige do indígena que atue em conformidade com os valores inseridos nas normas penais, pois se compreende que “pelo fato de ele ser índio há verificação concreta (e não presunção) da dificuldade de assimilação do valor contido na norma” (REZENDE, 2009, p. 105). Tal critério funcionaria como causa que, reduzindo a culpabilidade, venha a minimizar a pena, mesmo abaixo do mínimo legal.

Sem dúvida, dentre as possibilidades de classificação jurídico-penal dos povos indígenas analisadas, a proposta de Rezende (2009) é a que encampa, de forma mais consolidada, a instrumentalização dos direitos indígenas para releitura das normas penais. E também por não precisar de qualquer alteração legislativa para aplicação, pois a doutrina reconhece a existência de causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, bem como não trata os valores culturais internalizados no indígena como errados – a exemplo do erro de proibição e o erro culturalmente condicionado – ou como incompletude cognitivo-cultural – igual refere-se à inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto.

Porém, há de se questionar até que ponto, realmente, os valores culturais e, sobretudo, os direitos indígenas são tratados de maneira positiva pela nova classificação. Dentre os fundamentos que estruturam a proposta, duas questões merecem considerações críticas: (1) necessidade da conformidade entre conduta individual e valores coletivos permite nova separação entre práticas sociais e condicionantes culturais, e, com isso, entre direitos individuais e direitos coletivos, de modo a possibilitar que a incompatibilidade restrinja a etnicidade ao ponto de fazer com que o indígena passe pelos mesmos trâmites dos não-indígenas, é dizer, alienando-lhe a garantia de direitos específicos mesmo quando haja incompatibilidade, além de desconsiderar a plenitude das autodefinições dos povos a respeito da conformidade entre condutas e valores, ensejando, com isso, a ideia de que não basta a escuta da posição dos povos indígenas a respeito do assunto, mas sim laudo antropológico que dê a última palavra, mesmo que isso signifique entrar em contradição com a afirmação dos povos indígenas nos casos concretos; e (2) compreensão das dificuldades de assimilação dos valores não-indígenas por pessoas indígenas, o que sinaliza, inversamente, que o quadro ideal seria a inexistência de dificuldades para assimilação destes valores e, portanto, que as dificuldades são

condições socialmente dispostas para tais pessoas por pertencerem a povos diferenciados culturalmente, cuja não assimilação acaba sendo o mote central da criminalização das condutas desenvolvidas, revelando, uma vez mais, a reprodução da ideologia assimilacionista que relega aos povos indígenas a obrigatoriedade de se adaptarem às exigências valorativas exógenas para, enfim, galgarem o mesmo tratamento jurídico-penal das pessoas não-indígenas.

#### **4. O projeto de novo Código Penal e a disputa pelo tratamento aos povos indígenas**

As discussões e normatizações de países latino-americanos sobre erro de ilicitude ou de proibição parecem ter surtido efeito no panorama penalista e legislativo nacional. Isto porque, quando da apresentação do Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 236/2012, de autoria do então senador José Sarney (MDB/AP), que discute a proposta do novo CPB, o ideário da excludente de ilicitude foi incorporado como novo tratamento jurídico-penal a ser ofertado às pessoas indígenas, por meio da proposta do artigo 36: “Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, conforme laudo de exame antropológico” (SENADO FEDERAL, 2012, p. 11).

Conforme observado no parecer do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC, 2014) sobre o referido PLS e o parecer do relator, o texto original condiciona a aplicação do erro de ilicitude à conduta da pessoa indígena na medida em que esta corresponda aos valores que refletem os costumes, as crenças e as tradições de seu povo. E também condiciona a elucubração desta correspondência à aferição a ser produzida por laudo antropológico, que deve orientar os juízes na decisão a ser tomada.

No entanto, o mesmo parecer (ITTC, 2014) adverte que esta proposta de texto ainda não é ideal, pois reproduz, tal como dito no tópico anterior, a concepção de erro para hipótese em que a pessoa desenvolve conduta sem saber que era criminosa por estar ambientada em valores culturais indígenas. Mas esta conduta não pode ser concebida como erro e tampouco por criminosa, “porque praticada em conformidade com as crenças, costumes e tradições do povo indígena ao qual pertence o sujeito” (ITTC, 2014, p. 10).

Apesar destas ressalvas, a proposta do texto original do PLS 236/2012 ainda é melhor do que a que foi apresentada no parecer do relator, o então senador Pedro Traques (PDT/MT), no qual a redação do artigo 36 passou a ser:

Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, podendo o juiz levar em consideração, para esse fim, laudo de exame antropológico (SENADO FEDERAL, 2013, p. 109).

Na justificativa da proposição, o parecer argumenta que, com a mudança do texto, “o juiz não ficará adstrito exclusivamente ao laudo antropológico” (SENADO FEDERAL, 2013, p. 110), podendo usar de outros meios para apuração dos fatos e aferição de sua decisão. Na prática esta mudança textual transforma o laudo antropológico numa medida optativa, ao invés de obrigatória, podendo o juiz deixá-lo de solicitar e não precisando se basear nele para compreensão dos fatos e da conduta da pessoa indígena.

Abre-se, assim, um perigoso espaço hermenêutico-normativo para a reprodução de subjetivismo judicial já existente na aplicação da teoria da culpabilidade aos sujeitos indígenas, e que possibilitaria a revitalização do uso das ideias de grau de aculturação dos indígenas, com base nas provas presentes no processo penal, para definir em que circunstâncias seria exigido laudo antropológico, e em quais não. Por certo, uma medida que mais do que assegurar a liberdade dos juízes, geraria um risco de flexibilização dos direitos indígenas e de discriminação no tratamento jurídico-penal.

No adendo ao parecer, emitido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, sob relatoria do então senador Vital do Rêgo Filho (MDB/PB), a proposta do artigo, agora renumerado para 33, voltou ao texto original (SENADO FEDERAL, 2014), sem a inclusão das alterações propostas no parecer do relator, em 2013.

Além desta disputa em relação ao conteúdo do artigo 36, ou 33, há também de se verificar os três parágrafos que complementam o texto principal do artigo, que possuem o seguinte texto normativo, na versão original do PLS 236/2012:

§ 1º A pena será reduzida de um sexto a um terço se, em razão dos referidos costumes, crenças e tradições, o indígena tiver dificuldade de compreender o desvalor de sua conduta.

§ 2º A pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.

§ 3º 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 indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros (SENADO FEDERAL, 2012, p. 11).

As medidas para atenuação da pena, previstas no parágrafo 1º do artigo 36, do texto original, foram mantidas no parecer do relator e no adendo. Estas, apesar de versarem sobre quantitativos de redução da pena na dosimetria a ser estabelecida pelo juiz, reproduzem o teor do erro de ilicitude de que os modos culturais de vida são o motivo do déficit de compreensão do desvalor da conduta, desde uma ótica cultural não-indígena. Isto reforça o caráter estigmatizante de tratamento aos povos indígenas, ainda que seja uma medida que utilize esta lógica para benefício individual ao apenado.

A proposição do parágrafo 2º disciplina a diferenciação do regime de cumprimento da pena. O intento de assegurar medidas punitivas que evitem o encarceramento prolongado dos sujeitos indígenas relaciona-se ao fato desta modalidade punitiva gerar consequências negativas à manutenção dos vínculos culturais, familiares e comunitários, além de prejuízo à ressocialização das pessoas.

Por isso, o estabelecimento de penas de cumprimento em regime de semiliberdade no local de funcionamento da FUNAI – ainda que a leitura do dispositivo possibilite incluir outros órgãos indigenistas – mais próximo do território étnico de moradia, permitiria a continuidade da convivência afetivo-cultural, sem menosprezo à função punitiva da pena. Ainda assim, há de se convir que nem sempre a localização do órgão indigenista está geograficamente próxima do território étnico de moradia do sujeito, o que poderia dificultar o alcance prática do objetivo proposto na medida.

A proposta normativa possui sintonia com o estabelecido no artigo 10, inciso 2, da Convenção n.º 169 da OIT, assim disposto: “Artigo 10. [...] 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento” (BRASIL, 2004). Para Gomiz e Salgado (2010), o termo punição (ou *sanción*, na tradução normativa para o espanhol) também deveria incluir a não aplicação de

medidas de seguridade adotadas durante o processo penal, a exemplo da prisão preventiva e da prisão temporária, de modo a evitar com que estas sejam mais gravosas que a própria condenação.

No substitutivo apresentado no parecer do relator, há mudança do conteúdo original, com a seguinte redação: “§ 2º A pena de prisão será cumprida na unidade mais próxima do local de habitação do índio ou do local de funcionamento do órgão federal de assistência” (SENADO FEDERAL, 2013, p. 109). O pior é o teor da argumentação justificadora da mudança textual:

A segunda alteração no dispositivo é para, acolhendo emenda do Senador Aloysio Nunes Ferreira (Emenda nº 176), modificar os termos do § 2º, que prevê cumprimento de pena necessariamente em regime de semiliberdade. Adotando as razões do Senador, “há índios imputáveis, semi-imputáveis e inimputáveis. Não há razão para que um índio imputável, que cometa crime grave, seja beneficiado, sempre, com regime especial de semiliberdade”. Há de se manter o tratamento isonômico (SENADO FEDERAL, 2013, p. 110).

Segundo ITTC (2014), a premissa justificadora da mudança textual está equivocada e contrária ao preceito geral do texto normativo original, mantido também no substitutivo, de superação do tratamento penal da pessoa indígena com base no binômio imputabilidade/inimputabilidade, passando, agora, a trabalhar com o critério do erro sobre a ilicitude do fato.

Além disso, ao excluir a obrigatoriedade da adoção da “semiliberdade”, oportuniza a aplicação de pena de reclusão integral das pessoas indígenas que está em contrariedade com o preceito definido na Convenção n.º 169 da OIT, o que geraria a possibilidade de judicialização para suspensão de sua eficácia (ITTC, 2014) por meio da adoção de controle de convencionalidade.

No adendo ao parecer, o relator retirou o texto normativo do parágrafo 2º do, agora, artigo 33, e o alocou num artigo específico, o 34, com conteúdo semelhante ao do substitutivo, da seguinte forma: “Art. 34. A pena de prisão imposta ao índio será cumprida na unidade mais próxima do local de sua habitação ou do de funcionamento do órgão federal de assistência” (SENADO FEDERAL, 2014, p. 22).

Por último, o parágrafo 3º do texto original é a cópia literal do artigo 9º, inciso 1, da Convenção n.º 169 da OIT. Esta proposição é o elemento mais avançado de reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, assegurando

suas efetividades e legitimidades com base no atendimento à compatibilidade com o sistema jurídico nacional e os direitos humanos internacionalmente assegurados. Esta aferição da compatibilidade precisa ser definida assegurando a participação dos povos indígenas nos espaços judiciais, de modo a fazer com que seja uma decisão tomada com a prevalência do diálogo e da tradução intercultural dos preceitos normativos que embasam a avaliação.

Ademais, e tal como apontam Gomiz e Salgado (2010), o preceito contido na Convenção n.º 169 da OIT, e reproduzido no texto original do PLS 236/2012, trata de conflitos internos entre membros de povos indígenas, e possui aplicabilidade imediata, não necessitando de lei regulamentadora – aliás, tampouco precisaria de sua inscrição expressa no novo CPB, pois já está vigente com o conteúdo presente no referido documento internacional. Além disso, a finalidade interventiva dos sistemas jurídicos indígenas não é necessariamente a de reprimir os delitos, dentro da lógica individualista e punitivista do direito penal, porém algo mais voltado à restauração da coesão social.

Em todo caso, a proposta normativa original do parágrafo 3º também foi alvo de mudança na emenda do relator, com o seguinte texto substitutivo:

§ 3º 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 indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, podendo o juiz, conforme a gravidade do fato, a culpabilidade e as sanções impostas pela respectiva comunidade indígena, deixar de aplicar a pena ou reduzi-la em até dois terços (SENADO FEDERAL, 2013, p. 110).

Já o adendo ao parecer desmembrou a complementação feita no substitutivo, deslocando para um novo parágrafo, de modo a ter dois parágrafos que versem sobre o assunto, de maneira complementar:

§ 2º Deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, desde que compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos.

§ 3º No caso do § 3º [isto parece erro de digitação, querendo ter dito § 2º], o juiz, considerando a gravidade do fato, a culpabilidade e as sanções impostas pela comunidade indígena, poderá deixar de aplicar a pena ou reduzi-la em até dois terços (SENADO FEDERAL, 2014, p. 22).

Em ambos os casos, a adição de texto que delega ao juiz a faculdade de aplicação da pena, com redução de até dois terços, reforça a centralidade colonial e racista do sistema jurídico estatal para legitimar (ou não) as decisões emanadas dos sistemas jurídicos indígenas. Isto também agudiza a hierarquização entre os sistemas jurídicos e a possibilidade de gerar procedimentos judiciais de criminalização às autoridades indígenas ou de dupla punição (estatal e indígena) aos apenados, o que vai de encontro ao princípio do *non bis in idem* (não repetir sobre o mesmo) de punição a um mesmo indivíduo, tão cara ao direito penal.

No entanto, e depois de todo o exposto sobre a análise do PLS 236/2012 e dos documentos complementares, entendo que o ponto central da crítica esteja na adoção do critério do erro sobre ilicitude, que, como dito anteriormente, produz uma série de efeitos deletérios ao adequado reconhecimento dos valores culturais, modos de vida e direitos indígenas. Em todo caso, são válidas e positivas as proposições, contidas no texto original do PLS 236/2012, em relação ao cumprimento de pena e ao reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, com ambas estando em sintonia com a Convenção n.º 169 da OIT e os preceitos mais atuais dos direitos indígenas.

## **5. Rumo à dogmática e política criminal intercultural: direitos fundamentais, objetividade e controle do colonialismo no direito e processo penal brasileiro**

As posições dominantes no direito e processo penal brasileiro – nos âmbitos legislativo, doutrinário e judicial – não conseguem (ou não querem) compreender a dimensão sociojurídica do reconhecimento dos indígenas como pertencentes a sociedades cultural e organizativamente diferenciadas. Aos povos indígenas são reconhecidos direitos nacionais e internacionais específicos que estão interligados à totalidade dos aspectos de suas vidas sociais, incluindo a recepção às formas de intervenção penal e de resolução interna de conflitos.

A crescente intolerância e incompreensão das diferenças na seara jurídico-penal revelam-se por discursos e práticas que procuram dificultar ou inviabilizar a aplicação de dispositivos que assegurem o tratamento diferenciado aos indígenas acusados ou presos pelo cometimento de infração penal. Isto, com fundamentos ideológicos em certa “proteção” da sociedade e garantia de julgamento-punição

“justo” que não conseguem escamotear o intento perverso da intervenção penal de controlar (ao máximo) a vida e a liberdade dos sujeitos, mesmo que, para isso, tenha de descaracterizá-los culturalmente e negá-los direitos fundamentais.

Tal procedimento hermenêutico-normativo de manipulação perversa do marcador indígena e dos respectivos direitos que ele fundamenta é, antes de tudo, inconstitucional. Nas situações e contextos em que a ordem constitucional brasileira reconhece os direitos indígenas, o critério étnico deve ser considerado como impossível de ser alienado, ou seja, de ser desconsiderado no tratamento sócio-estatal ofertado. A atribuição fática dos sujeitos destes direitos não está adstrita à plenipotência subjetiva de juízes, antropólogos ou legisladores, mas sim na construção das identidades étnicas que tem por substrato elementar a autodefinição de indivíduos e povos indígenas. Numa frase: é indígena quem se autoidentifica e é identificado por determinada coletividade como indígena, e ser indígena significa, acima de tudo, ter respeitada em todos os âmbitos sócioestatais os seus direitos específicos. Não há qualquer possibilidade de destituição, gradação e/ou ocultação da identidade étnica que não repercuta em infração às normas constitucionais e, conseqüentemente, na inconstitucionalidade do próprio procedimento e/ou norma – e, no caso do direito à autodenominação, do controle de convencionalidade para assegurar seu cumprimento.

Nesse plano, há de se discutir a inconstitucionalidade das categorias que classificam o grau de integração dos indígenas – e, num plano mais amplo, do próprio Estatuto do Índio – e da adequação entre capacidade civil, tutela e responsabilidade penal indígena, ou seja, de se as classificações são aceitáveis constitucionalmente.

Em primeiro lugar, ante a compreensão de que as categorias indígenas relativas ao grau de integração presentes no artigo 4º do Estatuto do Índio “não [foram recepcionadas] pela nova ordem constitucional, uma vez que a CF/88 [ou CRFB] não faz distinção alguma entre índios isolados, em vias de integração e integrados” (PONTES, 2010, p. 177), referindo-se a eles apenas pelo termo índios.

Assim, não mais vige a distinção classificatória regida por ideologia assimilacionista, sobretudo porque a nova conjuntura sociojurídica trata os indígenas pela ótica da cidadania diferenciada que instituí os mesmos direitos dos outros cidadãos não-indígenas e algo a mais, é dizer, direitos específicos criados devido às injustiças históricas e especificidades socioculturais. Com isso, há de se problematizar quais as implicações para a definição normativo-processual

dos indígenas no Direito Penal e no Poder Judiciário, sobretudo a respeito da adequação ao tratamento na culpabilidade, pois não seria mais possível utilizar as classificações assimilacionistas do Estatuto do Índio para ajustar os indígenas em relação ao grau de imputabilidade.

Em segundo lugar, a capacidade processual dos indígenas, fundamentada no artigo 232 da CRFB, é reconhecida por diversos autores (ARAÚJO, 2006; HENRINGER JUNIOR, 2006; MARÉS, 2009; PACHECO DE OLIVEIRA, 2006) como correspondente à capacidade jurídica geral de Direito Civil. Logo, a partir da CRFB, o indígena passou a ter o mesmo tratamento das demais pessoas naturais referente à capacidade plena para prática dos atos da vida civil, instituindo verdadeiro conflito com todos os artigos do *Capítulo II – Da assistência e da tutela* presentes no Estatuto do Índio, com o artigo 4º, parágrafo único do CCB e com a interpretação judicial da tutela da União definida no artigo 231 da CRFB. A celeuma encontra-se na compreensão de até que ponto a tutela pode subsistir quando há abertura hermenêutico-normativa constitucional para o reconhecimento da capacidade civil plena de todos os indígenas.

Por isso, configura-se verdadeiro paradoxo entre a capacidade civil e a responsabilidade penal nos termos formulados atualmente de inimputabilidade e semi-imputabilidade. O reconhecimento da capacidade civil pressupõe desenvolvimento mental completo, mas os critérios da inimputabilidade e da semi-imputabilidade têm por base o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que exige imediata reinterpretção do enquadramento penal com base na leitura constitucional para novo dimensionamento da responsabilidade penal e do tratamento diferenciado.

Por outro lado, há de se levar a sério o princípio da autodeterminação dos povos, inscrito expressamente no artigo 4º, inciso III da CRFB<sup>16</sup>, nos artigos 3º e 4º da DNUDPI<sup>17</sup> e no artigo 3º da DADPI<sup>18</sup>. Trata-se de princípio fundacio-

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

17 Na DNUDPI: “Artigo 3. Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Artigo 4. Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a dispõem dos meios para financiar suas funções autônomas” (ONU, 2007, p. 2).

18 Assim disposto: “Artículo III. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (OEA, 2016, p. 3).

nal dos direitos indígenas e da interculturalidade nas práticas sócioestatais, por introduzir o direito à diferença relacionado aos princípios da igualdade e da liberdade para assegurar dois aspectos centrais: (1) *Constitutivo*: exigência do desenho das instituições sociais e governamentais refletirem o resultado de processos guiados pela vontade dos povos sob seu governo (ANAYA, 2005), de modo a assegurar mecanismos de participação adequada dos povos indígenas nos espaços de discussão de temas e políticas que os afetem; (2) *Continuado*: exigência de que o desenho das instituições políticas, independente dos processos que levem em conta sua criação ou transformação, permita aos povos viver e se desenvolverem livremente de forma permanente (ANAYA, 2005), respeitando a autonomia política em relação às identidades, às crenças, aos costumes, às tradições, à organização social, ao território, ao desenvolvimento étnico e aos sistemas jurídicos.

Três seriam as implicações mais determinantes do uso do princípio da autodeterminação dos povos indígenas na intervenção penal. A primeira, de sustentação de que a definição de quem são os indígenas, ou a identificação étnica dos sujeitos, cabe unicamente aos indivíduos e povos indígenas (direito à autodenominação), e não aos agentes externos, como juízes e órgãos indigenistas<sup>19</sup>. Por consequência, a função dos laudos antropológicos é menos de dizer quem é ou não indígena, ou se o indígena compreende ou não as normas e os valores no direito penal, e mais de trazer para o processo seu ponto de vista ou, como diria Geertz (1997), o saber local de sua complexidade sociocultural para compreensão de práticas e discursos, além de tornar visível o fato de que “qualquer crime praticado por ou contra indígena tem fundo étnico e os aparatos judiciais devem estar preparados e suficientemente arejados para lidar com o multiculturalismo no âmbito também do processo criminal” (AMORIM, 2010, p. 152).

Em segundo, de redefinição da política criminal para tratá-la numa perspectiva intercultural, de forma a ampliar os espaços de participação de povos indígenas nas práticas judiciais de gestão do Direito Penal (VILLARES, 2010). Isto abarca desde a adoção de ações afirmativas de caráter étnico nos concu-

---

19 Análise similar está contida no parecer do ITTC (2014) ao PLS 236/2012, em que advoga a inclusão da identificação do indígena no trâmite do processo penal com base na autodenominação, da seguinte forma: “Seria importante e conveniente que o Código Penal, ao dedicar, como propõe o PLS 236/12, um artigo (o art. 36) aos indígenas, já dispusesse sobre sua identificação, explicitando a adoção do critério da autoidentificação. Seria importante e conveniente, ademais, que, para dar efetividade ao critério da autoidentificação, fossem incluídas na qualificação do indivíduo perguntas acerca de sua condição de indígena, sua etnia, sua língua, etc.” (2014, p. 4).

tos públicos das carreiras jurídicas, em especial do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, mas também a presença de pessoas indígenas no Tribunal do Júri, em casos em que haja vítima ou réu indígena, e a discussão com povos e organizações indígenas das possíveis penas a serem aplicadas aos infratores indígenas. Em todo caso, estas iniciativas de participação devem ser monitoradas e avaliadas pelos povos indígenas, para saber se lograram efeitos benéficos aos interesses e direitos indígenas, ou se acabaram, muito mais, reconfigurando a reprodução da colonialidade e do racismo nas práticas judiciais.

Em terceiro, o reconhecimento do pluralismo jurídico e, portanto, da vigência de sistemas jurídicos indígenas com formas específicas de resolução de conflitos, o que impõe limites e, ao mesmo tempo, deve estar coordenado à intervenção do Poder Judiciário. Reforça-se que os procedimentos e as punições aplicados internamente pelos povos indígenas têm validade social local e legitimidade jurídica, fundamentados, no direito internacional, no artigo 9º, inciso 1, da Convenção N.º 169 da OIT, nos artigos 4º<sup>20</sup> e 34º<sup>21</sup> da DNUDPI, nos artigos 6º<sup>22</sup> e 22, incisos 1 e 2<sup>23</sup>, da DADPI; e, no direito nacional, pela hermenêutica constitucional do texto normativo do artigo 231 quando se refere ao reconhecimento da organização social dos povos indígenas, o que inclui as instâncias internas que

- 
- 20 Assim disposto na DNUDPI: “Artigo 4. Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas” (ONU, 2007, p. 2).
- 21 Com a seguinte definição textual no diploma internacional: “Artigo 34. Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.” (ONU, 2007, p. 6)
- 22 Com o seguinte texto: “Artículo VI. Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicas, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas” (OEA, 2016, p. 4).
- 23 Da seguinte forma: “Artículo XXII. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. 2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional” (OEA, 2016, p. 9).

realizam o julgamento e a punição (VILLARES, 2010), como o *Aty Guassu* do povo *Guarani*<sup>24</sup> e a Maloca da Homologação da Comunidade do Maturuca<sup>25</sup>.

A tarefa não se esgota no reconhecimento pelo Estado da vigência e da legalidade da atuação de sistemas jurídicos indígenas. O passo seguinte, ainda mais desafiante e arriscado, é o de estabelecer critérios de coordenação entre o sistema jurídico estatal e os sistemas jurídicos indígenas que sejam construídos com ampla participação dos povos indígenas e delineados de modo a instituir a igualdade de relacionamento entre os sistemas jurídicos. Além disso, de incluir medidas para o monitoramento de sua operacionalização, visando corrigir os aspectos da colonialidade que se reinventam nas práticas interculturais e no pluralismo jurídico igualitário.

Por certo, o pluralismo jurídico deve ser utilizado com precaução redobrada. O atual uso com caráter emancipatório acaba escamoteando a origem investigatória do conceito associada ao aspecto colonial da legalidade moderna – de coexistência num mesmo espaço, arbitrariamente unificado, do direito dito “oficial” do Estado-nação e dos direitos tradicionais ditos “não-oficiais” – o que faz com seu uso fosse menos no sentido de ferramenta de combate e sim enquanto “controlado marco empírico, necesario para describir con la mayor precisión posible el modelo indígena, los conflictos interlegales con la sociedad hegemónica y las practicas judiciais vistas de diferentes dimensiones” (MOREIRA, 2005, p. 50).

Por fim, vislumbrasse ainda a discussão em relação à forma como direitos coletivos e direitos individuais devem ser tratados no âmbito das cidadanias diferenciadas. A pergunta que se faz é se realmente é possível dizer que existem casos penais envolvendo indígenas que não possuem nenhuma vinculação com os direitos coletivos.

---

24 A partir dos relatos de lideranças guarani e da técnica da reconstrução gráfica, Moreira (2005) apresenta o *Aty Guassu* como sucessivos atos rituais realizados em espaço religioso que procura conectar a dimensão terrestre com a sagrada para o encontro com o *teko joja* – traduzido por modo de ser justo ou igualitário – e purificação comunitária da violação cometida por algum delito – fato tratado como desobediência aos preceitos sociais e religiosos que, mesmo se cometido por apenas um indivíduo, contamina o grupo. Segundo o autor, o julgamento ocorre apenas nos delitos graves, como o homicídio e o rapto, pois nas infrações menores a questão é decidida apenas pelo cacique. A aplicação ou não de sanção e decisão construída por meio do consenso, de competência restrita ao “órgão de decisão” – composto pelo xamã, o cacique geral, a esposa do xamã e outros caciques – e as opções de pena variam do pagamento de compensação à família da vítima até a aplicação de pena de morte, não fazendo parte do rol de punições a prisão.

25 Sobre isso, conferir o outro artigo que tenho no livro, que trata especificamente sobre a atuação do sistema jurídico indígena existente na Comunidade do Maturuca.

vos dos povos indígenas? E, portanto, se é possível utilizar este argumento para retirar a competência da Justiça Federal e a diferenciação do tratamento jurídico-penal?

O que o STF realizou nos casos judiciais analisados anteriormente (HC 79.530-7 e HC 85.198-3) foi aceitar que as caracterizações da personalidade dos pacientes indígenas eram satisfatórias para desconsiderar qualquer relação entre condutas sociais e condicionantes culturais. Com isso, perdeu a oportunidade de solicitar laudo antropológico para verificação adequada, isto é, por meio de procedimento científico de coleta de informações, de quais eram, de fato, as constituições culturais que fundamentavam as práticas sociais desenvolvidas e, o mais importante, se não haveria conflitos socioculturais fundamentando as práticas e as condutas.

O referencial da natureza jurídica do direito violado envolve a disputa da noção normativa de cultura para entender até que ponto ela é o elo de fusão entre direitos coletivos e direitos individuais na perspectiva das cidadanias diferenciadas. O desafio do campo jurídico está em acordar os significados conceituais de cultura, “[p]orque justamente en la ‘cultura’ se encuentra la bisagra que conecta los dos modelos, el individualista al colectivista. No como una tienda sino como um complemento” (MOREIRA, 2008, p. 479). Trabalhar a cultura como categoria operativa interdisciplinar dentro do campo jurídico deverá restabelecer o marco que define a fluidez legal necessária para garantir os direitos dos grupos minoritários, dos povos originários e toda forma de alteridade resgatada ao plano da igualdade, tarefa essencial para respeitar as diferenças e articular adequadamente as legalidades à sociedade plural.

## **6. Outra classificação é possível? A aplicação da teoria da antijuridicidade e a recepção penal das condutas indígenas como exercício regular de direito**

O caminho aberto pela cidadania diferenciada cinge-se na preocupação com o enfrentamento dos espectros coloniais nas relações sociais, decisões judiciais e políticas públicas, por meio da transformação de documentos jurídicos nacionais e internacionais que passam a valorar positivamente a diversidade cultural, fazendo-a patrimônio de constituição do próprio Estado, dito agora pluriétnico, multicultural, intercultural e, em alguns casos, como os da Bolívia e do Equador, até plurinacional.

Dentre as medidas cabíveis para o intento, destaca-se a postura de controle das brechas/amplitudes normativas que permitem a intensificação do papel discricionário do interprete (juiz, gestor público, legislador, policial, cidadão, etc.) como forma de reprodução, explícita ou implícita, de discriminações indevidas aos povos indígenas, reiterando imagens e tratamentos constitucionalmente superados. Por exemplos máximos, têm-se a hierarquização cognitivo-cultural definida pela fixação do indígena como sujeito com desenvolvimento mental incompleto e as possibilidades de “negação da etnicidade”, que sempre partem dos discursos de autoridades judiciais e/ou policiais não-indígenas, pelo simples fato dos indígenas reais destoarem do ideal de indianidade inscrito em normas defasadas e no imaginário social.

Por isso, pleitear a objetividade e o controle da colonialidade na dogmática e política criminal significa verificar medidas que compatibilizem a intervenção penal com os direitos indígenas. Acima de tudo, que tragam para a forma mais extrema de regulação estatal da vida social fundamentos ético-jurídicos da diversidade cultural naquilo em que ela assume o poder de pluralizar a vida social e, por isso mesmo, de relativizar as condicionantes de fundamentação do direito penal.

A tarefa é delicada e cautelosa, pois significa encontrar possibilidades de valorização da cidadania diferenciada num diploma legal que entrou em vigor na década de 1940, e cuja última grande reforma da Parte Geral data de 1984. Portanto, antes da entrada em vigor da CRFB com as alterações constitucionais que definiram a estrutura normativa da cidadania diferenciada de povos indígenas.

Ainda assim, parte-se do pressuposto de que enquanto o direito e a política criminal situarem os indígenas dentro da teoria da culpabilidade dar-se-á mais ênfase aos aspectos negativos, isto é, discriminatórios da diversidade cultural. Com isso, procurando analisá-la com base em parâmetros oriundos do modelo sociocultural nacional de pensar e agir, reduzindo os direitos indígenas à exceção, e não à regra, assim atentando contra o princípio da autodeterminação e a dimensão normativa da cidadania diferenciada.

Pela ótica da cidadania diferenciada, todo fato criminoso que envolva indígenas deve ser analisado judicial e policialmente pela compreensão de que se tratam de sujeitos diferenciados culturalmente e que, por isso mesmo, podem estar inseridos em conflitos com estruturação, compreensão e intervenção socioculturais diversas. Daí resulta a impossibilidade de afastamento do direito

a “ser indígena” como justificativa última das relações sociais desenvolvidas em sociedades plurais. Cabe lembrar, ainda, que o valor-direito da identidade étnica foi constitucionalmente estabelecido como reconhecimento pelo Estado brasileiro, no artigo 231 da CRFB, ou seja, forma de compreensão do caráter pré-estatal dos seus direitos, sendo, por isso mesmo, inconstitucional qualquer procedimento ou norma que procure alienar a etnicidade e consequentes direitos específicos por mecanismos que estejam ao largo da autodefinição (individual e coletiva) dos povos indígenas.

Assim, identidade étnica, direitos específicos e Estado brasileiro são faces da mesma moeda, negar quaisquer dos dois primeiros significa negar o próprio Estado brasileiro, naquilo em que a CRFB o estrutura como sociedade pluralista e sem preconceitos (Preâmbulo), fundado no valor da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e com objetivos fundamentais de construção de sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I), de erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III), e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV).

Tratar a diversidade cultural e o valor-direito à diferença desse jeito representa dimensioná-lo, na dogmática e política criminal, como causa justificante de determinado fato formal e materialmente tipificado. Logo, significa deslocar o tratamento aos povos indígenas no direito penal da teoria da culpabilidade para a teoria da antijuridicidade, concebendo os direitos indígenas enquanto excludentes de antijuridicidade ou ilicitude que tornam lícito o que, pela ótica cultural não-indígena, é ilícito, concebendo as práticas culturais como exercício regular de direito (à diferença). Em regra, a efetuação do fato materialmente típico ocorre dentro de contexto legitimado pelo conjunto do ordenamento jurídico, em especial às normas constitucionais que lhe garante o direito fundamental de “ser indígena”, ou seja, a conduta está de acordo com o direito naquilo em que é reconhecido ao indígena o pensar e o agir diferentemente, não havendo, portanto, crime, em tudo conforme o próprio CPB, no artigo 23<sup>26</sup>.

Pela teoria tripartite do crime, em vigor na dogmática penal brasileira, a antijuridicidade ou ilicitude da conduta só é possível se a mesma for típica, isto

---

26 No CPB: “[a]rt. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito” (BRASIL, 1940).

é, tiver previsão legal, com conseqüente apuração da relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. De acordo com Camargo (2007), o tipo penal incriminador prevê implicitamente mandamento proibitivo, sendo que a realização do tipo leva ao surgimento de indícios de que a conduta era vedada pelo ordenamento jurídico. Porém, não é verdadeiro o argumento de que todo fato típico é ilícito, haja vista o tipo penal apenas apresentar indícios ou tendências da ilicitude de determinada conduta, sendo possível que o causador do fato típico tenha atuado amparado por causa excludente de antijuridicidade, quando então o fato, embora típico, é lícito.

Para Queiroz (2005), a antijuridicidade é conceito indicativo de conduta em contradição com o direito como um todo. Trata-se de juízo de desvalor (ou juízo negativo de valor) que incide sobre o comportamento típico, tendo em vista as exigências do próprio ordenamento jurídico. Se o agente atua sob o manto de causa de justificação, mesmo com o sacrifício de bem jurídico alheio, age conforme o direito, pois o comportamento ocorre segundo o direito, de modo a configurar a excludente de antijuridicidade delimitada no CPB nas modalidades de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

Pela doutrina majoritária, a caracterização da excludente de antijuridicidade exige a presença de elementos objetivo – constituição material de uma das modalidades da excludente de ilicitude – e subjetivo – agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente ou situação justificante (Bittencourt, 2009). Isto ligasse diretamente ao fato de em quaisquer das causas de justificação ser possível a emergência de excesso doloso ou culposos, conforme dispõe artigo 23, Parágrafo Único<sup>27</sup> do CPB, que não descaracteriza, pela desnecessidade ou desproporção dos meios, a excludente, mas significa que o sujeito, achando-se inicialmente numa das modalidades de excludente de ilicitude,

vai além dos limites da justificativa, ultrapassando-a, de modo que, para a admissão do excesso, é indispensável que a situação caracterize, inicialmente, a presença da excludente, cujo exercício, em um segundo momento mostra-se excessivo (QUEIROZ, 2005, p. 267).

---

27 Assim disposto: “Art. 23. [...] Parágrafo único – O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos” (BRASIL, 1940).

Dentre as modalidades de excludente de antijuridicidade, destaca-se, para os fins pretendidos, aquela que ocorre quando o agente atua em exercício regular de direito, previsto no artigo 23, inciso III, do CPB. Damásio de Jesus (2007) preceitua o emprego da palavra direito no sentido amplo, abrangendo todas as espécies de direito subjetivo de âmbito penal ou extrapenal, originando a possibilidade de localizar a matriz deste direito mais além (e acima) das normas infraconstitucionais penais, a exemplo da referência as normas constitucionais e as convenções internacionais.

Em termos de conceituação do exercício regular de direito, adotasse a definição elaborada por Bittencourt, para quem

*O exercício de um direito, desde que regular, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pelo direito. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do direito. Fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída esta causa de justificação. O exercício regular de um direito jamais poderá ser antijurídico (2009, p. 74. Itálicos do autor).*

Assim, considera-se que: (1) excludente apresenta hipótese em que se exerce faculdade legalmente autorizada; (2) exercício deve ser regular, isto é, obedecer a todos os requisitos objetivos exigidos pela ordem jurídica e dentro dos limites tolerados pelo direito; (3) configurada a excludente, absolve-se o agente sem aplicação de medidas de segurança, pois se considera a inexistência de crime, excluindo-se, via de regra, a responsabilidade extrapenal nos âmbitos civil, tributário e administrativo, dentre outros; (4) caso configurada a excludente com excesso de conduta, responde o agente pelo dolo ou a culpa, porém nunca afastando a existência da excludente no fato.

A aplicação da excludente de ilicitude aos povos indígenas está em sintonia com a percepção do direito como ordenamento, ou melhor, conjunto/sistema de normas jurídicas interdependentes e dispostas numa hierarquia normativa, cujo topo supremo é a norma constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos, estes últimos definidos no Brasil com *status* de emenda constitucional, caso aprovados, em dois turnos, por três quintos dos membros

do Congresso Nacional<sup>28</sup>, ou com força de norma supralegal, conforme definido pelo STF para todos os demais casos.

A princípio, considerasse a conduta do indígena em contradição com determinado fato típico penal como justificado constitucionalmente pela lógica do respeito à diferença sociocultural que embasa os direitos indígenas. Não quer dizer que o indígena não possa, ao final do julgamento, ser considerado culpado pelos atos que cometeu, mas para que isso ocorra é necessário trazer para o processo alguns procedimentos – como o laudo antropológico – e direitos – a exemplo do reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas – que permitam com que os meios utilizados sejam adequados à diversidade cultural, pois aqui, mais do que nunca, os meios justificam os fins, e ambos são legitimados pelos princípios adotados.

O caráter ilícito da conduta indígena estará configurado quando houver excesso da causa de justificação, no sentido de reconhecimento da vigência fática dos direitos indígenas sem deixar de verificar que determinadas práticas podem resultar em danos excessivos que não afastam a incidência do tratamento diferenciado, apenas sinaliza a necessidade de analisar o dolo ou a culpa do agente por meio de investigação sócio-antropológica menos preocupada em saber se o indígena é consciente da excludente de ilicitude no momento do ato – pois levaria a busca imprópria de se compreendia seus direitos indígenas, no estilo sim ou não – do que em estabelecer o contexto em que a excludente de ilicitude opera e como os agentes locais materializam-na em atos e pensamentos, com conseqüente individualização da pena.

Pela interseção entre direitos indígenas e direito penal, é necessário atentar para o fato dos sistemas jurídicos diferenciados e a jurisdição indígena serem instituições e procedimentos vigentes em povos indígenas e o reconhecimento do pluralismo jurídico é obrigação normativa dos Estados plurais<sup>29</sup>, de forma a

---

28 Esta regra esta prevista na CRFB, no artigo 5º, parágrafo 3º, com o seguinte texto: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988).

29 Para Yrigoyen Fajardo (1999), as jurisdições indígenas têm competência: (1) *material*: faculdade de resolver situações e conflitos em todos os tipo de matérias; (2) *territorial*: regulação do sistema jurídico diferenciado e resolução de casos ocorridos dentro dos territórios indígenas, cabendo notar que “... puede haber situaciones jurídicas o conflictos que se producen fuera de la comunidad o pueblo indígena pero cuyos sujetos o materia son de competencia de los pueblos indígenas [...]” (YRIGOYEN FAJARDO, 1999, p. 1); (3) *personal*: direito dos indígenas de serem julgados e punidos pelos próprios

exigir das instancias sócioestatais, em particular do Poder Judiciário e da Polícia, o entendimento de determinadas práticas culturais indígenas e do exercício da jurisdição indígena como faculdades de exercício regular dos direitos constitucionais e internacionais. Desse modo, assumidos como excludentes de ilicitude que atuam para evitar a criminalização indevida e repensar a soberania política pela égide da cidadania diferenciada<sup>30</sup>.

Certamente, a dogmática e política criminal que se pretende intercultural precisa saber instrumentalizar o princípio da autodeterminação dos povos nos procedimentos de julgamento e punição de condutas realizadas por ou contra indígenas. Por um lado, o referido princípio exige o reconhecimento da autonomia e da autodefinição como pressupostos do pluralismo jurídico e da impossibilidade de alienação da identidade étnica e dos direitos específicos correlatos. Por outro, a dimensão do princípio diz respeito à participação dos indígenas em espaços de poder nos quais estejam em discussão assuntos que de alguma forma os afete, inclusive o Judiciário e a Polícia.

No âmbito penal, a participação direta dos indígenas torna-se medida salutar para adequada resolução dos casos e, quando houver necessidade de punição, definição de quais as penas possíveis de serem aplicadas. Retomando a proposta de Villares (2010), há de se garantir efetiva e obrigatoriamente a presença de indígenas no júri do conselho de sentença de casos em que haja vítima ou réu indígena, a consulta às autoridades indígenas em relação à apuração de práticas delituosas e às possíveis penas aplicáveis aos indígenas infratores – oportunizando, quando requerido, tradutor bilíngue e, sempre que possível, oitiva dos indígenas nos territórios indígenas.

---

sistemas jurídicos de suas culturas, além de acionar o mesmo aparato nativo para defesa de membros e bens contra terceiro não-indígena que realiza fato danoso dentro do território indígena; (4) *temporal*: regulação, conhecimento e resolução de casos de competência jurisdicional indígena que não podem ser submetidos, como segundo instância, à justiça estatal, pois deixaria sem conteúdo o reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas e do pluralismo jurídico.

30 Pela égide da cidadania diferenciada o Estado passa a ser o *guarda-chuva furado* das diferentes etnicidades assumidas no mesmo *status* da nacionalidade, “... isto porque se propõem a valorizá-las, mas de modo a respeitar suas autonomias e autodeterminações impossíveis de serem questionadas ou interferidas pelo próprio Estado, sob pena de infração aos preceitos constitucionais” (BELTRÃO e OLIVEIRA, 2009, p. 10980. Itálico do original).

## Considerações finais

A primazia da autodeterminação e da cidadania diferenciada não implica apenas a revisão do conhecimento até então utilizado no âmbito jurídico-penal sobre os povos indígenas, mas influencia, tal como alerta Bourdieu (2009), as condições de produção do conhecimento, pois para que este seja produzido na nova conjuntura política é necessária a reordenação das competências dos diversos agentes nas relações de poder desenvolvidas no campo jurídico.

Porém, nada disso terá grande impacto nas discussões no campo científico, institucional e político-jurídico se não houver a sensibilização para o fato da penalização de indígenas ser algo com diversas repercussões práticas que ainda estão para ser identificadas, estudadas e superadas. Como dito no início do texto, as autoridades públicas do Estado brasileiro não conhecem os indígenas que mantêm preso ou em processo de acusação, e também não sabem como proceder com tratamentos diferenciados que respeitem e instrumentalizem os direitos indígenas nas práticas judiciais e policiais.

Por isso, a discussão em torno do tratamento jurídico-penal aos indígenas deve ser encarado menos como taxonomia normativa – de saber em que parte da dogmática penal classificá-los – do que como atitude ética que não precisa propriamente de certezas normativas para ser levada a sério, pois o respeito a diversidade cultural não é apenas mandamento estatal, mas condição de convivência humana que, justamente por não estar sendo zelada, provoca a cada dia novas vítimas que não aparecem nas estatísticas oficiais e nem na grande mídia.

O que está em jogo na proposta de interculturalidade da dogmática e política criminal brasileira é a destituição do monopólio de dizer o direito (BOURDIEU, 2004) – historicamente configurador da estrutura ideológica do campo jurídico nacional, com diversas implicações negativas aos povos indígenas – para o reconhecimento da democratização do dizer os direitos, no sentido de respeito à autonomia e à participação que reflita, como *ultima ratio*, o fortalecimento da cidadania no Estado brasileiro.

No entanto, a nova condição não escapa a crítica formulada pelo próprio Bourdieu de que o levante dos dominados para encontrar no exterior, nos campos científicos (sobretudo antropológicos) e políticos (protagonismo e organização política dos povos indígenas): “os princípios de uma argumentação crítica que tem

em vista fazer do direito uma ciência dotada da sua metodologia própria e firmada na realidade histórica...” (2004, p. 252), pode, ao contrário do pretendido, reforça ainda mais o monopólio do campo jurídico pelo “regresso às realidades que favorecem o aumento da diferenciação do campo e a intensificação da concorrência interna ao mesmo tempo que o reforço dos dominados no seio do campo jurídico” (2004, p. 203). Logo, a produção daquilo que Shiraishi Neto (2010) denominou por “novas” “sensibilidades jurídicas”<sup>31</sup> do campo jurídico-judicial brasileiro no trato da diversidade cultural sob a égide dos “novos direitos”.

Aqui se apresenta o dilema dos direitos indígenas no contexto da cidadania diferenciada, é dizer, a possibilidade de inserção dos povos indígenas enquanto sujeitos de direitos, concomitante ao risco de serem novamente alijados do papel de sujeitos do direito<sup>32</sup>, de terem destituídos a autodefinição – inclusive identitária – e a efetivação adequada dos direitos pela reduzida abertura de espaços de participação democrática e intercultural no campo jurídico.

Por fim, tudo o que foi teorizado no presente artigo para a temática dos povos indígenas ganha fôlego se houver a compreensão de que os povos indígenas são apenas um dos sujeitos coletivos que reivindicam identidades étnicas específicas para garantia de direitos específicos. Os denominados povos e comuni-

---

31 As “novas” “sensibilidades jurídicas” do Poder Judiciário no tratamento da diversidade cultural estão presentes para Shiraishi Neto (2010) no julgamento do *Caso Raposa Serra do Sol* – com crítica as 19 condicionantes – e também no julgamento da ADIN movida pelo DEM contra o Decreto N.º 4.887/2003, ambos tendo por espaço de negociação o STF. Para o autor, o processo de deslocamento do Direito – e do Poder Judiciário – para a posição de instituição central da garantia de forma adequada dos direitos fundamentais, traz “[n]o bojo desse processo, as técnicas de interpretação jurídica, inventadas e criadas, para resolução das disputas que se tornaram mais e mais variadas e complexas diante da sociedade que se diversifica, objetivam a adequação do direito a essas “novas” situações, na medida em que o direito seria uma espécie de garantidor da “integração social”. Para que esse esquema de pensamento possa ser efetivado é necessário afastar-se de quaisquer possibilidades de conflito, sob pena de distender os indivíduos e grupos sociais que se encontram ambientados em um mesmo mundo social e, para isso, diversas noções são tomadas preferencialmente com o pretexto de cimentar não somente o papel central que se atribuí ao direito, mas também a construção de uma “nova” “sensibilidade jurídica” mais adequada a essa nova ordem social” (SHIRAISHI NETO, 2010, p. 7)

32 Alias, é de Leite (2000) toda uma análise acurada sobre os conflitos e as disputas que envolveram (e envolvem) o processo de definição do sujeito *quilombola* do direito, assim disposto: “[o] processo em curso de definição do sujeito do direito produz um certo deslocamento dos velhos estigmas, ao desencadear uma revisão dos critérios de classificação dos grupos, principalmente quando estes são considerados como sendo relativamente homogêneos. A questão só vai adiante quando desloca-se para o processo no qual emerge o próprio grupo, tratando-se, portanto, de priorizar as alianças de diferentes tipos e também relações de consangüinidade, em que participam indivíduos de outros grupos étnicos, mas inseridos e identificados com as lutas dos afro-descendentes” (2000, p. 343).

dades tradicionais, dentre os quais estão incluídos povos indígenas, ciganos, de matriz africana, comunidades quilombolas, ribeirinhas, pescadoras, caçaras, quebradeiras de coco babaçu e faxinais, dentre outras dezenas de categorias sociais, também merecem a devida apreciação das diferenças socioculturais e dos direitos coletivos para influenciar a dogmática e a política criminal, dentre outros âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro.

## Referencias

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Nas bordas da política étnica: os quilombos e as políticas sociais. In: **Boletim Informativo do NUER**. Florianópolis: NUER/UFSC, v. 2, n. 2, p. 15-44, 2005.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; Marin, Rosa Elisabeth Acevedo. Campanhas de desterritorialização na Amazônia: o agronegócio e a reestruturação do mercado de terras. In: BOLLE, Willi; CASTRO, Edna; VEJMELKA, Marcel (org.). **Amazônia: região universal e teatro do mundo**. São Paulo: Globo, p. 141-159, 2010.

AMORIM, Elaine. A perícia antropológica no processo criminal: estudo de caso. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, p.151-165, 2010.

ANAYA, S. James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos indígenas no Brasil – estado da arte. In: ARAUJO, Ana Valeria (org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito a diferença**. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, p. 45-83, 2006.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Constitucionalismo multicultural e povos indígenas: outra cidadania é possível? In: CONPEDI. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 10972-10988, 2009.

BELTRÃO, Jane Felipe; LIBARDI, Estella; OLIVEIRA, Assis da Costa; FERNANDES, Rosani de Fátima. As peijas dos povos indígenas contra as “minas” que “transformam” a diversidade cultural em crime. In: PINHO, Ana Claudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (orgs.). **Direito Penal & Democracia**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., p. 213-238, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito – Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 209-254, 2004.

\_\_\_\_\_. **O senso prático**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro)**. Brasília: Casa Civil, 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm) >. Acesso em: 14 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal Brasileiro)**. Brasília: Casa Civil, 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm) >. Acesso em: 14 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Exposição de motivos do Código Penal de 1940 – Ministro Francisco Campos. In: **Revista de Informação Legislativa**, p. 120-170, 1969.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio)**. Brasília: Casa Civil, 1973. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm) >. Acesso em: 14 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm) >. Acesso em: 14 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 (Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais). Brasília: Casa Civil, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

CAMARGO, Jorge Luís de. O elemento subjetivo nas excludentes de ilicitude e a necessidade de sua quesitação nos processos a serem julgados pelo conselho de sentença no tribunal do júri. In: **Revista Internauta de Prática Jurídica**, n. 19, jan.-jun. 2007. Disponível em: <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo\\_busqueda=EJEM\\_PLAR&revista\\_busqueda=1937&clave\\_busqueda=157424](http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEM_PLAR&revista_busqueda=1937&clave_busqueda=157424)>. Acesso em: 11 set. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTILHOS, Wahsington; GROTZ, Fábio. O olhar do outro. In: **CLAM**, 24 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/noticias-clam/conteudo.asp?cod=12023>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: **O Saber Local: novos Ensaios em Antropologia Interpretativa**. Petrópolis: Vozes, p. 249-356, 1997.

GOMES, Luís Flávio. **Direito penal – parte geral: culpabilidade e teoria da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOMIZ, Maria Micaela; SALGADO, Juan Manuel. **Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino**. 2 ed. Neuquén: ODHPI, 2010.

GREGOR BARIÉ, Cletus. **Pueblos Indígenas y derechos constitucionales: um panorama**. Bolívia: Instituto Indigenista Interamericano; Comisión Na-

cional para o Desenvolvimento de los Pueblos Indígenas; Equador: Editorial Abya-Yala, 2003. Disponível em: <<http://gregor.padep.org.bo>>. Acesso em: 27 out. 2009.

\_\_\_\_\_. El debate actual sobre autonomías en la legislación internacional: experiencias prácticas. In: SEVILLA, Rafael; GREGOR-STRÖBEL, Juliana (orgs.). **Pueblos Indígenas – Derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad**. Weingarten (Oberschwaben): Centro de Comunicación Científica con Ibero-América, p. 32-56, 2008.

HOLANDA, Marianna A. F. O falso dilema do “infanticídio indígena”: por que o PL 119/2015 não defende a vida de crianças, mulheres e idosos indígenas. In: **Racismo Ambiental**, 29 jan. 2017. Disponível em: < <https://racismoambiental.net.br/2017/01/29/o-falso-dilema-do-infanticidio-indigena-por-que-o-pl-1192015-nao-defende-a-vida-de-criancas-mulheres-e-idosos-indigenas/>>. Acesso: 17 jan. 2019.

HERINGER JUNIOR, Bruno. **A imputabilidade penal do índio**. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 73, p. 150-157, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010: Características gerais dos indígenas – Resultados do universo**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC). **O tratamento penal dado ao indígena pelo PLS 236/12**. São Paulo: ITTC, 2014. Disponível em: <<http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Parecer-ITTC-A-Quest%C3%A3o-ind%C3%ADgena-no-PL-S-236-1.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Ilka Boaventura. **Os quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas**. *Etnográfica*. Lisboa, v. 4, n. 2, p. 333-354, 2000.

MADEIRA, Ronaldo Tamus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA, Manuel. **La cultura jurídica Guaraní: aproximación etnográfica a la justicia Mbya-Guarani**. Argentina: Antropofagia, 2005.

\_\_\_\_\_. El concepto de cultura em el derecho. In: **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 466-481, set.-dez. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)**. Washington: OEA, 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. Una etnografía de las tierras indígenas: procedimientos administrativos y procesos políticos. In: PACHECO DE OLIVEIRA, João (Comp.). **Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas en Brasil**. Rio de Janeiro: Contra Capa; Lima: Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, p. 15-50, 2006.

\_\_\_\_\_. **Infanticídio entre as populações indígenas - Campanha humanitária ou renovação do preconceito?** Brasília: Comissão de Assunto Indígena (CAI) da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), 2009. Conferir: <<http://www.abant.org.br/>>. Acesso em: 14 fev. 2010.

PASCHOAL, Janaina Conceição. O índio, a inimizabilidade e o preconceito. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, p.81-91, 2010.

PONTES, Bruno César Luz. O índio e a Justiça Criminal brasileira. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, p.167-223, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, p. 84-130, 2010.

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

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e competência criminal – a necessária revisão da Súmula 140 do STJ. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, p. 93-103, 2010.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado N° 236, de 2012 – Anteprojeto de Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 14 jn. 2019.

\_\_\_\_\_. **Parecer N° , de 2013 (Relator: Senador Taques)**. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 14 jn. 2019.

\_\_\_\_\_. **Adendo ao Parecer N° , de 2014 (Relator: Senador Vital do Rêgo)**. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

SILVA, Cristian Teófilos (coord.). **Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil**. Brasília: PGR, ABA, 2008. Disponível em: < <http://www.abant.org.br/> >. Acesso em: 20 dez. 2009.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. “Novas” “Sensibilidades” Velhas Decisões: notas sobre as transformações jurídicas recentes. In: ANDHEP. **Anais do 6º Encontro Anual da ANDHEP**. Brasília: ANDHEP, 2010. Disponível em: <<http://www.andhep2010.sinteseeventos.com.br/>>. Acesso em: 12 out. 2011.

SOUZA, José Otávio Catafesto de. Mobilização indígenas, direitos originários e cidadania tutelada no sul do Brasil depois de 1988. In: FONSECA, Claudia; TERTO JR., Veriano; ALVES, Caleb Farias (orgs.). **Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares**. Porto Alegre: Editora UFRGS, p. 185-197, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) **Habeas Corpus N. 79.530-7 PARÁ**. Brasília: STF, 1999. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 14 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus N. 85.198-3 MARANHÃO**. Brasília: STF, 2005. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 14 dez. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Súmulas e Precedentes. In: **RSSTJ**, a. 4, 10, p. 191-213, jul. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010\\_10\\_capSumula140.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito penal na ordem jurídica pluriétnica. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, p.15-27, 2010.

YVIGOYEN FAJARDO, Raquel. Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. In: YVIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal**. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999. Disponível em: <<http://www.aler-tanet.org/b-pautas.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org.). **Povos indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, p. 09-62, 2009. Disponível em: < <http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/livros/LIVRO%20PDF%20-%2007-AG O-09.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Indígena. In: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica. **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, p. 491-500, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



# Indígenas na Prisão: o Déficit da Perspectiva Intercultural

Ela Wiecko Volkmer de Castilho<sup>1</sup>

## Introdução

O tratamento jurídico-penal aos indígenas no Brasil, aplicado pelo Estado, é um tema pouco aprofundado nos manuais de direito penal, processo penal e execução penal, ou mesmo ignorado. Também na jurisprudência. A análise, quando existente, privilegia o debate antigo sobre a imputabilidade. A partir do paradigma da diversidade étnica e cultural, estabelecido pela Constituição da República de 1988<sup>2</sup>, as discussões se deslocaram para os demais elementos do conceito analítico do crime, ou seja, para a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, examinando a presença de dolo e ausência de causas de justificação e de exculpação.

Este texto cuida de um momento posterior em que, já reconhecida a prática de um crime por indígena, a sentença judicial aplica a pena correspondente ao crime e, depois, determina a sua execução.

Nos termos do direito estatal, a pena será aplicada conforme os critérios do artigo 59 do Código Penal Brasileiro (CPB) e de outros previstos em leis especiais, como da Lei Ambiental e Lei de Drogas. Subsiste também o art. 56 da Lei n.º 6001, de 19/12/1973, que dispõe:

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

---

1 Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), e dos cursos de pós-graduação em Direito, e Direitos Humanos e Cidadania da UnB. Possui doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, mestrado em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná e graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Grupo Candango de Criminologia e do Moitará – Grupo de Pesquisa em Direitos Étnicos. É Subprocuradora-Geral da República (MPF). Contato: elawiecko@gmail.com

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

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 próximo da habitação do condenado (BRASIL, 1973).

Além desse dispositivo, anterior à Constituição da República de 1988, o Decreto n.º 5.051, de 19/4/2004, que promulga a Convenção n.º 169, da OIT, sobre povos indígenas e tribais, estabelece no artigo 10:

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.
2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento (BRASIL, 2004).

Em que medida e em que casos esses dispositivos são acionados? Qual a argumentação utilizada? Quais as espécies de pena mais aplicadas? Como são avaliadas as características econômicas, sociais e culturais dos autores/as indígenas? O que significa o regime especial de semiliberdade?

Para responder a essas indagações serão examinados os dados e informações disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), pesquisas acadêmicas, doutrina, bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) a partir de 2004, ano de incorporação da Convenção n.º 169 ao direito interno.

Considerando o reconhecimento constitucional da organização social e dos costumes dos povos indígenas, também será objeto de reflexão a hipótese em que ocorrer de forma concomitante, anterior ou subsequente, em relação a uma mesma conduta, a atuação do direito estatal e do direito indígena. Isto porque o artigo 9º da Convenção n.º 169 preceitua:

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 (BRASIL, 2004. Grifei).

Acrescente-se, no mesmo sentido, os enunciados da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 13/9/2007, da qual o Brasil é signatário:

Artigo 34

Os povos indígenas têm o **direito de promover, desenvolver e manter** suas **estruturas institucionais** e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, **costumes ou sistemas jurídicos**, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Artigo 35

Os povos indígenas têm o **direito de determinar as responsabilidades** dos indivíduos para com suas comunidades (ONU, 2007. Grifei).

Igualmente, as disposições da Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 15/6/2016, em especial o Artigo XII sobre Direito e Jurisdição indígena:

1. Os povos indígenas têm direito a promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, **costumes ou sistemas jurídicos**, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.
2. O direito e os sistemas jurídicos indígenas serão reconhecidos e respeitados pela ordem jurídica nacional, regional e internacional.
3. Os assuntos referentes a pessoas indígenas ou a seus direitos ou interesses na jurisdição de cada Estado serão conduzidos de maneira a proporcionar aos indígenas o direito de plena representação com dignidade e igualdade perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, à igual proteção e benefício da lei, inclusive ao uso de intérpretes linguísticos e culturais.
4. Os Estados **tomarão medidas eficazes, em conjunto com os povos indígenas**, para assegurar a implementação deste artigo (OEA, 2016. Grifei).

A análise trabalha, de um lado, com o reconhecimento do pluralismo jurídico, entendido como existência simultânea, no seio de uma mesma ordem jurídica, de regras de direitos diferentes aplicando-se a situações idênticas. De outro, com a perspectiva da interculturalidade crítica.

André Hoekema (2002) distingue o pluralismo jurídico formal unitário e igualitário. O primeiro existe quando o Estado reconhece a existência de mais de um sistema jurídico, mas o direito oficial se reserva a faculdade de determinar unilateralmente a legitimidade e o âmbito de aplicação dos demais sistemas de direito reconhecidos. É o que acontece no Brasil, em relação ao direito produzido pelos povos indígenas. A Constituição Federal se refere a “costumes” e não a direito indígena ou direito consuetudinário. Por sua vez a Convenção n.º 169 evidencia a subordinação desse direito, ao dizer que há de ser “compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

No pluralismo jurídico formal igualitário o direito oficial reconhece a validade das normas de outros sistemas de direito como parte integral da ordem legal nacional, mas direcionados a âmbitos sociais específicos.

A expressão interculturalidade se encontra amplamente difundida nos debates sobre os indígenas no ensino superior brasileiro e também sobre educação escolar indígena na América Latina e em determinados contextos de educação para populações imigrantes de países da Europa.

Nesta análise interessa a interculturalidade no sistema de justiça, em especial quando o judiciário decide conflitos em que uma das partes é um indivíduo ou um grupo pertencente a uma minoria étnica. Nesses casos temos culturas diferentes e, portanto, valores, práticas e concepções de mundo diferentes e não raro opostos. Quando se trata de aplicar o direito, o sistema de justiça adota uma postura autoritária e etnocêntrica, considerando como verdadeira e melhor a sua visão sobre direitos e desconsiderando os valores e concepções desse outro.

Catherine Walsh (2009) chama atenção para o uso funcional da interculturalidade em discursos, políticas e estratégias de corte multicultural/neoliberal e que se referem ao “reconhecimento” e à “inclusão” de determinados grupos “minoritários” dentro de um modelo globalizado de sociedade, sem tocar, no entanto, nas origens e nas causas das assimetrias sociais e culturais que sustentaram e sustentam a desigualdade e a exclusão social; ou seja, sem questionar as “regras do jogo”.

Nesse cenário, o termo “interculturalidade” é utilizado por instituições internacionais, organizações não-governamentais, e também nas políticas públicas, como forma de incorporar todos à sociedade/mercado multi/pluricultural e neoliberal. O objetivo é “incluir os excluídos do sistema” como estratégia de dominação, controle e, evidentemente, manutenção de *status quo*.

Os movimentos sociais assumem a interculturalidade como parte de seu discurso político e reivindicatório, através de uma perspectiva crítica e contra-hegemônica, denominada por Catherine Walsh (2009) de “interculturalidade crítica”. Ela vai mais além da diversidade, do reconhecimento e da inclusão e não se limita às esferas políticas, sociais e/ou culturais. Ela se dirige à construção de modos *outros* de poder, saber, ser e viver, que se distanciam das formas inscritas pela razão moderno-ocidental-colonial e racial. Para isso, é fundamental questionar as relações de poder e o padrão de racialização que constrói (e ao mesmo tempo naturaliza) a diferença colonial e as desigualdades a ela associadas.

## **1. Onde e quantos indígenas cumprem penas privativas de liberdade?**

Durante muito tempo as sanções criminais no Brasil se restringiam à aplicação da pena privativa de liberdade. A possibilidade de sua substituição por penas restritivas de direitos só ocorreu com a Lei n.º 7.209, de 11/7/1984, que alterou a Parte Geral do CPB. Mas ainda hoje prevalece a aplicação de penas privativas. No diagnóstico das Varas de Execução Penal, publicado pelo CNJ (2015), dos processos de execução distribuídos, 81% eram de penas privativas de liberdade e 19% de restritivas de direitos. Por isso, este estudo privilegia a análise da aplicação da pena privativa de liberdade.

Dornelles, Brum e Veronese (2017, p. 127) observam que a prisão dos indígenas no Brasil pode ser estudada por dois enfoques: o primeiro, marcado pelo cumprimento em estabelecimentos destinados exclusivamente a indígenas, administrados pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI); e o segundo, marcado pelo cumprimento em estabelecimentos prisionais comuns sem qualquer distinção por sua condição étnica.

A aplicação das penas, à época do SPI, era disciplinada pelo Decreto n.º 5.484/1928. De acordo com o § 1º do artigo 28, o índio pertencente às categorias

nômade, arranchado ou aldeado e os que t menos de cinco anos de estabelecimento em povoação indígena, que tivesse praticado qualquer infração, com discernimento,

será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colonias correccionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinares, pelo tempo que ao mesmo inspector parecer, comtanto que não exceda de cinco anos (BRASIL, 1928).

Consoante o artigo 29 do mesmo diploma legal, os índios com mais de cinco anos em povoação indígena, ou seja, em convívio com a sociedade nacional, que cometessem qualquer infração prevista na legislação penal comum, seriam punidos às penas nela instituída, reduzidas à metade. Nunca lhes devia ser aplicada prisão celular, que seria sempre substituída por prisão disciplinar, o que significava que o cumprimento da pena se daria em instituições penais especialmente criadas para índios (SOUZA FILHO, 2006, p. 112).

A dissertação de mestrado de José Corrêa (2000) aponta a existência de pequenas cadeias e áreas de confinamento e apresenta documentos relativos ao período de 1942-1967, que registram a transferência de índios infratores para vários lugares de detenção em determinadas regiões do território brasileiro. Entre eles, o Posto Indígena de Icatu, em Braúna/SP, para onde foram encaminhados indígenas do Paraná, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Também o de Vanuíre, em Arco-Íris/SP. Nos Postos Indígenas Nonoai e Cacique Doble no Rio Grande do Sul havia celas, cujas condições degradantes foram descritas no Relatório Figueiredo (1967). Destaca-se também o presídio criado na Ilha do Bananal. A Fundação Nacional do Índio (Funai), órgão que sucedeu ao SPI, manteve na época da ditadura o Reformatório Krenak, a Fazenda Guarani e uma colônia penal clandestina no território *Yanomami* (CAMPOS, 2013).

Por sua vez, artigo de Daize Wagner (2014) registra o posto de fiscalização criado pelo SPI, em 1930, chamado de Encruzo, localizado no encontro dos rios Uaçá e Curupi, na região do baixo Oiapoque, no Amapá. O posto funcionou ativamente como local de cumprimento de penas, de 1930 até 2006.

Vale ressaltar que os indígenas presos cumpriam penas aplicadas pelo Judiciário ou pela própria administração, estas com o objetivo de sancionar indisciplina, insubordinação, embriaguez, e até roubos e homicídios.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2006, p. 113) observa que:

Durante 40 anos conviveram com o sistema punitivo, formas extra-oficiais de punição aos índios, não apenas com leis próprias, mas com um completo sistema penitenciário especial, com autoridades e procedimentos alheios às leis do país, mas extremamente eficiente e temido.

Não dispomos de informações completas sobre o momento em que esses presídios e lugares de detenção foram desativados. Atualmente não há notícia de que existam sob a administração da Funai (SILVA, 2016, p. 237).

Assim, os indígenas autores de crimes, assim declarados pelo judiciário, seja estadual ou federal, são encaminhados para cumprimento de pena privativa de liberdade às penitenciárias ou colônias penais, administradas pelos governos estaduais e Distrito Federal. Nesses estabelecimentos a invisibilidade da condição étnica é a regra. Diz Luiz Carlos Valois (2019):

eu sou juiz de execução penal há mais de vinte anos, e no Amazonas, e nunca vi um índio preso, não que não tenha tido, mas acho que eles mesmos, os índios, preferem não se apresentarem como índios, quando estão no sistema, porque os locais de encarceramento diferenciado são sempre piores, vide os com risco de vida, os homossexuais etc., então eu acho que que o índio acaba preferindo ser mais um [...].

O receio procede. Na rebelião ocorrida em janeiro de 2017, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, cinco indígenas que estavam alocados no “seguro externo”, onde ficavam custodiados os presos sob risco de morte, foram mortos porque as facções que controlam as prisões determinaram a morte de todos que ali estavam.

Assim, ou os indígenas aceitam humilhações e discriminação nos pavilhões comuns ou convivem com presos perigosos e ameaçados de morte em alas especiais. Joel do Nascimento Rodrigues, indígena *Apurinã* egresso do sistema prisional do Amazonas, narra que era humilhado pelos presos não-indígenas que lhe diziam: “índio é para estar na mata, índio só sabe andar de canoa, índio não tem vez!”<sup>3</sup>

3 Depoimento no inquérito civil nº 1.12.000.000001/2017-05, do Ministério Público Federal (MPF) que serviu de fundamento à ação civil pública com pedido de tutela antecipada de urgência combinado com pedido de indenização por danos morais coletivos contra a União, Funai e a empresa Umanizzare.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen, 2017), atualizado em junho de 2016, a população prisional era de 726.712 pessoas dentro do sistema penitenciário, nas carceragens de delegacias e no sistema penitenciário federal. Desse total 40% não haviam sido ainda julgadas e condenadas. A informação sobre a raça, cor ou etnia da população prisional estava disponível para 493.145 pessoas (ou 72% da população prisional total). A partir da análise da amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia, pode-se afirmar que 1% da população prisional é composta por pessoas de cor amarela, etnia indígena e outras<sup>4</sup>.

Na tabela 11 do Levantamento vê-se a distribuição da população prisional de acordo com a raça, cor ou etnia por Unidade da Federação (Infopen, 2017). Destaca-se, principalmente, a baixa disponibilidade de informações acerca da raça, cor ou etnia da população presa nos estados do Maranhão, Pernambuco e Mato Grosso, o que compromete a análise da distribuição da população prisional em âmbito estadual. Constam indígenas apenas nos estados do Mato Grosso do Sul (1%) e Roraima (3%). Não consta nenhum indígena preso em penitenciária federal.

Esses são os dados mais recentes sobre o quantitativo de indígenas na prisão, em virtude de prisão cautelar ou de execução de pena.

O CNJ (2014) publicou um diagnóstico sobre o número de presos, somando o número informado à época pelo Infopen com o número de pessoas em prisão domiciliar, o que totalizou 711.463 submetidas à prisão definitiva ou provisória. Não foi informado o perfil dos presos. Em agosto de 2018, porém, o CNJ publicou relatório estatístico do cadastro nacional de presos do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, apontando 244 indígenas presos, o que correspondia a 0,12% da população prisional (CNJ, 2018). Pessoas de cor ama-

---

4 O levantamento do Infopen (2017) utiliza as cinco categorias propostas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para classificação quanto à cor ou raça: branca, preta, parda, amarela ou indígena. A categoria negra é constituída pela soma das categorias preta e parda. É importante salientar que os dados coletados pelo IBGE acerca da cor ou raça da população são autodeclarados, enquanto os dados coletados pelo Infopen para essas variáveis são cadastrados pelos gestores responsáveis pelo preenchimento do formulário de coleta do Infopen, de forma subjetiva e aleatória, não atentando para a autodeclaração prevista no artigo 1º da Convenção n.º 169. Cristhian Teófilo da Silva (2009, p. 213) avalia haver “uso distorcido das categorias de classificação por cor de pele/etnia para a soma de ‘índios’ e ‘pardos”.

rela alcançavam 0,43% e outras 2,47%. Essas três categorias somam 3%, o triplo do que coletado pelo Infopen, em 2016.

Por sua vez, o CNMP vem publicando os resultados das inspeções do sistema prisional realizadas pelos Ministérios Públicos estaduais, distrital e federal. Em publicação de 2016, o quadro abaixo (Quadro 1) mostra a quantidade de presos/internos indígenas e estrangeiros por região nos anos de 2014 e 2015.

**Quadro 1. Presos e internos indígenas e estrangeiros por região do país**

Regiões	2014	2015
Centro-oeste	159	199
Nordeste	19	44
Norte	155	178
Sudeste	14	14
Sul	56	44
Total	403	479

Fonte: CNMP (2016).

Dornelles, Brum e Veronese (2017, p. 133-137) trazem dados do Rio Grande do Sul referentes a novembro de 2015, que indicavam 163 indígenas presos, sendo 151 homens e 12 mulheres, de um total de 31.653 presos. Avaliam que os números tomados isoladamente não soam elevados, mas proporcionalmente são consideráveis. É que o percentual de indígenas presos no estado é maior que a percentagem de não-indígenas presos em relação à população total do estado. Enquanto o total de indígenas no estado representa 0,18% da população, o de indígenas presos representa 0,52% da população prisional, uma proporção 2,8 vezes maior que a do total da população.

Os números apresentam divergências e são pouco precisos para responder inúmeras indagações. Por exemplo: A que etnias pertencem os/as indígenas? Que crimes lhes são imputados? Ocorrem na terra indígena ou fora dela? Qual o perfil dos/as autores/as e das vítimas? Como os casos chegam ao conhecimento das autoridades policiais? Há relação com os conflitos fundiários? Qual a taxa de absolvição e de condenação? Quais as penas aplicadas? Quais as condições do encarceramento?

Em 2005 e 2006, o Centro de Trabalho Indigenista (CTI) realizou o levantamento dos presos indígenas nos estados de Roraima, Rondônia e Mato Grosso do Sul visando obter informações a respeito do que chamou de “aguda anomia a que os detentos indígenas eram sistematicamente submetidos” (CTI, 2008, p. 11). Posteriormente, escolheu o estado do Mato Grosso do Sul como piloto para um diagnóstico mais aprofundado. Neste estado, em 2006, 119 indígenas encontravam-se em unidades prisionais, a maioria deles na de Dourados.

O projeto *Situação dos Detentos Indígenas no Mato Grosso do Sul* (MS) foi executado pelo CTI em parceria com a Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), de janeiro de 2007 a abril de 2008. Realizou o levantamento de dados prisionais e processuais sobre indígenas que estivessem sendo processados, presos provisoriamente ou não, ou que estivessem condenados irrecorrivelmente cumprindo pena. Os resultados obtidos são referentes a 103 processos relativos ao ano de 2006. Serão destacados, a seguir, os dados que interessam ao objeto desta análise.

Do total, 45% cumpriam pena no regime fechado, 12 % no semiaberto, 6% no aberto e 4% em livramento condicional; 97% foram reconhecidos como indígenas. Os crimes mais recorrentes eram homicídio (37%), seguidos de crimes sexuais (31%) e uso/tráfico de drogas (11%). Em 78% dos casos o crime ocorreu na comunidade do preso e em 6% em outra comunidade. Em 55% dos casos a vítima era da mesma etnia e em 4% de etnia distinta. A preferência pelo não encarceramento na definição da pena e a consideração pelas formas de punir que acontecem na comunidade ocorreu em apenas 1% dos casos (CTI, 2008).

Por sua vez, a pesquisa exploratória *Criminalização e situação prisional dos índios no Brasil*, promovida no âmbito da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), por meio do Convênio n.º 19/2006 com a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), teve o propósito de reunir dados e informações preliminares que subsidiassem pesquisas e ações futuras de caráter mais denso e objetivo. Foi objeto da pesquisa a situação dos detentos indígenas nos estados do Amazonas, Bahia e Rio Grande do Sul.

Concluiu o coordenador da pesquisa, Cristhian Teófilo da Silva (ABA, 2008), no seu Relatório Final, ser “necessário e urgente aferir o real contingente indígena encarcerado em delegacias, prisões, penitenciárias etc. ou que estejam cumprindo pena em regime semiaberto” (2008, p. 38).

Esse objetivo deveria ser alcançado pelo projeto *Atenção Integral a Indígenas em Situação de Encarceramento*, da Funai em parceria com o Depen, anunciado em 2014, visando identificar quais os crimes cometidos com mais frequência pelos condenados, se residem em comunidades ou na cidade, além de verificar se a identidade cultural de cada etnia é preservada durante a execução da pena. O diagnóstico serviria à formulação de uma política pública.

No entanto, só consta notícia na imprensa (BRANDÃO, 2014) de uma visita, em 14/10/2014, da equipe do Projeto à Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Roraima. Na época era o estado com maior população prisional indígena conhecida. No sítio eletrônico da Funai não foi possível encontrar nenhuma informação a respeito da continuidade do Projeto<sup>5</sup>.

Existe, portanto, uma população prisional indígena que vem aumentando, que é discriminada, mas pouco se sabe a respeito de suas características e necessidades.

## **2. A aplicação da pena: como interpretar o Código Penal, o Estatuto do Índio, a Convenção n.º 169 à luz da Constituição da República**

A regra geral para a fixação da pena, para indígenas e não indígenas, é o artigo 59 do CPB. Algumas leis especiais dispõem de regras específicas, em consideração ao tipo de crime praticado. Assim, a Lei n.º 9.605, de 12/2/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), e a Lei n.º 11.343, de 23/8/2006 (Lei de Drogas). Nesses casos prevalece a lei especial.

Nos termos do artigo 59:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

---

5 A ação civil pública com base em inquérito civil referido na nota de rodapé n.º 2, proposta em 2017, aguarda sentença no juízo federal do estado do Amazona. A instrução revelou que, em 2016, a Funai iniciou um levantamento do quantitativo de presos nesse estado, realizado em dois estabelecimentos prisionais na cidade de Manaus, dos 18 existentes no estado. Sobre o Projeto em parceria com o Depen, com dimensão nacional, não há cronograma de implantação, nem previsão de quando tais trabalhos serão reiniciados.

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

Como indicado na introdução, o Estatuto do Índio e a Convenção n.º 169 preveem regras especiais na aplicação de pena a condenados indígenas.

O artigo 56 da Lei n.º 6.001, de 1973, é anterior à Constituição de 1988, e se filia à ideologia assimilacionista ou integracionista que considera os indígenas como seres em estágio de desenvolvimento inferior, “selvagem”, fadados ao desaparecimento ou assimilação pela “sociedade civilizada”. No entanto, essa concepção não encontra guarida na Constituição de 1988, que adotou no artigo 231 o paradigma oposto, da alteridade, o mesmo que norteou a Convenção n.º 169. Nesse paradigma os povos indígenas têm o direito de não se integrarem a sociedade nacional. Têm direito de manterem e desenvolverem as suas próprias formas de organização social e modo de viver tradicional. Além do artigo 231, outros dispositivos constitucionais reforçam esse direito. Assim, o artigo 210, §2º, assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental, e o artigo 215, §1º, protege as manifestações das culturas indígenas.

Diante do advento do novo paradigma constitucional, em uma primeira leitura, o artigo 56, *caput*, do Estatuto do Índio, que se refere à atenuação da pena, e o seu parágrafo único que se reporta ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, são incompatíveis com ele, na medida em que se referem expressamente à grau de integração. Contudo, o artigo 56 tem sido aplicado, ignorando o paradigma da diversidade e reafirmando o da integração, em favor de indígenas que vivem isolados ou que não são considerados integrados, em razão de seu modo de vestir, de falar, de morar, de garantir a subsistência. Essa interpretação, benéfica para alguns, se ampara numa discriminação racista. Superada a visão racista sobre os indígenas, a interpretação pode ser expandida para se aplicar a qualquer indígena, não mais devido a um suposto atraso intelectual, mas à violência estrutural a que os povos originários têm sido submetidos desde a invasão das Américas. Ou seja, uma interpretação conforme à Constituição,

como resposta à desigualdade material vivenciada pelos povos indígenas. A atenuante pode e deve ser aplicada a qualquer indígena como mecanismo de ação afirmativa. Nessa perspectiva o dispositivo é compatível com a Constituição de 1988 e se constitui numa circunstância atenuante a ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena (artigo 68 do CPB).

Enrique García Vitor (1996, p. 37) avalia que a atenuação da pena “se impõe como corolário de una mínima valoración positiva, democrática, de la cultura distinta, de la dignidad humana, que lleva a la disminución de las necesidades preventivas”.

Interessante anotar que, mesmo no regime do Decreto n.º 5.484, também editado na perspectiva integracionista, os indígenas que residiam em povoações indígenas, supostamente mais integrados, gozavam de atenuação da pena, certamente em consideração ao seu modo de viver e pertencimento a uma coletividade diferenciada.

O levantamento da jurisprudência feita por Tédney Silva (2016), que busquei atualizar em pesquisa realizada nos sítios eletrônicos do STJ<sup>6</sup> e do STF<sup>7</sup>, mostra que a interpretação dominante é de que, no caso de condenação de indígena, a atenuante prevista no *caput* do artigo 56 só é aplicada quando não reconhecida a sua integração à sociedade nacional. Ter instrução, falar e com-

---

6 Em janeiro de 2019, em consulta ao sítio eletrônico do STJ, no campo “pesquisa livre”, com os termos “atenuação”, “pena” e “indígena” foram localizados quatro acórdãos e 23 decisões monocráticas. Os acórdãos foram julgados pela 5ª Turma e seguem o entendimento de que “o art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/06 (Estatuto do Índio), a embasar a pretensão de atenuação da reprimenda, somente se destina à proteção do silvícola não integrado à comunhão nacional; ou seja, esse dispositivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira”. Com os termos “atenuação”, “pena” e “silvícola” foram encontrados cinco acórdãos, também da 5ª Turma, no mesmo sentido. Após, foi realizada pesquisa com os termos “semiliberdade” e “indígena”. Foram localizadas 30 decisões monocráticas e dois acórdãos da 6ª Turma. Todos assentaram que “o regime de semiliberdade não é aplicável ao indígena integrado à cultura brasileira”. Com os termos “semiliberdade” e “silvícola” foram localizados 11 acórdãos e 61 decisões monocráticas. Dos acórdãos, quatro foram julgados pela 6ª Turma e sete pela 5ª Turma. Em todos encontram-se os fundamentos já mencionados.

7 No sítio eletrônico do STF, foi realizada a mesma pesquisa. Com os termos “atenuação”, “pena” e “indígena” foram localizados um acórdão, duas decisões monocráticas e um informativo, relativo ao acórdão no *Habeas Corpus* (HC) n.º 85198/MA, relator Ministro Eros Grau, de 17/11/2005. Com os termos “atenuação”, “pena” e “silvícola” foi localizado apenas o referido informativo. Utilizando-se os termos “semiliberdade” e “indígena” foram localizados um acórdão e cinco decisões monocráticas. Com os termos “semiliberdade” e “silvícola” foram encontradas duas decisões monocráticas. Com exceção do acórdão do informativo, as demais decisões e acórdãos não destoam do entendimento assente no STJ.

prender o português, exercer uma profissão e especialmente ter cargo, função pública ou mandato eletivo, portar carteira de motorista, carteira de identidade etc., levam o judiciário a reconhecer a integração e, por consequência, negar a identidade indígena. É como se não pudesse ter dupla nacionalidade, sentir-se, por exemplo, *Guarani* e também brasileiro.

Com relação ao parágrafo único a exegese é discutida. Ele determina que 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 próximo da habitação do condenado. A falta de consenso é fomentada pela locução “se possível” (CÂMARA, 2017), mas o fato de a Funai não dispor de estrutura física nem de pessoal para se responsabilizar pela execução penal inviabiliza a determinação judicial.

Um precedente importante foi firmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no HC n.º 0569516-07.2010, ao conceder a um indígena *Pankararé*, preso em São Paulo, condenado em primeira instância por roubo, o direito de permanecer, durante o trâmite da apelação, no órgão federal de assistência aos índios mais próximo de seu povo, em Brejo dos Burgos, na Bahia. Nas palavras do Relator:

Não se afigura razoável que o paciente, enquanto índio, permaneça em estabelecimento penal comum ou em delegacia de polícia, para viabilizar a efetivação de prisão preventiva, se lhe é assegurado o cumprimento da reclusão em órgão especial de assistência, porquanto a isso equivaleria, em derradeira análise, submetê-lo a condições mais gravosas, quando ainda é precário o título legitimador da constrição, para, só após e sobrevinda da condenação, assegurar-lhe as vantagens instituídas pela regra inserta na Lei n.º 6.001, de 1973, artigo 56, parágrafo único (BRASIL, 2011)<sup>8</sup>.

A jurisprudência dominante do STJ afirma que o preceptivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira. Ao contrário, o STF já afirmou, no HC n.º 85198/MA, que o regime de semiliberdade é um direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Mas, na parte dispositiva a ordem foi para que o juiz da execução cumprisse, “dentro do possível”, o comando legal. Como na prática isso ocorreu, não há notícia.

<sup>8</sup> O acórdão cita, no mesmo sentido, acórdão no HC n.º 55792/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 21/8/2006.

O STJ entende que o preceptivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira. Ao contrário, o STF já afirmou, no HC n.º 85198/MA, que o regime de semiliberdade é um direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Mas, na parte dispositiva a ordem foi para que o juiz da execução cumprisse, “dentro do possível”, o comando legal. Como na prática isso ocorreu, não há notícia.

Na época da edição da Lei n.º 6001/1973, as penas de reclusão e de detenção eram obrigatoriamente cumpridas com privação de liberdade, em penitenciárias. Os regimes semiaberto e aberto foram introduzidos pela Lei n.º 6.416/1977. Por sua vez, a Lei n.º 7.209, de 11/7/1984, que alterou a parte geral do CPB, substituiu a nomenclatura de penas de reclusão e de detenção por penas privativas de liberdade, diferenciando-as pelo critério do regime fechado, semiaberto e aberto, correspondendo ao local de cumprimento da pena de maior a menor exigência de segurança. Permitiu também a substituição de pena privativa de liberdade de pequena duração por restritiva. Diante das alterações legislativas que ocorreram, o parágrafo único pode ser lido no sentido de que, quando imposta pena privativa de liberdade, o regime deverá ser semiaberto ou mesmo aberto com monitoramento eletrônico, hipóteses que expressam a ideia de semiliberdade.

Vale observar que a decisão do STF apresenta uma nuance em relação ao preceito legal. “Se possível” permite que não se cumpra, afirmando a impossibilidade. “Dentro do possível” convida a ajustes, adequações, no caso concreto.

Luiz Fernando Villares (2009, p. 309) comenta que, nos termos do §1º do artigo 33 do CPB em vigor, o regime semiaberto é cumprido em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento similar, em condições que permitem trabalho em comum durante o período diurno, trabalho externo, bem como frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Como estes estabelecimentos só existem em alguns lugares, entende que a falta se resolve a favor do preso.

Em geral, o regime semiaberto é cumprido em estabelecimentos de regime fechado, com adaptações. Não há, portanto, óbice intransponível para que a flexibilização ocorra para os indígenas.

A argumentação até agora exposta encontra arrimo ainda nos dispositivos da Convenção n.º 169, indubitavelmente incorporados ao direito interno brasileiro, que na essência reafirmam a obrigatoriedade de atenuação da pena

e escolha preferencial de pena não-privativa de liberdade. Assim, o artigo 10 manda levar em conta as características econômicas, sociais e culturais do indígena apenado e dar preferência a tipos de pena diversos do encarceramento. O que, inclusive, atende ao princípio da individualização da pena, adotado no artigo 5º, XLVI, da Constituição de 1988.

Urge reverter a jurisprudência do STJ, pela via do recurso especial por negativa de vigência do artigo 10 da Convenção n.º 169, ou pela via de recurso extraordinário, *habeas corpus* ou ação de descumprimento de preceito fundamental, questionando a incompatibilidade do Estatuto do Índio com a Constituição Federal de 1988.

Cabe registrar que essa Corte Superior, ao julgar o Recurso Especial n.º 1.129.637-SC, não chegou a enfrentar a discussão acerca da preferência de aplicação de pena diversa da privativa de liberdade, porque remanesceu tão só condenação a dois anos e quatro meses de reclusão. No entanto, reconheceu, mesmo sendo os acusados “indígenas integrados à sociedade brasileira”, o direito a serem levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. Em 6ª Turma, concedeu *habeas corpus* de ofício para

fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução, com a observância [...] do art. 10, item 1, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT (BRASIL, 2014).

Embora não contenha nenhuma referência à Convenção n.º 169 ou ao Estatuto do Índio, acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu as características culturais de um indígena que, cumprindo pena em regime semiaberto no Presídio Regional do Rio do Sul, obteve prisão domiciliar com monitoração eletrônica “em razão da inadequabilidade do ergástulo local”. O acórdão, no Agravo de Execução Penal n.º 0000582-92.2018, deu provimento ao agravo para estender o raio de circulação de tornozeleira eletrônica para 500 metros. A fundamentação acolheu a alegação de que:

Por ser indígena e residir em aldeia regular monitorada pela FUNAI, o apenado poderia ter o raio de circulação estendido para realizar trabalhos dentro da própria reserva, ou seja, ainda ficaria com o raio de locomoção restrito, mas possibilitado de “trabalhar na lavoura, auxiliando

*na extração de madeiras, colheita, plantação de subsistência e pesca” [...].*  
(BRASIL, 2018. Itálico no original).

Portanto, consumado o encarceramento, há de se buscar a redução do sofrimento imposto.

No episódio da rebelião no Compaj a administração identificou a falta de adaptação dos indígenas ao cumprimento de pena nos pavilhões comuns. Porém, a solução adotada, de alocá-los no “seguro externo” com condenados por crime de estupro e ameaçados de morte, acarretou o extermínio de todos.

No caso dos indígenas *Tenharim*, acusados de matar três pessoas, em 2013, na região de Humaitá, detidos em unidades prisionais de Porto Velho/RO, onde eram constantemente ameaçados por outros detentos, foram, primeiramente, transferidos para a Frente de Proteção Etnoambiental da Funai em Lábrea e, depois, para a Terra Indígena Tenharim Marmelos, onde cumprem pena. Ou seja, foi seguida a solução preconizada pela Lei n.º 6.001.

O artigo 5º, XLVIII da Constituição de 1988 estabelece que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988). Essa regra busca assegurar a individualização executória da pena tendo em vista condições peculiares de quem praticou crime. A Constituição não mencionou indígenas, mas a aplicação analógica se impõe em uma interpretação sistemática com os artigos 215, *caput*, e 231, *caput*. O respeito aos direitos culturais de indígenas supõe estabelecimentos ou regimes distintos para cumprimento de penas privativas de liberdade.

Alguns procedimentos precisam ser adotados na investigação criminal, pela polícia ou em juízo. É importante que a autodeclaração de indígena seja respeitada, que sejam trazidas informações aos autos, em geral por exame antropológico, sobre as características econômicas, sociais e culturais do grupo indígena a que pertence o investigado/acusado. Informações sobre a história do contato interétnico também se mostram relevantes, não só para aferir a maior ou menor intensidade de reprovação da conduta como também a melhor forma de a sancionar.

Se a identidade étnica vier ao conhecimento das autoridades na execução penal, o juízo da execução poderá aplicar medidas que reduzam o tempo ou o regime do encarceramento, ou que assegurem a implementação de condições

do regimento aberto, da suspensão da pena, livramento condicional ou da suspensão condicional do processo em suas comunidades.

Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 950) ensina que “a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável”. Por isso, diante da falta de reconhecimento do direito à atenuação da pena e de preferência a tipos de punição diversos do encarceramento, louvável a concessão de indulto natalino coletivo a indígenas, por meio do Decreto n.º 9.246, de 21/12/2017. A prova da condição de indígena é feita pelo Registro Administrativo de Nascimento de Indígenas (RANI) ou outro documento comprobatório equivalente, o que parece contrariar o princípio da autodeclaração firmado no artigo 1.2 da Convenção n.º 169.

A minuta do decreto de indulto de 2018, encaminhada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) à Presidência da República, e que não chegou a ser editado, também incluiu indígenas. Em Nota Técnica, o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) defendeu a supressão da competência do juízo da execução para determinar o tipo de documento a ser utilizado para atestar a identidade social do indígena.

O Decreto n.º 9.370, de 11/5/2018, concedeu indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães. Pela primeira vez foram beneficiadas mulheres indígenas. Iniciativa importante, pois elas sofrem a dupla discriminação, como mulheres e como indígenas<sup>9</sup>.

De alguma forma, a presença de indígenas no sistema prisional passou a ser percebida bem como a necessidade de, por meio de indulto e comutação de pena, “consertar” os excessos da criminalização. É preciso mais: uma política permanente de imediata identificação dos indígenas encarcerados e garantia dos seus direitos culturais, como manutenção dos vínculos com sua comunidade, manifestação na língua materna, métodos de cura e alimentação segundo os costumes indígenas etc.

9 No Projeto *Vozes do Cárcere* (2018), das 1.340 cartas escritas por mulheres presas, 96% não fazem qualquer apontamento ou autodeclaração de raça/etnia. Na pequena amostra restante apenas uma se declarou indígena. Para Pires e Freitas (2018, p. 383) “a enunciação de pertencimento racial/étnico não é percebida como uma estratégia narrativa a ser utilizada pela maioria das mulheres na tentativa de comunicação, de aproximação e de sensibilização do Sistema de Justiça Criminal”. A meu ver, porque não acreditam que teria sucesso. Tanto é que a autodeclaração como pessoa de cor branca é mais recorrente. Para esse grupo é uma estratégia que pode ter maior sucesso, considerando a cor predominante do cárcere no Brasil (parda e preta).

Para tanto, espera-se que a Câmara dos Deputados aprove o Projeto de Lei n.º 9.054/2017, aprovado pelo Senado Federal, que altera a Lei de Execução Penal, propiciando visibilidade aos indígenas e o reconhecimento de direitos. Há um capítulo específico para os índios, que dispõe:

Art. 197-U. A execução da pena dos índios será individualizada e considerará sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para a sanção penal ou disciplinar de seus membros, utilizando-se, sempre que possível, outros métodos de punição que não o encarceramento.

§ 1º Deverá ser priorizada a convivência entre indígenas no cumprimento de pena em regime fechado, preferencialmente no estabelecimento prisional mais próximo de sua habitação e em local de funcionamento de entidade federal de assistência aos índios.

§ 2º Os índios presos provisoriamente ou condenados serão devidamente registrados com informações acerca de seu povo e língua materna, com base no critério da autoidentificação.

§ 3º Será assegurada a presença de intérprete em todos os atos administrativos e processuais, sempre que requerido ou necessário, de forma a assegurar o pleno entendimento do indígena em sua língua materna, quando disponível.

§ 4º Dar-se-á prioridade à conciliação, à mediação e a técnicas de justiça restaurativa baseadas na organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e formas próprias de responsabilização indígenas.

§ 5º Em caso de falta grave punível com sanção disciplinar, a pena poderá deixar de ser aplicada se o índio houver praticado o fato agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo ou se, em razão desses, tiver dificuldade de compreender ou internalizar as normas disciplinares.

### **3. Pluralismo jurídico e interculturalidade na aplicação e execução das penas**

Neste item será analisada a situação em que uma conduta é definida como crime pelo direito estatal e igualmente uma infração pelas regras de um povo indígena. Como os levantamentos antes referidos sugerem, há um número relevante de condutas dessa natureza em que agentes e vítimas são indígenas,

especialmente crimes contra a vida e contra a integridade corporal, e terras indígenas como local do crime. Não há levantamentos disponíveis sobre como esses fatos chegam ao conhecimento das autoridades estatais, assim como se e em que hipóteses os fatos não são levados ao conhecimento destas autoridades; e se há algum procedimento ou punição imposta pelo próprio povo indígena a que pertence o/a agente infrator/a.

Essa informação é importante para aferir se o Brasil está cumprindo a Convenção n.º 169, no que diz respeito ao artigo 8º, que dispõe:

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 (BRASIL, 2004. Grifei).

Esses dispositivos têm incidência na investigação criminal, no processo penal e na execução penal. Nesta análise busca-se examinar como incidem ou poderiam incidir no momento da aplicação da pena na sentença condenatória e durante a execução penal. Este exercício hermenêutico parte do reconhecimento da coexistência de sistemas jurídicos no país.

O pluralismo jurídico brasileiro, como referido na introdução, é do tipo formal unitário. Há supremacia do direito estatal

pelos características deste de centralização na produção e aplicação do Direito, além da ausência de uma prática social, seja baseada na coparticipação com os poderes instituídos, seja independentemente deles, na construção e aplicação de um Direito próprio (MELO, 2002, p. 109).

O reconhecimento, no artigo 231 da Constituição de 1988, dos costumes e da organização social dos povos indígenas, evidencia a admissão de um pluralismo de ordens jurídicas, mas também que é a ordem jurídica estatal que dirá sobre os limites de sua aplicação. A previsão da competência constitucional da Justiça Federal (artigo 109, XI) para processar e julgar a “disputa sobre direitos indígenas” existe exatamente para isso: dizer qual o direito se aplica na disputa.

O foco é menos sobre o direito subjetivo, e mais sobre qual a normatividade capaz de assegurar o paradigma da diversidade étnica.

Paulo Thadeu Gomes da Silva (2008) observa que o reconhecimento do pluralismo jurídico impõe, para a solução específica de cada conflito entre ordem jurídica oficial e ordem jurídica de um povo indígena, a análise das condições que o envolvem. Nessa perspectiva, impossível a formulação de uma teoria geral para a decisão desse tipo de conflito e a casuística dependerá diretamente da descrição do conflito existente, em regra elaborada por profissional da Antropologia e levado ao conhecimento do direito oficial.

Vejam alguns exemplos em matéria de sanções disciplinares ou penais. É bastante comum que uma comunidade indígena aplique a sanção de banimento ou transferência a um ou mais membros. À primeira vista, o banimento pode ser considerado uma pena atentatória aos direitos fundamentais e, portanto, incompatível com a Constituição de 1988.

Entretanto, como consta de laudo pericial de autoria da antropóloga Elaine de Amorim (BRASIL, 2005), nos autos de uma ação de reintegração de posse em que eram partes membros da comunidade *Kaingang* da Terra Indígena Palmas, a transferência de uma família para outra área, determinada por uma assembleia da comunidade, foi respaldada pela tradição e pelo consenso. Examinada de perto, a transferência não encontra correspondência com o que a Constituição chama de banimento. A transferência não implica o afastamento além dos limites territoriais do país, nem tira o direito de viver em área indígena de acordo com a tradição e o modo de vida *Kaingang*. No caso, apenas frustrou e puniu um projeto de cisão e tomada de poder por uma família.

A antropóloga explica:

Tal como prescrita pela tradição, a transferência não é considerada crueldade ou ato desumano tal como pode parecer para nós. É a pena corretiva mais dura aplicada a um *Kaingang*, porém, tida como bem mais eficaz e menos pungente que a cadeia. Manter a pessoa fechada, sem liberdade nem contato social, e muitas vezes submetidas a condições subumanas como o frio, a dor e a fome, além de extremamente penoso, não transforma seu comportamento nem seu sentimento. Ao contrário, ela pode sair ainda mais revoltada e rebelde. Já na transferência, a pessoa vive livre, com todas as condições para estar bem. Mas só estará bem se mudar o comportamento. Por isso a transferência é considerada eficaz, pois, diferente da cadeia, seu alvo não é o castigo, mas a mudança.

Pode ser humilhante, porque a pessoa transferida carrega essa marca, mas com o tempo passa até ser totalmente eliminada. E depois, esse é o objetivo, afinal, a humilhação é um ingrediente importante na mudança de conduta (BRASIL, 2005, p. 26).

Nesse tema, Silva (2016) aponta a decisão da Corte Constitucional da Colômbia no caso de um índio que fora sancionado com desterro pela comunidade indígena *El Tambo*. A decisão assentou que a plena vigência dos direitos fundamentais constitucionais nos territórios indígenas se constitui em limite ao princípio da diversidade étnica e cultural. Considerou que o princípio do devido processo legal fora negado e que a penalidade atingira também seus familiares.

Mas, em outro caso, da comunidade indígena *Páez*, cuja assembleia aplicou as penas de chibatadas na parte inferior da perna e de desterro, a Corte Constitucional as considerou compatíveis com a Constituição. Isso porque, na ponderação de interesses, deve-se atender a regra da maximização da autonomia das comunidades indígenas e a da minimização das restrições indispensáveis para salvaguardar os bens mais valiosos da pessoa humana. Foi relevante para a decisão a compreensão de que o açoite é considerado, naquela comunidade, elemento purificador, necessário para que a pessoa a quem se imputa uma falta se sinta liberado. Por sua vez, o desterro é uma pena previsível quando praticada calúnia e desrespeito à liderança do grupo. A Corte entendeu que nenhuma das penas afrontou o direito à vida, a proibição da escravidão e a proibição da tortura (SILVA, 2016).

Muitas outras decisões em diversos países sobre conflitos entre a ordem normativa estatal e a das sociedades indígenas poderiam ser indicadas. Todavia, dentro dos limites estreitos deste artigo, os exemplos apontados parecem suficientes para demonstrar que o Judiciário, ao proferir sentença condenatória de um/a indígena, deve buscar informações sobre o contexto do conflito e sobre como o grupo/comunidade indígena soluciona seus conflitos internos. Se isso não tiver sido feito, nada impede que, no curso da execução penal, o juízo exija da administração o cumprimento de protocolos que assegurem a identificação dos indígenas mediante autodeclaração, bem como as situações de discriminação étnica, para que sejam tomadas as medidas necessárias à proteção dos direitos culturais indígenas.

No estado de Roraima, há alguma aceitação do Judiciário local em admitir as decisões consensuadas pelas comunidades indígenas sobre fatos levados ao conhecimento da instância estatal e indígena. São conhecidas as decisões: (1) refe-

rente ao homicídio praticado pelo *Macuxi* Basílio, isento de pena pelo tribunal do júri, porque já havia sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade; (2) referente ao homicídio imputado ao *Macuxi* Denilson, em denúncia não recebida porque o *ius puniendi* já havia sido exercido pela comunidade indígena; (3) referente à tentativa de furto praticada pelos *Macuxi* Moisés e Júnior, absolvidos porque já haviam sido punidos pelo tuxaua. Mais recentemente, houve o caso do júri da Maturuca em que os dois réus foram absolvidos da tentativa de homicídio, mas depois submetidos a julgamento pela própria comunidade, e eles e mais um terceiro que teria incentivado a briga, foram expulsos da comunidade e condenados à prestação de trabalhos em outra comunidade.

Conforme registrado em ata, coordenadores de centros, tuxauas, conselheiros e outras lideranças, depois de várias reuniões em separado e inclusive votação, aplicaram ao indígena Élcio a transferência para o Centro de Produção do Tamanduá por dois anos; ao indígena Mozarildo transferência para o Morro por dois anos; ao indígena Valdemir transferência para Pedra Branca por seis meses. Decorrida metade do tempo, deverão ser avaliados pelos coordenadores responsáveis. Se descumpridas as medidas, a pena será aumentada. Fica garantida a visita da família, com possibilidade de mudança. No caso de doença de familiares, podem visitá-los, acompanhados de responsável pelo cumprimento da pena. Outras condições: não tomar bebida alcoólica; participar dos trabalhos nas igrejas e oração diária; não participar de festa e do movimento comunitário; participar dos trabalhos regionais e manifestação pela defesa dos direitos; fazer palestra na escola e comunidades; não ir para a sede de Uiramutã (local do crime); entregar quatro cabeças de gado à vítima como ajuda pelo tempo que ficou se recuperando do ferimento sem poder trabalhar (*apud* SILVA, 2017).

As penas aplicadas pelos povos indígenas em Roraima se aproximam das penas e medidas alternativas à prisão. Mesmo em casos de homicídio, a privação da liberdade nem sempre é considerada a melhor sanção, pois representa perda de força de trabalho. Dá-se preferência à expulsão temporária do ofensor da aldeia em que vivia e obrigação de trabalhar em prol da comunidade e reparação aos familiares da vítima (CÂMARA, 2017).

Daize Wagner (2014) identificou três tipos de penas aplicadas entre os povos indígenas *Galibi Marworno*, *Karipuna* e *Palikur*, do baixo Oiapoque: a faxina; a expulsão ou degredo; e a privação de liberdade. A mais comum é a faxina, que consiste em roçar uma determinada área de uso comum da aldeia.

A expulsão é a pior pena, na medida em que o afastamento do grupo afeta a sua identidade e o senso de pertencimento. A privação de liberdade passou a ser aplicada a partir da atuação do SPI; atualmente não é utilizada. Segundo relatado à autora por um indígena que entrevistou, caso praticado homicídio na comunidade por um indígena, provavelmente seria entregue à Polícia Federal, para resolver o caso conforme a lei dos não-índios.

Para os não-indígenas as sanções aplicadas pelos indígenas podem parecer brandas ou, ao contrário, rigorosas, até cruéis, ou violadores do princípio da personalidade ou da intrascendência da pena. São réguas hermenêuticas diferentes. Uma só se sobrepõe a outra após um exercício de sensibilidade jurídica intercultural.

Nas palavras de Elaine Amorim (BRASIL, 2005, p. 30):

Em um contexto pluriétnico, com garantias constitucionais como o nosso, o direito da sociedade branca majoritária não pode ser concebido como universal e o sistema jurídico dominante tem de ser, na prática, reconceituado como multicultural. Isso implica abrir espaço para o relacionamento de diversas concepções de dignidade e, por conseguinte para o diálogo intercultural, sem dúvida, um desafio para o Brasil.

Para os Kaingang, assim como para outros grupos indígenas no Brasil e no mundo, o que importa em um crime ou violação de direitos é o bem-estar da pessoa lesada e não a satisfação moral de um ente abstrato que chamamos sociedade ou Estado. As autoridades públicas com poder de decisão sobre suas vidas precisam estar sensíveis a essas diferenças e respeitá-las. As estratégias locais para a solução de conflitos têm se mostrado bastante eficazes e a intervenção judicial só é permitida quando elas falham ou por juízo das autoridades locais, em casos específicos. Dificilmente irão recorrer à autoridade pública para resolver assuntos sobre os quais possuem mecanismos próprios de controle.

A análise acima consiste no que se chama de tradução intercultural, entendida como o procedimento que não atribui a nenhum conjunto de experiências (saberes e práticas) o estatuto de totalidade exclusiva ou de homogeneidade. A tradução se dá na forma de uma hermenêutica diatópica, um trabalho de interpretação entre duas ou mais culturas com o objetivo de identificar preocupações isomórficas entre elas e as diferentes respostas que proporcionam. A hermenêutica diatópica parte da ideia de que todas as culturas são incompletas e podem ser enriquecidas pelo diálogo e pela confrontação com outras culturas (SANTOS, 2011).

## Considerações finais

Percebe-se um aumento da população carcerária de indígenas no Brasil. Mas não há um levantamento consistente de dados que permita análises quantitativas e qualitativas. Estudos sobre aplicação do direito estatal aos indígenas e sobre os costumes das centenas de povos indígenas existentes do Brasil constituem nichos de conhecimento acessíveis a alguns segmentos da academia e do sistema de justiça.

O debate no Congresso Nacional para a alteração da lei de execução penal permitiu dar visibilidade ao problema dos indígenas encarcerados por força de prisões cautelares ou definitivas. A proposta, ainda em trâmite, embora traga uma abertura para a compreensão da diversidade étnica e cultural reforça o pluralismo formal unitário. Ao fim e ao cabo é a lei do branco que decide.

O paradigma da alteridade/diversidade cultural ainda não se transversalizou nas práticas da administração e é contestado abertamente pelos setores da economia do mercado capitalista. Mas, o texto constitucional fala e permite a expansão hermenêutica para fazer valer os direitos culturais dos povos indígenas quando a lei do branco impõe e executa penas, notadamente de encarceramento.

Ainda que restrito, o pluralismo jurídico adotado pela Constituição de 1988 em relação aos povos indígenas nos convida ao exercício da interculturalidade, ou seja, de um diálogo entre culturas, em uma hermenêutica diatópica.

## Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA). Criminalização e Situação Prisional de índios no Brasil. **Relatório Final**. Coord. Cristhian Teófilo da Silva. Brasília-DF, ABA, maio, 2008.

BRANDÃO, Inaê. **Funai inicia levantamento sobre índios encarcerados em Roraima**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2014/10/funai-inicia-levantamento-sobre-indios-encarcerados-em-roraima.html>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº. 5.484, de 27 de junho de 1928. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional. **Diário Oficial da União**, 14 jul. 1928, Seção 1, p. 17.125.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 21 dez. 1973.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário oficial da União**. Brasília, DF, 31 jul. 2001.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal. Subseção Judiciária de Pato Branco. **Ação de reintegração de posse nº. 2005-70120005372**. Laudo Pericial Antropológico de Elaine Amorim, nov. 2005.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal. Seção Judiciária do Amazonas. **Ação Civil Pública nº 1000482-70.2017.4.01.3200**. Ministério Público Federal em face da Funai, estado do Amazonas, União e Umanizzare Gestão Prisional e Serviços S.A.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Habeas corpus n. 85.198/MA. 1ª Turma. Crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma praticados por índio. Laudo antropológico. Desnecessidade. Atenuação da pena e regime de semiliberdade. Relator Min. Eros Grau, publicado em 9/12/05. **RJP v. 2, n. 8**, p. 162, 2006.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Pesquisa de jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº. 1.129.637-SC.** Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Recorrentes Idalino Fernandes e outros. Recorrido Ministério Público Federal. Assistente de acusação Cooperativa Regional Alfa. 6ª T. unânime, j. em 25/2/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus nº. 0569516-07.2010.8.26.0000.** Comarca de São Paulo. Paciente Doriel Santos do Nascimento Silva. Impetrante Michael Mary Nolan. Relator Desembargador Borges Pereira, 16ª Câmara de Direito Criminal, unânime, j, em 15/3/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Execução Penal nº. 0000582-92.2018.8.24.0141,** de Presidente Getúlio. Agravante Loriano de Almeida. Agravado Ministério Público do Estado. Relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer. Quinta Câmara Criminal, unânime, j. em 13/9/2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto n.º 9.246, de 21 de dezembro de 2017. Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências.** Disponível em <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/75309/decreto-9246-17>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 9.370, de 11 de maio de 2018. Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães.** Disponível em <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/577544846/decreto-9370-18>>. Acesso em: 13 jan. 2019

\_\_\_\_\_. Ministério de Direitos Humanos. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. **Nota Técnica nº 3, de 10 de dezembro de 2018.** Análise sobre a minuta de Decreto para o Indulto de 2018 remetida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) à Presidência da República. Brasília, dezembro, 2018.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa, A sanção criminal no direito penal indígena: do pluralismo jurídico ao reconhecimento de regras consuetudinárias

de resolução de conflitos penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. V. 111, p. 169-107, jul 2017.

CAMPOS, André. **Prisões e castigos para “civilizar os índios”**. 25 jun. 2013. Disponível em: <<https://apublica.org/2013/06/prisoes-castigos-para-civilizar-os-indios/>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). **Situação dos detentos indígenas do estado do Mato Grosso do Sul**, 1.ed., Brasília: CTI, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos**. Brasília: DMF/CNJ, agosto 2018.

\_\_\_\_\_. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, DMF/CNJ, junho 2014.

\_\_\_\_\_. **Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016.

CORRÊA, José Gabriel Silveira. **A ordem a se preservar: a gestão dos índios e o Reformatório Agrícola Indígena Krenak**. Dissertação (mestrado). Rio de Janeiro: UFRJ/MN/PPGAS, 2000.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil: (In)visibilidade social e jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017.

GARCÍA VITOR, Enrique. Diversidad cultural y derecho penal (aproximación al tema) **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 4, n. 15, p. 23-35, jul./set, 1996.

HOEKEMA, André J. Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. In: **El outro Derecho**, Bogotá, n. 26-27, abr. 2002.

MELO, Raíssa de Lima e. **Pluralismo jurídico: para além da visão monista**. Campina Grande: EDUEP, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas**. 2016. Disponível em: <[http://www.oas.org/pt/topicos/povos\\_indigenas.asp](http://www.oas.org/pt/topicos/povos_indigenas.asp)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

PIRES, Thula; FREITAS, Felipe. **Vozes do cárcere: ecos da resistência política**. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologías del Sur. Utopía y Praxis Latinoamericana. In: **Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**, ano 16, n. 54, p. 17-39, jul./set. 2011.

SILVA, Cristhian Teófilo da; LIMA, Antonio Carlos de Souza; BAINES, Stephen Grant (orgs.). **Problemáticas sociais para sociedades plurais: políticas indígenas, sociais e de desenvolvimento em perspectiva comparada**. São Paulo: Annablume; Brasília: FAP-DF, 2009.

SILVA, Meire Cristina Cabral de Araújo. **Os (des)caminhos do reconhecimento à diversidade étnica indígena na prática jurídica: o caso do primeiro tribunal do júri indígena**. Dissertação (mestrado). Brasília: Programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas da UnB, 2017.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 559-598, 2008.

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

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed., 1998, 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

VALOIS, Luiz Carlos. **Conversa via aplicativo Facebook Messenger**. Informação concedida a Ela Wiecko. Janeiro, 2019.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

WAGNER, Daize Fernanda. A pena privativa de liberdade entre os povos indígenas do Oiapoque: modelo próprio de execução penal? In: **Criminologias e Política Criminal**. Ed. CONPEDI UFSC, 2014, p. 91-111. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=199>>. Acesso em: 15 de jan. 2019.

WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y educación intercultural. In: **Seminário Interculturalidad y Educación Intercultural**, 2009. La Paz, Bolívia, n.p. Disponível em: <<http://bit.ly/1OiKOqd>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

# Direito do Estado e Jurisdição Indígena: Casuísticas Amazônicas de Pluralidade, Jusdiversidade e Interlegalidades

Edson Damas da Silveira<sup>1</sup>

Júlio Macuxi<sup>2</sup>

## Introdução

A ideia inicial deste trabalho é abordar conteúdos teóricos daquilo que convencionamos entender por “pluralismo jurídico”, seus diversos desdobramentos e estágios avançados de “jusdiversidade” e de “interlegalidades”, tudo pensado sobre casos concretos enfrentados pelo Judiciário Brasileiro e demais autoridades do Estado em território Amazônico.

Se interpretar é também construir sentido sobre uma dada realidade, nosso esforço de imaginação escorre de um lócus bem específico e definido, qual seja, a partir do território do estado de Roraima, localizado ao norte do Brasil e considerada proporcionalmente a unidade da federação mais indígena do Brasil, conhecida ainda pela produção de muitas decisões voltadas ao respeito da sua diversidade cultural, notadamente com foco na manutenção das deliberações de autoridades tradicionais quando envolve conflito entre índios e decidido dentro da terra indígena<sup>3</sup>.

Com o propósito de melhor compreender e até mesmo tentar aperfeiçoar ditas categorias jurídicas a partir de três casos criteriosamente selecionados,

---

1 Procurador de justiça em Roraima. Mestre em Antropologia. Mestre e Doutor em Direito. Pós Doutor em Direitos Humanos. Professor da Universidade do Estado de Roraima. Contato: edsondamas@mpr.ror.br.

2 Liderança indígena da etnia Macuxi no Estado de Roraima. Estudante de Direito. Vice-coordenador do Distrito Sanitário Especial Indígena Leste em Roraima.

3 Enquanto no Brasil a população indígena representa menos de 0,55%, no Estado de Roraima ela é estimada em quase 12%, razão pela qual se explica o protagonismo do Poder Judiciário local na produção de precedentes envolvendo indígenas e, nalguns casos, por respeito ao modo de vida desses povos com valores culturais diferentes daqueles praticados pela sociedade envolvente (SILVEIRA, 2014).

anunciamos já, nesta introdução, que a presença do Estado frente às ordens normativas internas desses povos será nossa opção epistemológica de análise, porquanto a partir do comportamento interpretativo dos agentes representantes dessa organização política da modernidade é que iremos nos debruçar para fins de contribuição teórica no final destes escritos.

Outro ponto de esclarecimento diz respeito ao valor que atribuímos aos sistemas de justiça próprios dos índios e por eles mantidos tradicionalmente até os dias de hoje, tão válidos e legítimos quanto aquele operado dentro do Estado, negando então que esse último detenha exclusivamente o monopólio do direito em território nacional. É no encontro dessas ordens de jurisdição, estatal de um lado e indígena do outro, que propomos nos lançar, com olhares normativos críticos, mas sempre trazendo a experiência profissional e de vivência dos autores junto à realidade Amazônica.

Conquanto possa parecer repetitivo em face de outros e mais abalizados estudos, necessariamente teremos que começar pelos estágios da constatação do pluralismo jurídico no Brasil, seu reconhecimento da jusdiversidade e eventuais conflitos de interlegalidade.

## **1. Constatação do pluralismo jurídico**

A noção de pluralismo exurgiu refletido primeiro na filosofia, restando mais tarde apropriada por outros ramos das ciências humanas e sociais, em razão justamente do seu discurso facilmente adaptável para os mais variados campos de análise. No mérito daquela área original de conhecimento, tem sido usado para compreender que um mesmo problema pode receber soluções diferentes, na medida em que uma dada realidade é capaz de produzir várias interpretações possíveis, razoáveis e discordantes (JAMES, 1909).

Por postular múltiplos pontos de vista, considerando ainda objetivos humanos como múltiplos, incomensuráveis e em perpétua rivalidade um com o outro, a racionalidade plural contrapõe-se logicamente ao sistema monista, rigorosamente unitário, segundo o qual existe somente um princípio último e único (BERLIN, 1969).

Notadamente à esfera jurídica, o enfoque pluralista vem ganhando contornos desde os anos setenta do século passado, em especial na antropologia

jurídica quando se entabularam pesquisas a fim de estudar períodos coloniais e pós-coloniais, sobretudo tentando compreender hábitos locais e o direito oficial imposto aos povos colonizados por europeus fora daquele eixo civilizatório. No desiderato de distinguir leis costumeiras daquelas trazidas pelos invasores, o direito colonial teve por mérito quebrar a unicidade da norma jurídica para reconhecer vigência de regras diversas, concebidas diferentemente para grupos específicos de destinatários (HOOKER, 1975).

Descartada essa referência exclusiva ao direito colonial, pluralismo jurídico evoluiu para além da figura do Estado, tendo por foco sociedades humanas que não necessariamente se confundem com ele, procurando agora descrever toda multiplicidade social que implique em manifestações ou práticas normativas percebidas num mesmo espaço sócio-político, caracterizando conflitos ou consensos, oficiais ou não, mas sempre atendendo necessidades existenciais, materiais e culturais (WOLKMER, 2001). Dizendo objetivamente e na amplitude que o conceito hoje representa, é a forma como se entende o peculiar fenômeno da coexistência de mais de um sistema jurídico (prescindindo inclusive da presença daquele mantido pelo Estado, mas não necessariamente ignorá-lo para fins de análise) a funcionar de maneira legítima, eficaz e paralela sob uma única base territorial (SILVEIRA, 2014).

Melhor esclarecendo e aprofundando ainda mais em nosso recorte teórico, o pluralismo jurídico que interessa neste arrazoado é daquela acepção mais forte e fixado numa autoridade oficial que venha a representar determinada vontade hegemônica, ou seja, visualizado na multiplicidade de regras que dizem respeito aos mesmos jurisdicionados do Estado por normas de comportamento potencialmente conflitantes, independentemente de critérios identificadores para direcionamento a públicos destacados como diferentes da maioria, até porque não enxergamos pluralidade naquilo que se realizou no interior de um sistema unitário estatal – como acontecido no período colonial antes referido – e quando ele contempla normas diferentes, produzidas especialmente vocacionadas para atender sujeitos distintos, que restarão ainda distribuídas expressamente para cada identificado grupo social que venha a contribuir na formação da população tida como nacional (SMORTO, 2014).

Sem embargo disso, continuamos entendendo pluralismo jurídico por seu cunho marcadamente conflitivo, com destaque para movimentos localizados de resistência ao sistema oficial imposto, partindo notadamente da premissa

de que o Estado não seja o único centro irradiador do direito, abrindo espaço para uma produção e aplicação normativa centrada na legitimidade de outras fontes de poder, tão complexas e difusas que o mantido pelo Estado, porquanto emanadas dialeticamente não desse último, mas do seio da própria sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários (WOLKMER e MELO, 2013).

Em razão desse tensionamento do poder para dizer o direito e o rumo que ele acaba tomando, bem se percebe que o grande protagonista das nossas reflexões e também do discurso pluralista, queiramos ou não, acaba se voltando para a autoridade do Estado, organização política da modernidade que teve por mérito tomar conta das nossas vidas e se arvorou no monopólio do direito, justamente em nome de uma pseudo segurança jurídica e destacada ordem, bem ao gosto da burguesia emergente e ávida por ambientes seguros com vistas à proliferação do capital (SILVEIRA, 2010).

Ao constatar uma realidade multicultural evidente e a respeito do qual não tem como ignorar, o Estado geralmente se movimenta para negar a validade desse sistema normativo paralelo e que lhe parece estranho, tendendo primeiro a reprimi-lo com declaração de extinção e lançando-o no campo da ilegalidade. Mas quando a proscrição oficial da diversidade não causa o desaparecimento empírico desses distintos sistemas jurídicos, os aparatos estatais se moldam para cooptá-los; enquanto que, de outro lado, aquelas ordens nativas tendem a se adaptar ao funcionamento do Estado, movimentando-se para reutilizar as instituições públicas com a finalidade de manterem-se vivas (FAJARDO, 1999).

Nessa mão de via dupla, desde que moldados os interesses de ambos os lados, nos parece terem seguido os Estados latino-americanos ao reagirem com etapas de negociação junto aos respectivos indígenas, com o intuito de se reconhecer um direito estatal coexistindo com outras práticas normativas dentro dos territórios tradicionais daqueles povos, mediante o desencadeamento de uma série de reformas constitucionais que passaram pela Guatemala (1985), Nicarágua (1987), Brasil (1988), Colômbia (1991), México (1992), Peru (1993), Bolívia (1994, 2004 e 2007-8), Argentina (1994), Equador (1998 e 2008) e Venezuela (1999); cada qual a seu modo e conforme particularidades muito próprias, tiveram por êxito reconhecer o caráter pluricultural de seus territórios face às culturas dos índios, seus modos de viver e regulações internas (FAJARDO, 2009).

Não se tem muito nítido o que significou ainda a recepção constitucional por parte desses Estados latino-americanos, do que se convencionou chamar de direito consuetudinário ou mesmo jurisdição indígena. Fajardo (2008, p. 557) entende isso como “pluralismo jurídico oficial”, enquanto que Botero (2006, p. 126-127) o compreende como um “pluralismo jurídico legal oficial”, e Silveira (2008, p. 116) prefere abordar o fenômeno a partir de um “pluralismo jurídico constitucional”.

No entanto, e particularmente no caso brasileiro, poucos discordam que o reconhecimento dos sistemas jurídicos, assim como das autoridades próprias mantidas pelos povos indígenas para resolverem seus conflitos intestinos, decorre de uma postura madura e lúcida do nosso Estado, ao menos no contexto de Roraima. O respeito a tal autodeterminação, garantindo-se aos índios o direito de assumirem o controle de suas vidas e instituições sociais tradicionais vem de encontro com os novos ares de um direito emancipatório (VILLARES, 2014), mas que ainda demanda outras e profundas reflexões, bem como o discernimento de que o Estado permanece impondo limites ao agir normativo daqueles povos como condição de chancela da sua validade, segundo valores e procedimentos oficiais.

## **2. Reconhecimento da jusdiversidade**

Antes de seguirmos no raciocínio inaugurado pelo item anterior e bem focados no protagonismo do Estado ante o fenômeno do pluralismo jurídico, deixamos registrado que não desconhecemos outras teorias que pensam num movimento emancipatório completo em relação à autoridade daquela organização política da modernidade, dele descolado e sem qualquer vínculo de subordinação.

Estamos a recordar da possibilidade de um pluralismo no seu mais alto estágio de desvinculação, ainda não experimentado na prática, mas muito interessante do ponto de vista da autodeterminação plena, qual seja, o “pluralismo jurídico formal igualitário” defendido por Hoekema (2002, p. 63-99). Nesse estágio de evolução e segundo o mesmo autor, se denota um grande salto civilizatório dentro da própria organização nacional, prescrevendo-se um direito oficial que não chama para si a tarefa de determinar unilateralmente a legitimidade e o âmbito dos demais sistemas por ele reconhecidos. Nesse caso, a validade de outras normas ocorre independentemente da interferência dos mecanismos oficiais de direito e se estabelece no modo como foram constituídas pela sociedade originária.

Para alguns, essa realidade representaria um verdadeiro estado de direito plurinacional, porquanto ao passar as relações dos índios, suas comunidades e organizações com a sociedade nacional a se dar no plano da horizontalidade, estaria abandonado o plano subordinado e colonial da verticalidade (BARRETO, 2011). Em assim sendo, e não havendo hierarquia entre as jurisdições indígenas e o direito estatal, ficaria aquela ordem desobrigada de qualquer condicionamento para exercer suas autoridades tradicionais; aplicando seus princípios, valores, normas e procedimentos próprios, com autonomia e desprendimento em relação ao sistema oficial (COLAÇO, 2013).

Mas como dito anteriormente e mesmo na experiência evoluída dos países latino-americanos antes apontados, os ordenamentos jurídicos internos dos índios não chegaram ainda naquele estágio formal igualitário de emancipação em relação à presença do Estado que, ao enfrentar hodiernamente uma realidade social e normativa diversa, chega à seguinte encruzilhada, quando constata a existência de outros sistemas operando regularmente no âmbito da sua jurisdição: (1) resiste à sua validade, lançando-o no campo da marginalidade, apenas o admitindo como ilegal e deflagrando um conflito de interlegalidade; ou (2) passa a acolhê-lo, em termos, procedimentos e formas por ele arbitrados, mas na condição exclusiva de dele primeiro conhecer e sempre dizer a última palavra como maneira de validação.

Acerca dessa espécie de pluralismo jurídico é que iremos nos deter, na perspectiva do interesse do Estado, frente à sua inegável existência e necessariamente falando na sua língua (SEGATO, 2014, p. 77), tendo por decorrência lógica o controle estatal que normalmente ressei autorizado em linhas constitucionais, fenômeno que doravante nos reportaremos como “jusdiversidade” e representativo da fase seguinte à constatação, por parte dessa organização política da modernidade, de que outro sistema paralelo se opera de fato dentro do seu território, mas agora deixando de negá-lo ou compreendê-lo como ilegal para avançar na direção do seu expresso reconhecimento, por intermédio de mecanismos próprios e procedimentos estabelecidos previamente a fim de atender essa demanda de natureza cultural, normalmente ligada a grupos minoritários que compõem a grande sociedade nacional.

Aquela anterior etapa da constatação e seu avanço para essa do expresso reconhecimento deverá acontecer por iniciativa exclusiva do Estado, quando promove a abertura do sistema oficial para acolher a jurisdição indígena, ainda

que estabelecidos modos, tempo e restrições ao seu funcionamento concomitante com o ordenamento jurídico estatal, cujo controle se exerce nos limites do que o Estado entenda por “tolerável” em face dos valores por ele defendidos e no âmbito do seu respectivo território.

É no entabulamento desse conjunto de regras e procedimentos estatais de recepção, a tornarem válidas as normas, decisões ou qualquer outra manifestação das autoridades tradicionais, operadas costumeiramente e tidas por legítimas pelos índios, que nos deparamos com o fenômeno da jusdiversidade, como manifestação da soberania estatal no sentido do reconhecimento de uma peculiar organização social diversa daquela hegemônica, ultrapassada a fase do estranhamento e avançando para o respeito ao modo de vida desses povos originários, ainda que em termos fincados e fiscalizados pela ação última do Estado (SOUZA FILHO, 1998).

Não sejamos ingênuos ao entender que no percorrer desse processo de heterointegração o Estado acaba de fato, como dito anteriormente, “tolerando” aquilo que não criou e nem defendeu como padrão homogêneo do agir nacional. Ele apenas se apropria de coisas alheias, chancelando e dizendo que determinados comportamentos são aceitáveis somente entre os indígenas e dentro de um determinado território. Tudo muito claro para informar que podem continuar se pautando por aqueles trilhos normativos tradicionais e se resolvendo por procedimentos próprios de resolução de conflitos, capitaneados por autoridades autóctones e segundo os costumes daquele povo.

Essa abertura cognitiva no sistema legal, particularmente no caso do Brasil e antes mesmo da Constituição Federal de 1988, veio timidamente autorizada no artigo 57 do Estatuto do Índio (Lei Federal n.º 6001/73), a prescrever que “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”.

Sem embargo do reconhecido avanço, ainda mais em tempos de ditadura militar quando aquele Estatuto restou aprovado no Congresso Nacional, essa janela de oportunidade na prática jusdiversa não é infensa às críticas e muito menos ignorado seus nuances de preconceito. A começar pela própria palavra “tolerada”, reproduzida com certa aversão, a transparecer que se não concorda com aquilo, mas que diante de uma realidade posta e que não se consegue mudar, acaba-se aceitando algo que lhe parece estranho ou repugnante, mediante

um esforço autorizado de aceitação (SOUZA FILHO, 2012). Mas os limites dessa recepção por parte dos julgadores do Estado seguem dispostos a seguir no comando normativo do artigo 57, circunscritos aos comportamentos protegidos somente na esfera penal, não podendo as reprimendas malferir determinados valores individuais, como vilipêndios corporais e preservação da vida humana.

Com efeito, e ainda se tratando de Brasil, seguiu a Carta da República de 1988 a expandir esse grau de “tolerância” para outros comportamentos (cíveis, criminais e quicá administrativos) compreendidos dentro de uma determinada “organização social”, com respeito aos “modos de criar, fazer e viver” “dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, a promover de forma mais alargada o direito à diferença, com fulcro reforçado no respeito à cultura de cada povo e significando finalmente compreender que no caso dos índios, têm eles o direito de continuarem indígenas, sem aquela neura assimilacionista e que devem ser respeitados enquanto tais, segundo parâmetros constitucionais acima destacados e constantes dos artigos 215, 216 e 231, *caput* (SOUZA FILHO, 2012).

Esclarecemos por ora que a interpretação desses dispositivos normativos restará mais adiante e casuisticamente retomada, quando enfrentaremos a realidade Amazônica e assim revelaremos conflitos que normalmente surgem no encontro prático dos sistemas jurídicos oficiais e consuetudinários, abrindo uma discussão que pode sim levar a fortes tensões sociais e até rupturas civilizatórias, quando poderemos verificar o quanto de fato o Estado “tolera” o modo de vida do outro diferente, dentro do seu território e a desafiar uma cultura ocidental, seus valores e garantias individuais protegidos pelo direito oficial.

### **3. Conflitos de interlegalidade e casuísticas Amazônicas**

Resolvido neste espaço de argumentação os desdobramentos do que entendemos por pluralismo jurídico e no escopo de pensá-lo sobre casos concretos, acreditamos que mesmo nos estágios autorizados de jusdiversidade iremos nos defrontar com tensões normativas e procedimentais. Não dissociado do ideário da convivência plural e multicultural, no entreato dos diversos ordenamentos que se permeiam, ainda verificamos que se dão múltiplos conflitos de interlegalidade (FAJARDO, 2008).

Nos casos de confrontos desse jaez – em linha de consideração com as pesquisas de Boaventura de Souza Santos (2000) – o foco de observação se resume mesmo

na ocorrência e dimensão do relacionamento beligerante entre dois sistemas sociais legítimos de direito, operando dentro do território nacional e regulando relações intersubjetivas separadas por condicionamentos culturais diferenciados.

Assim, por interlegalidades os esforços de descrição e de compreensão ficariam adstritos não apenas no encontro desses sistemas de direito, válidos ou não sob o olhar do Estado, mas a partir do exame de seus pontos discordantes nas hipóteses de inter-relacionamentos, percebendo como cada uma das ordens desafiadas internaliza tal conflito e o modo como a ele reagem (SILVEIRA, 2014).

Interlegalidade, como dito na fímbria deste item, escorre sim dos movimentos de pluralidade jurídica, mas não se confunde com qualquer das suas espécies ou jeito de acontecer. Limita-se ao conflito que eventualmente pode ocorrer quando duas ou mais ordens normativas se encontram, cada qual a seu modo regulando uma mesma situação, mas com encaminhamentos e soluções divergentes. E isso pode ser registrado tanto entre qualquer jurisdição diversa em confronto com o sistema legal do Estado, quanto entre aquela e outro ordenamento social não oficial, como, por exemplo, normas de comando tipicamente indígena regulando a pesca daquele povo num rio usado para a mesma finalidade por pescadores não índios tradicionais, se pautando também esses últimos por regras próprias e destinadas ao mesmo reduto pesqueiro, só que prescrevendo períodos de defeso diferenciados e promovendo a vedação para retirada de algum tipo de pescado muito apreciado pela população nativa.

Nessa hipótese, instalado o conflito normativo e talvez o embate físico entre esses grupos minoritários, a quem compete intermediar? A discórdia manifestada sobre bens ou objetos valorados diversamente resolve-se a favor de quem? Como se dá a internalização desses conflitos e seus consequentes desdobramentos no âmbito de cada um dos ordenamentos em pauta? Obviamente que para cada caso se requer um estudo de feição antropológica, muito particularizado e se colocando na condição do outro.

Mas quando o Estado se faz presente num dos pólos desse conflito de interlegalidade, com normas escritas previamente conhecidas e diante da possibilidade consentida de respeito à jusdiversidade, as situações ficam mais claras e razoavelmente discernidas. E particularmente no caso do Brasil, testa-se até onde vai o grau de respeito ao direito do outro diferente de se autodeterminar, bem como em que medida nossas autoridades estão dispostas a “tolerar” outros

comportamentos sociais que lhes repugnam estranhos e que fogem da normalidade pelo Estado estabelecida.

Essas e outras percepções dizem respeito, como desde o início deste trabalho tentamos demonstrar, de um grande fenômeno jurídico denominado de pluralismo, muito em voga em plagas amazônicas e mais recentemente encaixado na veia filosófica do neoconstitucionalismo latino-americano, que noutra escrito poderemos desenvolver<sup>4</sup>. E nesse aspecto se destaca o estado de Roraima, com grande proporção indígena em todos os seus quadrantes, produzindo, inclusive, precedentes judiciais que bem ilustram a nossa temática teórica apresentada.

A ideia agora é destacar apenas três desses casos para refletirmos eventuais contextos do reconhecimento da diversidade, bem como da presença dos possíveis conflitos de interlegalidade, sopesando sobre cada um deles a capacidade do Estado brasileiro para conhecer e controlar o funcionamento de outras jurisdições no âmbito do seu território nacional. Trata-se de casos conhecidos e também objetos de outras pesquisas, estudos avançados e destaque em publicações anteriores, razão pela qual iremos descrevê-los de forma muito reduzida, reportando o leitor para outras fontes de informação e na forma de notas de rodapé.

### **3.1 Caso Basílio**

Sem dúvida alguma, é o primeiro e grande referencial para o pluralismo jurídico de Roraima, quiçá do Brasil, uma vez que se refere a fatos que repercutiram na área criminal datados de 1986, mas somente julgado na Primeira Instância da Justiça Federal quase 15 anos depois, no ano de 2000, caracterizado pelo reconhecimento explícito da jusdiversidade<sup>5</sup>.

Sem adentrar no mérito da desavença, uma vez que envolvia bebida alcoólica e por motivo fútil, o índio da etnia *Macuxi* conhecido pelo primeiro

---

4 Não cabe neste rápido ensaio abordarmos todas as características desse neoconstitucionalismo latino-americano e muito menos a sua dimensão em território Brasileiro pós 1988, mas adiantamos que se desenha por linhas de um Estado Plurinacional, democrático, participativo e dialogando com seus povos originários, de onde o pluralismo jurídico ressaí como mais uma das suas consequências identificadoras (SANTOS, 2007).

5 Este caso encontra-se inteiramente relatado e analisado na obra de Silveira (2008), que se deu inclusive o trabalho de transcrever do processo original as principais peças, guardando fidelidade com o que se produziu nos autos físicos devidamente arquivado nos escaninhos da Justiça Federal em Roraima.

nome de Basílio, e ainda Tuxaua da sua comunidade (uma espécie aproximada de cacique), avançou sobre a vítima Valdenísio, também indígena e ambos moradores do Maturuca, núcleo habitacional dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada a nordeste no estado de Roraima, causando-lhe vários ferimentos que o levaram à morte.

No mesmo dia dos acontecimentos e após repulsa dos habitantes daquela área, Basílio foi imediatamente amarrado pelos seus pares a fim de ser julgado no dia seguinte, em assembleia democrática e com a participação de todos os moradores.

Feito isso, Basílio foi condenado por aquela autoridade coletiva e tradicional nas seguintes penas: destituição da posição de *Tuxaua* (Cacique), não lhe sendo permitido jamais voltar a ocupar tão posição social; enterrar a vítima sozinho, cavando o buraco com suas próprias mãos; desterro por dez anos, assim como destituído de todos os seus pertences e também convívio dos familiares.

Mesmo sabedor daquele julgamento comunitário e tão logo tomou conhecimento na cidade de Boa Vista a respeito de todos os acontecimentos, o Delegado de Polícia Federal instaurou o competente inquérito policial e indiciou Basílio no crime de homicídio qualificado. Seguiram-se nos mesmos termos denúncia criminal por parte da Procuradoria da República e ainda pronúncia recebida pelo Juiz Federal da circunscrição Comarca de Boa Vista.

Ocorre que somente no ano de 2000, depois do réu já ter cumprido a pena comunitária e voltado inclusive a morar na mesma comunidade do crime, é que se deu o julgamento por parte do Estado brasileiro, levado ao plenário do júri popular. Durante o debate entre acusação e defesa, o advogado defensor de Basílio pede sua absolvição sob o argumento de que, uma vez já punido pelos seus pares e cumprida a pena costumeira, não poderia o Estado voltar a conhecer do mesmo fato e novamente imprimir reprimenda. E se isso realmente ocorresse, se estaria promovendo um inaceitável e desumano *bis in idem*, ou seja, Basílio punido duas vezes pelo mesmo acontecido.

O órgão de acusação, personificado em plenário pelo representante do Ministério Público Federal, concordou com os fundamentos da defesa e, por uma questão de justiça ao caso concreto, também requereu a absolvição do réu, restando ato contínuo ao Basílio absolvido à unanimidade pelos jurados não índios e representantes da sociedade envolvente.

Por inusitado o desfecho e sem ter muito claro os desdobramentos daquele julgamento, o Magistrado Federal compreendeu o veredicto como fundamentado numa causa supra legal de exclusão da culpabilidade prevista no Código de Processo Penal, pelo que Silveira (2008, p. 157) complementa não ser um despropósito se defender para o caso também um encaminhamento de jusdiversidade consentida pelo Estado Brasileiro, forte não apenas numa causa que poderia ser manifestamente legal (artigo 57 do Estatuto do Índio), como ainda inteiramente constitucional (artigos 216 e 231 da CF/88).

Sem muita dificuldade, se nota que os acontecimentos tidos pelo Estado como criminosos também geraram repulsa e desarmonia social no seio daquele território indígena, estando os dois sistemas de justiça muito alinhados em repreender o fato e assim acomodar socialmente a comunidade *Macuxi*. Não havendo para o caso dúvidas acerca da importância do valor vida protegido por ambos os ordenamentos jurídicos (estatal e consuetudinário), não há que se falar em conflito e muito menos na hipótese de interlegalidade, porquanto nos dois sistemas os encaminhamentos imaginados se entrelaçaram e convergiram para as etapas de reprovação, julgamento, condenação e aplicação de pena.

E nada mais fizeram as autoridades estatais do que conhecer daquele sistema diverso de justiça, conferir-lhe a eficácia e também acerto no resultado final, para depois chancelá-lo como válido, segundo permissivos legais e constitucionais antes mencionados. Temos nessa narrativa então um caso concreto de pluralismo jurídico autorizado legal e constitucionalmente pelo Estado brasileiro, no modo do reconhecimento da jusdiversidade, mas não instalado qualquer conflito de interlegalidade na medida em que não houve divergência acerca dos valores tutelados e reprimenda imposta. É como se o Judiciário nacional tomasse pra si todo o processo feito e resolvido dentro daquele território indígena, validasse seus resultados e promovesse diretamente o respeito ao modo de agir do outro diverso, não muito diferente do que o Estado decidiria para o mesmo caso.

### **3.2 Infanticídio indígena**

Nessa hipótese de acontecimento, em que pese se verificar sim uma situação de pluralidade jurídica, na prática a questão escapa para o campo da ilegalidade não tolerada pelo Estado, deixando de se falar então em jusdiversidade e

já caminhando para a verificação de um conflito deflagrado de interlegalidade entre o sistema oficial e aquele mantido na órbita de específica comunidade indígena. Cinge-se o problema na execução, por evento morte, de crianças recém-nascidas por parte de mulheres indígenas que, logo após o parto, descobrem que a criança nasceu com algum defeito físico, ocorrência de gêmeos ou ainda resultado de um relacionamento extraconjugal ou não consentido<sup>6</sup>.

Muito delicado tanto para os quadrantes da organização política que tomou conta da modernidade quanto no mundo interior de poucas etnias indígenas que permanecem nessa prática secular, o tabu do infanticídio tem sido mal compreendido pelo Estado brasileiro inclusive no seu enquadramento legal, quando interpretado à luz do nosso próprio Código Penal. Na inteligência do artigo 123 daquele código repressivo, comete infanticídio quem mata, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após ele. No caso indígena, o condicionamento não é psíquico e nem em virtude de outro desvio emocional, mas nitidamente de caráter cultural, principalmente entre povos de vida nômade e que ainda remanesçam se deslocando pelo território amazônico<sup>7</sup>.

Obviamente que não se dando sob a influência do estado puerperal, a morte de neonato pela sua própria mãe depois do parto pode se enquadrar e a depender das circunstâncias, no homicídio qualificado do artigo 121, parágrafo 2º e seus incisos, do Código Penal. Isso se o aspecto cultural no condicionamento dessa tradicional prática nativa não for “tolerado” pelos agentes estatais. E a experiência na região Norte tem demonstrado que ao tomar conhecimento das tentativas do que se convencionou chamar equivocadamente de “infanticídio indígena”, as autoridades oficiais tentam acolher e tirar a criança para fora da comunidade, não permitindo mais o retorno ao convívio dos seus pais biológicos, singularizada numa interferência abrupta na cultura do outro e sob o pálio da defesa dos direitos humanos.

---

6 Relativamente a casos dessa natureza, deixaremos de citar o nome de etnias, pessoas e comunidades, por respeito à temática que lhes tem custado muito caro, inobstante alguns poucos processos que passaram pelo Ministério Público do Estado de Roraima narrando tais práticas costumeiras terem sido todos arquivados e sem notícia de denúncia criminal. Normalmente as crianças chegam até as autoridades do Estado salvas por outras pessoas ou representantes de ordens religiosas, cujos encaminhamentos se direcionam para adoção e sem identificação muito certa da mãe indígena que recusou a criança.

7 Zaffaroni (2002, p. 542-548) propõe uma especificação do erro de direito por parte do agente de cultura diferente para eximi-lo da culpabilidade em face dos mecanismos persecutórios do Estado, promovendo essa espécie de condicionamento como premissa inafastável na maneira de agir dessas pessoas.

Podemos certamente afirmar que se desconhece nos foros oficiais ato de agente estatal que tenha devolvido algum recém-nascido resgatado naquelas condições para o seu povo de origem, prevalecendo a nossa filosofia do direito individual à vida, em detrimento dos valores coletivos desses índios mais isolados e mesmo que bem fundamentado antropológicamente.

Nessa hipótese de pluralidade constatada e quando o Estado se manifesta a respeito do modo desconforme com sua normatização o tratamento indígena dispensado para menores indesejados, nega vigência daquele outro sistema social ao torná-lo ilegal e sem admitir qualquer justificativa “tolerável”. Vale a última palavra e o poder da força do Estado sobre aquela minoria étnica, malgrado seus agentes não terem se deslocado para dentro daquela terra com o fim exclusivo de interferir nesse específico processo cultural.

É o caso mais extremo do conflito de interlegalidade por nós vivenciado na região Norte e que acaba chegando ao conhecimento do Ministério Público por meio esporádico, fortuito e até acidentalmente, mas que o obriga funcionalmente a tomar partido em favor dos valores culturais e legais defendidos pelo Estado nacional. Ao entender aquela prática fatídica como flagrantemente atentatória à pauta de direitos humanos defendida pelo ocidente, sequer se estabelece no ponto um relacionamento jusdiverso, com um mínimo de respeito entre os ordenamentos discordantes, sendo legado tal tragédia de descarte da vida humana ao campo mesmo da marginalidade.

Muito difícil de ser compreendido à luz do sistema jurídico brasileiro e sem outra possibilidade de encaminhamento senão a total reprovação, normalmente para tais práticas tradicionais os nossos operadores do direito afastam a proteção constitucional do manto cultural (artigos 215, 216 e 231 da CF/88), também sequer aplicando o artigo 57 do Estatuto do Índio, até porque estamos a cogitar de tratamento para nós revestido do “caráter cruel” e resolvido com o evento “morte”, expressamente excepcionado nos limites do que o Estado deva aceitar como “tolerável”.

Por reforço ao dito anteriormente e já enveredando para a conclusão, lateralmente o Supremo Tribunal Federal e quando enfrentou a questão da crueldade contra animais (vaquejada, farra do boi e briga de galo), a condicionante cultural de feição constitucional restou desprezada e aquelas atividades rotuladas

de esportivas foram declaradas como ilegais<sup>8</sup>, razão pela qual percebemos que quando a vida das pessoas restarem ponderadas nos mesmos padrões de interpretação, dificilmente o Judiciário brasileiro irá “tolerar” medidas consideradas como desumanas pelo ordenamento jurídico estatal.

Isso posto, e pela quase intransponível dificuldade para enquadramento dentro do nosso sistema legal daquela prática ancestral indígena como corolário do direito à cultura, se ergue entre as jurisdições do Estado e a daquele povo uma hipótese conflituosa e extremada de interlegalidade, em evidente prejuízo de qualquer possibilidade para reconhecimento de um processo de jusdiversidade.

### 3.3 Tribunal do Júri indígena

Não por acaso deixada essa terceira casuística por último. Muito menos pelo fato de ser a mais recente, mas pela razão de que nela se entremeiam hipóteses de jusdiversidade e também de interlegalidade, exatamente nessa ordem sucessiva e a retratar como no âmbito de um mesmo caso Estado e cultura indígena tanto podem se aproximar, quanto imediatamente e abruptamente se distanciar.

Trata-se de uma tentativa de homicídio qualificado acontecida em 23 de janeiro de 2013, na sede do município de Uiramutã, estado de Roraima, e cuja população municipal beira aos 90% de índios autoidentificados. No início da tarde daquele dia, mais especificamente nas instalações do pequeno comércio denominado de “Mercadinho do Peão”, dois irmãos *Macuxi* atentaram contra a vida de outro indígena da mesma etnia que lá também se encontrava ingerindo bebida alcoólica<sup>9</sup>.

Segundo consta do inquérito policial, depois confirmado em sede de denúncia criminal ofertada pelo Ministério Público Estadual e posterior sentença de pronúncia, um desses irmãos aproximou-se por trás da vítima indígena e lhe des-

---

8 Confira-se nos seguintes precedentes do STF: ADI n. 4983/CE, Rel. Min. Marcos Aurélio, j. 06.10.2016 (vaquejada); RE n. 153.531, 2ª Turma, Rel. p/o acórdão, Min. Marco Aurélio, j. 03.06.1997 (farra do boi); e ADI n. 1856, Rel. Min. Celso de Melo, j. 26.05.2011 (briga de galo).

9 Este caso acha-se inteiramente descrito e profundamente examinado na dissertação defendida por Vieira (2016) perante o Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, junto à Universidade Federal Fluminense, cujos arquivos eletrônicos armazenados no sítio daquela Instituição de Ensino Superior recomendamos pesquisar.

feriu um golpe de faca no pescoço, enquanto que o outro irmão atacou pela frente com um canivete, ferindo ainda a mesma vítima de forma superficial no braço.

Esse acontecimento foi assistido por outras pessoas que estavam por lá bebendo, índios e não indígenas, que a tudo confirmaram e acabaram arroladas como testemunhas no processo, com destaque para outro índio da mesma comunidade dos autores (Comunidade da Enseada) que conhecia todos os envolvidos na confusão, tanto os indígenas réus da ação penal quanto o outro índio vítima do crime, em que pese este último morar no Orinduki, comunidade um pouco distante da moradia daqueles três.

E logo na instância policial, os autores dessa tentativa qualificada de homicídio argumentaram como motivação para aquela prática criminoso o fato de que chegou um desconhecido no mesmo local em que estavam consumindo bebida alcoólica, pediu também um copo de cachaça e ficou encarando os dois de modo estranho, chegando inclusive a insinuar em voz alta que um dia iria amarrar um deles dentro do curral.

Como alguns meses atrás, e no seio da comunidade deles, teria ocorrido uma morte por *Canaimé* nas mesmas circunstâncias vociferada, assim como aquela pessoa apresentava características físicas e de comportamento muito próximas daquela entidade mitológica, imaginaram se tratar de fato de um *Canaimé* e cuja missão agora seria de executar essa personificação do mal<sup>10</sup>.

Não é a primeira vez que a morte por *Canaimé* se justifica entre os indígenas de Roraima, tendo nós julgados do Estado que ora acreditaram naquela crença e absolveram o réu, assim como outros que não a levaram em conta e seguiram para condenar o acusado (BARRETO, 2011). Certo é que o Juiz da causa que estamos a narrar, por considerar não apenas a presença desse ente cultural como fator de motivação para o crime, mas principalmente por contar com envolvimento de índios que acreditam naquela crença em todos os extremos da demanda, inclusive na presença de testemunha índia da mesma etnia, resolveu levar o julgamento pelo Tribunal do Júri para dentro do Pólo Regional daquelas comunidades que compõe a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, qual

---

10 Na região da Raposa Serra do Sol, *Canaimé* é uma das entidades integrantes das culturas de algumas etnias indígenas, sobretudo entre os *Wapichana* e *Macuxi*, se destacando por ser a mais perigosa delas, podendo causar morte e infortúnio físico entre as pessoas, sendo um tabu entre os índios que se esforçam ainda hoje para identificá-los e depois matar (BARRETO, 2011).

seja, realizá-lo no âmbito do Maturuca, comunidade daquela qualidade e que entremeia moradias tanto dos réus quanto da vítima indígena.

Após longo e penoso processo de negociação capitaneado pelo Juiz Presidente do feito com as autoridades indígenas locais, procurando explicar a importância daquele julgamento e a sua necessidade de ser realizado no território original das partes, entre seus pares indígenas, que melhor conhecem o significado da motivação (*Canaimé*) e para fazer valer o respeito constitucional da sua cultura, organização social e modo de vida comunitário, seria de grande relevância também para o Poder Judiciário brasileiro promover essa proximidade jusdiversa, ainda que por procedimentos estatais estranhos aos índios, mas no mérito se conhecendo e discutindo uma entidade cultural própria daquela região.

Autorizado o procedimento do júri pelos próprios índios e definida a data da sua realização, o Poder Judiciário estadual confirmou o deslocamento do julgamento da sede do município do Uiramutã para dentro da comunidade do Maturuca, circunscrita à jurisdição daquela Comarca e nos termos apoiados pela Presidência do Tribunal de Justiça da época. Iniciado o evento oficial dentro da Maloca daquele Centro Regional às 9:00 hrs. do dia 23 de abril de 2015, assistido por mais de 300 indígenas de toda a região e na presença de várias autoridades do Estado nacional, além daquelas circunstâncias ao processamento do caso, tais como Presidente do Tribunal de Justiça de Roraima e ainda representantes especialmente designados do: Ministério Público Estadual; Defensoria Pública Estadual; Polícias Rodoviária Federal, Militar e Civil; Exército Brasileiro; Fundação Nacional do Índio; Fundação Nacional de Saúde; Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia; Universidades Federais Fluminense e de Roraima; imprensa; e, outras organizações que se fizeram representar.

Merecem ainda registro do acaso outros pontos interessantes para a nossa apreciação, pois quando se procedeu sorteio dos jurados, todos os sete eram também indígenas da região, porquanto quase 90% da população municipal, como antes relatado, se declaram índios no Uiramutã. Não bastasse isso, e por outra feliz coincidência, tanto o Juiz Presidente do feito quanto o Defensor Público habilitado para defender um dos réus no processo são também filhos de mulheres indígenas do estado de Roraima, a caracterizar de fato um julgamento do Estado a envolver enorme protagonismo intercultural de todas as matizes, razão pela qual ficou conhecido nacionalmente e segundo divulgado até pela imprensa nacional, como o “Júri indígena de Roraima”.

Após debates entre acusação e defesa, explorando-se muito a “motivação cultural” do *Canaimé* para justificar os atos tidos como criminosos, chega-se ao veredicto final às 23:30 hrs. daquele mesmo dia, quando soberanamente o Conselho de Sentença todo composto por indígenas deliberou por absolver os dois acusados da tentativa do homicídio qualificado, mas condenar um deles na prática da lesão corporal leve tentada, cuja pena foi logo reconhecida prescrita retroativamente pelo magistrado sentenciante. Acabado o evento oficial promovido pelo Estado, no seu modo formal, mas reconhecendo no mérito uma causa jusdiversa de exclusão da culpabilidade, no mesmo dia à noite todas as autoridades oficiais e não índios se retiraram da comunidade para empreender retorno aos seus lares, com a missão acreditada cumprida.

Ocorre que os índios da região lá permaneceram e, logo na manhã seguinte, se reuniram para discutir e novamente avaliar o julgamento realizado no dia anterior segundo as leis e procedimentos do “branco”, chegando a outro resultado bem diferente daquele oficial e com novos contornos jamais pensados pelas autoridades estatais. Com forte preocupação na tentativa de conciliar as comunidades onde moram réus e vítima (Enseada e Urinduki), evitando-se possível conflito coletivo intertribal por causa da absolvição e enxergando naquele caso concreto que os dois índios acusados também avaliaram mal a presença de um eventual *Canaimé*, deliberaram por assembleia tomar outros encaminhamentos.

Desconsideraram o pronunciamento oficial do Estado para o caso e decidiram julgar novamente a conduta de todos os envolvidos no evento que para eles também soava reprovável, segundo seus usos, costumes e tradições. Assim, e contrariando internamente o que foi decidido no procedimento do Estado, decidiram condenar os apontados autores na prestação de serviço comunitário em comunidades diversas por dois anos consecutivos, bem como condenar por seis meses a testemunha indígena que tudo assistiu, pois conhecia as partes litigantes e nada fez para pacificar a situação, tendo a oportunidade não aproveitada para ainda esclarecer aos agressores que aquela outra pessoa não seria um *Canaimé* (VIEIRA, 2016).

E também a vítima restou condenada na mesma quantidade e qualidade de pena por serviço comunitário, agravada agora pela obrigação de entregar três cabeças de gado para a Comunidade da Enseada, justamente aquela onde moram os acusados e por terem seus integrantes injustamente provocados. Mas o que de fato pesou mesmo na condenação de todos os envolvidos naquela

confusão (acusados, vítima e ainda testemunha), foi o fato de estarem na cidade ingerindo bebida alcoólica que, além de terminantemente proibida para consumo dentro das comunidades indígenas da Raposa Serra do Sol, se estende a reprimenda para fora do seu círculo territorial pelos efeitos deletérios que causa aos povos indígenas de Roraima (VIEIRA, 2016).

Este caso tem sido muito procurado para novas reflexões e aprendizados por outras áreas das ciências sociais, a demonstrar como se dá o relacionamento do Estado com os povos indígenas no bojo dos processos judiciais, suas tensões normativas e até onde um está disposto a se submeter à jurisdição do outro. Não se pode deixar de reconhecer todo o esforço do Judiciário roraimense de aproximar a máquina estatal da realidade daqueles povos, inclusive se valendo e respeitando uma entidade cultural deles para melhor decidir o caso, ou seja, procurando na cosmovisão dos índios promoverem de fato justiça no caso concreto.

Em que pesem todos esses esforços e que de nossa parte merecem elogios, quer no procedimento formal estatal, quer no mérito para enxergar as relações intersubjetivas do outro estranho aos nossos valores ocidentais, acabamos nos afastando do sentimento coletivo e sua prevalência sobre os interesses individuais, que permeia a vida de todos eles no âmbito de suas comunidades.

Por outro lado, releva também destacar todo o esforço desses povos de também receberem a jurisdição do Estado e por ela tentarem se pautar, ainda que lhes pareça ilógica e fora dos seus procedimentos tradicionais de resolução de conflito. E como visto neste caso, quem não “tolerou” o resultado apresentado pelo Estado foram os próprios índios, num caminho inverso de interlegalidade.

Por não ser propósito esgotarmos as reflexões críticas sobre todos esses acontecimentos, deixamos assentado para vindouros estudos que o caso bem ilustra um grande esforço e desafio por parte do Estado brasileiro para um reconhecimento de jusdiversidade, mas que dentro do seu jeito formal de promover a justiça e também aproximação com outros povos, não conseguiu satisfazer os reais destinatários com o seu provimento jurisdicional. E de parte desses povos originários, mesmo autorizando e concordando com a ocorrência do procedimento oficial dentro de suas terras, com o seu resultado não concordaram, uma vez que não se teria pacificado socialmente as comunidades envolvidas, razão pela qual desconsiderou no seu âmbito interno a decisão oficial absolutória, impingindo a todos os envolvidos penas que entenderam mais justas e necessárias para o caso.

Isso quer dizer que começamos com uma excelente iniciativa oficial de aproximação e de respeito ao outro diferente por laços legalizados de jusdiversidade, mas acabamos no estranhamento dos seus resultados em vista do conflito de interlegalidade declarado pelos próprios índios, tudo acontecendo dentro de um complexo e didático fenômeno jurídico de pluralidade.

## **Considerações finais**

Ainda que por rápida exposição desses casos ilustrativos, estamos autorizados a concluir que pluralismo jurídico, jusdiversidade e interlegalidades, podem esporadicamente se permearem no decorrer de um mesmo evento social, não necessariamente se excluindo, ou uma categoria enveredando para negar a outra. E tais campos de análise nos levam a também intuir que mesmo querendo e laborando para isso, nem sempre o Estado está no controle da situação jusdiversa, escapando, por vezes, aos olhos estatais outros encaminhamentos que desautorizam inclusive suas oficiais decisões.

No entanto, não vemos nessa constatação prejuízo ou diminuição da soberania do Estado, pois se declarar plurinacional ou mesmo multicultural significa permitir que o outro diferente se pautar por formatação própria de viver e também se autodetermine segundo seus valores, crenças e tradições, independentemente do agir das autoridades oficiais ou a maneira como elas exercitam o poder estatal.

A crença num pluralismo jurídico patrocinado, protagonizado e controlado pelo Estado é deveras frágil de sustentação na prática, pois de nada adianta decidir ou dar a última palavra se ela não pauta comportamento dos outros, e muito menos se acha apta a mudar os passos de uma sociedade que lhe é preexistente. Entendemos que o mito do Estado pode até valer e nos impressionar no campo da produção normativa, mas não se sustenta quando opera na tentativa de transformar a realidade de alguns povos tradicionais. E tudo isso comprovado pela dedução teórica, realista e prática das categorias jurídicas que vimos no decorrer deste trabalho.

Para não perder importância e nem espaço de diálogo na vida principalmente desses povos, o Estado brasileiro deve seguir se aproximando e apoiando os indígenas na sua empreitada de autoafirmação, reconhecimento enquanto minorias jusdiversas e interferindo minimamente nos seus ordenamentos inter-

nos, sempre se colocando para auxílio, intermediação ou até mesmo convocação para uso da força, mas sempre atendendo o seu chamado e nos ditames da autodeterminação respeitosa.

Verificamos que quando o Estado apóia ou se aproxima resolvendo nos termos aceitos pelos índios, tem deles o respeito e eficácia garantida das suas decisões. Sobreleva-se em legitimidade e se torna importante na garantia de existência desses povos. Mas quando toma outro rumo e tenta impor valores não compartilhados com suas minorias étnicas, perde espaço de interação e arma um conflito civilizatório que não consegue de fato controlar.

Mais inteligente, legítimo e também civilizado, é seguir mantendo esse canal aberto do diálogo intercultural, mesmo acerca daqueles temas mais sensíveis para ambos os ordenamentos jurídicos, sem a presunção de superioridade e muito menos impondo comportamentos que não fazem sentido ao modo comunitário dos índios viverem no Brasil.

## Referências

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2011.

BERLIN, Isaiah. **Four essays on liberty**. Oxford, 1969.

BOTERO, Esther S. **Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interes superior del nino**. Bogotá: Gente Nueva Editores, 2006.

COLAÇO, Thais L. Direito e jurisdição indígena: uma proposta de reconhecimento constitucional da autodeterminação dos povos indígenas da América Latina. **Anais da IV Reunião Equatorial de Antropologia e XIII Reunião de Antropólogos do Norte e Nordeste**. Fortaleza, 2013.

FAJARDO. Raquel Y. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el drecho estatal**. Guatemala: Fundacion Myrna Mack, 1999.

\_\_\_\_\_. Hito del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena em las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. BERRAONDO, Mikel (coord.). **La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. Punto y seguido. Barcelona: Alternativa Intercambio, 2008.

\_\_\_\_\_. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: balanços e desafios da implantação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. VERDUM, Ricardo (org.). **Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

HOEKEMA, André J. Hacia um pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. **El Otro Derecho**. 26 e 27. Bogotá: ILSA, 2002, p. 63-99.

HOOKER, Michael B. **Legal pluralism: an introduction to colonial and neo-colonial laws**. Oxford: Clarendon Press, 1975.

JAMES, William. **A pluralistic universe**. New York, 1909.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **La reinención del estado y el estado plurinacional**. Santa Cruz de La Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA/CEJIS/CEBID, 2007.

SEGATO, Rita de Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 01, nº 01, jan./jun. 2014, p. 65-92.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Socioambientalismo Amazônico**. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. Jusdiversidade e interlegalidade indígena na experiência Amazônica. SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de; FERREIRA, Heline S.; NOGUEIRA, Caroline B. (orgs.). **Direito socioambiental: uma questão para América Latina**. Curitiba: Letra da Lei, 2014.

SMORTO, Guido. Pluralismo jurídico e a difusão dos direitos. **Revista Espaço Jurídico**, Chapecó, v. 15, n. 1, p. 177-196, jan./jun. 2014.

SOUZA FILHO. Carlos Frederico Marés de. Autodeterminação dos povos e jusdiversidade. ALMEIDA, Ilena; RODAS Nidia Arrobo (org.). **Em defesa del pluralismo y la igualdad**. Los derechos de los pueblos índios y el estado. Quito: Ediciones Abya-Yala, 1998, p. 241-260.

\_\_\_\_\_. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

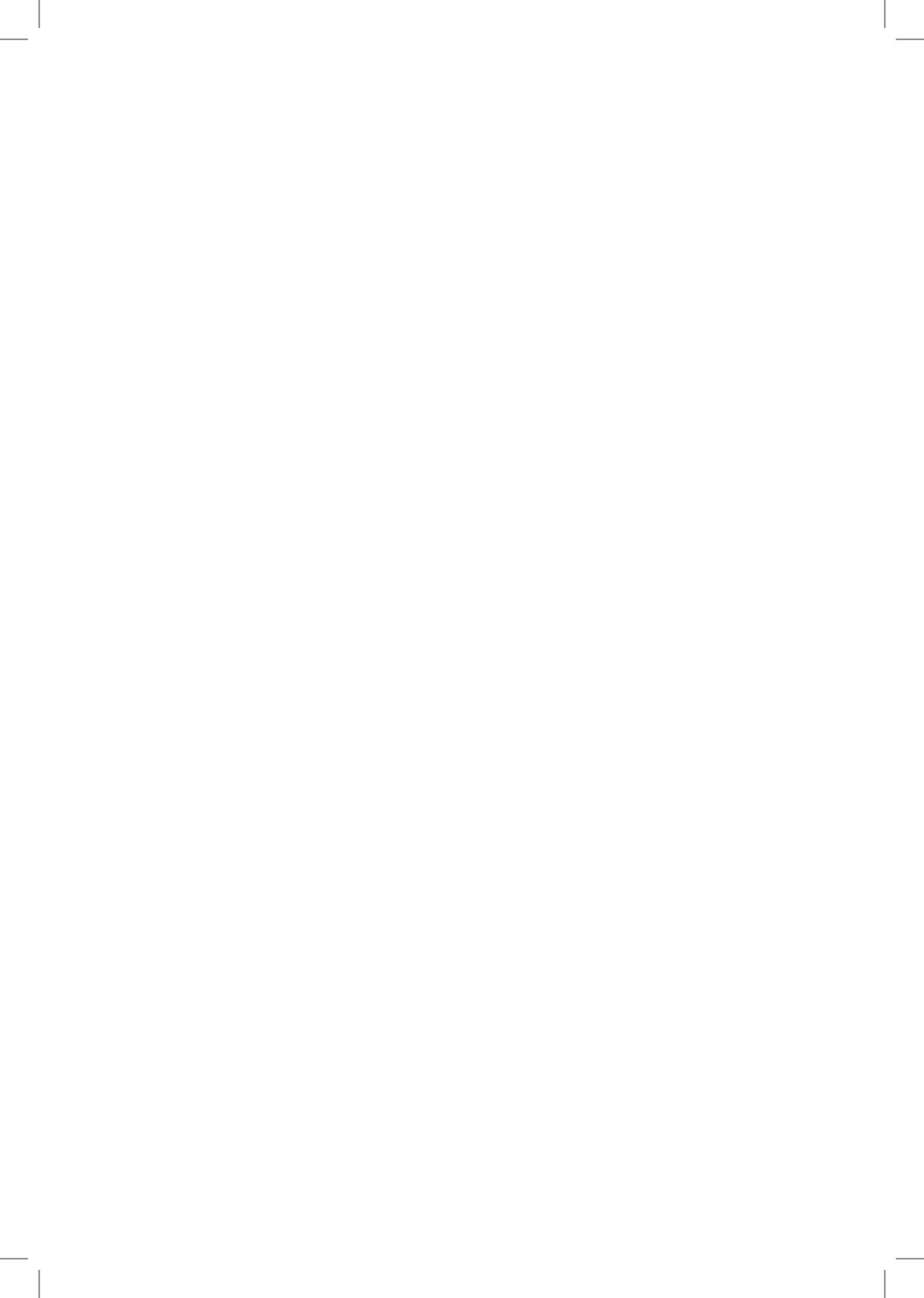
VIEIRA, Aluizio Ferreira. **As condições de possibilidade do duplo *jus puniendi* à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 88 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

VILLARES, Luiz F. (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014.

WOLKMER, Antonio C. **Pluralismo jurídico: síntese de uma cultura no direito**. 3 ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

WOLKMER, Antonio C.; MELO, Milena P. (orgs.). **Constitucionalismo Latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: uruá, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio R. **Manual de derecho penal – parte general**. 6. ed. Buenos Aires: Sociedade Anônima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 2002.



# La Justicia Mapuche en Pulmarí. De la Reivindicación Indígena al Reconocimiento Estatal

María Paula Cabeda<sup>1</sup>

## Introducción

En el año 2014 se firmó en la provincia de Neuquén la *Declaración de Pulmarí*, un acuerdo entre las comunidades mapuche de Pulmarí y el Ministerio Público Fiscal de la provincia a partir del cual se reconoció el derecho a resolver sus conflictos a través de sus métodos y prácticas tradicionales de justicia. Como resultado, las prácticas de resolución de conflictos propias de las comunidades indígenas, que el pueblo mapuche denomina como *Nor Feleal*, fueron “incorporadas” dentro del sistema penal como prácticas legales para la resolución de determinados conflictos según consta en la normativa.

Cabe destacar que hasta la *Declaración de Pulmarí* el único sistema de derecho reconocido en la provincia era el sistema jurídico occidental, por lo que para las comunidades este suceso significó un avance en el reconocimiento de sus derechos. La justicia mapuche ha sido practicada por las comunidades con el fin de mantener el orden y resolver los conflictos que sucedieran internamente en las comunidades. Actualmente, la institución *Nor Feleal* se encuentra comprendida en los Estatutos Autónomos reconocidos a las Comunidades Mapuche de Neuquén y está conformado por el Logko y los o las Werkenes (autoridades mapuche) y dos miembros de la comunidad que son designados en cada caso para participar del proceso de resolución de un conflicto. Las personas mapuche de Pulmarí con quienes tuve contacto en el marco del

---

1 Profesora de Enseñanza Media y Superior en Ciencias Antropológicas, Universidad de Buenos Aires. Tesista de grado de la licenciatura en Ciencias Antropológicas: El proceso de reconocimiento de la justicia mapuche en Pulmarí: concepciones y prácticas del Nor Feleal. Integrante del proyecto de investigación Ubacyt “Políticas indígenas y políticas indigenistas en Argentina: prácticas, experiencias y memorias (1870-2015)” dirigido por la Dra. Diana Isabel Lenton. Correo: paucabeda@gmail.com.

trabajo de campo tendían a definir a la justicia mapuche como un aspecto inescindible de otras dimensiones de la vida social como la política, lo religioso, lo económico, poniendo estas prácticas de resolución de conflictos en el marco de una cosmovisión que les otorga sentido.

Por su parte, la política de reconocimiento implicó la elaboración de una normativa en la que el Estado estableció en términos jurídicos qué entiende por justicia indígena, sus alcances, competencias y límites. Dicha normativa no sólo expresa un conjunto de criterios que reglamentan el ejercicio de la práctica de justicia mapuche sino que tanto la forma en que se produjo como el contenido que esta misma expresa vehiculizan un conjunto de sentidos y concepciones en torno a la justicia mapuche y los sujetos que esta política afecta.

A lo largo de este trabajo nos dedicamos a analizar estas dimensiones de la normativa y las implicancias de la política de reconocimiento en tanto política de traducción a la luz de la tensión que supone, por un lado, una ampliación en el alcance del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y por otro, el establecimiento de un conjunto de limitaciones y condicionantes que el Estado introduce para el ejercicio de lo que define como justicia mapuche.

## **1. Contextos del reconocimiento**

En las últimas décadas, la reivindicación en torno al ejercicio de las propias formas de justicia indígena tomó relevancia al calor de los procesos de organización y militancia indígena en la región. En ese contexto, los pueblos indígenas comenzaron a poner en cuestión la imposición del derecho nacional sobre ellos mismos tanto como sobre sus respectivos sistemas normativos, reivindicando el ejercicio de lo que se conoce como su derecho consuetudinario y/o justicia indígena (AYLWIN, 1995; RODRÍGUEZ BARÓN, 2015). Junto a otras, esta reivindicación se constituyó en uno de los ejes centrales vinculados a las demandas de autonomía y autodeterminación indígena (SIERRA, 1997).

Tales procesos de organización han tenido su repercusión en el plano del Derecho Internacional en el que ganó terreno la imposición de una agenda que atendiera reivindicaciones y demandas históricas de los pueblos indígenas. Como resultado, la sanción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989 y, posteriormente, la Declaración sobre los Derechos

de los Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) del año 2007 han significado un importante avance en materia de reconocimiento de derechos. Ambas normativas otorgaron marco jurídico específico que permitió enfrentar con mayores herramientas las disputas por el reconocimiento de este derecho ante los Estados nacionales.

A su vez, las reformas constitucionales de los países latinoamericanos, que en el contexto del neoliberalismo de los años noventa incluyeron a los pueblos indígenas como sujetos de derecho, incorporaron herramientas jurídicas relevantes a través de las cuales los pueblos originarios disputaron y lograron que en algunos Estados de la región se avanzara en el reconocimiento del derecho y la justicia indígena tanto como de otras reivindicaciones. En Argentina, la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1992<sup>2</sup> constituyó un antecedente significativo de la reforma constitucional de 1994 que representó un cambio en el marco normativo en relación a los pueblos indígenas. El reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas plasmado en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional supuso el reconocimiento de estas poblaciones como pueblos y su diferencia étnica y cultural como algo no sólo preexistente sino también como un aspecto inextinguible. A su vez, quedó establecida la obligación por parte del Estado de asegurar la participación indígena en la gestión de los asuntos que los afecten (BRIONES, 2015).

Si bien puede considerarse que la existencia de la normativa internacional y su adopción por los Estados ha representado un importante avance en materia de reconocimiento de derechos en el plano jurídico, ello no ha implicado necesariamente que en el plano de las realidades locales sea efectivamente respetada por los países que adoptaron el Convenio 169 y que suscriben a la Declaración de la ONU. Más recientemente, algunos trabajos demuestran para el contexto argentino las propias limitaciones de las políticas de reconocimiento en relación aspectos centrales como lo son la propiedad comunitaria de los territorios indígenas y su inclusión en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (RAMÍREZ, 2015) o bien, las tensiones que se expresan entre la cosmovisión mapuche y las ideas de desarrollo vinculadas a la explotación petrolera y los conceptos jurídicos estatales que la sustentan en la Zona Centro de la provincia de Neuquén (LENTON, 2015).

---

2 Si bien Argentina ratificó el Convenio 169 en 1992 con la sanción de la Ley n.º 24.071, no fue hasta el año 2001 que el mismo entró en vigencia.

En lo que respecta particularmente al reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas en el seno de los Estados-nación, observamos que pese a la existencia de un marco normativo y lineamientos para su implementación y regulación, este constituye una de las reivindicaciones más resistidas. Ello se debe a que el reconocimiento de otras prácticas de justicia pone en cuestión la idea de que a un Estado le corresponde un único sistema jurídico, es decir, el monopolio mismo de la producción jurídica (YRIGOYEN FAJARDO, 1998).

Hasta la Declaración de Pulmarí no se conocían en el país antecedentes de políticas estatales orientadas hacia el reconocimiento de formas alternativas de ejercicio de la justicia de los pueblos indígenas. Sin embargo, la inexistencia de una política de reconocimiento no ha impedido que los pueblos indígenas apelaran en sus territorios a la utilización de normas y prácticas legitimadas por las propias comunidades que posibilitaron la resolución de determinados conflictos sin tener que acudir a la justicia estatal en determinados contextos. Tal como señala De Sousa Santos (2009), la centralidad jurídica que adquirió el Estado y que instituyó la equiparación entre derecho y derecho estatal no supuso, pese a la hegemonía del derecho positivo, que no hayan existido otras formas de derecho no reconocidas que continuaron operando. Esta continuidad en el ejercicio de ciertas prácticas, que mis interlocutores mapuche de Pulmarí definían como “ancestrales”, posibilitó que muchos saberes en relación a cómo debe comportarse un/una mapuche o cómo se resolvían los problemas en “el tiempo de los abuelos” fueran socializados oralmente de generación en generación.

Los modos de resolver conflictos intracomunitarios y practicar la justicia que se encuentran contenidos en lo que los mapuche denominan como *Nor Feleal* se transmiten a través de *Nor Kymvn*, la educación mapuche. La educación mapuche está basada en principios y valores que funcionan como pautas culturales que se deben respetar en todos los ámbitos de la vida social, política y espiritual para vivir bien y en armonía con el *Ixfijmogen*. En este sentido, los conflictos serían el resultado de haber quebrantado esa armonía producto de no haber respetado las reglas y su resolución se orienta a recomponer las relaciones y restituir ese equilibrio perdido. Por ello, *Nor Feleal* es asociado a la idea de vivir en armonía o tener una vida en orden.

La experiencia del trabajo de campo me permitió ver que la situación era diversa en función de las particularidades de cada comunidad y que las autoridades comunitarias recurrían en diferente grado a las formas de resolución de

conflictos que se identifican con el *Nor Feleal*. Por ello, la puesta en práctica de *Nor Feleal* en las comunidades no resultaba homogénea y su “utilización” en mayor o menor grado se vinculaba a los procesos organizativos propios de cada comunidad. Ello se comprende a la luz de considerar que estas prácticas han sido retomadas de un modo más sistemático por las comunidades luego de estar sometidas al ocultamiento y la invisibilización que muchas comunidades han adoptado en relación al Estado y la sociedad *winka* (criolla).

A su vez, es necesario considerar que el reconocimiento de la justicia mapuche se inserta en un marco jurídico específico que remite a la reforma del Código Procesal Penal (CPP) de la provincia en el año 2014. Las extensas discusiones que desde hacía varios años venían llevándose en relación a la reforma del CPP contemplaron la incorporación de varios artículos referidos específicamente a las comunidades indígenas (KALINSKY, 2000). Un aspecto novedoso que introduce el CPP refiere al carácter que se atribuye a las prácticas de justicia en su artículo 17 en el cual se plantea que los jueces y los fiscales privilegiaran la resolución de los conflictos antes que la persecución penal y la aplicación de la ley. En la Declaración de Pulmarí se retoma este aspecto que se presentará como un rasgo también compartido por la justicia mapuche, a saber, que la misma involucra un conjunto de prácticas de resolución de conflictos orientadas más bien hacia la resolución de los problemas antes que al castigo. Otros dos artículos son relevantes a los fines de analizar este proceso. Se trata del artículo 19 que señala que en los procedimientos se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural, y el artículo 109 según el cual “cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el artículo 9.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” (Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Neuquén, 2014, p.19) que expresa que los tribunales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

## **2. La Declaración de Pulmarí**

El acuerdo involucró a las siete comunidades que habitan el territorio de Pulmarí ubicado en el Departamento de Aluminé, en la zona oeste de la provincia de Neuquén. Estas comunidades se organizan en el Consejo Zonal Pewenche, uno de los cinco Consejos que encontramos en la provincia en los que se encuentra descentralizada la organización política del pueblo mapuche por regiones. Además

de las autoridades de las comunidades mapuche y el Ministerio Público Fiscal de Neuquén (MPFN), también participó la Corporación Interestadual Pulmarí, una institución estatal creada en el año 1988 con el fin de gestionar y administrar las 112 mil hectáreas que conforman el territorio de Pulmarí (PAPAZIAN, 2008).

Con la Declaración de Pulmarí quedó establecido simbólicamente el reconocimiento de las formas de resolver los conflictos propios de las comunidades mapuche. Posteriormente, con la emisión de la Instrucción General n.º. 6, denominada “Instructivo para el reconocimiento y el respeto de las Costumbres y Métodos de los Pueblos Indígenas para resolver sus conflictos”, por parte del MPFN se establecieron ciertos criterios para vehicular lo convenido en la Declaración. En la Declaración se precisaban como objetivos del acuerdo

reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico vigente; fomentar, a través de actividades conjuntas, el intercambio cultural; rescatar y poner en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas; promover los métodos de resolución de los conflictos basados en el diálogo y en el respeto mutuo; coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos (Declaración de Pulmarí, 2014).

Tanto la Declaración como la normativa jurídica puede ser analizada desde el punto de vista de considerar qué concepciones se plantean en torno a la justicia indígena, de qué forma se definen sus alcances y límites en relación al orden jurídico estatal. Pero también pueden ser analizadas desde una perspectiva que permita visualizar cómo estos documentos expresan, a su vez, un conjunto de sentidos que pueden dar cuenta del modo en que el MPFN define su relación con los sujetos a quienes involucra este acuerdo y con aquello que será objeto de reconocimiento. En ese sentido, podemos considerar cómo a través de ciertos dispositivos jurídicos se expresa una determinada semántica que produce y reproduce un conjunto de significados y sentidos históricamente cons-truidos que nos hablan de la relación pueblos indígenas y Estado. A su vez, este tipo de discurso que supone la normativa jurídica puede ser entendido también como parte de las producciones estatales “que hablan desde el Estado para, a su vez, hablarle al Estado” (GELIND, 1998).

Siguiendo a Briones (2015, p. 4) podemos pensar cómo la dimensión semántica de la Declaración “funciona desde un sentido común sedimentado que responde al entramado propio de las respectivas formaciones nacionales y provinciales de alteridad”. En ese sentido, no se trata ya de una normativa puntual sino de una normativa en la que cristaliza una semántica que refiere al modo de concebir la alteridad indígena vinculada con las matrices de pensamiento forjadas desde el Estado en lo que respecta a su vínculo con estos pueblos.

Si analizamos la Declaración en esta clave resulta llamativo que en ninguno de sus apartados se haga referencia a que los alcanzados por esta medida son las comunidades mapuche. La generalización planteada en el documento, en el que “pueblos indígenas” es instituido como sujeto genérico de reconocimiento, pone en evidencia un rasgo del discurso jurídico que consiste en su tendencia a totalizar cuando se habla de derechos (BRIONES, 2015). El borramiento de toda referencia al pueblo mapuche se refuerza también con la omisión de la categoría de *Nor Feleal*, un concepto que designa la institución propia a través de la cual los mapuche han resuelto históricamente sus conflictos. Estas omisiones presentan cierta continuidad al ponerlas en relación con el carácter general de las políticas indigenistas en la provincia. En este sentido, Radovich (2013, 25) sostiene, al observar el artículo 53 de la Constitución Provincial (reformada en el año 2006) en el que se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que habitan la provincia, que “aparece negada la posibilidad de reconocer al pueblo mapuche con el etnónimo autoasignado y se los considera como parte *inescindible* de la identidad e idiosincrasia de la provincia”. Mientras que en el plano discursivo de la Declaración aparece borrada toda referencia a “lo mapuche”, en la Instrucción n.º 6 se plantea como uno de los requisitos excluyentes para hacer efectiva la implementación de la Declaración de Pulmarí que las personas involucradas en un conflicto sean parte de una comunidad indígena reconocida por el Estado. La exigencia de personería jurídica como requisito excluyente en relación al ejercicio de la justicia indígena expresa la lógica de los dispositivos estatales de reconocimiento; no basta con reconocerse como originario o la auto-adscripción a una comunidad sino que se requiere ser “comunidad” para entrar bajo paraguas reconocedor del Estado (PAPAZIAN, 2008).

En cuanto a la referencia a los métodos de resolución de conflictos basados en las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas a los que se refiere en la

Declaración, observamos que en la misma no se explicita que se entiende por ello. En principio, tal ausencia podría prefigurarse como un elemento a favor de las comunidades en tanto queda abierta la posibilidad de disputar el sentido de acuerdo a su propia manera de entender aquello que denominamos justicia. Sin embargo, la falta de especificación en torno a este punto no impide que en la misma normativa se deslicen una serie de sentidos que, fragmentariamente, van constituyendo una imagen en torno a lo que es, para el MPFN, la justicia mapuche.

La utilización del término *costumbre* para designar aquello que podemos definir como la dimensión jurídica propia de los pueblos indígenas conlleva, a su vez, cierto sesgo evolucionista en relación al modo de concebir la relación entre ésta y el sistema jurídico estatal. Tal caracterización presupone una determinada jerarquización que ubica a las prácticas de resolución de conflictos propias de las comunidades mapuche en un estadio anterior y subordinado al derecho estatal (GÓMEZ, 2002). Acoplada a esta idea, en la normativa se presenta el reconocimiento en los términos de “rescatar” y “poner en valor” las tradiciones y las costumbres de los pueblos indígenas, nociones que no sólo presentan una tendencia a cosificar ciertas prácticas culturales, sino que nos hablan del modo en que el MPFN pondera la política de reconocimiento. Al situarse en tanto artífice de esta acción de salvataje, se elabora una versión hegemónica acerca de la justicia indígena que el Estado produce para sí mismo en la que ésta es reconocida como un elemento del pasado que puede ser respetado, examinado, incluso en ciertas ocasiones, conscientemente revivido de una forma deliberadamente especializada para su “preservación” (BRIONES, 1998). A su vez, el “rescate” y la “puesta en valor” de las costumbres de los pueblos indígenas pueden ser entendidos como los imperativos que la política indigenista enarbola cuando lo que predomina es una visión paternalista en relación a los sujetos destinatarios de las mismas (RADOVICH, 2013).

Estos discursos son tensionados por mis interlocutores desde la propia práctica en sus comunidades estableciendo, sin desconocer los aspectos positivos que para ellos supone esta política, una clara diferenciación entre la política de reconocimiento y *Nor Feleal* como una institución ancestral que organiza la vida comunitaria. Al reafirmar su existencia previa se pone en cuestión el hecho de que la política así formulada implique necesariamente una acción de recuperación o salvataje. Esta manera de formular y llevar a cabo la política de reconocimiento que se expresa en el discurso de la Declaración se corresponde

también con el hecho de que algunos aspectos de la misma no son puestos a consideración de los sujetos a quienes tal medida va a afectar. En ese sentido, es significativa la escasa participación de las comunidades en la definición del contenido de la Instrucción nº. 6, un documento redactado *a posteriori* por las autoridades del MPFN en el que se define el marco legal en el que pueden desenvolverse las prácticas de justicia mapuche. De este modo, es el MPFN quien se reserva la facultad no sólo de establecer los requisitos que deben cumplirse para que un conflicto pueda ser tratado en el marco de lo establecido por la Declaración sino también el modo en que se vincula con el sistema jurídico estatal. En este orden, la política de reconocimiento puede ser pensada también como una política en la que se vuelve necesario “traducir” aquello que se reconoce y hacerlo no sólo inteligible, sino también y fundamentalmente compatible, con el sistema jurídico estatal.

### **3. La política de reconocimiento como política de traducción**

De acuerdo con el planteo de Sousa Santos (2012), puede considerarse que el reconocimiento de otros sistemas de justicia supone la puesta en cuestión de ciertos principios fundantes del Estado entre los que se encuentran el principio de soberanía, según el cual el Estado detenta el monopolio de la producción del derecho; el principio de unidad que sostiene la existencia de una única fuente del derecho; y, por último, el principio de autonomía que hace del derecho una esfera autónoma, que funciona con una pretendida independencia del resto de la sociedad. Esta situación supone que al incorporar formas alternativas de administrar la justicia, el orden jurídico se constituye en un espacio plural en el que coexisten más de una forma de gestionar los conflictos. Supone también que la maquinaria estatal es capaz de respetar y tolerar la diferencia, aunque la coexistencia no necesariamente implique una relación de igualdad entre un marco normativo y otro.

En su texto “Sobre el etnocidio”, Pierre Clastres (1996, p. 60) conceptualiza el Estado desde una perspectiva que se aleja de la anterior. Lo define como una máquina de reducción de la diferencia, como “una fuerza centrípeta que tiende, si las circunstancias así lo exigen, a aplastar las fuerzas centrífugas inversas”. Así como la práctica del etnocidio persigue la reducción de lo múltiple a lo Uno, el Estado persigue la negación de la diferencia, la reducción de la alteridad a los principios que lo organizan. Clastres sostiene, entonces, que las

organizaciones estatales occidentales son etnocidas ya que su funcionamiento sólo es posible en la medida en que la diversidad y la diferencia son reducidas e incorporadas a sus propias lógicas de organización y funcionamiento. Esta conceptualización nos resulta sugerente si consideramos que, para tal fin, el Estado requiere formular una política de traducción que le permita asimilar aquello que se constituye en objeto de reconocimiento.

Desde esta perspectiva, la política de reconocimiento puede concebirse entonces como un intento de traducir la diferencia cultural en lo que respecta a las formas de resolver los conflictos y lo que los mapuches entienden por su propia justicia. El acto de traducir funciona a partir del pasaje a categorías “propias”, “familiares” de aquello que deviene objeto de reconocimiento, buscando encontrar las mejores representaciones para una realidad que se asume como común. Si bien el reconocimiento presupone un acuerdo entre quienes están involucrados, ello no implica que en relación a aquello que se presenta como común no existan visiones distintas respecto de qué es, en este caso, la justicia mapuche. En ese sentido, las políticas de reconocimiento/traducción se desarrollan sobre la base de un supuesto que puede ser definido como la no puesta en cuestión de la existencia de una misma y única realidad compartida que suele ser diferencialmente representada y que algunos tienen la clave para dirimir cuál es la mejor representación (BRIONES, 2014). Por ello, las políticas de reconocimiento pueden operar también sobre la base de des-acuerdos o tensiones que se proyectan en relación al modo en que las distintas agencias entienden y vivencian aquello que se reconoce, más allá de que el poder estatal dirima en favor suyo los términos de la incorporación. En el siguiente apartado exploraremos algunas de estas tensiones a partir de analizar el modo en que tanto el MPFN – a través de la Instrucción n.º 6 – y mis interlocutores entienden lo que de un lado se define como la *justicia* mapuche y del otro como *Nor Feleal*.

#### **4. La Instrucción n.º 6**

Como señalamos anteriormente, la emisión de la Instrucción General n.º 6, denominada “Instructivo para el reconocimiento y el respeto de las Costumbres y Métodos de los Pueblos Indígenas para resolver sus conflictos”, estableció los criterios para la implementación y aplicación efectiva de lo convenido en la Declaración. El recurso de la Instrucción utilizado para vehiculizar el acuerdo

posibilitó la implementación del reconocimiento de forma expeditiva, aunque el hecho de haber sorteado la sanción de una ley para tal fin tiene como consecuencia que con una norma del mismo rango el MPFN puede proceder a derogar la normativa (BOSIO, 2014).

En la Instrucción encontramos que entre los considerandos del texto se postula que el reconocimiento de los pueblos indígenas puede hacerse también efectivo en diversos ámbitos, incluido el judicial. Luego, se repasan todos los recursos que provee el Código de Procesal Penal de la provincia sobre los que se asienta el acuerdo y se detallan a continuación los dos artículos del documento que instruyen los requisitos y pautas para el ejercicio de la justicia mapuche. Mientras que en el primer artículo se reafirma lo establecido en la Declaración de Pulmarí, en el artículo segundo se plantean dos cuestiones fundamentales que afectan al ejercicio de las prácticas de resolución de conflictos; una de ellas relativa a la intervención de los fiscales y la otra, en relación a las *condiciones objetivas* que deben darse para que el convenio pueda ser aplicado. En primer lugar, se establece que son los fiscales o autoridades judiciales quienes están facultados para determinar la prescindencia ya sea total o parcial del “ejercicio de la acción penal o limitarla”. Para que ello ocurra, deben estar dados una serie de requisitos de modo tal que las comunidades puedan hacer ejercicio de sus formas de resolución de conflictos. Así, se establece: 1) que debe tratarse de un conflicto que interese al derecho penal; 2) que involucre solo a miembros de las comunidades indígenas reconocidas por el Estado; 3) que haya ocurrido únicamente en territorio reconocido de las comunidades indígenas; 4) que el hecho no afecte gravemente el interés público o que no involucre un interés público prevalente; 5) de aplicarse una sanción, que la misma respete los derechos humanos; 6) que el conflicto sea resuelto o avalado por una autoridad legitimada por las comunidades indígenas.

Uno de los primeros elementos para destacar es el hecho de que son las autoridades ajenas a la comunidad quienes en última instancia quedarían facultadas para determinar la aplicación o no de la justicia mapuche dado un conflicto. A su vez, tampoco el instructivo profundiza en relación a lo que se denomina como “prescindencia parcial”. Considerando que una vez dados los requisitos se aplicaría este acuerdo, no se explicita bajo qué condiciones o con qué criterios se puede prescindir parcialmente de la ejecución de una acción penal quedando esto sujeto a la interpretación de las autoridades de la justicia estatal.

En el texto, la diferenciación entre dos conceptos jurídicos que obedecen a la lógica propia del derecho occidental, como lo son el derecho civil – orientado hacia la reparación del daño – y el derecho penal – orientado hacia el castigo o la sanción (BOSIO, 2014), constituye una de las oposiciones sobre las que se asienta esta normativa y es recuperada produciendo un desplazamiento de los modos de resolución asociados al derecho civil hacia el derecho penal para el caso de las comunidades mapuche. En el documento se expresa que ciertos conflictos que “interesen al derecho penal” podrían ser gestionados por las comunidades mapuche mientras que otros permanecerían bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria. En ese sentido, el punto cuatro de la Instrucción deja entrever los alcances del acuerdo al señalar que los hechos no deberían afectar gravemente el interés público o que no deben involucrar un interés público prevalente. En consecuencia, los tipos de conflictos que pueden ser abordados en el marco de la Declaración de Pulmarí son el robo simple, casos de lesiones leves, hurtos, amenazas, entre otros conflictos de similar envergadura.

La circunscripción de las prácticas de justicia a estos casos puede ser considerada como una preponderancia del sistema de justicia estatal por sobre las prácticas de resolución de conflictos al definir unilateralmente cuales cuáles son sus competencias. Ello, junto a la relevancia que adquieren las autoridades judiciales en relación a decidir que conflictos pueden tratarse bajo la justicia mapuche, constituyen ejemplos que buscan limitar el ejercicio de la justicia mapuche y nos muestran en qué medida la política de reconocimiento intenta regular estas prácticas que hasta el momento no se encontraban sometidos a la codificación estatal.

A su vez, el hecho de que ciertos “delitos” sean de exclusivo tratamiento por parte del Estado pone de manifiesto el problema de la coordinación entre estos dos marcos normativos. La coordinación como modo de relacionamiento entre ambas partes o en entre ambos marcos jurídicos, que se plantea como uno de los puntos de la Declaración, no supone *a priori* una subordinación o una reglamentación por parte del derecho estatal al derecho indígena (YRIGOYEN FAJARDO, 2004).

Si consideramos la coordinación entre dos sistemas normativos tal como lo plantea Yrigoyen Fajardo (2004) vemos que esta implica una relación horizontal y no de control, revisión, o subordinación entre un sistema y otro. Se trata de establecer un sistema que posibilite una relación armónica entre ambos marcos normativos a partir del establecimiento de reglas que permitan resolver conflictos de competencia, mecanismos de cooperación y auxilio mutuo. En

este sentido, observamos que en el espíritu de la normativa lo que debería ser una relación más de tipo horizontal entre ambos marcos se configura de modo contrario quedando la posibilidad de su ejercicio supeditada a las determinaciones de la justicia estatal. Como señalamos anteriormente, ello se observa con claridad al considerar las facultades de intervención que se le adjudican a los fiscales en relación a la determinación de la prescindencia de la acción penal, o bien el tipo de conflictos que pueden resolverse en el marco de las prácticas de resolución de conflictos de las comunidades mapuche. Asimismo, el hecho de que la justicia mapuche debe respetar los derechos humanos también puede ser considerado como otro aspecto que opera como limitante en la medida en que no se considera la naturaleza de dichos derechos y los supuestos y problemas que esta concepción conlleva al trasladarla para su aplicación entre los pueblos indígenas (SOUSA SANTOS, 2002). En su conjunto, estos aspectos expresan formas de regulación y control que, formuladas desde y por el Estado, dejan incuestionada la naturaleza de los criterios que se utilizan para definir las prácticas de justicia de un pueblo que se asume como culturalmente distinto y que, a su vez, ponen en cuestión el carácter intercultural con el que se ha definido, desde el Ministerio Público Fiscal, a esta política de reconocimiento.

## **Consideraciones finales**

¿En qué medida la incorporación al sistema jurídico estatal supone un cambio en lo que respecta al sentido político de las prácticas de justicia indígena? ¿El reconocimiento puede ser entendido como un fenómeno de captura, que atrapa estas prácticas de resolución de conflictos en los términos del derecho estatal? O bien, ¿es el reconocimiento una instancia más para disputar los espacios hegemónicos de la legalidad instituyendo otro modelo, otras prácticas jurídicas? Estos son algunos de los interrogantes que subyacen en el desarrollo de este trabajo en el que hemos analizado la normativa que se elaboró en el marco de la política de reconocimiento y algunas implicancias de este proceso.

Con todas las limitaciones que puede suponer una política como la que aquí analizamos y las restricciones que se imponen a aquello que el Estado entiende por métodos originarios de resolución de conflictos, hasta el momento, no ha habido, más allá de la Declaración de Pulmarí, avances significativos en lo que respecta al reconocimiento de otras formas de hacer justicia en Argenti-

na, por lo que esta política se prefigura como un precedente importante a nivel local para futuras reivindicaciones.

Este caso nos permite repensar las prácticas de justicia mapuche en ámbitos que se presentan como interculturales, considerando que estas políticas suponen una ampliación en el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, pero también la imposición por parte del Estado de limitantes y condicionantes en el marco de los cuales se ejerce el derecho a la autonomía y la autodeterminación. A su vez, la normativa expresa no sólo las pautas y requisitos para el ejercicio de la justicia mapuche sino que el discurso jurídico se presentan también como el vehículo de una semántica particular en la que se expresa una trama de sentidos en relación a la justicia indígena y “lo mapuche” que dan cuenta de la manera estatal de concebir y vincularse con las alteridad. En ese plano, la normativa se configura como un campo en disputa, como expresión de una tensión no resuelta entre las distintas concepciones y prácticas que cada una de las partes implicadas le atribuye a aquello que se reconoce. Pese al poder que representa la palabra escrita y el discurso jurídico, los mapuches desafían la política de reconocimiento en tanto política de traducción y ponen en cuestión estas concepciones a partir de confrontar la vigencia de sus prácticas de justicia, el lugar que ocupa en la propia cultura y el modo en que ésta se vincula con otros aspectos de la vida social.

Para las personas mapuches con quienes me relacioné en el trabajo de campo, el modo de entender la justicia mapuche se aleja de la matriz de pensamiento con la que el MPFN intenta aproximarse a la misma. Para mis interlocutores, la justicia mapuche “nace” en la educación y que se funda en lo que definen como “los principios mapuche”. Estos principios refieren a ciertos valores, modos de acción y comportamientos que son destacados y valorados y socializados por los miembros de las comunidades. Entre ellos pude identificar el valor de la palabra, el respeto por el otro, la compasión, y la vergüenza. Por ello, además de ser considerado como el “órgano de justicia”, *Nor Feleal* es definido también como “el conjunto de normas que regulan la vida social, política y religiosa y organiza los derechos, facultades y las responsabilidades naturales que cada mapuche posee y la rectitud con la que debe llevar su vida” (CONFEDERACIÓN MAPUCHE DE NEUQUÉN, 2010, p.67). En ese sentido, las implicancias que esta institución representa para las comunidades mapuches trascienden el carácter estrictamente jurídico, vinculado a la administración de justicia tal como lo entiende el MPFN.

Hasta qué punto estas prácticas de justicia ponen en cuestión el sistema jurídico estatal y nos pueden estar hablando de otra forma de componer y estar en el mundo constituyen dimensiones que merecen ser profundizadas a la luz del devenir de este proceso.

## Referencias

AYLWIN, José. Derecho consuetudinario indígena en el derecho internacional, comparado y en la legislación chilena. In: **Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología**, v. 1, pp. 189–97, 1995.

BOSIO, Gastón. **Avances de la episteme mapuche frente al eurocentrismo jurídico argentino. Reflexiones decoloniales en torno a la recientemente firmada Declaración de Pulmarí en la Provincia del Neuquén**, 2014. Disponible en: <<http://abolicionismolatinoamericano.blogspot.com/2014/09/avances-de-la-episteme-mapuche-frente.html>>. Consultado en: 20 dic. 2018.

BRIONES, Claudia. **La alteridad del “cuarto mundo”. Una deconstrucción antropológica de la diferencia**. Buenos Aires: Ediciones del Sol, 1998.

BRIONES, Claudia. Navegando creativamente los mares del disenso para hacer otros compromisos epistemológicos y ontológicos. In: **Cuadernos de Antropología Social**, n. 40. pp. 49–70, 2014.

BRIONES, Claudia. **Derecho Indígena, Justicia y Antropología en Argentina: historiando sus puntos de (des)encuentro**. Conferencia, Seminario Diversidad Cultural y Justicia en América Latina: perspectivas histórico-jurídicas. Buenos Aires: Max Planck Institut Für Europäische Rechtsgeschichte, 2015.

CLASTRES, Pierre. Sobre el etnocidio. En: **Investigaciones en Antropología Política**. Barcelona: Gedisa, pp. 55–64, 1996.

CONFEDERACIÓN MAPUCHE DE NEUQUÉN. **Propuesta para un KVME FELEN MAPUCE**. Neuquén, 2010. También disponible en: < <http://www.unter.org.ar/imagenes/kvme-felen-Plan-de-vida.pdf>>. Consultado en: 20 dic. 2018.

**DECLARACIÓN DE PULMARÍ**. Aluminé, Provincia de Neuquén, 2014.

GELIND, Grupo de Estudios en Legislación Indígena. Etnografía del discurso jurídico sobre lo indígena. La resolución 4811/96 desde la pragmática. In: **Publicar en Antropología y Ciencias Sociales**, v. VII (8), pp. 51–68, 1999.

GÓMEZ, Magdalena. **Derecho indígena y constitucionalidad**. En: **Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho**. Barcelona: Anthropos-UAM, pp. 235–277, 2002.

KALINSKY, Beatriz. **El Derecho Penal en ámbitos interculturales. Comentario a un caso de conflicto entre el derecho indígena y el derecho oficial**. Publicación online disponible en Alertanet Derecho y sociedad, 2000. Disponible en: <<http://www.alertanet.org/F2b-BKalinsky-art.htm>>. Consultado en: 13 ago. 2018.

LENTON, Diana. Diálogos entre conceptos jurídicos y conceptos mapuche. Observaciones en torno al conflicto petrolero en la meseta neuquina. In: Carrasco, M., Lombraña, A., Ojeda, N. y Ramírez, S. (coords.). **Antropología Jurídica. Diálogos entre Antropología y Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, pp. 323–337, 2015.

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN. **Instructivo para el reconocimiento y el respeto de las costumbres y métodos de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos**. Neuquén, 2014. Disponible en: <<http://www.mpfneuquen.gob.ar/mpf/images/resoluciones/instructivos/INST%20GRAL%20006.pdf>>. Consultado en: 27 dic. 2018.

PAPAZIAN, Alexis. El Espíritu de la Ley en la conformación de la Corporación Interestadual Pulmarí. In: **3ª Jornadas de Historia de la Patagonia**. UNCo-CONICET, Agencia Bariloche, 2008.

RADOVICH, Juan. Carlos. Los mapuches y el Estado neuquino: algunas características de la política indígena. In: **Runa: archivo para las ciencias del hombre**, 34(1), pp. 13–29, 2013.

RAMÍREZ, Silvina. La desjerarquización del derecho a la tierra y el territorio de los Pueblos Indígenas a través de la regulación de la propiedad comunitaria indígena en el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación. In: Carrasco, M., Lombraña, A., Ojeda, N.; Ramírez, S. (coords.). **Antropología Jurídica. Diálogos entre Antropología y Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, pp. 157–166, 2015.

RODRÍGUEZ BARÓN, Nicolás. Cultura jurídica indígena en Argentina. Una dinámica legal diversa a la hegemónica concepción liberal del derecho. In: Carrasco, M., Lombraña, A., Ojeda, N.; Ramírez, S. (coords.). **Antropología Jurídica. Diálogos entre Antropología y Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, pp. 77–98, 2015.

SECRETARÍA DE BIBLIOTECA Y JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN. **Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén: con legislación complementaria**. Neuquén, 2014. Disponible en: <<http://www.adepra.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/Neuquen-CPP.pdf>>. Consultado en: 27 ene. 2018.

SIERRA, María Teresa. Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas. In: **Alteridades**, 7 (14), pp. 131–143, 1997.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. En: **El Otro Derecho**, (28), pp. 59-83, 2002.

\_\_\_\_\_. El pluralismo jurídico y las escalas del derecho: lo local, lo nacional y lo global. En: **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho**. Madrid-Bogotá, Editorial Trotta, pp. 52–80, 2009

\_\_\_\_\_. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: Sousa Santos, Boaventura de y Exeni Rodríguez,

*Lei do Índio ou Lei do Branco – Quem Decide?*

José Luis. (eds.) **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, pp. 13–50, 2012.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala. In: **América Indígena**, 58 (1/2), pp.79–114, 1998.

\_\_\_\_\_. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. In: **El Otro Derecho**, (30), pp. 171–195, 2004.

**Seção II – Atuação dos  
Sistemas Jurídicos Indígenas,  
Poder Judiciário e Laudos  
Antropológicos**



# Nhande Nhe'e Rupia'e (Por Nossas Próprias Palavras)

Almires Martins Machado<sup>1</sup>

*Não hey de pedir pedindo, senão protestando  
e argumentando, pois esta he a licença e a liberdade  
de que tem quem não pede favor, senão justiça*

*(Os Sermões – Padre Antonio Vieira).*

## Nhepyrungaú (para iniciar)

Embora os direitos dos cidadãos brasileiros estejam previstos na Constituição Federal de 1988 (CF/88), para o cidadão indígena o Direito ainda não é algo palpável, ao alcance das mãos, que o socorra quando da necessidade de remédio judicial. O Direito nacional nem sempre é aplicado para que o indígena seja sujeito de direitos, existe na teoria, mas como ferramenta jurídica é algo que ainda precisa ser regulamentado, principalmente o artigo 4º do Código Civil de 2002, quando remete a capacidade civil do indígena à legislação especial, embora, a nosso ver, a CF/88 já tenha pacificado o assunto.

O Estatuto do Índio ou a Lei n.º 6001/1973, no título VI, das normas penais, artigo 57, prevê a tolerância quando da aplicação de sanções penais ou disciplinares aos seus membros pelos grupos tribais, desde que não se revestisse de caráter cruel, infamante ou que fosse a pena de morte. A questão é: se já aceita a aplicação do direito penal, porque não estender essa aceitação ao ramo do direito entendido como civil, nas comunidades indígenas?

O preenchimento dessas lacunas pode vir a ser fato, caso se reconheça a aplicação do ordenamento jurídico indígena (cada povo tem o seu) na solução

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito (UNIGRAN), mestre em Direitos Humanos e doutor em Antropologia pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor na Pós-Graduação da Faculdade Integrada Brasil Amazônia (FIBRA). Membro do povo Guarani e Terena. Contato: ateguara@gmail.com

de conflitos, pois é este que lhe faz sentido prático e aqui a tentativa de discorrer sobre o conceito que tem por viés o Direito de propriedade *Guarani*. O norte orientador é a previsão constitucional, de que devem ser respeitados os usos, costumes e tradições dos povos indígenas, assim como a previsão contida na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Há que se atentar para o pluralismo jurídico, a outros modos de juridicidade em operação, pois comumente se identifica o Direito com o Estado e julgar os povos indígenas como não tendo Direito próprio, explicitando o etnocentrismo jurídico, típico de Estados modernos de origem colonial (MACHADO, 2009, p. 11-13).

A Constituição Federal estabelece que o domínio das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas pertence à União (art. 20, XI); determina competência exclusiva da União para legislar sobre populações indígenas (art. 22, XIV) e reconhece, em capítulo específico (arts. 231 e 232), a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam; o artigo 231, CF/88, alberga o direito à alteridade, ser diferente, que não há uma inferioridade de direitos, por essa razão o direito à diferença não pode ser confundido com incapacidade.

O que ocorre é outra realidade sócio-jurídica, surgindo dificuldades que persistem e se insinuem na falta de compreensão e de respeito ao direito do outro; a diferença causa um choque hermenêutico-jurídico, sem o Estado como legislador. Em seguida vem o desconforto filosófico, por não compreenderem os princípios do Direito indígena e aqui do Direito *Guarani* do qual trataremos. Este permeia outra epistemologia, é fundamentado na responsabilidade coletiva, no sistema de reciprocidade e solidariedade, priorizando os interesses coletivos sobre os individuais. Esta principiologia indígena apresentava-se absurda ao europeu, cujo Direito de tradição romanista prima pelo individualismo, tendo como legislador o Estado.

O Direito *Guarani* é coletivo, ditado pela cosmologia, tudo é interligado e os interesses da comunidade é que prevalecem. Desta forma, algumas perguntas ainda ressoam nos ecos da dúvida: o que é o Direito Indígena? Poderá ser considerado como uma fonte do Direito Estatal ou trata-se de outro Direito? Os usos e costumes indígenas podem ser considerados como Direito ou fonte do Direito? Quais são as bases do Direito indígena? Uma das maiores dificuldades de discorrer/entender sobre, é a concepção preconceituosa que ainda em nossos dias existe a seu respeito.

Este artigo trata, em específico, do Direito Guarani que foi vigente na Terra Indígena Francisco Horta Barbosa ou Reserva Indígena de Dourados, como era aplicado nas demais aldeias *Guarani* e *Kaiowa*, do estado de Mato Grosso do Sul. Devido a inúmeros fatores, interferências externas, mudanças de hábitos, novos costumes cosmopolitas e de uma aldeia para outra, há uma aplicação para mais ou para menos deste preceito que ora se discorre. A ideia não é substituir o ordenamento jurídico nacional pelo ordenamento jurídico indígena, mas sim estabelecer balizas para que o segundo auxilie o primeiro na solução de conflitos, quando se tratar do direito de propriedade nas comunidades guarani, já superpopulosas, vivendo em terras diminutas, localizadas no estado de Mato Grosso do Sul

A construção do pensamento perpassa um caminho imaginário, no qual o sistema jurídico indígena se constitui em uma das margens do caminho e o direito positivo a outra. Os povos indígenas caminham no centro. O operador do Direito desconhece as normas vigentes e consensuadas em uma comunidade indígena, razão pela qual a interferência junto a estes povos é no geral danosa, embora pensada pelo intérprete como solução. Considerando que não se observa e muito menos se respeita as diferenças culturais, os limites da interculturalidade, alteridade, Direitos Humanos, tornando o equilíbrio da convivência precaríssimo, aproximando-se do absurdo, resultando em conflito declarado nos tribunais, seja nacional ou internacional.

## **1. Guarani Mba'e (propriedade guarani)**

A terra é mais que um pedaço de chão com a sua mega sociobiodiversidade, é um ente com vida, espírito, alma, que não pode ser vendido, comprado, em cujas entranhas está escrita a gênese guarani enquanto ser humano e com a qual mantêm um vínculo holístico. É a mãe terra que permite a perpetuação do seu modo de vida tradicional, responsável por sua sobrevivência, é irmã, solo sagrado, sem a qual é impossível existir como povo distinto.

Quando o governo americano demonstrou interesse em comprar a terra de seu povo, em carta dirigida ao presidente Francis Pierce, assim se expressou o chefe Seattle, do povo *Suquamish*:

[...] Como pode-se comprar ou vender o céu, o calor da terra? Tal ideia é estranha. Nós não somos donos da pureza do ar ou do brilho da água.

Como pode então comprá-los de nós? Decidimos apenas sobre as coisas do nosso tempo. Toda esta terra é sagrada para o meu povo. Cada folha reluzente, todas as praias de areia, cada véu de neblina nas florestas escuras, cada clareira e todos os insetos a zumbir são sagrados nas tradições e na crença do meu povo. Sabemos que o homem branco não compreende o nosso modo de viver. Para ele um torrão de terra é igual ao outro. Porque ele é um estranho, que vem de noite e rouba da terra tudo quanto necessita. A terra não é sua irmã, nem sua amiga, e depois de exauri-la ele vai embora. Deixa para trás o túmulo de seu pai sem remorsos. Rouba a terra de seus filhos, nada respeita. Esquece os antepassados e os direitos dos filhos. Sua ganância empobrece a terra e deixa atrás de si os desertos. Suas cidades são um tormento para os olhos do homem vermelho, mas talvez seja assim por ser o homem vermelho um selvagem que nada compreende<sup>2</sup>.

Também para o povo *Guarani* (no Brasil são três parcialidades étnicas: o *Nhandeva*, *Kaiowá* e *Mbya*) o significado da terra não é mensurado por valor monetário, é axiológico; ele não é dono da terra, ela não lhe pertence, ele pertence a ela, interage com a mesma e a considera um ente vivo. Não pode a terra mãe, irmã, ter um preço para negócio. Como monetarizar o espírito da terra? Como pode ser o dono da mesma se não foi ele que a criou? O espírito da terra é livre, assim como o próprio *Guarani*. A convivência de ambos é que se fundamenta em princípios que superam o interesse individual, transcende e abraça a esfera do social, político, econômico, da própria cultura<sup>3</sup>.

Assim o mundo físico está inserido em uma trama de interligações, havendo um liame que une o mundo natural, o sobrenatural e a organização social; o humano, o vegetal, o animal e o Divino interagem, com a diferença de que no passado havia uma língua entendida por todos; hodiernamente, somente os *nhanderus* (orientadores religiosos) têm essa prerrogativa. É na prática da espiritualidade que todos se harmonizam, as cerimônias, cantos e invocações têm função fundamental no equilíbrio dessas forças. Homens, plantas, animais e as divindades integram e interagem no mesmo mundo. Essa convivência com

2 Cf. <<https://cafecomsociologia.com/a-carta-do-cacique-seattle-1855/>>, acessado em: 231 jan. 2019.

3 Texto embasado na carta do presidente da assembleia do povo Guarani na Bolívia, Wilson Changaray, ao presidente Evo Morales, elaborada em março de 2006, e publicada na *Revista Povo Guarani – Grande Povo* (2007).

o meio onde vive, perpassa por vários princípios que são da própria essência do povo Guarani, dos quais os três principais são:

- a) *Mboraihu* – O que se ama ou aquilo pelo qual se nutre amor ou ainda o que se deve amar, o que provoca os mais nobres sentimentos;
- b) *Mborerekuá* – O que nos proporciona o conhecimento; o que nós conhecemos; somos nós os detentores; remete a posse de algum ou todo conhecimento ou o caminho que nós devemos conhecer para chegar a um discernimento, sobre algo relacionado à nossa cultura;
- c) *Oreparereko* – O que nós possuímos; o que é de nossa existência ou o que sustem o nosso modo de vida, que sustenta o verdadeiro modo de ser.

Essa é a razão pela qual não se sente proprietário da terra, nem do que está sobre ela. Ele é apenas uma parte ou algo a mais para complementar o ciclo da vida na natureza, crê que recebeu de Deus a terra para viver nela, cuidá-la, respeitar e manter o equilíbrio ecológico, por isso não a depreda. Retira da natureza somente o que precisa para cada dia, desconhecendo a poupança tão comum ao homem não indígena, baseado em pecúnia. A lógica é a de que se respeitar a natureza e dela retirar somente o que precisa, vai ter no dia de amanhã o mesmo que teve hoje, em qualidade e quantidade; isso não deixa de ser uma poupança, mas difere desta na medida em que é mensurada por recursos da natureza como água potável, caça, pesca, frutas, mel, remédios. Um ambiente saudável e preservado para si e para as futuras gerações do povo. É o princípio que vigora há milênios, mas que somente no final do século XX passou a ser entendido pelos ditos “civilizados” como fator fundamental para perpetuar a sua própria existência, hoje previsto no artigo 225 da CF/88.

O que se ama não se destrói (a natureza), mas se cuida, a cada dia, em cada ato que se pratica em relação a tal objeto de amor, para sempre tê-la na sua exuberância; cuidando-a, tem-se cuidado não somente com o povo *Guarani*, mas com todos os seres vivos do planeta. Acredita que cada animal, planta, possui uma alma detentora de determinada força e história. No universo de conhecimentos do espaço físico, identifica e distingue os mesmos, onde todos formam um conjunto de representações que são humanizadas, espiritualizadas; cada qual com o seu dono, os *jaras*, os espíritos protetores, assim a floresta, rios, animais, a terra, os peixes, toda a natureza está sob uma proteção. É a lógica

do princípio *mboraihu*, que norteia a própria vida, o sentimento de ligação, de pertença com as coisas relacionadas ao *tekoha* (Lugar onde há vida tradicional).

Porém, mais do que um simples espaço ocupado por um grupo, é nesta terra que se tenta reproduzir todo o modo tradicional de vida, cultura, é a razão que leva a retomadas de terras tradicionais; entende-se que somente ali se pode reproduzir o verdadeiro modo de vida *Guarani*, simbolizando a terra sem mal neste mundo, é nesse local que se prepara para a grande viagem mística ao mundo da *yvyra'ey* (terra sem mal). Não se trata de querer dominar o que há na natureza, mas interagir com a mesma, entendê-la, falar sua linguagem e compreendê-la, disso depende a sua sobrevivência. Para caçar, pescar, coletar, plantar roças, é preciso harmonia com os seres que aí estão ou tudo estará fadado ao fracasso.

Pede permissão para caçar, coletar frutas e raízes, pescar ou atravessá-lo quando do seu *guatá* (caminhada de exploração pelo território), visitações a parentes e outras finalidades; esta mobilidade é uma forma tradicional de ocupação do espaço territorial, pelo menos uma vez na vida o guarani faz essa caminhada de reconhecimento. O interesse coletivo é que prevalece, mas isso não significa que tudo passa pelo crivo do coletivo, que todos necessariamente trabalhem juntos ou que todos são donos de tudo, há as particularidades no seio de cada família grande que compõe o *tekoha*. Todos sabem o que é de quem e que não se deve usurpar a posse de tal bem. Todo esse respeito, a credibilidade que a comunidade dispensa a essa convivência, a esse estado de aparência é protegido pelo Direito Guarani, nos moldes do Direito Civil brasileiro, especificamente dos direitos reais.

É o princípio do *mborekuá* que norteia a adequação social, é um princípio geral do Direito Guarani. É claro que a leitura é feita com outros olhos, haja vista que a realidade social *Guarani* é diferente da sociedade nacional, tanto é que a terra não é vista como coisa, mas como um ente vivo que mantém relações jurídicas com o *Guarani*, não há sujeição de um ao outro, mas interdependência. Nesse caso, o sentido da posse não se prende ao poder físico sobre a terra ou a tudo que está relacionada a ela, isto não significa que não há um *Jus possidendi* à moda Guarani, que logo se converte em *Jus possessionis*.

Toda a convivência comunitária é norteada pelo princípio do *oreparereko*, sintetiza e mantém a unidade do povo *Guarani*. Todas as festas realizadas eram não somente para celebrar a fartura da colheita, ritos de iniciação ou simplesmente festejar, mas para manter vivo na memória o pertencimento étnico, o que

se ama, o que se pode ter e o que se tem no presente, o que se teve no passado e o que se poderá ter no futuro. A maior responsabilidade que recai sobre o *Guarani* é o fato de que se é o mesmo que possui ou o que nós possuímos (*ore-parereko*), é seu dever manter o status da natureza, tal e qual, foi recebida de Deus. Afinal, ele existe para zelar pelo equilíbrio ecológico, razão dos vínculos afetivos, sendo o local onde tem aflorada a sua espiritualidade.

A sociabilidade é marcada nos *guaxires* (festa), *djeroky* (danças), regada a *kaityque* (bebida fermentada), sendo nestas que se delinea, se ensina como deve ser um *avate'e*, o ser verdadeiro, idôneo, em quem se pode confiar; expressão empregada para os que vivem e mantêm a tradição, os costumes dos antigos e quais as consequências de não sê-lo.

Na economia da reciprocidade praticada no *tekoha*, existe a obrigação moral de ajudar, repartir o que se tem com o próximo, se este estiver necessitando. Pode ser a participação em um mutirão, no caso de precisar preparar o solo para a próxima sementeira, trato cultural ou a própria colheita, construir casa ou limpar as vias de acesso.

Todas as etapas de preparação do solo para a futura roça, que marcam do plantio a colheita, são precedidas de uma ritualística preparatória, marcando o início do diálogo com os donos espirituais da terra, das plantas e dos animais, em razão de muitas árvores serem abatidas, de queimar a roçada e ferir a terra com fogo. Ao final, tudo culminará na festa de uma boa colheita, expressando a interdependência entre o econômico, o social e o espiritual.

Quanto mais se tem, maior é a obrigação de ajudar, e esses bens distribuídos é o peso na balança do prestígio, que se manifesta na esteira do reconhecimento público pela comunidade; pois sendo generoso, distribuindo porções fartas aos parentes, é um homem solidário, bem quisto, caso contrário, é um avarento e de pouco prestígio. O *Guarani* plantava as suas roças, caçava, pescava e promovia o *guatá*, tendo como foco o coletivo, a grande família. Atualmente está amontoado em áreas minúsculas das reservas indígenas, vivência no cotidiano um asfixiamento psicológico e aniquilamento cultural.

A posse de um determinado local para o preparo da roça não leva em conta o conceito de propriedade inerente ao não indígena. É um “meu” que se transforma em nosso, um usufruir de alcance coletivo do que a terra pode proporcionar, não somente as boas colheitas, mas também as boas madeiras para construir as

casas, a biodiversidade que fornece os remédios, a abundância da cobertura vegetal que abriga a vida natural, de modo que facilite a busca por sementes, frutas silvestres, raízes comestíveis e medicinais, onde se concretiza o *mborerekuá*, nos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade; em razão do bem maior chamado vida, precisar de um meio ambiente saudável, preservado o suficiente para que assim esteja salvaguardando os interesses difusos desse povo.

O usufruir é de forma equilibrada para não esgotá-las, é o que ensina o conhecimento acumulado (*mborerekuá*), se há a pretensão de preservar o que se ama, é preciso cuidar o que se tem hoje, para que o modo de vida possa ser praticado nos moldes da religião tradicional, no dia de amanhã.

Em se tratando do artesanato, especificamente o grafismo indica o brasão de qual núcleo familiar artesão está estampada no desenho da obra acabada, traz à lembrança sua origem e história enquanto povo; é o seu selo de garantia e certificado de origem, sendo inconfundível o seu significado artístico e holístico. Com a degradação do meio ambiente, a destruição da natureza, torna-se raro ver esse tipo de manifestação cultural, considerando que não há mais os materiais à disposição para a confecção dos artesanatos tradicionais e a própria técnica de trançados está sendo esquecida.

O homem *Guarani*, segundo as narrativas cosmológicas, foi criado por *Nhanderuvussu* (o grande Deus criador de todas as coisas), para que admirasse a sua criação, a natureza e com ela estar umbilicalmente ligado. Alimentando esse elo tão forte como a própria vida, essa lógica da filosofia *Guarani* é fundamentada pelo princípio do *mboraihú*; mesmo havendo um poder sobre as coisas, ele é relativizado, não havendo na língua *Guarani* uma expressão que se aproxime do sentido de propriedade (usar, gozar, fruir e dispor); o que há são orientações sobre a posse que tentam exprimir o sentido de propriedade, norteador da economia de reciprocidade do Direito *Guarani*, que não impõe nada, mas cria na voluntariedade a lei e ordem (MALINOWSKI, 2003); há três expressões que indicam o que pode ser propriedade ou quem pode ser proprietário:

a) *mba'e* – o que pode pertencer a alguém; possessão; propriedade; pertence ao patrimônio de alguém; é o sentido genérico de quem tem posse; coisa ou objeto a ser apropriado.

b) *jarekoha* – recurso da natureza ou coisa que é para nós possuímos; é para possessão de alguém ou que ainda vai ser alvo de posse individual ou coletiva.

c) *mba'e ijárava* – já tem possuidor, já foi assenhoreada, podendo essa posse ser coletiva ou individual; tanto expressa à posse de objetos ou animais; está na posse de alguém.

O *mba'e*, enquanto “propriedade” do solo, não é entendida como coisa (*res*), do Direito Civil, passível de negócio, que pode ser medida (em hectares, como uma fazenda, sitio chácara, etc.); o solo é ser vivo, mas que pode ser apropriado por quem tem interesse nele, para usar e fruir das suas benesses e utilizá-lo para produzir alimentos. Essa posse é temporária, pois logo o solo vai entrar em descanso, assim que houver duas ou três safras, para que volte ao estado anterior de fertilidade e possa futuramente ser um novo roçado. Os anos em que vai ficar em repouso, permitirão que sua fertilidade se renove e a cobertura vegetal se recomponha, em forma de capoeira.

Todo o ritual da derrubada da mata, a coivara, a sementeira e o trato cultural, podem ocorrer de modo coletivo no *puxiron* (mutirão), mas a posse é de alguém em particular; no entanto, o interesse maior a ser atendido é o da comunidade, nesse sentido a posse do solo atende à função social da posse para o indígena; a ela converge o interesse individual e coletivo, focalizando o objetivo maior que é produzir alimentos suficientes para atender a necessidade da comunidade. Ter acesso a condições ecológicas favoráveis à produção de alimento ou ainda que facilitem outros meios de obtenção dos mesmos, como, por exemplo, a caça, a pesca, a coleta e, em específico, a constituição de roça.

Nos lugares destinados à roça não se implantam monoculturas, ao contrário são consorciadas as mais diferentes espécies de plantas que se prestam à alimentação, como o milho (branco e vermelho), mandioca de pelo menos três espécies, arroz, feijão de corda, batata doce (branca e vermelha), cará, abóbora, cana-de-açúcar (preta e branca), banana, melancia, cará, inhame, pimenta, morangas, cabaças, entre outras. Planta-se o urucum para condimento e tintura, tabaco para mascar e como repelente de pragas. Dentre todas estas plantas as mais importantes são a mandioca e o milho.

Em relação ao Direito de posse do solo, há no Direito Guarani inúmeras restrições, como não derrubar mais mata do que o necessário para a produção de alimentos, para que a interferência no meio ambiente seja a mínima possível, mantendo o equilíbrio ecológico, com isso não afugenta a caça, nem prejudica a flora. Ao queimar a derrubada, os aceiros devem ter uma boa margem de

segurança, para evitar incêndio. A natureza pede para não usar o solo até a exaustão, razão da rotação de uso do solo e de culturas, para evitar o início de um processo de degradação da terra e perder os favores da mãe natureza; é o princípio da reciprocidade que deve ser observado.

Porque se preocupar com o amanhã, se as ações de hoje o garantem? Se a terra é mãe e irmã, é uma família, há um laço que os une tão forte quanto o sopro da vida, um cuida do outro, desde que haja o respeito mútuo. Esse respeito é ensinado a todas as crianças *Guarani*, na perduração do *guatá*, na grande sala de aula que é a natureza. Em casa, nas festas, é ensinado o princípio da retribuição, reciprocidade, que todo *Guarani* deve observar.

Toda a natureza criada é passível de ser alvo de posse, entretanto ninguém é dono, há um domínio que subentende o predomínio do coletivo sobre o individual, a propriedade não existe como pensada pelo não indígena, porque ela é o menos importante. Nesse sentido o coletivo domina e rege o privado.

Assim a posse é mansa e pacífica, aflorando o exercício dos direitos reais no *tekoha*; embora não se tenha a ideia de propriedade como é conceituada no Direito Civil brasileiro, é preciso ter equilíbrio nas relações sociais, por isso os preceitos jurídicos *Guarani* que normatizam o Direito de posse indicam quem é o possuidor e quem pode sê-lo. A posse no Direito *Guarani* não era eivada de vícios e os conflitos eram raríssimos, não era a posse que importava, mas a produção de alimento. É tênue a linha divisória que separa o individual do coletivo, sendo responsabilidade de todos observarem os direitos obrigacionais em relação ao meio onde se vive.

A valoração, preservação do que pode ser alvo da posse, o *mba'e* (o que pode ser apropriado) no *tekoha*, assemelha-se a uma universalidade, entretanto é individualizada em áreas com fins específicos, como o local das roças, de caça, de coleta, de pesca, sintetizada na noção psicológica de apropriação, que não é só individual, mas abarca todo o coletivo.

Essa noção de propriedade *Guarani* é de conceituação jurídica geral, sua existência não é regulamentada com exclusividade pelo direito privado (VASQUEZ, 1988); este utiliza pontos de partida que são os princípios, a posse é de utilização individual com foco no coletivo. O *mba'e* definidor de algo que pode ser apropriado, em sendo acrescentado os pronomes: *Xe* (eu), *Nde* (você), *Há'e* (ele), *Ore* (nós exclusivo), *ter-se-á*, o que é meu, o que é teu, o que é seu,

o que é nosso, indicando quem está naquele momento investido na posse, bem como quem tem o ônus das obrigações e deveres a observar. Nesse “domínio” (BENATTI, 2005, p. 208), apropriação do solo implica no usar e gozar, não há a faculdade de dispor; após algum tempo de uso o solo é devolvido aos cuidados de seu espírito protetor para que o mesmo volte a se recompor.

Para o que é “meu”, restrito ao núcleo familiar, normalmente um árbitro é que decide sobre a questão, quando esta surge, não sem antes fazer uma preleção sobre o direito privado *Guarani*, aconselhando sobre como deve ser a conduta de um *ava’ete* (ser idôneo); nem sempre as dissensões chegam ao líder político, mesmo no caso penal. Para o que é “teu”, “seu”, segue-se os moldes do primeiro, com a diferença de que na maioria das vezes chega ao conhecimento das lideranças para que dirimam a causa.

O que diz respeito ao “nosso”, é de interesse da comunidade por isso, é competência do conselho discutir e decidir sobre a causa; a ritualística segue o do privado, os membros do conselho exortam a comunidade, aconselham os envolvidos, rememoram os princípios do Direito *Guarani*, repreendem os envolvidos e apaziguam o conflito; dependendo da gravidade da causa é convocado um *aty guassú* (grande reunião; assembleia, ajuntamento), e, também, no caso de ter a posse do território ameaçada.

O que está na natureza é para ser usufruído pelo povo *Guarani* pelo princípio do *jarekoha*, tudo o que está no *tekoha* pode ser alvo de posse desde que respeitados os princípios norteadores da preservação do meio ambiente, pois deste é que depende a sobrevivência da comunidade, um espaço de significação espiritual.

Não havendo esta possibilidade, ocorre a sua morte social, afirma De Melo (2001, p. 01):

Pois o índio sem a possibilidade de acesso às terras indígenas expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais míticos de sua adoração espiritual e que celebra neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive.

Um *tekoha* é formado por família(s) extensa(s), estas representam a estrutura social da sociedade *Guarani*, é o ente sócio-político, econômico, com território

definido e autônomo. Não se confunde com outra família extensa, embora existam muitas semelhanças de uma para a outra, elas são independentes. A família extensa reúne pessoas unidas pelo laço de parentesco, como os avôs, tios, sobrinhos, pais, mães, filhos, cunhados, um chefe político ou religioso ou ambos.

Todos são sujeitos de direitos e de obrigações; cada qual pode ser detentor da posse de determinada área, para dela obter boas colheitas, quase sempre é essa posse que tem a aparência de propriedade, tanto a coletiva como a individual que é alvo da regulamentação do direito de posse, dinamizado pela economia da reciprocidade, permeada pela solidariedade, no Direito Guarani. A literalidade da tradução de *jarekoha*, “para nós possuímos”, não exclui ninguém do direito de posse. A cada novo casamento, a cada criança que nasce, é preciso produzir mais alimento; o território é para ser ocupado, usufruído por todos. A terra boa para o cultivo não é alvo de preferências de posse, mas sim de destinação para prover alimentos à grande família disposta no território.

Há que se fazer a distinção de terra e território, a primeira é aquela que tem destinação de ocupação, o espaço mínimo de sobrevivência, a terra destinada à lavoura, caça, pesca e coleta; em algumas demarcações, a área destinada pelo governo é somente a de ocupação, outras menores ainda foram transformadas em reservas, não se considerou o espaço imemorial, confinando muitas famílias extensas em um mesmo espaço.

O território é um espaço maior que a ocupação, é onde está toda a significação espiritual, abrangendo todos os espaços necessários para a prática do uso sustentável, engloba as áreas de pesca, coleta, roças, caça, morada dos espíritos ancestrais, dos vários *tekohas*, compreendendo todos os espaços de ocupação e utilização que, de uma forma direta ou indireta, interferem no modo de vida *Guarani*. Tem a ver com seu espaço existencial, onde assinala o meio ambiente criador da sua identidade, das suas relações sociais, onde vive ou tenta viver plenamente a sua cultura, desenvolvendo a sua política, os seus meios econômicos, culturais e religiosos. Não é apenas o lugar que serve para morar, plantar roças, caçar e pescar. É também o espaço da construção de redes e laços de parentesco. É o local onde vive diuturnamente os costumes, enfatizando aspectos importantes da sua cultura; aí estão enterrados os antepassados, representando o poder sociocultural, cada planta, animal, pedra, tem significado. É o ambiente onde desenvolvem as formas de pensar, agir e ver o mundo. O território engloba todo o conjunto de seres, espíritos, bens, conhecimentos, usos e tradições. É

onde se articula, define e mobiliza as pessoas em torno de um bem comum e religioso, garantindo a vida individual e coletiva (MACHADO, 2015). É sempre a referência à ancestralidade, à cosmologia e a rede de significações, onde passado e presente estão em constante sintonia, vivos e mortos habitam o mesmo espaço, onde estão os heróis que povoam as histórias, sejam eles vivos ou mortos (LUCIANO, 2006). Por meio dos rituais qualquer terra pode ser garantida, ressignificada, reterritorializada, curada, para proporcionar a vida boa almejada, mas para isso é necessário a presença do *nhanderu* (orientador religioso).

Antes de entrar na posse de determinado terreno a ser utilizado na produção de alimentos, a primeira fase é a da escolha do local, considerando a fertilidade do solo, terreno plano se possível, água próxima, podendo ser uma mina ou córrego e que ainda não tenha nenhum pretendente.

A segunda fase é a ritualística a ser realizada no local do futuro roçado, como as danças e invocações para o pedido de permissão de uso; deve-se pedir licença aos espíritos protetores da natureza para uso do solo e com isso o compromisso de ser o responsável pelo mesmo, até o momento de substituí-lo por outro local e deixar este descansar e se recompor, sendo devolvido aos espíritos da natureza.

O *mba'e ijarava*, pode se afirmar que é a terceira fase do direito de posse, quando as coisas que podem ser apropriadas, ser alvo de posse, já tem o seu pretendente e este entrou na posse e a mantém. Aqui se afirma o objeto ou o espaço físico *ijarava*<sup>4</sup>. Alguém passou a ter a responsabilidade (deveres e obrigações), como objeto da posse, que neste caso é o solo. Concretiza-se o meu que se transforma em nosso, na aplicação do princípio da reciprocidade, da solidariedade.

Todos esses preceitos advêm da espiritualidade, da religião original pela qual o guarani se guia, é esta que lhe dita como tratar a natureza, como fazer para que os espíritos que ali habitam lhe possam ser favoráveis, o ajudando, socorrendo no momento em que precisar. O meio onde desenvolve o seu modo de vida é vivo, dotado de poder que pode se voltar contra a comunidade se os preceitos ditados pela religião não forem respeitados. É sujeito de Direito com a qual deve manter vínculos holísticos. Por esse preceito, tudo que está à volta do *Guarani* já tem dono, que é Deus o criador de tudo e cada coisa tem o seu espírito protetor, para o qual se pede licença para poder utilizar. Atem-se a usar, gozar e fruir, porque

---

4 Já tem possuidor; já tem dono; o objeto ou a terra em que se pretendia ocupar já está na posse de outrem, mesmo que não esteja com sinais de ocupação, mas tem a marca de quem a reivindicou.

há por parte dos espíritos protetores uma cessão de uso, implicando em direitos e deveres assumidos por quem está explorando ou passa a usufruir daquele solo.

O sistema de posse desenvolvido pelos indígenas, de um modo geral, não vê na propriedade um dono, não há esse poder que adere à coisa, subjugando-a a uma vontade que a domina e lhe destina a um fim de acordo com o interesse do momento, principalmente a satisfação das necessidades mais urgentes. Essa vontade de lhe dar destinação existe no Direito Guarani, mas é uma destinação com a função social de produzir alimentos, essa destinação somente é restringida pelo fato de que ela (a terra) deve voltar ao seu estado anterior ao entrar em descanso, caso contrário ela fica doente e por consequência o próprio *Guarani* se torna débil e frágil, contagiado pela enfermidade que assolou o espírito da terra.

A propriedade para o *Guarani* perpassa os verbos *teko* (ser), *oiko* (estar) e *reko* (ter), que associados ao possessivo *mba'e*, determina quem é o possuidor naquele momento; o *teko mba'e*<sup>5</sup>, é o momento ou o estado em que o *Guarani* está com o *animus* de posse, ou seja, ele se prepara para psicologicamente assumir o lugar do espírito protetor de uma determinada área; no momento em que passa a ser o possuidor, o *mba'e oiko* (a coisa, o objeto, passa ao usufruto de alguém), a terra passa a ter um outro zelador que, investido na posse, passa a ter direitos e deveres, e a responsabilidade é maior ainda por ter entrado na espiritualidade da terra.

Esse termo pode significar também que o objeto da posse existe como sujeito de direito e não somente como objeto de direito. O *reko* (ter) passa a ser *mba'e aguereko* (o que tenho), o possuidor passa a ter o status de proprietário, mas não é ter poder sobre a coisa (no caso *Guarani* é o solo), é entrar na posse, fazer parte dela; assemelha-se a um contrato, havendo direitos e obrigações mútuas. Todo o espaço de ocupação é um *mba'e oiko*, de domínio de toda a comunidade, que vai legitimar a posse individualizada daquele que vai dar a terra uma destinação.

Pereira (2004, p. 172-173) afirma em relação ao *Guarani Kaiowá*:

O grande número de espécies animais e vegetais que vivem na floresta é aproveitado segundo um procedimento seletivo. Muitas espécies utilizadas na alimentação só são consumidas em épocas de escassez, e a floresta acaba funcionando como uma espécie de armazém a que se recorrer

---

5 Neste sentido é o objeto que vai ou pode ser apossado; o sentido de *teko* é o que tem vida, que está vivo, pois em relação à terra o *Guarani* a vê como um ente vivo.

em qualquer eventualidade. Os recursos manejados por um fogo doméstico no entorno de sua residência ou roça são mapeados e explorados segundo a necessidade e o interesse que prevalecem cada momento. Difícilmente armazenam por muito tempo em casa os produtos coletados na floresta ou os produtos de caça ou da pesca, mais comumente eles são logo consumidos pelos integrantes do próprio fogo ou de fogos associados. É considerado sovina quem tenta guardar esses produtos.

É comum identificarem uma colméia e esperar o momento mais oportuno para a retirada do mel, que pode ser: a) a época do ano em que a colméia concentra mais mel; b) a realização de um ritual; c) a visita de um parente. Quando visita amigos kaiowá que não via durante anos era comum ouvir dizeres do tipo: “tenho uma abelha, se eu soubesse que você viria hoje teria tirado mel, mas da próxima a gente come”; independentemente de o mel vir a ser consumido ou não pelo visitante, isto indica a intenção de boa receptividade, talvez a colméia nem tenha sido encontrada ainda. Quem “descobre” uma colméia adquire a prerrogativa de retirada do seu mel, e a pessoa que logo propaga a notícia da descoberta da colméia em tal lugar, que passa a ser designada como “abelha do fulano”. O desrespeito a este direito tacitamente estabelecido pode causar grande mal-estar e ser motivos de falatórios e até rompimento de alianças. A floresta em grande medida esta sujeita aos seus próprios desígnios, podendo ser generosa em uma estação e em outra expor os seus exploradores a fome e a penúria devido a dificuldade de encontrar alimentos. Entretanto o fundamental para um bom manejo da mata, além dos conhecimentos práticos supostos a como comum a todos os membros da etnia, é estabelecer uma boa relação com os espíritos protetores das espécies que aí vivem, isto sim constitui o diferencial.

Todo o território está sob essa aparência de propriedade, a posse é coletiva, assim como o domínio, conforme a necessidade de sobrevivência vai-se usufruindo do território sempre preservando o que se tem, para que a natureza continue com vida e se vive e está com saúde, o *Guarani* também estará vivo e sadio. Assim é a filosofia *Guarani* de uso do solo ou o que se aproxima da ideia de propriedade.

Esse conceito ainda é vivo entre o povo *Guarani*, mas os espaços exíguos em que foi amontoado pelo governo, situação agravada pela explosão demográfica que os *tekohas* testemunham, impossibilitam a reprodução do modo de vida tradicional; a vida espiritual enfraquece e mina os ânimos de continuar nessa terra que está cheia de males, sendo esta uma das razões nas últimas duas décadas das centenas de suicídios nas terras *Guarani* de Mato Grosso do Sul.

Assevera Ujacow Martins (2005) que, hoje, assiste-se a uma triste realidade nas reservas, pois além das formas de aniquilação impostas aos índios pela sociedade envolvente, com o extermínio de suas crenças, sua tradição, existem as mortes por desnutrição e os casos de suicídio, que trazem uma reflexão sobre a forma velada de eliminação do ser humano, por colocá-lo em situação na qual perde o referencial de vida digna, a vontade de continuar vivendo de uma forma miserável o que o faz optar pelo abandono de uma vida no qual não teve como escolher seu próprio caminho. A inserção da cultura do não índio nas comunidades indígenas foi aniquilando os valores dos índios, sua tradição, o seu modo de ser, o seu Direito. A vida nestas condições não é vida, pois o índio não pode reproduzir a sua forma de integração com a natureza, sua espiritualidade. Então já existe a morte; e o ato suicida é o último ato, resultado da desesperança de encontrar a felicidade.

Se a terra ficou doente, está enferma, perdeu o primeiro estado de exuberância, o seu espírito está triste, essa situação se reflete no cotidiano da comunidade, em todos os seus afazeres; a primeira consequência é a fome que assola e tem ultimamente flagelado os *tekohas*; a morte tem ceifado a vida das crianças, são essas mortes que tem engrossado as estatísticas dos óbitos por desnutrição.

O princípio do *mboraihu* (o que se ama) continua fundamentando o sentimento do *Guarani* em relação ao meio onde vive, o problema que se avulta é que o *mba'e teko* (o que pode ser apossado) tem assumido a feição de posse privada para cada família nuclear, nos moldes da propriedade privada do Direito Civil brasileiro, sedimentando o conceito do *mba'e ijarava* (já tem dono) na esfera do individual. Mas isso não significa que a família grande desapareceu, ela se readaptou, para se adequar as novidades que surgem advindas do contato com as cidades.

Essa situação se apresenta devido ao fato de a população *Guarani* ter um crescimento demográfico alto e o tamanho da terra continua sendo o mesmo, diminuindo o espaço de ocupação a cada ano, em virtude de novas famílias nucleares se formarem. O conceito do coletivo ainda persiste em determinados direitos, apesar do fortalecimento do direito privado, as relações internas em relação à posse têm sido dirimidas pelos princípios do Direito *Guarani* readaptados aos novos tempos.

O princípio da reciprocidade persiste, apesar de o solo não estar produzindo alimentos suficientes para a necessidade de consumo da comunidade. Reparte-se o pouco que se tem, na esperança que a terra sem mal esteja se aproximando, de se revelar ao *Guarani* onde é a sua exata localização. O território

de antes continua existindo, mas não é posse do *Guarani*, a ele foram destinadas as chamadas reservas indígenas, que em muitos casos não têm nada a ver com o seu *tekoha* original, é apenas uma terra, sem a significação espiritual, sem referências da sua história enquanto povo. Nesse espaço é a propriedade que tem se avolumado de importância, pois não há mais espaço físico disponível.

E nesse espaço onde se exerce a posse, não há mais a rotação no uso do solo, não há mais descanso da terra para recuperação; a posse e uso agora são perenes. O solo não é fértil, não há boas águas, e é desprovido de caça e pesca. As florestas de antes existem somente na memória dos mais velhos, as famílias extensas simplesmente foram levadas a um campo de morte lenta, como é o caso da Reserva Indígena de Dourados.

Mesmo havendo a readaptação aos novos tempos, os princípios que regiam a propriedade, a posse, continuam ativos e dirimindo todas as dúvidas que surjam em relação à posse e uso do solo. A posse já demonstra indícios de vícios, é preocupação que surge nas conversas dos mais velhos, no conselho dos anciões, das lideranças tanto políticas como religiosas. Apesar dos novos tempos, a reciprocidade e a solidariedade continuam presentes no cotidiano da comunidade, somadas à espiritualidade ajudam a superar o estado de penúria e privações que todas as comunidades *Guarani* têm experimentado ao longo dos séculos de invasão do Brasil, seja ela *Nhandeva*, *Kaiowá* ou *Mbyá*. Apesar de ser um agricultor nato, o *Guarani* não consegue mais obter do solo a abundância de outrora na produção de alimentos, a qualquer momento pode decidir retomar o seu território tradicional e amenizar o seu estado de penúria ou ainda decidir sufocar o poder da vida que está nas palavras.

## ***Pahapê* (Considerações finais)**

O que está exigindo reflexão e esforço dialético e hermenêutico é o embate do novo (moderno) com o velho (tradições) ou o que permanece e o que muda? A outra dificuldade está em como costurar esses princípios quando o *Kaiowá* e o *Guarani* têm usos e costumes que por vezes são similares, mas não iguais. Tal confusão acirra as desavenças internas agravadas por uma tendência a ser partidário de uma etnia em detrimento de outra; sempre haverá dissensões e diferenças de pensamento, conflitos. Os ameríndios são dotados de cosmovisão diferente e seus

valores trazem imanente o pulsar da mãe natureza e arraigados os seus sentimentos de um “selvagem” (assim rotulado pelo então civilizado), por pensamentos como o direito à vida livre, em harmonia, e mesmo não possuindo leis sistematizadas e desprovidos de Estado, viviam harmoniosamente com a natureza. Para alcançar essa compreensão de vida é preciso ter claro a axiologia da alteridade e não se primar pelo etnocentrismo, mas atentar para o outro que também é sujeito de Direito, como qualquer cidadão brasileiro. O indígena não mais espera o direito chegar até ele, mas provoca o Estado para que cumpra as previsões constitucionais e os tratados internacionais do qual o Brasil é signatário.

A cultura, a tradição, os usos e os costumes, transformam-se com o tempo, adaptam-se, é um gigante mutante, veste-se de novas roupagens, mas a essência é a construção milenar da cosmovisão. A cultura do passado encontra-se em museus e bibliotecas, a de hoje é recriada dia-a-dia. Dessa forma, a subalternidade ou imposição é algo a ser corrigido. A relação do Estado brasileiro com a questão indígena é cumprir a previsão constitucional, demarcando terras, sem se ater à tutela, mas atentar para o protagonismo indígena, como ator e sujeito de direito. Isso se reflete em como o *Guarani* agora vê a propriedade, a terra. A nova geração desconhece os valores da tradição, a cosmologia, a espiritualidade está sendo deixada de lado, por interferências externas que exaltam outros valores. Criam novas tendências no modo de pensar fomentando o conflito geracional que se acentua no velho *versus* novo; o tradicional opõe-se ao escolarizado. A transformação do espaço físico pelo homem não indígena no entorno das comunidades resultou na influência, imposição e consequente submissão política; pior de tudo é a dependência de favores do Estado como a cesta básica, considerando que a terra não produz mais nada se não se utilizarem as modernas tecnologias de produção da agricultura moderna, tecnologia que não está a sua disposição.

O ato de interpretar, aceitar ou reinterpretar o novo é o esforço que se faz nas comunidades para tentar antever o amanhã; essa reflexão considera as profecias do cataclisma enunciado há muito pelos *Nhanderus*. A reinvenção do novo com o velho é o caminho trilhado na esperança de que se possa continuar sendo o que sempre se viveu. Mais uma vez os fios que tramam a história conspiram contra o indígena e ela não deixou de ser escrita com sangue, ainda que inocente.

## **Kuatiá Nhe'e (Referências)**

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: FAPESP, 2001.

BENATTI, Jose Heder. **Indenização da cobertura vegetal no imóvel rural: um debate sobre o papel da propriedade na contemporaneidade**. In: *Direito Ambiental em Evolução*, Vladimir Passos Freitas (coords.), Curitiba: Juruá, 2005.

CHANGARAY, Wilson. Carta do presidente da assembleia do povo Guarani na Bolívia ao presidente Evo Morales. In: **Revista Povo Guarani – Grande Povo**, p. 5, 2007. Disponível em: <<http://djweb.com.br/historia/arquivos/cartilha02.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

DE MELO, Celso. Ministro do Supremo Tribunal Federal. **Conflitos de Direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul**. Mato Grosso do sul: CIMI/MS, 2001.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MACHADO, Almiros Martins. **De direito indigenista a direito indígena. A difícil arte do enfrentamento**. Dissertação (mestrado). Belém: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, 2009.

\_\_\_\_\_. **Exá raú mboguatá guassú mohekauka yvy marãe'y**. Tese (doutorado). Belém: Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Universidade Federal do Pará, 2015.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e castigo na sociedade selvagem**. São Paulo: Editora da Universidade de Brasília, 2003.

MARTINS, Maria Cristina Bohn. **Os Guarani e a economia da reciprocidade.** Dissertação (mestrado). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1991.

PEREIRA, Levi Marques. **A socialidade na família kaiowá: relações geracionais e de gênero no microcosmo da vida social.** Campinas: IFCH-UNICAMP, 2004. (mimeo)

VASQUEZ, Barros Javier. **La propiedad Constitucional, El estatuto jurídico Del suelo agrario.** Editorial civitas s.a, 1988.

UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. **Direito ao pão novo: principio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena.** São Paulo: Editora Pillares, 2005.

# Justiça Kayapó Mebengokre: um Estudo de Caso

Gustavo Hamilton de Sousa Menezes<sup>1</sup>

## Introdução

O artigo busca apresentar concepções *Kayapó* de justiça a partir da análise de uma situação de conflito entre membros da comunidade *Kayapó* da Terra Indígena Badjankore (aldeia Kreampare) e um grupo não indígena de invasores territoriais. Baseando-me em experiência profissional de produção de laudo antropológico no contexto de acusação criminal aos indígenas, por conta de sua reação à invasão, pretendo evidenciar os valores subjacentes que orientam as condutas dos *Kayapó* em situações de conflito. Através da análise da literatura antropológica específica e dos discursos *Kayapó* por mim recolhidos em entrevistas, pretendo aproximar-me do *ethos* desse povo, ou seja, das estruturas simbólicas que motivam e orientam sua visão de mundo e atitudes.

Os *Kayapó* têm sido, frequentemente, identificados e definidos pela sua ampla valorização de atitudes de valentia, força e bravura. Através de autores como Terence Turner, Darell Posey e Exedito Arnaud, relacionarei o discurso dos *Kayapó* com suas narrativas mitológicas e com alguns de seus rituais mais representativos. A intenção é dar visibilidade e apresentar ações, organizações e entendimentos que, mesmo em desacordo com a lei e a moral não indígenas, mostram-se coerentes quando relacionados à história e cultura do povo *Kayapó Mebengokre*. O artigo pretende também apresentar o caminho institucional percorrido pelo processo criminal envolvendo estes (réus) indígenas, desde a acusação até a sentença final, observando o lugar da diferença frente à jurisdição estatal.

---

1 Doutor em Antropologia Social pela Universidade de Brasília. Antropólogo da Fundação Nacional do Índio. Pesquisador do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Movimentos Indígenas, Políticas e Indigenismo (LAEPI), do Laboratório e Grupo de Estudos em Relações Interétnicas (LAGERI) e do Grupo de Pesquisa de Direitos Étnicos (Moitará). Membro do Comitê Inserção Profissional do/a Antropólogo/a, da Associação Brasileira de Antropologia. Atualmente, realiza estudos comparados sobre antropologia jurídica, direitos étnicos, situação prisional e criminalização indígena no Brasil e no Canadá. Contato: menezesgustavo@gmail.com

## 1. Os atos iniciais e a denúncia do MPF

Em janeiro de 2011, o Procurador da República T. M. R., em nome do Ministério Público Federal (MPF), ofereceu denúncia em desfavor dos indígenas B. Kayapó, P. Kayapó, M. Kayapó, afirmando tratar-se de “prática de delito de roubo majorado etiquetado no art. 157, §2º, I, do Código Penal”, bem como em desfavor de K. Kayapó, “como incurso nas penas do delito previsto no art. 180 do CP” (Processo n.º 08620-071329/2012-10). Tais denúncias foram orientadas pelo conjunto de informações que chegaram ao conhecimento do MPF e que assim foi exposto pelo Procurador:

Na data de 20 de julho de 2009, o nacional M. R. V. P. encontrava-se acampado, juntamente com sua esposa e mais alguns amigos – J., D., T., V., F. e B. –, no rancho de propriedade de N. J. DE O., localizado no município de Santana do Araguaia/PA à beira do Rio Xingu, quando, ao se afastarem do local cerca de cinco quilômetros para pescar, foram abordados por dois índios da aldeia Kranhampare, os quais estavam armados (arma de fogo), que advertiram-lhes que era proibida a presença de não-índios no local por se tratar de terra indígena.

Na ocasião, os índios, que eram chefiados pelo denunciado B. KAYAPÓ, conhecido por J. P., impediram que M. e seus amigos retornassem ao acampamento e os conduziram até uma ilha distante quatrocentos metros da localidade, conhecida como Lajeado ou “quebra linha”, onde havia mais alguns índios também portando armas de fogo.

Ao chegar à ilha, as vítimas tiveram sua liberdade cerceada das 8 horas até 12:30h, tempo este em que os índios foram buscar o cacique P. KAYAPÓ – na canoa/voadeira das vítimas – para dizer o que seria feito com os supostos invasores da terra indígena. Neste ínterim, o denunciado B. KAYAPÓ se apossou da voadeira em que M. e seus amigos estavam pescando e evadiu-se do local, retornando meia hora depois, ocasião em que as vítimas perceberam que haviam sido subtraídos vários objetos, dentre os quais um revólver calibre 22 sete tiros, TAURUS, registro SINARM 2009/006786046-43 de propriedade de Miguel, bem como uma caixa de munição.

Por volta das 14:00h os índios retornaram trazendo o Cacique P. e mais alguns índios armados.

Depois de algum tempo de negociação, J. P. disse aos ‘reféns’ que o cacique P. havia determinado que o refém J. R. C. se deslocasse até o local do acampamento (Rancho do N.) e trouxesse o dono N. J. DE O..

Quando chegaram J. e N., os índios resolveram acompanhar as vítimas até o acampamento, oportunidade em que passaram a proferir ameaças, dizendo que fariam uso de paxiba<sup>2</sup> nos reféns, inclusive nas crianças que se encontravam no rancho.

Depois disso, os índios ordenaram que as vítimas deixassem o acampamento levando apenas seus pertences pessoais, ocasião em que os indígenas, com emprego de armas de fogo, subtraíram os seguintes bens: 1) seis canoas de aproximadamente 5 a 6 metros; 2) cinco motores de popa; 3) três motores Suzuki de 15 hp, um Yamaha de 15 hp e um motor Johnson de 15 hp; 4) 15 barracas; 5) uma máquina fotográfica digital marca Sony; 6) um colchão inflável de casal; 7) aproximadamente 50 varas de pesca; 8) 30 molinetes; 9) 15 carretilhas; 10) uma caixa térmica vermelha de 45l; 11) 500 l de gasolina comum; 12) quinze maletas Colleman; 14) duas baterias de 70 amperes sendo uma Acdelcon e outra Ajax; 15) uma hélice para motor 15 hp; 16) um cilinbrin marca Colleman; 17) duas baterias de 150 amperes; 18) dois motores elétricos marca Cota de cor preta; 19) um gerador de energia; 20) uma bomba de água de 1 Kw; 21) duas cadeiras tipo macarrão giratória para canoa; 22) duas caixas de ferramentas automotivas (Processo n.º 08620-071329/2012-10, p. 09).

O Procurador, apesar de oferecer denúncia contra os indígenas, ponderou sobre o vínculo de identidade e afeto dos denunciados em relação à porção territorial onde se desenrolaram os fatos:

[...] o que se verifica das informações noticiadas pela FUNAI às fs. 19-24 dos autos do processo cautelar nº 2009.1517-3 é que, em verdade, a referida área vem sendo historicamente alvo de controvérsias e é reclamada pela comunidade como parte integrante da Terra Indígena, apesar de não demarcada/homologada. Tal circunstância denota, ao menos, o sentimento tradicional e pessoal que os índios nutrem relativamente à área em questão, revelando justificável convicção cultural de que, por ocasião dos fatos, estavam a agir em defesa de sua propriedade e vigilância de seu território (*Ibid*).

Em seguida, o Procurador discorreu sobre o fato de o Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/1973), em seu artigo 56, reconhecer explicitamente a imputabilidade do indígena, assim como dispor que, em caso de condenação, a pena deve-

---

2 Raízes aéreas de palmeira denominada Paxiúba (*Iriartea exorriza*) que de tão ásperas e duras são usadas para ralar castanha e coco. “Passar a paxiba” no corpo de um transgressor tem como finalidade marcá-lo para que não esqueça do ato de violar regras socialmente estabelecidas” (nota do Procurador).

rá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também o grau de integração do “silvícola”. O Procurador considerou que conceber o índio como inimputável significaria manter os padrões de discriminação ainda vigentes, devendo-se avaliar, concretamente, além da consciência do indígena sobre a ilicitude do ato, as circunstâncias da prática da infração, tendo em vista os valores inerentes à cultura do denunciado. Assim, o Procurador considerou “imprescindível” a realização do laudo antropológico.

## 2. O laudo antropológico

O laudo antropológico buscou dar visibilidade aos aspectos socioculturais da população indígena *Kayapó* e, mais especificamente, ao questionamento feito pela Justiça se os indígenas P. Kayapó, B. Kayapó e K. Kayapó detinham, à época, condição de compreender o caráter ilícito do fato que lhes foi imputado e de se autodeterminar conforme tal compreensão.

No texto do laudo, foram apresentadas, inicialmente, as linhas teóricas adotadas, com especial ênfase no entendimento antropológico sobre os processos de transformação cultural, os quais, ao longo do desenvolvimento da disciplina, deixaram de ser vistos a partir da noção de “perda” (tão presente nos estudos sobre “aculturação” dos anos 1940 e 1950), passando a ser enxergados sob outros prismas, como através das noções de “alternativa”, “estratégia” e mesmo “resiliência”. Alcida Ramos (1994) destacou esse entendimento:

Usar roupa, relógio de pulso, sandália havaiana ou radiotransistor faz um índio se tornar branco tanto quanto um colar de contas, uma pulseira de fibra, uma rede de algodão ou uma panela de barro transformam um branco em índio. O que conta é o modo de ser, a visão de mundo, a atitude para com a vida, a sociedade, o Universo, e isso não se destrói tão facilmente. (...)

A lição que os povos indígenas nos dão é que a violência do processo de conquista não aplinou a diversidade cultural e étnica. Eles nos mostram, na sua prática social e política, que a tradição não é uma coisa fossilizada do passado que só pode persistir no isolamento. Ao contrário, tradição é o conjunto de significados – crenças, valores, saberes – que um povo construiu e vai transformando de geração a geração. É esse processo de revitalização constante da tradição que dá a cada povo indígena a força e o respaldo mental e emocional para continuar a preservar

a sua especificidade étnica em meio a todas as vicissitudes que advêm do contato com a sociedade nacional que o rodeia. Essa tradição continuamente revivida é só deles e ninguém a pode tirar (1994, p. 91).

Assim, o laudo enfatizou que, compreendendo o dinamismo cultural, não seria correto tomar a existência da cultura como uma característica primária de um grupo étnico, quando se trata, pelo contrário, de consequência da sua organização. Do mesmo modo, não seria correto supor que essa cultura partilhada devesse ser obrigatoriamente igual à cultura ancestral. Adotou-se, portanto, uma perspectiva em consonância com a definição clássica de Barth para grupos étnicos, amplamente reconhecida atualmente, e que os considera como formas de organização social em populações cujos membros se identificam e são identificados como tais pelos outros, constituindo uma categoria distinta de outras categorias da mesma ordem (1969, p. 11). Esta é uma definição que dá primazia à identificação do grupo em relação à cultura que exhibe, pois ela reconhece a flexibilidade dos traços culturais, seu dinamismo, sua constante variação no tempo e no espaço, entendendo que um mesmo grupo étnico exibirá traços culturais diferentes conforme a situação ecológica e social em que se encontra, adaptando-se às condições naturais e às oportunidades sociais que provêm da interação com os outros grupos, sem, no entanto, perder com isso sua identidade própria. Neste contexto, uma passagem de João Pacheco de Oliveira (2012) é especialmente ilustrativa:

Certas ideias sobre os índios precisam ser modificadas. Uma delas é a noção de aculturação, muito em voga na antropologia norte-americana dos anos 1940 e 1950, mas hoje quase inteiramente varrida da antropologia por ser uma categoria pejorativa e sem uso científico, haja vista descrever um processo genérico e universal. Não há coletividade humana que independa de processos de empréstimo cultural. Todas as sociedades vivas, históricas, promovem e atravessam processos de mudança, adaptação, apropriação e criação cultural. A expressão “índio aculturado”, portanto, transmite uma informação praticamente nula e, ademais, contém um sentido acusatório, uma vez que faz ressurgir a categoria fantasmática de “índio autêntico”, a qual se presta a usos muito violentos contra os índios reais. Como se nota sem muita dificuldade, jamais se chega a tal “índio autêntico”, mantido à distância em territórios remotos, porque essa é uma categoria vazia, de uso meramente ideológico (2012, p. 134).

Portanto, o laudo enfatizou que, sob uma perspectiva antropológica, considera-se completamente superadas as noções de “graus de aculturação”, “aculturação” e “integração”, uma vez que as teorias atuais e seus fundamentos sustentam que o reconhecimento étnico deve advir primordialmente da identidade dos membros desse grupo e não dos traços de cultura que exibem.

### 3. Os Kayapó e o ethos guerreiro

Após estabelecer as linhas teóricas adotadas no laudo, apresentei um resumo sobre o povo *Kayapó*<sup>3</sup> e sobre o histórico de reconhecimento territorial. Não cabe aqui, porém, detalhar essas informações. O ponto mais importante foi a discussão sobre o ethos guerreiro dos *Kayapó* e sua relação de atração e desconfiança com a sociedade não índia. Para tanto, utilizei Terence Turner (1992 e 1993) como autor-orientador sobre os *Kayapó*, apresentando trechos selecionados. Turner demonstra que, com a abertura de garimpos e das atividades madeireiras dentro das terras indígenas, os *Kayapó* tiveram acesso a recursos advindos dos *royalties*. Isso permitiu que a comunidade adquirisse, em maior ou menor grau, uma série de bens de consumo, entre eles roupas, carros, caminhões, barcos, motores e geradores. Assim:

Com o desenvolvimento das relações com a sociedade brasileira, uma nova “visão de mundo” parece estar se constituindo. Esta nova formulação, como a antiga, exprime a relação entre a sociedade *Kayapó* e aquelas não-*Kayapó* em termos que são análogos à estrutura interna da sociedade *Kayapó*. A aldeia *Kayapó* isolada, enquanto domínio exclusivo da sociedade integralmente humana, deu lugar à situação de contato, onde a sociedade brasileira, de um lado, e as sociedades indígenas, de outro, confrontam-se em uma relação de interdependência ambivalente. Não apenas os brasileiros foram admitidos neste novo esquema conceitual enquanto seres plenamente humanos e sociais, como os *Kayapó* deixaram de se ver como o paradigma exclusivo da humanidade: passaram a ser mais um tipo étnico da humanidade, partilhando em certa medida sua etnicidade com outros povos indígenas, em uma comum oposição

3 Os *Kayapó* formam um povo de língua própria – a língua *Kayapó* – a qual pertence a família linguística Jê e ao tronco linguístico Macro-Jê. Eles habitam o sul do Pará e norte do Mato Grosso, contando hoje com quase oito mil e setecentas pessoas divididas em dois grupos principais (FUNASA, 2010). Essa grande população *Kayapó* está distribuída em nove Terras Indígenas: Kapotnhinore; Badjônkôre; Capoto/Jarina; Kararaô; *Kayapó*; Trincheira/Bacajá; Xikrin do Cateté; Baú; e, Las Casas.

à sociedade nacional. Passaram também a reconhecer as implicações desta auto-definição como mais um povo “índio” entre outros, com uma “cultura” semelhante e problemas semelhantes, como por exemplo o de que a preservação ou a perda de sua cultura e identidade étnica é uma questão que exige reflexão consciente e cuja solução depende de uma ação política organizada (1993 p. 58-59).

Esta nova visão não substituiu a antiga, mas passou a coexistir com ela, como se em um nível distinto, estando especificamente focalizada sobre a interface da sociedade Kayapó com a sociedade brasileira, ao passo que a visão antiga se volta essencialmente para processos e relações internos à sociedade Kayapó (*Ibid*, p. 59).

Para Turner, na nova visão, a relação entre a sociedade indígena e a sociedade brasileira é vista como articulada por processos instantâneos de circulação (*Ibid*). Estes processos de circulação ou troca estão divididos em dimensões ou aspectos complementares, mas neste caso como formas positivas e negativas de reciprocidade. Tais formas podem ser resumidas, respectivamente, como troca mercantil, ‘presentes’, e assistência médica da FUNASA – retribuídos pela amizade e cooperação por parte dos índios –, e como falta de palavra, trapaça e roubo de recursos indígenas pelos brasileiros – retribuídos com hostilidade e resistência por parte do povo nativo (*Ibid*, p. 59).

Estas relações são o oposto uma da outra, e tomadas em bloco repetem o padrão de transações contraditórias, positivas e negativas, que articulam a estrutura interna do domínio social. Do lado dos índios, as relações são construtivas, consistindo nos processos tradicionais de transformação das energias e materiais naturais em poderes e formas sociais, de uma forma que permite a renovação contínua da natureza e de suas forças. Do lado dos brasileiros, as relações são destrutivas: a derrubada das florestas e suas conversão em pastagens, a poluição dos rios, a mineração da terra, o represamento dos rios e a inundação da terra em volta – tudo isto uma espoliação definitiva da natureza, que a torna imprópria para a habitação, o cultivo, a caça e a pesca (*Ibid*, p. 60).

Quanto ao desejo *Kayapó* por mercadorias brasileiras, segundo Turner (1993), ele se deve apenas em parte à sua maior eficiência e utilidade frente aos produtos nativos, e muito pouco a uma competição por prestígio fundada no “consumo conspícuo”. O valor primordial da posse de mercadorias para os *Kayapó* – especialmente objetos próprios para ser exibidos, como roupas, casas

e gravadores – reside na neutralização simbólica da desigualdade entre eles e os brasileiros, na medida em que esta é definida em termos da posse dos produtos mais complexos e eficazes da indústria ocidental, e da capacidade de controlar a tecnologia a eles associada.

Dessa forma, o valor das roupas, rádios e aviões para os *Kayapó* reside, acima de tudo, na negação do contraste humilhante entre eles como seres “selvagens” e os brasileiros como “civilizados”, contraste que os *Kayapó* experimentam como se definindo, da maneira mais simples e óbvia, em termos da posse e uso de tais bens. Isto é verdadeiro, acima de tudo, para as roupas, visto ser a nudez o signo fundamental da selvageria aos olhos dos brasileiros (*Ibid*, p. 61-62).

Assim, os *Kayapó* passaram a perceber a “cultura *Kayapó*” como algo essencial para sua existência como uma sociedade, como algo que eles devem lutar para defender contra as pressões assimiladoras da cultura brasileira. Eles estão discutindo como isto pode ser levado a cabo da melhor maneira, e que nível de penetração econômica brasileira, que nível geral de acomodação política, social e cultural são compatíveis com este objetivo (*Ibid*, p. 62)

Os processos políticos e econômicos concretos de que lançam mão as comunidades indígenas para resistir à dominação da sociedade nacional, ou para controlá-la, estão se tornando um tema importante. [...] No caso *Kayapó*, tais processos vão das táticas de luta armada ou da diplomacia, passando pela manipulação dos estereótipos de si mesmo presentes nos setores local e oficial da sociedade nacional, até a luta para dominar todos os aspectos institucionais e tecnológicos da dependência ao nível da comunidade (a “arquitetura da dependência” ao nível local). Um aspecto importante para a compreensão destes processos é o grau em que táticas como as acima mencionadas se fundam em concepções mítico-ideológicas nativas (*Ibid*, p. 62).

Sobre essas “concepções mítico-ideológicas nativas”, de que fala Turner, temos em Lukesh (1976) uma referência importante. Segundo ele, no mito da grande águia conta-se que nos primórdios dos tempos havia uma ave gigante, flagelo da humanidade. Ela descia dos céus em busca de suas vítimas. Pequenos e fracos, os homens nada podiam fazer contra ela. Surgiram, então, dois irmãos que habitavam uma casa de troncos de árvores. Eles cresceram e adquiriram físico forte e bem desenvolvido. Foram, assim, capazes de enfrentar e matar o monstro, se tornando os vingadores da humanidade; ao mesmo tempo,

tornaram-se os ancestrais de uma nova humanidade, de gente grande e forte, os *Kayapó* (1976, p. 25). A valentia, a força e a bravura, portanto, fazem parte do *ethos Kayapó*. Uma série de autores que inclui Turner, Banner e Arnaud confirmam essa noção.

Segundo Banner (*Ibid.*, p. 19), o *Kayapó* cultivava a bravura “com o mesmo afã que o civilizado procura enriquecer”, representando a palavra *djekré* (bravo, feroz, valente) o ideal ao qual todos os homens aspiram. Os pais não costumam bater nos filhos porque desejam torná-los independentes e agressivos. Assim que os meninos passam a dormir no *ngóbe* (casa dos homens), após dez anos de idade, os adultos procuram desenvolver em seus espíritos o culto *djekré*: arrancam-lhes os braços e as pernas com dentes de peixes, para que adquiram mais força e sejam mais velozes; passam-lhes nos peitos pelos da lagarta “cabelo de macaco”, venenosíssimos, para que criem resistência contra a dor; mandam-nos lutar de corpos nus com marimbondos; e adestram-nos no manejo da borduna (a arma predileta dos *Kayapó*) (ARNAUD, 1987, p. 80-81).

Há ainda outro significativo mito, que nos ajuda a entender o *ethos Kayapó*. Mito este atualizado frequentemente a partir da realização de um importante ritual, praticado até os dias de hoje. Transcrevo-o, em tradução livre, da obra de Darrell Posey (1979):

Nos tempos antigos, os *Kayapó* viviam no céu com os outros animais. Os *Kayapó* eram então como os outros animais, e os índios podiam até entender a língua dos animais. Mas nesses dias antigos, os *Kayapó* eram fracos e não viviam em aldeias ou tinham sociedades. Eles não eram mais poderosos do que outros animais. Assim, alguns animais, especialmente os besouros (*màrà*) sob a liderança de seu chefe, o grande besouro de chifres (*krā-kam-djware*), lançaram-se em guerra contra os homens. Mas nos tempos antigos, ainda no céu, os *Kayapó* aprenderam a se organizar em grupos e a viver em comunidades, como os marimbondos e as formigas (*ñy*). Então, na grande batalha, os valentes e destemidos guerreiros *Kayapó* sobrepujaram e venceram o *Krā-kam-djware*. Esta vitória estabeleceu o homem como uma criatura mais poderosa do que os outros animais, em razão de duas coisas: 1) o poder que veio da organização social, e 2) a grande força e valentia dos guerreiros índios que também vem dos marimbondos. Os *Kayapó* aprenderam o segredo dos marimbondos através da cuidadosa observação do comportamento desses insetos e aprenderam que o seu “poder” poderia ser adquirido através da sua potente ferroada. O veneno dos marimbondos era o segredo; e o

ataque agressivo e destemido dos marimbondos tornou-se um modelo para os guerreiros Kayapó.

Ainda atualmente, em ocasiões regulares, os Kayapó comemoram a aquisição desse segredo e a sua vitória sobre o Krã-kam-djware. Eles buscam constantemente pela casa dos marimbondos mais poderosos e agressivos (amuh-dja-kên). Quando a casa encontrada é suficientemente grande (normalmente com um metro e meio de comprimento e meio metro de diâmetro), um andaime é erguido (a noite, quando os marimbondos estão inativos) preparando a re-encenação do antigo evento mítico.

No frio da madrugada, toda a aldeia caminha solenemente até o lugar preparado. Os guerreiros dançam ao pé do andaime e cantam sobre a força secreta que eles receberam dos marimbondos para vencer o besouro gigante. As mulheres choram cerimonialmente, lançando gritos e soluços enquanto os guerreiros, dois a dois, sobem até a plataforma para golpear apenas com as mãos a gigantesca casa. Eles batem na casa para receberem as ferroadas dos marimbondos e continuam a fazê-lo até ficarem semi-conscientes em razão da dor causada pelo veneno. Às vezes, dois ou três golpes são necessários para os mais fortes guerreiros (1979, p. 106-110).

Esta cerimônia é uma das mais importantes no mundo dos *Kayapó*. Ela é uma reafirmação da humanidade desse povo, uma afirmação de seu lugar no universo, e de sua comunhão com o passado. No laudo antropológico, essas informações serviram para apresentar a cultura *Kayapó* de uma maneira panorâmica, enfatizando sua valorização da bravura e do ethos guerreiro. O passo seguinte foi apresentar as concepções próprias dos indígenas *Kayapó* que estavam sob denúncia.

#### 4. Diálogo com o cacique

O cacique P. Kayapó nasceu na década de 1940. Ele e seus filhos pertencem ao subgrupo Kubenkrankêng, residentes na Terra Indígena Badjônkôre, na aldeia Kranhãmpare. Há nesta aldeia 29 famílias, distribuídas em 17 casas, perfazendo um total de 116 habitantes. A aldeia está a 5 km do igarapé Trairão, possui pista de pouso de terra e é cercada por roças e por um cemitério indígena. O cacique não fala a língua portuguesa e as entrevistas realizadas com ele foram intermediadas e traduzidas por interprete do povo *Kayapó*.

**Intérprete:** O que o cacique disse foi que ele não entende porque o homem branco está acusando ele, processando ele. Ele diz que ele está defendendo a natureza, que ele está defendendo o território dele, ele está defendendo o direito dele. E pergunta por que ele está sendo processado. Ele considera que ele devia processar o homem branco, aquele que faz a destruição da natureza, que mata os animais pelo esporte, destrói a comida que é do índio na floresta, que o homem branco faz essa destruição e que ele é quem defende isso e que ele que deveria processar o homem branco e não o homem branco processar ele, que está dentro do direito dele. Ele pergunta se é assim que está na lei, se está dito que o homem branco pode destruir. Ele pergunta se a lei permite que o homem branco mate uma capivara e que essa comida fique boiando e vá se perdendo? A lei permite que o homem branco mate uma anta, que é uma comida típica do povo *Kayapó*? Permite que a comida fique boiando aí no rio? Permite que o homem branco pratique a destruição dos peixes, que ficam aí boiando no rio?

**Antropólogo:** Os seus pais eram *Kayapó* cacique?

**Cacique:** Sim! Meu pai era *Kayapó* e guerreiro, ele andava protegendo essa floresta, expulsando e matando. Porque que mata? Mata para não voltar mais. Matar é o sinal para o branco entender que nós índios estamos aqui, protegendo nosso território. Então, depois dele, eu também estou fazendo esta proteção do nosso território.

**Antropólogo:** E você sempre morou nessa primeira aldeia, Tetyktire?

**Cacique:** Nasci no Tetyktire e comecei a crescer. Eu era garoto quando em Tetyktire vivia um povo muito grande. Foi quando chegou a primeira equipe do SPI [Serviço de Proteção do Índio] e fez contato. Eles acharam que nós tínhamos que mudar. É como sempre o branco faz, decide mudar a gente de lugar sem ouvir a vontade da comunidade. Aí o SPI escolheu o local onde eu passei a viver, chamado Kreniedja. Eles acharam que dava para todo mundo viver lá e criar uma aldeia. Mas, o rio era menor, era cerrado e ficou muito difícil a produção de alimento para todo mundo. Aí, depois, um grande sertanista do SPI, chamado Cavalcanti, Cícero Cavalcanti, pesquisou a área para achar um lugar para a aldeia. Ele subiu o rio, o Riozinho, e achou que lá a área caberia muita gente, foi assim que criaram o Kubenkankrei. Aí, lá, começou a crescer a juventude dele e lá que ele se formou como adulto.

**Antropólogo:** E quando o senhor se tornou cacique?

**Cacique:** Depois que eu me formei adulto, comecei a pensar na história que os antigos contam, nas histórias nossas, ouvi as histórias que meu avô contava, as histórias que meu pai contava, as histórias deles, sobre os chefes, como é que os chefes fazem, como é que eles governam, como eles organizam. Tudo isso eu tive que entender primeiro e depois eu pude me formar e me tornar cacique. A história que meu avô e meu pai contam é que eles, no tempo deles, quando eles tomavam conta dessa região, eles não deixavam o branco se aproximar. Não deixavam que o homem branco andasse perto de nós. Eles encontravam e expulsavam, e matavam. Meu pai, meu avô e o povo do passado, matavam e não entendiam, não sabiam porque que os brancos estavam invadindo. Depois que fomos entender que a intenção não era só de ocupar e de tomar terra, a intenção era... Segunda Guerra Mundial. As pessoas que tinham medo de ir para a guerra lá na América, na Europa, é que o governo dava arma, dava munição, dava mantimento, assistência para essas pessoas invadirem nosso território. E derrubavam árvores chamadas *kaos*, que é borracha. Eles tiravam a borracha, fabricavam borracha, e o governo mandava para onde eles estavam guerreando. Então era para isso que homem branco estava invadindo o nosso território.

## 5. Diálogo com o filho mais velho do cacique

B. Kayapó nasceu na década de 1960. Apesar de ele ter conhecimento e, comumente, frequentar a sociedade envolvente, jamais teve uma orientação formal sobre as leis e as regras da sociedade nacional. Suas principais referências de autoridade e modelos de conduta vêm de seu pai e de outros parentes *Kayapó*. Assim, sua conduta, visão de mundo e autodeterminação são orientadas majoritariamente pelos valores, prerrogativas e sanções de sua própria cultura *Kayapó*. As entrevistas de onde se extraem os trechos a seguir foram realizadas na língua portuguesa.

**Antropólogo:** Quanto à lei que vocês seguem internamente? Como é a lei do *Kayapó*?

**B. Kayapó:** A lei do *Kayapó* nós aprendemos quando os velhos contavam. Na casa dos guerreiros eles contavam como é a lei do *Kayapó*, de onde veio o *Kayapó*, de onde surgiu, tudo isso os velhos contavam verbalmente, diariamente, e a gente jovem sentava e ia ouvindo e aprendendo e eles capacitando a gente. É isso que acontece diariamente na casa do guerreiro. E com isso, muitos

guerreiros se formaram através dos velhos, contando assim a história da lei *Kayapó* verbalmente, não escrevendo, só ouvindo. Com isso muitos se formaram em guerreiro *Kayapó*, aprendendo a cultura, as danças e o conhecimento de flora e fauna. Também remédios tradicionais, e inverno e verão, os dois tempos a gente aprendeu também. Os velhos passavam para nós. É assim que a gente se formava em guerreiro e a lei nossa é assim.

**Antropólogo:** E sobre a defesa do território?

**B. Kayapó:** Deixa eu te falar um exemplo. O urubu come só carniça. Você pode colocar ele para viver com as galinhas mas ele não vai deixar de comer carniça, porque esse é o costume dele. Então esse é o costume do *Kayapó*. O *Kayapó* ele é guerreiro, ele é protetor da terra, ele viaja, ele tem ciúme da sua área, ele tem ciúme de seu território. Quando o branco chegou e ensinava a ler e escrever, isso não mudou o *Kayapó* e ele volta sempre a proteger o território. Não é só território, ele vai proteger ao seu povo e a si mesmo. Então é isso que acontece hoje na vida da sociedade indígena, por que vem lá da tradição dos nossos primeiros caciques que criaram a lei.

**Antropólogo:** Então, me conta agora um pouco sobre aquele dia em que os pescadores foram lá e vocês reagiram.

**B. Kayapó:** Tem quatro anos que eu venho acompanhando essa invasão, de pescar e de destruir animais silvestres. A FUNAI [Fundação Nacional do Índio], ela mesmo diz, não tem condições de dar assistência para o indígena e nós temos território grande e não temos condições também. A gente vive no nosso território e vê as coisas que acontecem: tem branco entrando, tem branco pescando, tem branco tirando madeira escondida. Tudo isso acontece. O cacique alerta a FUNAI e pede para mandar o carro para fiscalizar. Mas sempre dizem: não tem dinheiro. E toda a vida a FUNAI empurra com a barriga. Aí eu resolvi de ir atrás. Fui até Belém e a gente conseguiu um carro para fiscalizar. Chegando lá, na primeira fiscalização já vimos pescadores lá bem na nossa frente. Aí o cacique disse: “vamos pegar as tralhas deles para amanhã eles não voltarem”. Aí autorizou os guerreiros a pegar as tralhas de pesca: anzol, linha, vara. Para que amanhã ele não volte. Aí o cacique autorizou. Tem gente que pensa “ah o índio é meu amigo eu vou entrar lá a qualquer hora que eu resolvo com ele”, mas não é assim.

## 6. A visão da justiça nacional

Após a conclusão do laudo, ele foi encaminhado ao Ministério Público Federal, que, através da Procuradora L.M.M. manifestou-se da seguinte maneira:

Com base no diálogo intercultural viabilizado pelo antropólogo, fica claro, a partir das cosmovisões albergadas pelos indígenas, bem assim a relação destes com a sociedade envolvente, que a conduta típica praticada por eles dirigiu-se para a defesa da cultura e do território do povo indígena e de seus modos de vivência, de modo que, diante dessas circunstâncias, é cristalino aferir que não detinham quaisquer condições de compreender o caráter proibitivo da norma penal, internalizar e determinar-se de acordo com esse entendimento. Tratando-se, em verdade de um comportamento culturalmente condicionado. Trata-se, pois, de **erro sobre a ilicitude do fato**. (Processo n.º 08620-071329/2012-10, p. 360. Grifou a Procuradora).

O representante do Ministério Público Federal, que oficia na jurisdição da Subseção Federal de Marabá, ofereceu denúncia contra P. Kayapó, B. Kayapó, M. Kayapó e K. Kayapó, qualificados nos autos, pela prática do crime descrito no artigo 157, §2º, I do Código Penal (CP) e nas penas de delito do artigo 180 do CP. Após a realização dos estudos antropológicos, o Ministério Público Federal requereu a absolvição e a extinção da punibilidade dos réus.

O Juiz Federal H.M.G, em sua sentença, concordou com a conclusão do Ministério Público:

O MPF, com base nessas razões (conclusão dos estudos feitos pelo antropólogo) pediu a absolvição sumária dos réus P. Ka P. Kayapó, B. Kayapó e K. Kayapó e a extinção da punibilidade do réu M. Kayapó, tendo em vista o seu óbito.

Não há motivo para discordar do MPF, razão por que esta sentença se vale da fundamentação apresentada pelo *parquet* e justifica, assim, o entendimento de que deve-se absolver os réus.

Posto isso, rejeita-se a denúncia e absolvem-se os réus P. Kayapó, B. Kayapó e K. Kayapó, conforme artigo 397, II do CPP, bem como decreta-se a extinção da punibilidade do réu M. Kayapó, por força do artigo 107, I do CPP.

## Considerações Finais

As concepções de justiça dos povos indígenas são desconhecidas pela maior parte da população nacional, inclusive pelos operadores de direito. Trata-se de um aspecto fundamental da cultura dos povos que frequentemente é percebido, ou posicionado, em desacordo com a justiça nacional. Apesar das leis protetoras às manifestações culturais, a aplicação de sanções pelos próprios povos indígenas ainda é uma questão controversa, sendo comumente reprimida e, quando muito, apenas “tolerada”.

O reconhecimento de uma extensa diversidade cultural indígena implica no reconhecimento de uma ampla variedade de interpretações morais, de arranjos matrimoniais, de arranjos familiares, de valores e simbologias relativos ao corpo, à violência, à pureza, ao mundo espiritual, às concepções sobre a vida e a morte, sobre as condutas mais ou menos valorizadas, sobre aquelas proibidas, sobre os interditos e as sanções. Implica também em reconhecer que conflitos, disputas e comportamentos antissociais diversos ocorrem em todas as sociedades, mas que as ações e as condutas passíveis de desaprovação, segundo maior ou menor grau, variam amplamente.

Portanto, reconhecer as culturas e sociedades indígenas significa reconhecer uma vasta diversidade de comportamento, perspectivas e opiniões. Isso impõe um reordenamento da esfera jurídica que ultrapasse a retórica das leis e que se atualize na prática.

## Referências

ARNAUD, Expedito. A expansão dos índios Kayapó-Gorotire e a ocupação nacional (região sul do Pará) In: **Revista do Museu Paulista**, Nova Série, v. XXXII, São Paulo, 1987.

BARTH, Frederich. Introduction. In: **Ethnic Groups and Boundaries**. Bergen-Oslo: Universitets Forlaget, 1969.

LUKESH, Anton. **Mito e vida dos índios Caiapós**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora e USP, 1969.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. Perícia antropológica. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos (coord.). **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa; Laced; Associação Brasileira de Antropologia, p. 125-140, 2012.

POSEY, Darrell. **Ethnoentomology of the Gorotire Kayapó of Central Brazil**. Estados Unidos: Tese de Doutorado submetida à Universidade de Georgia, 1979.

RAMOS, Alcida. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Editora Ática, 1994.

TURNER, Terence. Os Mebengokre Kayapó: história e mudança social: De comunidades autônomas para a coexistência interétnica. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manoela (org.). **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, FAPESP, 1992.

\_\_\_\_\_. De Cosmologia a História: resistência, adaptação e consciência social entre os Kayapó. In: VIVEIRO DE CASTRO, Eduardo (org). **Amazônia: etnologia e história indígena**. São Paulo: USP; FAPESP, 1993.

# O Júri Indígena de Roraima e a Atuação do Sistema Jurídico Indígena

Assis da Costa Oliveira<sup>1</sup>

## Introdução

Quando Júlio Macuxi respondeu a um repórter do Jornal Folha de São Paulo que “consideramos o júri positivo, mas demos o nosso jeito depois” (MARQUES, 2015), estava sacramentando a avaliação que as lideranças indígenas tinham feito da execução do que ficou conhecido como primeiro Tribunal do Júri feito unicamente jurados indígenas, dentro da Terra Indígena São Marcos, no dia 23 de abril de 2015. Mas, também, explicitando a reação prática dos povos indígenas à avaliação dos resultados da decisão judicial, abrindo um campo de problematização sobre o pluralismo jurídico e os dilemas do reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas no Brasil.

De fato, o denominado Júri Indígena, ao colocar-se como uma alternativa de “adequação institucional” para ampliar a participação dos povos indígenas nas estruturas do campo judicial, acabou tendo efeitos mais amplos do que o esperado pelas autoridades não-indígenas, cujo julgamento nativo, ocorrido poucos dias depois da decisão do Júri, foi a “reação indígena” que explicitou, novamente, os horizontes de disputa pela cidadania diferenciada dos povos indígenas no entrelaço com os aparatos e discursos da colonialidade (ainda) vigentes no Estado brasileiro.

No presente artigo objetivo analisar o caso e o contexto de produção do Júri Indígena, assim como as movimentações indígenas que ocorreram, sobretudo, depois do julgamento estatal. De início, discuto as possibilidades de reconhecimento formal dos sistemas jurídicos indígenas na legislação nacional e nos

---

1 Professor de Direitos Humanos da Faculdade de Etnodiversidade da Universidade Federal do Pará (UFPA), *Campus* de Altamira. Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Mestre e bacharel em Direito pela UFPA. Coordenador do Grupo Temático Direitos, Infâncias e Juventudes do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais. Membro colaborador da Associação Brasileira de Antropologia. Advogado. Contato: assisdco@gmail.com

tratados internacionais de direitos humanos. Após isto, e com base em pesquisa documental e entrevista, busco examinar o Júri Indígena no duplo viés de compreender a (in)capacidade do Poder Judiciário de lidar com os sistemas jurídicos indígenas e de como os povos indígenas produziram, após o término do Júri, suas lógicas próprias de jurisdição, julgamento e sanção. Na parte final, procuro refletir sobre a importância do estabelecimento de critérios de coordenação entre o sistema jurídico estatal e os sistemas jurídicos indígenas, algo já existente em âmbito jurisprudencial no Brasil, porém, que necessita de um melhor desenvolvimento de conteúdo e de participação dos sujeitos interessados, para que, de fato, consiga estabelecer um tratamento igualitário às jurisdições indígenas.

## **1. Constitucionalismo brasileiro e a disputa pelo reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas**

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB), em 1988, representou a mudança do tratamento jurídico assegurado aos povos indígenas e de paradigma de relação/obrigação do Estado e da sociedade para o respeito à cidadania diferenciada indígena.

Segundo Lacerda, os pontos centrais das preocupações constitucionalizadas, que refletiram as reivindicações dos povos indígenas,

localizam-se: (a) na questão do reconhecimento do direito dos povos indígenas de continuidade enquanto identidades próprias, específicas, diferenciadas entre si e em relação à sociedade envolvente; e (b) no oferecimento das garantias necessárias à efetivação concreta de tal possibilidade, sobretudo e principalmente a proteção aos seus espaços territoriais (2007, p. 184).

O primeiro, e mais importante, direito indígena plasmado na CRFB é o artigo 231, em que “[s]ão reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 1988). Trata-se de texto normativo que institui o direito à diferença e, desse modo, quebra o paradigma da assimilação ou integração que até então dominava o cenário do ordenamento jurídico brasileiro, “... determinando-lhe um novo rumo que garanta aos povos indígenas

permanecerem como tal, se assim desejarem, devendo o Estado assegurar-lhes as condições para que isso ocorra” (ARAÚJO, 2006, p. 45).

Sem dúvida, o reconhecimento da identidade étnico-cultural dos povos indígenas como marcador para inscrição na condição de sujeitos coletivos de direitos é o principal elemento da CRFB, ao lado das disposições inovadoras de proteção do direito à terra e de capacidade civil plena dos povos indígenas. Segundo Yrigoyen Fajardo, a CRFB insere-se no primeiro ciclo do constitucionalismo pluralista latino-americano, iniciado com a promulgação da Constituição da Guatemala de 1986<sup>2</sup>, em que “emerge o reconhecimento do multiculturalismo como caracterização da realidade e como valor constitucional, mas sem chegar a reconhecer a jurisdição indígena” (2016, p. 495).

Para Yrigoyen Fajardo (2016), é só a partir do segundo ciclo do constitucionalismo pluralista latino-americano, ocorrido na década de 1990, que as constituições de vários países latino-americanos passam a incorporar alguma fórmula de pluralismo jurídico interno, ante a adoção dos preceitos da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989, e que irá se aprofundar com o terceiro ciclo, iniciado após a promulgação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNU DPI), de 2007, com a instituição do paradigma dos Estados plurinacionais nas Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009.

Logo, no Brasil a CRFB não trouxe, de maneira *explícita*, o reconhecimento taxativo dos sistemas jurídicos indígenas, isto é, não faz referência direta às jurisdições indígenas. No entanto, a omissão expressa tem promovido a disputa pela hermenêutica constitucional do artigo 231 para reconhecimento *implícito* dos sistemas jurídicos indígenas, tal como aborda Villares (2010) ao defender que o termo “organização social” incluiria as instâncias internas que realizam

---

2 E complementam Beltrão e Oliveira: “Así, una nueva forma de entender y llevar a la práctica los derechos de los pueblos indígenas, emerge con la promulgación de la constitución guatemalteca en 1986, considerada la primera constitución multicultural latinoamericana. Desde entonces, 16 de los 20 estados nacionales latinoamericanos han revisado o promulgado constituciones con base en el imperativo del nacionalismo multiculturalista. Por consiguiente, la amplitud normativa de los derechos indígenas varía conforme el contexto. Este último no está solamente relacionado con la participación de líderes, movimientos y organizaciones indígenas en las asambleas constituyentes, sino también con la composición ideológica de los legisladores nacionales y la mediación de las presiones de empresas (nacionales y multinacionales), sociedades civiles, agencias de cooperación (organizaciones no gubernamentales (ONG), iglesias, universidades) y organizaciones internacionales y regionales (como las Naciones Unidas y el Banco Mundial)” (2014, p. 247-248).

juízo e formas de resolução de conflitos. Por outro lado, Ela Wiecko Volkmer Castilho considera que o reconhecimento está presente na adoção do termo “costumes” como equivalente terminológico aos direitos consuetudinários<sup>3</sup>, a exemplo do que faz a Convenção n.º 169 da OIT no artigo 8º ao estabelecer que as normas nacionais devem levar em consideração “seus costumes ou seu direito consuetudinário” (OIT, 1989).

Em todo caso, tem razão Moreira ao compreender a hermenêutica dos direitos constitucionais dos povos indígenas como “marco normativo [que] dialoga com os conteúdos expressos nos debates internacionais atuais, e por isto possuem plena efetividade no sistema jurídico nacional” (2014, p. 88). Portanto, deve-se realizar a leitura integrada da CRFB com os ganhos normativos advindos da Convenção n.º 169 da OIT, da DNUDPI e, mais recentemente, da Declaração Americana de Direitos dos Povos Indígenas (DADPI), aprovada em junho de 2016 pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

Cabe recordar que a Convenção n.º 169 da OIT possui hierarquia normativa de supralegalidade no ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência da jurisprudência formulada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>4</sup>. Com isso, seu conteúdo se impõe à toda normativa de caráter infraconstitucional, a qual passa a ser

---

3 Conforme debates realizados na disciplina Povos Indígenas e o Estado Brasileiro, ministrada pela Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, no primeiro semestre de 2016.

4 Trata-se de classificação jurídica adotada pelo STF em julgamento concluído em dezembro de 2008 a respeito da prisão civil de depositário infiel, o que acabou modificando significativamente a sua compreensão sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Com isso, se, por um lado, ao adotar a tese da supralegalidade, o STF disciplinou formalmente que estes tratados estão hierarquicamente abaixo do direito constitucional, por outro, como aborda Maués (2013), acabou interpretando a legislação infraconstitucional e a própria Constituição à luz do documento internacional em discussão no julgamento, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), pois tornou inviável a eficácia de uma norma constitucional (a prisão civil de depositário infiel) que só pode ser aplicada por meio de regulamentação proveniente de norma infraconstitucional, a qual já não pode ir contra a supralegalidade da CADH. Assim, “a jurisprudência do STF indica que os tratados de direitos humanos são utilizados não apenas como parâmetro para interpretar as normas infraconstitucionais, mas também as normas constitucionais... Isso significa que o STF utiliza os tratados de direitos humanos como *parâmetros de interpretação constitucional*, uma vez que eles fornecem critérios hermenêuticos para definir o conteúdo das normas constitucionais” (MAUÉS, 2013, p. 228. Itálicos do autor).

passível de controle de convencionalidade<sup>5</sup> e também a novas interpretações com base na filtragem normativa desses documentos internacionais, incluindo a Convenção n.º 169 da OIT.

Em termos de normas infraconstitucionais, Lacerda (2007) relembra que o Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/1973), apesar de parcialmente derogado com o advento da CRFB, apresenta diversos dispositivos normativos de reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, com especial atenção ao artigo 57, que trata da repercussão dos julgamentos indígenas à esfera penal do direito estatal, indicando que

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

A expressão “será tolerada” dá o tom da colonialidade da regulamentação jurídica ao revelar um verbo (tolerar) que disciplina que “ainda que indesejável, é suportável” (MARÉS, 2012, p. 162) a aplicação pelos povos indígenas de suas próprias sanções penais, tornando tal condição uma exceção à regra de subordinação dos povos indígenas ao poder dominante do monismo jurídico estatal, ou, como adverte Marés: “revela uma carga de intolerância e auto-referência cultural sem limites” (2012, p. 161).

Além disso, a expressão “tolerar” dimensiona a presença de um pluralismo jurídico formal no Brasil classificado como “unitário” por Hoekema, em que “el derecho oficial se há reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el âmbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos” (2002, p. 70). Isto, em contraste com o pluralismo jurídico classificado pela autora como “igualitário”, em que existe uma simultaneidade igualitária de legitimidade e aplicação entre os sistemas jurídicos existentes em determinado território.

---

5 Conforme Castilho (2016), o controle de convencionalidade é um conceito desenvolvido pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo um procedimento através do qual se verifica a compatibilidade das normas e das práticas nacionais com a CADH. De acordo com a autora, o STF tem adotado o controle de convencionalidade de maneira incipiente nos casos que discutem direitos de povos indígenas e comunidades quilombolas, quase sempre relacionando a CADH com a Convenção n.º 169 da OIT. Porém, não tendo o STF feito nenhuma discussão efetiva e ampla sobre a suprallegalidade de tratados internacionais de direitos humanos que versem sobre direitos coletivos de grupos étnicos, apenas, e até o momento, sobre os efeitos do controle de convencionalidade para os direitos individuais.

Por certo, esta regra do artigo 57 do Estatuto do Índio, por mais inconstitucional que pareça à luz da CRFB, também coloca a discussão sobre o pluralismo jurídico num outro plano, não mais da existência ou não do reconhecimento normativo, mas do desafio seguinte, da “definição de parâmetros para o diálogo dos sistemas jurídicos estatal e não-estatal” (CASTILHO, 2008, p. 29). Os “parâmetros para o diálogo” aludidos por Castilho (2008), tanto quanto as “pautas de coordenação” (YRIGOYEN FAJARDO, 1999) e as “regras de competência” (HEOKEMA, 2002), são expressões conceituais que problematizam a mesma questão: como estabelecer critérios/regras/parâmetros de atuação de cada sistema jurídico e as conexões entre eles?

No caso do Brasil, esta pergunta pode parecer “avançada demais”, pois nem ao menos o reconhecimento normativo está pacificado no entendimento dos juristas nacionais. Mas a demanda não pode “dormir em berço esplendido” a espera da resolução da primeira querela, pois, em todo caso, as situações fáticas estão aparecendo e exigindo a resposta do Estado e, particularmente, do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o caso paradigmático brasileiro é o denominado caso Basílio, relativo à decisão da Justiça Federal de Roraima ocorrida em 2000. O caso refere-se ao homicídio de Valdenísio da Silva, do povo *Macuxi*, dentro da comunidade do Maturuca, no então Território Federal de Roraima, em 28 de janeiro de 1986, cometido por Basílio Alves Salomão, também *Macuxi* e à época segundo *tuxaua* da comunidade.

Segundo Beltrão, Begot e Libardi (2012), o laudo antropológico realizado em 1994, depois de pedido do Ministério Público Federal (MPF), revelou que o primeiro *tuxaua*, à época do ocorrido, da Maloca do Maturuca, de nome Jaci, tinha determinado o “resgate” de Basílio “das mãos da Polícia” (2012, p. 128), e imposto que o mesmo cavasse a sepultura e enterrasse o cadáver com as próprias mãos. Também providenciou “a formação urgente de um conselho convidando os *Tuxauas* das 10 malocas mais próximas” (*Idem*) que, junto com a participação de pessoas mais velhas e outros membros desta comunidade do Maturuca, decidiu pela punição de desterro para Basílio, pena mais grave no sistema jurídico *Macuxi* – orientado não apenas para a reparação do crime, mas para a recomposição da harmonia sócio-espiritual da comunidade, similar ao que analisou Moreira (2005) no caso dos julgamentos do povo *Guarani*, na Argentina – e que Basílio passou a cumprir até novo julgamento, que ocorreria 10 anos depois.

De acordo com Beltrão, Begot e Libardi (2012), o MPF requereu a pronúncia de Basílio (e, as autoras ressaltam, tendo sido um procurador federal diferente daquele que requereu o laudo antropológico) e em maio de 2000, portanto, 14 anos depois do fato-crime, ele foi levado a Júri Popular, nos quais os jurados votaram “sim” a autoria e materialidade do crime. Entretanto, “também de forma consensual, consideraram que o fato de Basílio ter sido julgado e condenado segundo os costumes da comunidade indígena a que pertencia era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela Justiça brasileira” (2012, p. 130-131), tendo o juiz absolvido o réu ante a “causa supralegal de exclusão da culpabilidade”, como consta nos autos do processo.

A orientação judicial voltou à baila em 2012, com o caso Denílson, que transitou na Justiça Estadual de Roraima. Denílson Trindade Douglas, membro do povo *Macuxi*, foi acusado de cometer homicídio contra seu irmão dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em 20 de junho de 2009, tendo sido alvo de um primeiro julgamento de lideranças *Tuxauas* e membros do Conselho da comunidade do Manoá em 26 de junho de 2009, na qual, conforme constam nos autos do processo judicial,

Após oitiva do acusado e de seus pais e outras pessoas concluíram pela imposição de várias sanções, entre às 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 6 de abril do ano corrente [2013], reuniram-se novamente as lideranças indígenas, *Tuxauas* de várias comunidades, entre elas, *Anauá*, *Manoá*, *Wai Wai*, e servidores da Funai, estes últimos apenas presenciaram a reunião... [e] foi imposta ao indígena DENILSON as seguintes penalidades...:

1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região *Wai Wai* por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo *Wai Wai*, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo *Wai Wai*;
3. Participar de trabalho comunitário;
4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;
5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com *tuxaua*;

6. *Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;*
7. *Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;*
8. *Aprender a cultura e a língua Wai Wai.*
9. *Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão* (FJCB *apud* SEMER, 2014. Itálicos do original).

Em reconhecimento aos julgamentos *Macuxi* e as sentenças definidas, o juiz do caso, Aluizio Ferreira Vieira, o mesmo que depois atuaria no Júri Indígena, com fundamento nos direitos indígenas assentados na CRFB, Convenção n.º 169 da OIT e Estatuto do Índio, estabeleceu, em sua decisão, dois critérios para coordenação entre o sistema jurídico estatal e os sistemas jurídicos indígenas, assim dispostos:

- a) Nos casos em que autor e vítima são índios; fato ocorre em terra indígena, e não há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado deterá o direito de punir e atuará apenas de forma subsidiária. Logo, serão aplicáveis todas as regras penais e processuais penais.
- b) Nos casos em que autor e vítima são índios; o fato ocorre em terra indígena, e há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado não terá o direito de punir. Assim, torna-se evidente a impossibilidade de se aplicar regras estatais procedimentais a fatos tais que não podem ser julgados pelo Estado (FJCB *apud* SEMER, 2014).

Desse modo, e com base na premissa “b”, o juiz decidiu pela absolvição sumária do réu sem análise do mérito, entendendo que o Estado não tinha direito/poder de punir nesse caso, ante a existência de julgamento indígena anterior<sup>6</sup>, com base na vedação do “instituto novo”, conforme indicação do próprio juiz em sua sentença, do “Duplo Jus Puniendi”, assim superando a vedação do “Bis In Idem” do direito penal brasileiro, pois não se trata de evitar a dupla punição

---

6 Segundo Chaves e Costa (2018), desta decisão judicial houve interposição de recurso pelo MPER, demonstrando sua contrariedade à sentença que reconheceu a validade da aplicação da jurisdição indígena. No entanto, o Tribunal de Justiça de Roraima, ao analisar a apelação do MPER, julgou pelo improvimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau, de modo a reconhecer a validade de decisão proferida pela jurisdição indígena. Conforme indicam as autoras, esta “é a primeira vez [no Brasil] que a Justiça Estadual de Segunda Instância reconhece a validade jurídica de decisão proferida por comunidades indígenas em caso de homicídio doloso e não aplica o direito estatal” (2018, p. 9).

ao indivíduo (orientação ao direito individual do réu), mas sim o reconhecimento de que existem “entes detentores do direito de punir [que] são distintos e não apenas o Estado” (FJCB *apud* SEMER, 2014).

Todavia, as regras da premissa “b” são bem restritivas das possibilidades de reconhecimento das sanções produzidas pelos sistemas jurídicos indígenas, trabalhadas numa ideia não de liberdade da utilização destes, mas de constatação pelo poder jurídico dominante de que a jurisdição indígena se antecipou a ele. Portanto, não retirou seu poder de decidir, mas o faz decidir o caso de outra forma, é dizer, ainda institui a obrigatoriedade da presença do Estado-juiz para ter o monopólio do direito de dizer que o sistema jurídico indígena tem legitimidade para atuar nesse caso e o Estado passa a reconhecer tal legitimidade e retirar-se do poder de intervir ou colocar outra sanção.

E, para além disso, o que fazer no caso da ocorrência da premissa “a”? Eis o cenário onde se insere o Júri Indígena alvo da análise do presente trabalho, pois nesse caso não houve julgamento prévio do povo indígena envolvido e o Estado passa, agora, a ter que discutir como atuará para punir os acusados – e retomar a problematização da relação que passará a estabelecer com povos, direitos e sistemas jurídicos indígenas.

## **2. Antecedentes do Júri Indígena no processo judicial**

O fato que motivou a ocorrência do Júri Indígena está descrito na ação penal movida pelo Ministério Público do Estado de Roraima (MPER), em que

Consta dos inclusos autos do Inquérito Policial que, no dia 23 de janeiro de 2013, por volta das 15:00, os irmãos e ora denunciados Elcio da Silva Lopes e Valdemir da Silva Lopes encontravam-se no estabelecimento comercial conhecido por “Mercadinho dos Peões”, situado na sede do Município de Uiramutã, ocasião em que previamente ajustados e com *animus necandi*, em comunhão de esforços e desígnios comuns, aparentemente em estado de embriaguez alcoólica, foram na direção de um veículo automotor do tipo caminhonete onde estava a vítima Antônio Alvíno Pereira, sendo que se aproximaram por detrás da vítima e o denunciado Elcio munido de uma arma branca do tipo faca empurrou a cabeça da vítima para o lado esquerdo e desferiu-lhe um golpe que lhe atingiu a região cervical (pescoço), somente não se consumando a morte por circunstâncias alheias à vontade do agente [...] (FJCP, 2013, p. 23).

Três elementos devem ser observados com mais atenção da descrição feita pelo MPER. O primeiro, a data do fato ocorrido, 23 de janeiro de 2013, ainda que a ação penal do *Parquet* esteja assinada de 6 de maio de 2013, para um Júri que foi realizado apenas no dia 23 de abril de 2015, portanto, 2 anos e 2 meses depois do fato-crime ocorrido. O segundo, o local do fato, a sede municipal de Uiramutã, portanto, numa área, a primeira vista, urbana, mas cuja simples verificação no mapa permite identificar o “município mais setentrional do Brasil”<sup>7</sup> como totalmente imerso na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, onde vivem os povos *Ingarikó*, *Macuxi*, *Patamona*, *Taurepang* e *Wapixana*. O terceiro elemento, a situação de embriaguez alcoólica, que terá uma atenção especial não para as autoridades não-indígenas, mas para os próprios indígenas, depois do julgamento.

Diante da descrição dos fatos feita pelo MPER, a conduta dos acusados foi tipificada como tentativa de homicídio acrescida de uma qualificadora, classificada como “motivo torpe”, decorrente da explicitação de que os acusados

agrediram a vítima sob a alegação de que era um ‘*canaimé*’, que na linguagem indígena significaria um ‘*matador de gente*’, e por suspeitarem que a vítima teria matado uma criança indígena, assim, praticaram as agressões contra a vítima motivados por vingança que configura um motivo torpe (*Idem*. Itálicos do original).

Nessa etapa de caracterização da cena do crime, o MPER menciona o fato de que “a vítima é indígena e de cor negra e que os denunciados que também são indígenas” (*Idem*), de modo a reconhecer a presença do marcador indígena na conformação identitária dos sujeitos, mas sem informar os grupos étnicos aos quais pertencem e tampouco requerer medidas especiais para entendimento do que indicou tratar-se de “motivo torpe” dos acusados: a vingança contra o canaimé.

O processo judicial tramitou no Fórum de Justiça da Comarca de Pacaraima, distante 188 km da sede de Uiramutã, porém, da mesma forma que esta, com território municipal imerso na Terra Indígena São Marcos, habitada pelos povos *Macuxi*, *Taurepang* e *Wapixana*.

Em 9 de janeiro de 2014 um dos acusados, o Elcio, recebeu o mandado de citação para resposta escrita à acusação. Numa anotação escrita a mão pelo

7 Descrição do município contida em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Uiramut%C3%A3>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

oficial de justiça, consta que o acusado “informou que não tem condições financeiras para ir para Pacaraima e pede para que o MM Juiz de Direito nomeie um Defensor Público para realizar sua defesa” (FJCP, 2013, p. 62)

Na petição do defensor público estadual Carlos Fabrício Ortmeier Raracheski, de uma página, elaborada dia 21 de maio de 2014, apenas duas considerações pontuais:

1. Que os fatos narrados na peça acusatória de fls. 02/04 não ocorreram de forma como restaram descritos, conforme ficará cabalmente comprovado no decorrer da instrução criminal.
2. Demais disso, o acusado serve-se da oportunidade para arrolar as mesmas testemunhas indicadas pela defesa do denunciado Valdemir [...] (FJCP, 2013, p. 65).

O despacho de agendamento da audiência de instrução e julgamento foi marcada para o dia 29 de julho de 2014, pelo juiz substituto Air Maria Junior, mas a audiência acabou ocorrendo no dia 30 de julho, na qual as testemunhas do MPER não apareceram e foram ouvidas apenas as testemunhas de defesa.

No Termo de Audiência, o representante do MPER reforça que “os réus agiram por vingança... [e esta], principalmente quando motivada por boatos, é considerada pela jurisprudência como situação a configurar a torpeza do motivo” (FJCP, 2013, p. 101), mas em nenhum momento registra-se o motivo em si, o canaimé – e tampouco a defesa dos réus retomou essa questão. No item “Da Regularidade do feito”, consta ainda que “a única forma de se obter uma sentença condenatória, tal qual consta na denúncia, é por meio do processo penal” (FJCP, 2013, p. 100), e com isso, além de legitimar a acusação do MPER, fecha-se o levantamento das provas e argumentações, com os “autos conclusos para Sentença” (FJCP, 2013, p. 102).

Até este momento, o processo judicial tramitou sem nenhuma consideração ao marcador indígena dos réus e da vítima. Portanto, sem que se considerassem os impactos desse marcador para a compreensão da “verdade real” dos fatos e dos direitos que estavam em jogo. A invisibilidade da identidade étnico-cultural dos sujeitos diretamente implicados no processo judicial caminhava na temporalidade judicial para o desfecho previsível: a pronúncia dos réus, o agendamento de um Júri a ser marcado em algum momento do ano de 2014, para que sujeitos não-indígenas pudessem julgar a culpa ou a inocência dos réus.

Porém, em 5 de novembro de 2014, nenhuma das autoridades descritas até o momento, antes sim uma advogada com carteira da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção do Rio de Janeiro, de nome Patrícia Louise de Moura Moraes, que, à época, cursava mestrado em Antropologia na Universidade Federal Fluminense, conforme consta em seu Currículo Lattes<sup>8</sup>, ingressou com petição de duas páginas em defesa dos seus clientes Élcio e Valdemir, em que alegava:

“[t]endo em vista o fato de os réus serem indígenas, e o fato sob exame envolver crenças própria da cultura indígena, impõe-se a necessidade de realização de laudo antropológico para fornecer subsídios à compreensão da especificidade cultural do fato motivador do processo” (FJCP, 2013, p. 117).

Em 5 de novembro de 2014, isto é, um ano e 10 meses depois do fato-crime ocorrido, se reintroduz a centralidade da necessidade de entendimento judicial sobre a compreensão cultural do canaimé para os povos indígenas, a fim de que o processo pudesse prosseguir.

O fato de que a advogada pleiteante estava cursando, à época, mestrado em Antropologia não é mero acaso, é elementar, além de ter a experiência na graduação com a temática dos direitos indígenas. Pode-se arguir que a formação acadêmica lhe possibilitou a sensibilidade e a habilidade profissionais necessárias para resgatar no processo judicial o que ficou ausente ou silenciado por tanto tempo: a presença indígena, não como uma mera questão de descrição subjetiva dos sujeitos alvos do processo legal, mas como condição de produção ou de readequação do mesmo ante a inserção de outras lógicas culturais de compreender os fatos, as condutas e as normativas que permeiam o caso. Portanto, afastando-se da ideia de olhar os indivíduos, em seus direitos individuais de indígenas, e passando a repercutir a dimensão coletiva dos sujeitos, naquilo em que ela força a abertura intercultural do processo judicial, ainda que sob mediação do antropólogo e de seu laudo antropológico.

Assim, ao requerer a nomeação de perito antropológico, a advogada também apresentou os quesitos que o mesmo deveria buscar informar: qual o significado do canaimé? Em que pontos se assemelham e em que pontos diferem as concep-

---

8 Consta no Currículo Lattes da advogada também que “realiza desde a graduação trabalhos de pesquisa sobre direitos indígenas e as relações de povos indígenas no Brasil com o Estado brasileiro.” Conferir em: <<http://lattes.cnpq.br/0913426072748667>>.

ções sobre o canaimé nas culturas *Macuxi* e *Taurepang*? Quais foram os elementos apresentados pelos réus para justificar a identificação da vítima com um canaimé?

O MPER, em petição assinada em 19 de novembro de 2014, manifesta-se inserindo outros três quesitos para investigação pelo perito antropólogo:

1. Na tradição da Comunidade Indígena Enseada, é comum e perfeitamente aceitável a autotutela (vingança) como meio de realização de justiça?;
2. Na tradição da Comunidade Indígena Enseada, qual é a sanção mais severa que pode ser aplicada pelas autoridades legitimadas [com uma nota de rodapé que explica o termo legitimadas como “líderes da comunidade, consenso dos membros”] a um membro que infringir as leis/costumes da comunidade?;
3. Em relação aos fatos descritos na denúncia, houve manifestação e/ou julgamento por parte das autoridades legitimadas pela Comunidade Indígena Enseada? (FJCP, 2013, p. 135-136).

É nítida a distinção de intenção e de categorias utilizadas pela quesitação da advogada e do promotor de justiça para orientar os trabalhos do antropólogo que realizaria o laudo. A advogada busca obter informações para o processo judicial sobre as percepções culturais do canaimé e suas implicações na conduta dos acusados, agora nomeando expressamente não mais os sujeitos ou grupos como indígenas, mas na designação étnica específica: *Macuxi* e *Taurepang*. O promotor de justiça orientou as perguntas na linha de entender mais sobre o sistema jurídico da Comunidade Indígena Enseada e como na orbita de suas tradições culturais se encaixaria (ou não) tanto a suposta conduta vingativa (suavizada pelo uso do termo “autotutela”, e sem fazer menção ao canaimé) dos réus, quanto os tipos de sanções e de julgamento internos.

Enquanto as perguntas da advogada têm um teor mais aberto ou de problematização ampla pela análise descritivo-reflexiva do antropólogo, as perguntas do promotor de justiça, ao menos a primeira e a terceira, tem uma intenção de resposta objetiva e taxativa na linha do “sim” ou “não”, e todas elas podem ser definidas como indagações com pretensão de catalogação (estilo inventário ou *check-list*) da cultura e possível alegação da mesma como “o problema” por trás das condutas dos réus (em sendo “tradição” a vingança, o que dizer sobre o povo?) e de “ameaça” à continuidade/legitimidade do processo judicial ou da jurisdição estatal (em tendo ocorrido o julgamento indígena, o que isto implica ao Judiciário?).

No dia 24 de novembro de 2014, ou seja, 20 dias após o ingresso da petição da advogada requerendo o laudo antropológico, o, agora, juiz do caso Aluizio Ferreira Vieira, determina a realização do laudo antropológico e nomeia o antropólogo Ronaldo Joaquim da Silveira Lobão “para realização do estudo e confecção do respectivo Laudo no prazo de 30 (trinta) dias” (FJCP, 2013, p. 138).

O prazo temporal de 30 dias aparentemente parece razoável para a realização do trabalho de coleta de dados e elaboração do documento técnico definido como laudo antropológico, mas, na prática, não o é. Conforme aduz Oliveira, “os laudos antropológicos precisam ser realizados num tempo adequado mensurado em meses, e não em dias” (2014, p. 175), pois se está a pedir (ou melhor, a exigir) que o especialista apreenda as informações dos sujeitos étnico-culturalmente diferenciados e depois as traduza numa linguagem, e com apoio num repertório teórico que seja inteligível à racionalidade jurídico-judicial estatal. E, além disso, num prazo estipulado em meses, enquanto o laudo antropológico é realizado o processo judicial deveria, em tese, ser paralisado quanto aos atos mais fundamentais, a espera das informações advindas do laudo que pode, também em tese, promover mudanças no entendimento das partes e na condução do próprio processo judicial. Mas não foi isto que ocorreu no caso em análise.

A sentença de pronúncia dos réus indígenas para julgamento pelo Tribunal do Júri foi prolatada em 4 de fevereiro de 2015, mas o laudo antropológico está datado de 5 de março de 2015, portanto, três meses e 10 dias após a decisão judicial pela realização do estudo e dois meses e 10 dias, em tese, “atrasado”. Prova disto é que o juiz, na sentença de pronúncia, alude que “o requerimento [de solicitação de perícia antropológica], formulado pela defesa dos réus, e deferido por este Juízo para elaboração do Laudo Antropológico, que deverá ser juntado aos autos antes da manifestação das partes na fase do artigo 422<sup>9</sup>, do CPP” (FJCP, 2013, p. 159).

Na prática, o antropólogo usou do tempo, medido em meses, necessário para elaborar o laudo antropológico. Em paralelo, o juiz definiu que as informações do laudo deveriam servir não mais para auxiliá-lo no seu convencimento da autoria e materialidade do delito, mas no convencimento dos jurados já na

---

9 No Código de Processo Penal, o artigo 422 possui o seguinte texto normativo: “Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência” (BRASIL, [2008] 1941).

fase do Tribunal do Júri. Por que não aguardou o laudo antropológico para então prolatar a sentença de pronúncia? Faria alguma diferença substancial ao andamento processual aguardar um mês a mais – já que entre a data da sentença e a data da entrega do laudo calcula-se exatamente um mês –, para um processo que se desenrolou por um ano e 10 meses sem nenhuma referência à necessidade de laudo antropológico? São perguntas que ficam abertas de respostas, mas imersas numa ilação do que poderia ter sido, mas não foi.

### **3. Planejamento e execução do Júri Indígena**

A qualificação do Júri Indígena como inovação ou único ocorrido até então não deixa entender os motivos que levam a decisão do juiz para sua execução. Os elementos estão expostos no texto da sentença de pronúncia dos réus indígenas em que o juiz indica tratar-se

[...] de peculiar feito meritório e procedimento, haja vista a principal alegação de defesa centrar-se em tradição indígena – ‘kanaimé’ -, e o pretenso ato ilícito ter ocorrido em terra indígena, e terem indígenas como réus e vítima, o que reclama a realização da sessão do Júri em Terra Indígena, com jurados indígenas com o fito de dar legitimidade ao ato, uma vez que serão julgados ‘verdadeiramente’ por seus próprios pares (FJCP, 2013, p. 159).

A construção das condições de “legitimidade do ato” para “verdadeiro” julgamento dos réus indígenas fundamenta-se nos componentes da tradição indígena (em referência ao canaimé), do local de ocorrência (terra indígena) e dos sujeitos envolvidos (todos indígenas), para reclamar não a abertura à jurisdição indígena, mas sim à adequação da jurisdição estatal para atuar desde uma perspectiva diferenciada.

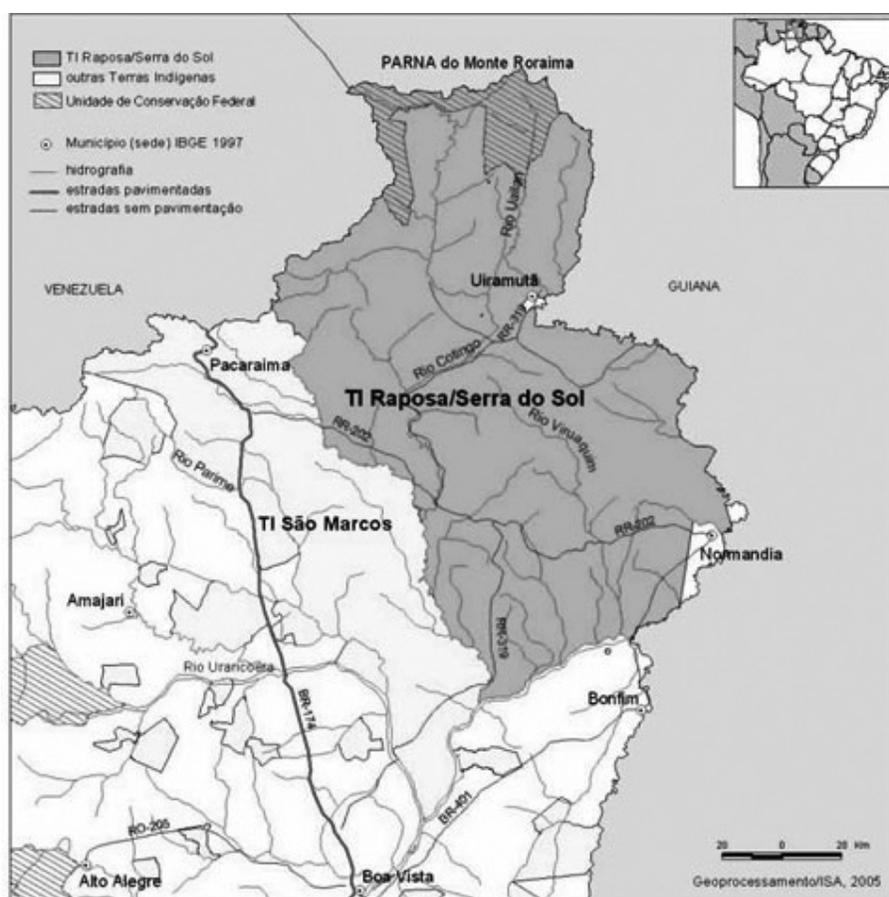
Uma primeira questão a ser observada sobre os fundamentos da justificativa do Júri Indígena está na colocação taxativa pelo juiz de que o fato-crime ocorreu em terra indígena. Não custa lembrar, pelo conteúdo incluído da petição inicial do MPER no capítulo anterior, que o crime ocorreu na sede urbana do município de Uiramutã, porém, como relata o Procurador da República Gustavo Alcântara, que à época do julgamento estava lotado na procuradoria do MPF em Pacaraima,

[a] população local, ali [Pacaraima], existe um clima de preconceito muito grande... Pacaraima é uma cidade construída em terra indígena e que hoje

ainda há uma ação, no Supremo Tribunal Federal, para extinguir o município... existe um ódio muito grande, todos os que ali vivem veem os indígenas como inimigos (Gustavo Alcântara, entrevistado em 30/05/2016).

Tanto Pacaraima, sede da Comarca judicial, quanto Uiramutã, sede do fato-crime, são municípios encravados dentro de terras indígenas (Terra Indígena São Marcos e Terra Indígena Raposa Serra do Sol), como se verifica abaixo (Mapa 1).

**Mapa 1. Região Noroeste do Estado de Roraima**



Fonte: Instituto Socioambiental<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Disponível em: <[www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

O contexto conflitivo entre indígenas e não-indígenas pela ocupação do território tem por epicentro o litígio judicial de extinção do município de Pacaraima, por meio da Ação Civil Ordinária n.º 499 de 1996, movida pelo MPF, que tramita no STF, e das mais de 50 ações judiciais, até janeiro de 2015, pedindo a retirada de famílias não-indígenas de determinados locais do território<sup>11</sup>, tudo levando em conta o fato de estar localizada dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Segundo Silva e Mourão (2013) e Fontes (2011), a ação judicial principal originou-se em 1996, exatamente um ano depois da criação, por lei estadual, dos municípios de Pacaraima e Urimutã, em 1995,

[...] logo após a demarcação das respectivas TI Raposa Serra do Sol (TIRSS) [com identificação ocorrida em 1993 e homologação em 2005] e como visto anteriormente, a própria TISM [Terra Indígena São Marcos, cuja demarcação ocorreu em 1976 e homologação por decreto presidencial deu-se, apenas, em 1991]. Fato este que nos permite concluir que a gênese da investida, se deu como caráter de retaliação dos interesses locais à demarcação promovida pela FUNAI e a criação do Parque Nacional Monte Roraima, criado em 1989 pelo Governo Federal (SILVA e MOURÃO, 2013, p. 7-8).

Fontes (2011) ressalta, ainda, que a demora no processo de demarcação das duas terras indígenas, iniciadas na década de 1970, mas só finalizadas nas décadas de 1990 e na primeira década do século XXI, acirrou a disputa pelo

---

11 Segundo notícia sobre o assunto: “[c]om pouco mais de 11 mil habitantes, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Município de Pacaraima, localizado ao Norte do Estado, na fronteira com a Venezuela, vive um clima de incerteza. Atualmente, pelo menos 50 processos tramitam na Justiça Federal pedindo a desocupação de pessoas que moram naquela localidade, já que o município fica dentro da Terra Indígena São Marcos. Por conta disso, a Justiça Federal em Roraima organizou uma audiência pública para conhecer a realidade das partes do processo, sejam eles índios ou não índios. As ações foram movidas pela Fundação Nacional do Índio (Funai) e pelo MPF. “São processos de 2002 e 2003 que estão parados ou suspensos porque existia a dúvida de se eles tocavam ou não no mesmo assunto da Ação Civil Originária (ACO) 499, que tramita no Supremo Tribunal Federal, que discute o município como um todo”, explicou a juíza titular da 2ª Vara da Seção Judiciária de Roraima, Clara Mota” (FOLHA WEB, 2015). Em 2017, o ministro do STF, Marco Aurélio Mello, decidiu pela incompetência do órgão em julgar o feito, indicando, conforme matéria jornalística sobre o caso, que “a competência para apreciação do caso seria da Justiça Federal de 1º grau, pois o litígio se dá entre Roraima e a Fundação Nacional do Índio (Funai), e deu provimento ao recurso interposto pelo órgão indigenista para que o caso seja julgado pela primeira instância” (CORREIA, 2017). Desse modo, o caso permanece sem decisão de mérito, e sem previsão de quando ocorrerá.

poder de ocupação e delimitação o território, com ampla influência dos governos federal e estadual para ampliação das fronteiras agrícolas sob as terras indígenas, implantação de políticas de colonização oficial e de mecanismos de controle sobre as fronteiras com os países vizinhos, hodiernamente atualizado pela celeuma em relação à extinção (ou não) do município de Pacaraima, e as prováveis implicações sobre o município de Uiramutã.

Nesta situação, complementa Gustavo Alcântara,

[...] como você realiza um Júri desse, selecionando aleatoriamente os cidadãos daquela cidade, que já tem esse ódio, eles sempre diziam que a tendência de qualquer júri deste era de iniciar com 90% de chance da pessoa ser condenada.

Condenada, subentende-se, não do fato-crime em si, mas da disputa jurídico-judicial pelo território que passa a permear todos os âmbitos das relações sociais entre indígenas e não-indígenas, acirrando o ódio e a discriminação social, e inserindo os réus indígenas num contexto de condições adversas à manutenção da imparcialidade dos jurados não-indígenas para fazer um julgamento justo.

Daí a proposta de formação do corpo de jurados unicamente por representantes de povos indígenas (*Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana*) existentes na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o que proporcionaria um julgamento mais justo, no sentido de decidido diretamente pelos grupos interessados na resolução do conflito.

Uma segunda questão diz respeito ao deslocamento do espaço do Júri Indígena da sede física da Comarca de Pacaraima para a Maloca da Homologação da Comunidade do Maturuca, localizada na região das Serras, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Segundo o procurador federal Gustavo Alcântara, o juiz do caso percebeu que “não bastaria uma composição de [jurados] indígenas, que precisaria também de ser num ambiente mais favorável, na própria terra indígena”.

O deslocamento territorial do Tribunal do Júri para local, no território indígena, de exercício da jurisdição indígena, conhecida por Maloca da Homologação, onde as lideranças *tuxauas* se reúnem para decidir as questões internas e coletivas dos povos indígenas, pode ser lida de duas maneiras diferentes, e, por certo, conflitantes.

Por um lado, desde uma leitura positiva da proposta de adequação da estrutura judicial do Estado, este deslocamento representaria a tentativa de faci-

litação do acesso à justiça aos povos indígenas, não apenas por conta das condições adversas de ambiente e convivência que poderia sofrer na sede urbana do município, mas, como observa Oliveira (2013), no fato da inclusão dos povos indígenas na agenda político-normativa do acesso à justiça implicar

[...] com que o próprio contexto de estruturação das condicionantes socioculturais de acesso à justiça precise ser revisto e classificado numa dimensão intercultural que potencialize os saberes e as práticas culturais de reordenação dos limites de compreensão da noção de acesso e de justiça (2013, p. 513-514).

Portanto, seria uma “aproximação do Estado às comunidades indígenas” (FJCP, 2015, p. 1), tal como está registrado na *Nota à Imprensa* emitida no dia 13 de abril de 2015, 10 dias antes da realização do Júri, em que o movimento de aproximar-se implicaria num contramovimento de distanciar-se das amarras coloniais que impedem ou dificultam o efetivo acesso à justiça estatal pelos povos indígenas. Isto implicaria na relativização de algumas formalidades estabelecidas ao Tribunal do Júri, como composição dos jurados e local de realização, ainda que o ritual em si fosse mantido, com a presença de defesa e acusação não-indígena.

É, no entanto, no âmbito das amarras coloniais que radica a segunda leitura da instauração do Tribunal do Júri na Maloca da Homologação, enquanto reprodução da colonialidade pela inserção (ou imposição), ainda que dialogada com os povos indígenas, do poder jurídico estatal no espaço máximo da jurisdição indígena, fazendo-a submeter-se aos padrões coloniais de resolução dos conflitos e interditando simbolicamente sua legitimidade político-jurídica, pois, no fundo, foi com a orientação das regras, das provas, dos sujeitos e dos procedimentos do direito estatal que se desenvolveu o Júri Indígena.

Tal situação não passou despercebida pelos povos indígenas envolvidos no Tribunal do Júri, e está estampada na *Nota à Imprensa* que o Conselho Indígena de Roraima – Coordenação Regional das Serras (CIR/Serras) lançou no dia 15 de abril de 2015, em que consta, além dos motivos pela aceitação e configuração do Júri Indígena, a reivindicação de que

Os povos da Raposa Serra do Sol assim como o movimento indígena reivindicam ao Governo e à Justiça Brasileira o reconhecimento das formas indígenas de julgamento e punição, baseado no Artigo 231 da Consti-

tuição Brasileira e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (CIR/Serras, 2015a, p. 1).

Assim, tal como o movimento de aproximação do Estado (ou do Poder Judiciário) às comunidades indígenas implicava num contramovimento necessário, aqui também a aceitação dos povos da Terra Indígena Raposa Serra do Sol à realização do Tribunal do Júri em suas terras e com suas participações implicava um contramovimento de apontar que o caminho ideal era outro, não de participação, como apontava o Júri Indígena, mas de reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas.

Um terceiro aspecto de fundamentação do Júri Indígena não está presente na sentença de pronúncia do juiz do caso, pois a questão é o próprio juiz que presidiu a parte final do processo judicial. Aluizio Ferreira Vieira foi o mesmo juiz que, em 2012, elaborou a sentença do Caso Denílson, deixando de analisar o mérito da denúncia-crime pelo reconhecimento da legitimidade do julgamento prévio feito pelo povo Macuxi.

É também dele a criação dos dois critérios para coordenação da relação entre sistema jurídico estatal e sistemas jurídicos indígenas, do qual o segundo (letra “b” da sentença do caso Denílson) embasou sua decisão de evitar o “Duplo Jus Puniendi” ante a ocorrência prévia de julgamento pela jurisdição indígena.

Porém, no caso do Júri Indígena, foi a letra “a” dos critérios criados pelo magistrado que teve aplicabilidade para a fundamentação dos atos judiciais, a que diz que “[n]os casos em que autor e vítima são índios; fato ocorre em terra indígena, e não há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado deterá o direito de punir e atuará apenas de forma subsidiária” (FJCB *apud* SEMER, 2014).

Logo, a prerrogativa estatal do direito de punir aos réus indígenas já estava predefinida nos parâmetros de coordenação entre os diferentes sistemas jurídicos que o juiz elaborou para julgar o caso Denílson, os quais, mesmo não aparecendo explicitamente em nenhum momento nos autos do processo judicial do Júri Indígena, estavam implicitamente presentes na forma como o juiz conduziu a construção do Júri, ainda que prezando pela ampla participação dos povos indígenas.

De fato, conforme aponta o procurador da república Gustavo Alcântara

[...] e aí ele [o juiz] faz essa articulação junto com várias lideranças, com o CIR, a Coordenação da Região das Serras que é o local onde ocorreu

o crime, e estabelece alguns mecanismos para escolher as lideranças, no grupo de lideranças [que vão se tornar jurados] eles escolhem lideranças das etnias *Taurepang*, *Patamona*, *Macuxi* e *Ingarikó*, para que fosse mais representativo possível dos grupos.

Na Nota à Imprensa divulgada no dia 13 de abril de 2015, assinada em conjunto pelo juiz Aluízio Ferreira Vieira e pelo coordenador do CIR/Serras, Zedoeli Alexandre, consta que

A decisão de realizar o júri no Maturuca foi amplamente discutida e aprovada pelos tuxauas e lideranças indígenas da região... A intenção do Poder Judiciário local que propôs a realização do júri no Maturuca foi aproximar o Estado das comunidades indígenas. As lideranças indígenas, por sua vez, entenderam que a experiência inovadora seria uma forma de aprendizado sobre o Sistema Penal Brasileiro que muito difere de suas formas próprias de solução de conflitos e agressões (FJCP, 2015, p. 1).

Na *Nota à Imprensa*, do CIR/Serras, a posição dos povos indígenas envolvidos é mais bem definida ao dizer que “[a] aceitação do júri popular no Maturuca é assim, vista por nós, como uma forma de aproximarmos a prestação de justiça pelos órgãos do Estado brasileiro da cultura e da vida dos povos indígenas” (CIR/Serras, 2015a, p. 1).

O planejamento prévio do Júri Indígena certamente foi o auge da proposta de democratização do procedimento judicial com a consideração da autoridade conjunta de lideranças indígenas e do juiz para os atos preparatórios: assinatura dos documentos, exposição à imprensa, e definição das regras de credenciamento, de acesso à comunidade no dia do julgamento e de registro audiovisual.

Mas a adesão das lideranças indígenas também era decorrente dos ares de inovação que a experiência transmitia aos participantes e, como colocado na *Nota à Imprensa* de 13 de abril de 2015, de que tal “experiência inovadora seria uma forma de aprendizado sobre o Sistema Penal Brasileiro que muito difere de suas formas próprias de solução de conflitos e agressões” (FJCP, 2015, p. 1). Aprendizado do que e para que? Eis indagações subliminares que aguardariam ainda 10 dias para serem respondidas.

No dia do Júri Indígena, 23 de abril de 2015, cerca de 300 lideranças de 72 comunidades indígenas da região das Serras estavam presentes para acompanhar o ritual judiciário, como se pode perceber na foto abaixo (Foto 1).

**Foto 1. Júri Indígena na maloca da Homologação na comunidade do Maturuca**



Fonte: Portal G1<sup>12</sup>.

Não tratarei detidamente do andamento do Júri Indígena, até por não ter informações a respeito que possibilitem tal descrição. Para os objetivos do trabalho, o fundamental é saber que, ao final dele, os jurados indígenas decidiram pela absolvição de Élcio e a condenação, por pena mínima, de Valdemir, que

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

acabou resultando na punição decretada pelo juiz de detenção de três meses em regime aberto, não pela tentativa de homicídio, mas por lesão corporal leve.

O encerramento do capítulo do Júri Indígena abre dois outros capítulos distintos, o das reações de indígenas e não-indígenas a ele. Na verdade, o Júri Indígena, ao encerrar a lide processual, abriu caminho para movimentações de vários lados para avaliá-lo e reconsiderá-lo dentro do campo mais amplo de disputa pelos direitos indígenas. Para os objetivos do trabalho, farei análise unicamente das movimentações dos povos indígenas.

### **3. Reações indígenas: brutalidades e colonialidade**

“Índios classificam 1º júri feito em aldeia de ‘brutal’ e refazem sentença” (MARQUES, 2015). Eis o título que estampa a notícia sobre a avaliação do Júri realizado na Maloca da Homologação, pelo olhar das lideranças indígenas presentes no local.

Semanticamente “brutal” é sinônimo de rude, grosseiro, selvagem, desumano e violento, segundo o dicionário (BORBA, 2004), sendo adjetivações que rememoram “a ideia de bestialidade, de fereza, em suma de animalidade dos índios” (CARNEIRO DA CUNHA, 1992, p. 134) que vigorou na política indigenista no Século XIX (e ainda se reproduz no imaginário social), mas, agora, para remetê-los não mais aos indígenas, mas à avaliação do comportamento dos não-indígenas durante o Júri Indígena.

De fato, no dia 3 de maio de 2015, a Coordenação do CIR/Serra, em reunião para avaliar o Júri Indígena, as lideranças pontuaram oito críticas negativas do procedimento, sendo as disposições 1 e 8 muito semelhantes no teor de suas críticas:

1) O júri popular no Maturuca foi desrespeitos aos nossos costumes de respeito e tratamento. Lideranças e autoridades devem dar bom exemplo. O promotor Carlos Paixão e o defensor público José João gritaram e se xingaram em público. O defensor José Carlos e a advogada Taís deram mal exemplo e ofenderam a todos quando disseram que iriam tomar cachaça no bar aonde aconteceu o crime. O defensor José João e a advogada Taís ficaram elogiando o dono do bar Francisco de Assis que vendeu bebida alcoólica para os indígenas. O defensor José João falou bem de invasores da T. I. Raposa Serra do Sol.

[...]

8) O júri é um modelo dos brancos e o juiz preside o júri. Mas dentro das comunidades indígenas nós temos as nossas regras. Tem contradições entre as regras das comunidades e as regras do júri. Nós ficamos assistindo muitas coisas erradas e ofensivas dentro da nossa casa sem poder fazer nada (CIR/Serra, 2015b, p. 1-2).

As críticas aos comportamentos e aos discursos dos profissionais do Direito durante o Júri Indígena colocam em discussão a noção de (des)respeito como condição de tratamento para observância (ou não) às regras de costume do território étnico onde o procedimento judicial ocorria. O teor da crítica é, ao mesmo tempo, ético, por questionar os valores de sustentação das condutas dos profissionais, mas também jurídico, ao apontar que, naquele território, vigem regras específicas de comportamento e de respeito ao outro que foram infringidas pelas autoridades judiciais.

Na intenção de defender ou de atacar os réus, como parte do jogo ritual-teatral do Tribunal do Júri, as autoridades não estavam apenas encenando o hábito judicial de disputa de teses e argumentações, de questionamentos e provocações, na esperança de convencimento dos jurados para culpar ou inocentar os réus, mas estavam, elas mesmo, simbolicamente no “banco dos réus”, isto é, sendo avaliadas e julgadas nos seus modos de agir e de tratar-se entre si e com referência à história, aos conflitos e às tradições dos povos indígenas. E nisso foram “culpadas” frontalmente de desrespeito “brutal” aos costumes do bom tratamento dos povos indígenas – e, até mesmo, de tratamento digno que a educação não-indígena também prega, ou, como se diz no dito popular, “estando na casa de outrem – alusivo ao território étnico – se comporte bem”.

Para Oliveira, isto revela o “quanto os processos são [muitas vezes] mais importantes que os resultados, nos diálogos interculturais, para julgar se houve ou não algo positivo para este diálogo” (2015, p. 12). Por isso, o processo de julgamento do Júri Indígena estava não somente eivado por cenas de comportamentos e discursos desrespeitosos (ou brutais) dos profissionais do Direito, na avaliação das lideranças indígenas, mas cerceava a participação dos indígenas na construção dos argumentos e, mais do que isso, na correção dos erros e ofensas que assistiam ocorrer em sua casa, na terra indígena.

Outro ponto questionado pelas lideranças indígenas foi o conteúdo do laudo antropológico de explicação dos sentidos culturais do canaimé e das implicações que o conteúdo gerou na convivência social dos povos indígenas e no Júri:

2) O laudo antropológico do processo é muito ofensivo e apresentou ideias erradas sobre nossa cultura e nossas comunidades. De acordo com o laudo todas as pessoas das Serras, nós todos, somos canaimé. O laudo também é muito ruim e cria problemas para todos nós, principalmente a comunidade do Urinduke pois descreve o Sr. Antônio Albino Pereira como canaimé.

3) O júri gerou discriminação contra a comunidade Urinduke já que a vítima foi caracterizada como canaimé. O Urinduke ficou marcado como uma comunidade de canaimé. A comunidade já está sentindo as consequências disso: uma pessoa do Urinduke foi para a CASAI [Casa de Saúde Indígena]/Boa Vista e não pode ficar internada pois foi chamada de canaimé por outros indígenas internados (CIR/Serra, 2015b, p. 2).

Mas o que consta no laudo antropológico para repercutir com senso de afronta às lideranças indígenas? O laudo produzido pelo antropólogo Ronaldo Joaquim da Silveira Lobão, datado de 5 de março de 2015, que demorou três meses e 10 dias para ser incluído nos autos do processo judicial (bem acima dos 30 dias dados inicialmente pelo juiz), objetivava responder aos seis quesitos formulados pela advogada e pelo promotor de justiça, porém já de início ambicionava também ir mais além:

Pretende-se também, ultrapassar os limites da lide, indicando caminhos possíveis não apenas para a conclusão adequada do procedimento judicial, com o enunciado do veredicto e da sentença correspondente, mas também a possibilidade de restabelecimento da coesão social entre as comunidades indígenas Enseada e Oriunduque (LOBÃO, 2015, p. 2).

Ultrapassar os limites da lide, ao que tudo indica, traduz-se num sentido de extrapolar a competência de prestar informações técnicas ao processo judicial sobre os quesitos que lhe foram direcionados, mas de produzir conteúdo para gerar efeitos de reconciliação ou “reestabelecimento da coesão social” entre as comunidades indígenas envolvidas no conflito, pretensão esta que, como apontado pelas lideranças indígenas, teve efeito justamente contrário.

De início, constata-se que a opção metodológica foi de oferecer uma “versão factível”, conforme diz Lobão, construída a partir da análise dos diversos

relatos que compõe o processo judicial. Ao que tudo indica, trata-se de uma verificação detalhada do processo judicial, a qual “se beneficia de conversas com o Tuxaua da Comunidade da Enseada em conjunto [com] os réus, Elcio da Silva Lopes e Valdemir da Silva Lopes, no dia 28 de novembro de 2014” (LOBÃO, 2015, p. 3). Porém, constata-se, então, que estas conversas com a liderança *tuxaua* e os réus indígenas foram toda a atividade de campo produzida pelo antropólogo para produção do laudo.

Por “versão factível” estaria apontando a construção da “melhor versão” para os fatos presentes no processo judicial. Para tanto, buscou reconstituir detalhadamente a situação ocorrida no dia 23 de janeiro de 2013, empregando falas diretas dos sujeitos envolvidos e contextualizando a situação sociocultural que levou a conexão da vítima, Antônio, com o canaimé, por parte dos réus, Elcio, Valdemir, além de Mozarildo Ribeiro, que tinha participado do fato, mas não foi denunciado pelo MPER:

A família de Elcio e Valdemir, incluindo Mozarildo, estava consternada, pois na semana anterior [ao dia do crime] um sobrinho havia sido encontrado morto junto a uma cerca sob circunstâncias não esclarecidas e com sinais de violência. No mês anterior um avô também havia falecido em circunstâncias também não esclarecidas, pois gozava de boa saúde. Na Comunidade de Enseada não havia dúvida que essas mortes foram obra de um Kanaimé (LOBÃO, 2015, p. 5).

Ante a descrição de que os réus, e seus familiares, tinham certeza que um canaimé “andava pela região” e tinha assassinado seus parentes, Lobão retoma a conversa que Mozarildo e Antônio tiveram no Mercado do Peão e passa a mostrar como as respostas de Antônio às perguntas de Mozarildo, além do modo como se comportava e do seu biótipo, foram levando este a concluir que “Antônio era um Canaimé”: “Mozarildo tinha certeza que Antonio era um Kanaimé, pois se Antonio o conhecia e ele, Morazildo, não o conhecia, era porque Antonio era um Canaimé” (LOBÃO, 2015, p. 6); e isto também foi o que constataram Valdemir e Elcio, segundo consta no laudo.

Após apresentar a “versão factível” do ocorrido, Lobão passa a responder aos quesitos formulados pelas partes, a começar pela explicação do que consistiria o *canaimé*:

Os viajantes europeus em terra de *Circum* Roraima no século XIX identificaram a figura de seres noturnos que atacavam e matavam suas vítimas. Moravam na região das serras. Eram identificados com as tribos “bravas”, ou os “canaimés”. Para os Wapixana no início do século XX, por exemplo, a região das serras seria a morada de entidades canibais, os Kanaimés. Havia Kanaimés entre os Taurepang, os Inkarikó e outros grupos da serra. O Kanaimé podia ser um homem bom, um chefe de uma tribo, mas à noite seu espírito saíria de seu corpo e comandaria maus espíritos, incorporados em onças, cobras e outros animais, a fazer todo o tipo de saudade [por erro de digitação, deve ser almejado dizer maldade], inclusive propagar doenças, que invariavelmente levavam à morte. Toda morte sem causa era obra do Kanaimé (LOBÃO, 2015, p. 7-8).

É justamente esta passagem do laudo que é referida no ofício do CIR/Serras ao MPF, de 3 de maio de 2015, como um dos pontos críticos de questionamento, pois

Esta afirmação atinge diretamente os povos indígenas das Serras, quando identifica a região das Serras como “a morada” dos canaimés; todos os moradores da região seriam então canaimés ou ao menos suspeitos de serem canaimés... Além disso, tal afirmação cria animosidade entre lideranças de etnias e regiões diferentes, uma vez que estamos organizados através de relações entre regiões das serras, lavrado e matas (CIR/Serras, 2015c, p. 1-2).

O propósito de traduzir a perspectiva nativa dos réus para vinculação dos atributos do canaimé à vítima – relacionada ao contexto de assassinatos bárbaros dos parentes e à conduta/fisionomia de Antônio – encontrou limites de compreensão da integridade cultural, em parte por conta da opção metodológica de reduzido trabalho de campo, o que provocou efeitos deletérios nas relações sociais dos povos indígenas ante o modo como o canaimé foi representado, e como os indígenas passaram a fazer uso dessa representação e desse conhecimento científico.

Ao passo que as lideranças indígenas questionam a “informação falsa” (CIR/Serras, 2015c, p. 2) que o laudo antropológico apresentou ao público em geral e ao processo judicial sobre a realidade sociocultural local, também recolocam, como pano de fundo, o debate sobre a legitimidade de representação da alteridade pela Antropologia e os riscos de reprodução da colonialidade do saber no ato de tra-

duzir o outro. No entendimento das lideranças indígenas, o laudo se transformou num instrumento de precarização da coesão social, justamente aquilo que o autor do documento objetivava evitar com a produção da pesquisa. Nisso, o CIR/Serras classificou o laudo como “racista e [que] prejudica a imagem dos povos indígenas da Região das Serras” (2015c, p. 4), numa radical rejeição à “versão factível” intentada, e também solicitou ao MPF a anulação do documento.

#### **4. Reações indígenas: pluralismo jurídico e impasse**

Dois dias depois da ocorrência do Júri Indígena, a lógica indígena de resolver os conflitos começou a operar. No dia 25 de abril de 2015, a Comunidade da Enseada, a de moradia dos réus, reuniu-se no Centro Pedra Branca “com todas as lideranças Tuxaua, professores e conselheiros” (CIR/Serras, 2015d, p. 6) no intuito de definir coletivamente a posição que o *tuxaua* Severino da Silva Souza deveria apresentar à reunião posterior que ocorreria na Maloca da Homologação na Comunidade do Maturuca.

Na ata da reunião, consta que depois de lideranças e conselheiros terem rememorado situações passadas de mortes e desentendimentos, houve a seguinte decisão coletiva:

a reação de toda a comunidade Enseada, é concordar com o tuxaua, de que os envolvidos: Elcio da Silva Lopes, Valdemir da Silva Lopes e Mozarildo Ribeiro Padrinho irão para o Centro Tamanduá trabalhar para a região, e que este trabalho sirva de tempo para aguardarem reunião das lideranças do nosso Centro Maturuca juntamente com as lideranças e tuxauas das comunidades envolvidas, no caso (Enseada e Urinduk). Na oportunidade queremos expressar nossos sentimentos de compreensão para com a dor que os nossos filhos causaram a essa comunidade do Urinduk (*Idem*).

Isto poderia ser traduzido como uma “pena provisória” de deslocamento dos envolvidos no fato para outra comunidade, agora incluindo também Mozarildo, que a Justiça estatal brasileira não julgou, dando ênfase não ao caráter da restrição da liberdade ou da punição em si, mas do caráter produtivo e retributivo da medida, de trabalharem em prol daquela comunidade.

No mesmo dia, 25 de abril de 2015, a Comunidade Indígena do Urinduk, onde vive a vítima (Antonio), reuniu-se para avaliar o julgamento do Júri Indí-

gena e definir as medidas a serem sugeridas para a reunião posterior na Comunidade do Maturuca. Quanto à avaliação do Júri, a comunidade expressou não concordar com “que os acusados Elcio, Valdemir e Mozarildo, fiquem impunes” (CIR/Serras, 2015c, p. 7), rejeitando, assim, as decisões dadas pelos jurados ao caso e a omissão de Mozarildo como réu no processo judicial.

Em seguida, na ata da reunião consta a proposta de punição definida pela comunidade:

a nossa proposta para estes acusados (Élcio e Valdemir) é que seja cumprida a indenização para o senhor Antônio Alvino conforme **Carta aberta... de nº 001/2013 com data de 19 de fevereiro de 2013...** e que os mesmos possam cumprir pena educativa durante cinco anos onde os mesmos ficariam responsável em **palestrar em todas as comunidades (Escolas) da região** contra o alcoolismo e outros males a sociedade indígena. E quanto ao senhor Mozarildo que o mesmo possa cumprir pena de trabalho para a região no Centro de Produção Tamanduá durante 5 anos sem direito de visitar sua família bem como fazer visita a outras comunidades (*Idem*. Grifos do original).

Importante ressaltar o fato da comunidade lembrar de documento, a Carta Aberta, elaborado no dia 19 de fevereiro de 2013, portanto, cerca de um mês depois do fato-crime ocorrido, em que está presente o protesto da comunidade “contra a soltura dos tais criminosos e pede a permanência dos mesmos na prisão conforme [...] o código penal” (CIR/Serras, 2015c, p. 8). Além disso, neste documento sinaliza-se as dificuldades que a vítima vinha passando, em decorrência dos ferimentos e da alegação de que ele seria o canaimé, solicitando “indenização de 30 rezes [cabeças de gado] e que os acusados possam cumprir pena do crime cometido em outra região” (*Idem*), com a explicitação no documento de que ambos os pedidos seriam feitos ao Poder Judiciário. No entanto, ao que tudo indica este documento não chegou a ser apreciado, ou mesmo incluído, nos autos do processo judicial do caso.

O teor da indenização foi mantido na reunião realizada mais de dois anos depois, porém já não mais direcionado ao Judiciário, e sim às autoridades indígenas que se reuniram na Comunidade do Maturuca, agregando propostas de punição aos acusados que colocam na centralidade do debate os efeitos do “alcoolismo e outros males” para com os povos indígenas, resgatando elemento que tinha sido informado pelo MPER na ação penal inicial de que os acusados estavam em

“estado de embriaguez alcoólica”, e que isso, mais do que qualquer tentativa de vinculação da vítima ao canaimé, é que influenciou a ocorrência do crime.

No dia 2 de maio de 2015, a Comunidade Indígena da Enseada voltou a se reunir internamente para “entrar em consenso sobre o que os penalizados poderiam ajudar a vítima por ser lesionada” (CIR/Serras, 2015c, p. 5). Logo, e indicando terem escutado “todos da comunidade”, decidiram pela proposta dos acusados repassarem 4 cabeças de gado à vítima, e redefiniram os termos de punição à Mozarildo para “de acordo com o Regime de penalidade para infratores indígenas, à trabalhar para o Centro Pedra Branca durante 01 (um) ano prestando serviços sem renda financeira” (*Idem*), ou seja, a trabalhar não mais em outra comunidade, a do Tamanduá, mas sim na própria comunidade onde vive, de modo a contribuir com ela sem receber pagamento em troca.

Com ambas as comunidades tendo decidido internamente sobre as medidas a serem adotadas aos três acusados e à vítima, no dia 3 de maio de 2015, portanto, 11 dias depois da data do Júri Indígena, na Maloca da Homologação na Comunidade do Maturuca, ocorreu a reunião “com coordenadores dos centros, tuxauas, conselheiros e outras lideranças da região” (CIR/Serras, 2015c, p. 1), com aproximadamente 47 pessoas, para “discussão e resolução do crime” (*Idem*).

Na reunião, depois de acordarem que o debate sobre o crime já tinha sido feito no Júri Indígena e nas reuniões realizadas em cada comunidade envolvida, passaram a discutir propostas de punição aos acusados. Porém, “[n]ão houve acordo em relação ao tempo de punição e encaminhou-se as propostas para votação. Houve votação também para o local do cumprimento da punição” (*Idem*).

Assim, para Élcio, cujas opções de tempo de punição foram de cinco e dois anos, 27 pessoas votaram para dois anos, cinco pessoas para cinco anos e houve oito votos de abstenção, ficando determinado sua punição de dois anos a ser cumprida no Centro de Produção do Tamanduá. Para Mozarildo, as opções de tempo de punição variavam entre três e dois anos, tendo havido 29 votos para dois anos, cinco votos para três anos e oito votos de abstenção. A pena ficou então definida em dois anos a ser cumprida na Comunidade do Morro. Por fim, para Valdemir, cuja variação de tempo de punição era menor, de um ano e seis meses, um ano e só de seis meses, houve 20 votos para seis meses, 15 votos para um anos, 12 votos de abstenção e nenhum voto para um ano e seis anos, resultando numa punição de seis meses a ser cumprida no Centro Pedra Branca da Comunidade da Enseada.

Percebe-se que as penas máximas acordadas em votação foram de dois anos, quantidade de tempo um pouco inferior aos dois anos e três meses que perdurou o processo judicial do crime cometido pelos acusados até o julgamento em Tribunal do Júri. Isto coloca em discussão que se tal decisão tivesse sido tomada no marco temporal da Carta Aberta formulada pela Comunidade do Urinduke, em fevereiro de 2013, os acusados já teriam cumprido a punição, nos parâmetros estabelecidos pelas lideranças indígenas.

Ao mesmo tempo, também fica visível que um tempo de decisão judicial que se prolongou por mais de dois anos, foi, no sistema de decisão indígena, resolvido em pouco mais de uma semana, ou nove dias para ser mais preciso, colocando em discussão os elementos institucionais que conformam a temporalidade da justiça em cada sistema jurídico, e qual melhor se encaixaria na garantia jurídica do “devido processo legal”<sup>13</sup> tão marcante como direito fundamental presente na CRFB.

Por certo, além do tempo de duração do julgamento nativo, os elementos marcantes do procedimento de decisão dos povos indígenas envolvidos são: (1) o caráter coletivo de sua produção, com envolvimento de uma diversidade de agentes sociais das comunidades para o debate e deliberação, assim como a estruturação da decisão final na reunião na comunidade do Maturuca com base nas deliberações previamente desenvolvidas em cada comunidade envolvida no conflito, ainda que isto não seja garantia de consenso; e, (2) a finalidade da punição auferida aos acusados, além da reparação à vítima e à sua comunidade, este ponto ficando expresso no rol de medidas adicionais que vieram na decisão para fundamentar o conteúdo das penas a serem cumpridas pelos condenados, nos seguintes termos:

- 4) Os condenados serão avaliados na metade do tempo de sua punição pelos coordenadores da região...
- 5) Fica garantida a visita da família para todos os réus, inclusive com possibilidade de mudança.
- 6) Os demais critérios de punição serão:
  - Todos os condenados deverão fazer compromisso de não à bebida alcoólica.
  - Devem participar dos trabalhos, nas igrejas e orações todos os dias.

<sup>13</sup> Cabe recordar que o direito ao devido processo legal compõe o rol dos direitos fundamentais inscritos no artigo 5º da CF/88, com o seguinte texto normativo: “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

- Não podem participar de festa e do movimento comunitário.
  - Devem participar dos trabalhos regionais e manifestação pela defesa dos direitos.
  - Fazer palestra na escola e comunidades.
  - Não poderão ir pra sede de Uiramutã.
  - No caso de doença da família, terão direito a visita acompanhado do seu responsável, bem como se os mesmos adoecerem poderá ter acompanhamento da família...
- 7) Os acusados irão repassar para o Sr. Antonio Albino Pereira, 4 cabeças de gado, como ajuda pelo tempo que o Sr. Antonio ficou se recuperando do ferimento e pela limitação de saúde em trabalhar (CIR/Serras, 2015c, p. 2).

Há uma nítida orientação étnica de tratar a punição como uma forma de reeducação dos corpos dos condenados, para que possam fazer ações moralmente aceitáveis ao longo do tempo da pena, assim reincorporando em seus corpos os conhecimentos e as ações que aliem a reeducação dos sujeitos com a transmissão de bom exemplo aos outros. Isto possui uma relação com o pontua Tassinari (2007) quanto à produção da infância entre os povos indígenas, indicando, como um dos elementos culturais, a educação como produção de corpos saudáveis, e abordando que na fabricação dos corpos os povos indígenas “associa o ensinamento de valores morais e éticos à produção de corpos saudáveis e bonitos” (2007, p. 17). Logo, alia-se o cuidado com a educação com a saúde e o bem-estar dos sujeitos e do coletivo, o que ganha materialidade na análise das regras de punição referidas acima, em que o mais importante é fazer com que os apenados reeduem seus modos de convivência em sociedade e promovam uma reparação ao sofrimento passado pela vítima, assim restaurando o bem-estar coletivo ou o ambiente saudável nas comunidades indígenas.

Ainda assim, a sentença produzida na Maloca da Homologação da Comunidade do Maturuca reintroduz a dimensão do pluralismo jurídico como situação real cujas ocorrências no território brasileiro independem da disputa pelo formato do reconhecimento jurídico-judicial a ser assegurado formalmente (em termos normativos ou jurisprudenciais) pelo Estado.

De acordo com Walsh (2010), o pluralismo jurídico não é um fenômeno novo, e sim uma realidade histórica,

lo nuevo es su reconocimiento por parte de entidades internacionales y los Estados, un reconocimiento a veces problemático por el poder que implica en nombrar, controlar y codificarlo, y por ser típicamente subordinado al sistema nacional-estatal (2010, p. 9-10).

Por isso, a proposta de interculturalidade crítica do Direito de Walsh (2010) não se centra em discutir o pluralismo jurídico como o problema central, a questão central é o sistema jurídico estatal-nacional que segue operando a partir de e em relação a um marco eurocêntrico, racializado, moderno-colonial, centrado nos indivíduos e nos interesses econômicos.

Segundo a autora, mudar este sistema jurídico estatal-nacional, no sentido de interculturalizá-lo, exige o aprofundamento do pluralismo jurídico como “criterio para también pensar, pluralizar y equilibrar el derecho general ‘nacional’” (2010, p. 16), seja em termos de propor a criação de novas estruturas jurídicas e uma transformação constitucional integral de caráter descolonial, seja fortalecendo os sistemas jurídicos indígenas (e, para além destes, os sistemas jurídicos de outros povos e comunidades tradicionais), que, ao serem fortalecidos, também impactarão a conformação do sistema jurídico estatal-nacional.

O que a decisão do julgamento indígena na Comunidade do Maturuca aponta é para uma realidade sociocultural com legitimidade e complexidade de produção jurídica que reclama igualdade de consideração para com o sistema jurídico estatal, como parte do reconhecimento e do cumprimento dos direitos indígenas assegurados nas normas nacionais e nos tratados internacionais de direitos humanos. Mas, também, como uma dinâmica sociocultural que independente da posição e do reconhecimento do Estado, pois opera segundo lógicas e interesses próprios. Isto demonstra que a histórica autonomia dos povos indígenas opera à revelia da pretensão do Estado de regulamentar o que podem ou não pode fazer no âmbito da funcionalidade dos sistemas jurídicos indígenas, ao menos no contexto dos povos indígenas do atual estado de Roraima.

## Considerações finais

O reconhecimento hermenêutico-normativo dos sistemas jurídicos indígenas no Brasil é algo em disputa, e com diferentes posições de juristas e magistrados. No entanto, este debate não encerra em si o desafio de organizando, dentro do Estado, de como estes sistemas podem operar e com qual articulação com o sistema jurídico estatal. Mais do que discutir o reconhecimento formal, a principal tarefa está na elaboração de critérios de coordenação entre os sistemas jurídicos estatal e indígenas.

A decisão judicial do caso Denilson foi uma primeira tentativa de estabelecer parâmetros para a coordenação entre os sistemas jurídicos estatal e indígena, com base em duas premissas que operam em termos de ocorrência ou não de julgamento indígena antes do julgamento estatal, sempre que este envolver autor e vítima indígena, e o fato-crime tiver ocorrido dentro de terra indígena.

Com isso, acaba realimentando o poder dominante do Estado-juiz de auferir quando os povos indígenas terão legitimidade para operar seus sistemas jurídicos dentro de uma lógica de marco temporal que tem por centralidade a própria temporalidade do Judiciário, de quando procederá ao julgamento, como fator determinante para estabelecer a possibilidade de reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas.

Por outro lado, os parâmetros jurisprudências não trazem nenhuma menção ou regulamentação sobre outras hipóteses que também envolvam sujeitos indígenas, como no caso do autor ou da vítima ser não-indígena ou quando, mesmo ambos sendo indígena, o fato-crime tiver ocorrido fora de terra indígena. Desta limitação jurisprudencial, subentende-se que as demais hipóteses não tratadas nas premissas seriam alvo de intervenção e decisão exclusivas do sistema jurídico estatal, sem qualquer possibilidade de discutir a atuação dos sistemas jurídicos indígenas.

Logo, é preciso assumir a jurisprudência formulada no Caso Denilson como um primeiro passo no longo caminho que representa o reconhecimento e a operacionalização da atuação dos sistemas jurídicos indígenas dentro do Estado brasileiro. Caminho este que deve superar a celeuma sobre a existência ou não de reconhecimento formal dos sistemas jurídicos indígenas, pois é certo que existem normativas, internacionais e nacionais, que já fazem este reconhe-

cimento, a exemplo da Convenção n.º 169 da OIT e do Estatuto do Índio, ainda que este último seja um reconhecimento numa perspectiva assimilacionista, e buscar operacionalizar suas ações no sentido de construir as pontes de diálogo com os sistemas jurídicos indígenas, pois estes continuam a operar – e sempre operaram – independente de como o Estado se posiciona frente à eles, pelo menos no contexto do estado de Roraima.

A experiência do Júri Indígena pode ser compreendida como uma experimentação de adequação parcial do Tribunal do Júri para participação dos povos indígenas nas etapas de planejamento e de votação do julgamento. A pretensão de torna-lo uma referencia para replicação em outros tribunais e casos provavelmente resultará na produção de nova insatisfação dos povos indígenas envolvidos, justamente porque mantém o controle sobre a administração do julgamento em si, ou seja, da atuação das partes (acusação, defesa e juiz), sob domínio do sistema jurídico estatal, gerando riscos para a tradução intercultural e a intenção de resolução do conflito.

Em todo caso, foi uma experiência válida por intentar modificar os procedimentos do Tribunal do Júri para promover um acesso à justiça mais adequado à sujeitos indígenas que vivem numa região de intensos conflitos entre indígenas e não-indígenas, justamente pela disputa territorial ainda em andamento para extinção do município de Uiramutã por ter sido criado dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Por isso, trata-se de um procedimento diferenciado de Júri decorrente da sensibilidade do juiz do feito, Aluízio Ferreira Vieira, e da retomada do marcador indígena como elemento central para discutir os rumos do processo penal.

No entanto, a análise do contexto e do enredo do Júri Indígena permite a conclusão de que seu principal momento, em termos de avanço da adequação da estrutura estatal para sensibilização à outras lógicas de justiça e direitos, foi justamente a etapa de planejamento, em que as autoridades indígenas foram tratadas em igualdade de condições com as autoridades judiciais, sobretudo para a definição de como se desenvolveria o Júri na terra indígena. Por certo, é possível elucubrar que sua execução e resultado foram aquém da expectativa dos povos e lideranças indígenas envolvidos, este teria um resultado ainda mais gravoso se o procedimento tivesse ocorrido no formato padrão, em que os réus seriam julgados por jurados não-indígenas que antes lhes puniriam por serem indígenas, do que pelas condutas que tiveram no caso.

Junto com isto, destaca-se a preocupação com a metodologia, o conteúdo e os efeitos étnicos da produção do laudo antropológico. O fato do laudo ter sido produzido com um trabalho de campo mínimo e de analisar a perspectiva étnica dos acusados sobre a motivação para suas condutas, isto é, que a vítima seria um canaimé, sem produzir uma relativização antropológica desta argumentação, inclusive com a coleta etnográfica da percepção da vítima e de membros de sua comunidade indígena, de modo a evitar trata-la como a “verdade factível” do caso.

De forma complementar, há de se discutir o próprio cuidado ético com a tradução intercultural dos termos e com as expectativas que se pode gerar com a produção dos documentos dentro do processo judicial e para além dele. Isto, reforça-se, para que se o trabalho antropológico não acabe por reificar a colonialidade do saber no ato de traduzir o outro e, além disso, que não venha a substituir a participação dos indígenas na produção direta do conhecimento sobre suas realidades e modos de vida.

Por outro lado, a comparação entre os diferentes procedimentos e punições que convergiram sobre os sujeitos acusados, decorrente dos sistemas jurídicos atuantes (estatal e indígena), permite, numa análise comparativa, evidenciar um rol muito mais holístico e célere de responsabilização dos sujeitos pela ótica da jurisdição indígena, cujo teor de conteúdo das regras de punição e da lógica do procedimento de tomada de decisão coletiva podem (ou devem) ser direcionadas ao próprio sistema jurídico estatal para que este, mais do que aquele, aprenda como operacionalizar a justiça de maneira mais justa, célere e eficaz.

Porém, com a realização do julgamento indígena, pode-se dizer que houve a extrapolação, para não dizer a implosão, dos critérios de coordenação entre os sistemas jurídicos indígenas e o sistema jurídico estatal criado pelo juiz do caso do Júri Indígena, quando da decisão do Caso Denílson. Isto revela as restrições, ou a baixa legitimidade, dos critérios judiciais estruturados, seja para apontar a necessidade de um novo esforço de parametrização (judicial ou não) da conciliação e articulação entre os sistemas jurídicos, com efetiva participação dos povos indígenas no processo de construção e operacionalização destes parâmetros, seja para indicar o surgimento de um impasse jurídico-político à decisão do Júri Indígena, a qual já se encontra em fase recursal, e que passa, agora, a ter que conviver ou conflitar com a decisão do julgamento indígena.

## Referências

ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos indígenas no Brasil – estado da arte. In: ARAÚJO, Ana Valéria (org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito a diferença**. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, p.45-83, 2006. Disponível em: < [http://www.trilhasdeconhecimentos.etc.br/livros/arquivos/ColET14\\_Vias03WEB.pdf](http://www.trilhasdeconhecimentos.etc.br/livros/arquivos/ColET14_Vias03WEB.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BELTRÃO, Jane Felipe; BEGOT, Marjorie; LIBARDI, Estella. Povos indígenas e direito à diferença: colonialismo jurídico *versus* pluralidade de direitos. In: ANNONI, Danielle (org.). **Direito internacional dos direitos humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: Conceito Editorial, p. 121-160, 2012.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Movimientos, Pueblos & Ciudadanías Indígenas: inscripciones constitucionales y derechos étnicos em Latinoamérica. In: Beltrão, Jane Felipe; Monteiro de Brito Filho, José Claudio; Gómez, Itziar; Pajares, Emilio; Paredes, Felipe; Zúñiga, Yanira. (Org.). **Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual**. 1ed. Madrid: DHES, v. 1, p. 241-274, 2014.

BORBA, Francisco S (org.). **Dicionário UNESP do Português Contemporâneo**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Brasília: Casa Civil, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm)

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2012.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Política indigenista no século XIX. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.) **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, p 133-154, 1992.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. A violência doméstica contra a mulher no âmbito dos povos indígenas: qual lei aplicar? In: VERDUM, Ricardo (org.). **Mulheres Indígenas, Direitos e Políticas Públicas**. Brasília: Inesc, p. 21-32, 2008.

\_\_\_\_\_. O controle de convencionalidade no Brasil: povos tradicionais. In: DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira; CRUZ, Fabrício Bittencourt da; JARDIM, Tarcísio Dal Maso (coords.). **Controle de Convencionalidade**. Brasília: CNJ, p. 85-102, 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf> >. Acesso em: 09 jan. 2019.

CHAVES, Karina Freitas; COSTA, Beatriz Souza. Reconhecimento do direito à diferença e respeito à aplicação do direito indígena diante do direito de punir estatal. In: SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de (orgs.). **Socioambientalismo de fronteiras: direito indígena e ambiental**. Curitiba: Juruá, p. 9-23, 2018.

CONSELHO INDÍGENA DE RORAIMA – COORDENAÇÃO REGIONAL DAS SERRAS (CIR/SERRAS). **Júri Popular na Comunidade Maturuca – Nota à Imprensa**. Pacaraima: CIR/Serras, 2015a.

\_\_\_\_\_. **Ata da reunião da Coordenação das Serras – Avaliação do Júri Popular**. Pacaraima: CIR/Serras, 2015b.

\_\_\_\_\_. **Ata da reunião dos Conselhos Comunitários das Serras Crime Enseada Urinduke**. Pacaraima: CIR/Serras, 2015c.

CORRÊA, Luan Guilherme. STF devolve à Justiça Federal processo sobre retirada de não-índios de Pacaraima. In: **Folha de Boa Vista**, 03 abr. 2017. Disponível em: < <https://www.folhabv.com.br/noticia/STF-devolve-a-Justica-Federal-processo-sobre-retirada-de-nao-indios-de-Pacaraima/27058> >. Acesso em: 10 jan. 2019.

FOLHA WEB. **Mais de uma década depois, Justiça ainda busca conciliação em Pacaraima**. 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://folhabv.com.br/noticia/>

Mais-de-uma-decada-depois--Justica-ainda-busca-conciliacao-em-Pacaraima/4198>. Acesso em: 12 mar. 2012.

FONTES, Micheli Lima de. Indigenismo, soberania e geopolítica na região da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. In: **Caderno de Relações Internacionais**, v.2, n. 3, p. 92-152, 2011.

FÓRUM DE JUSTIÇA DA COMARCA DE PACARAIMA (FJCP). **Processo 0045.13.000166-7**. Pacaraima: FJCP, 2013.

\_\_\_\_\_. **Nota à Imprensa: Sessão do Júri Popular na Comunidade Maturuca – T. I. Raposa Serra do Sol**. Pacaraima: FJCP, 2015.

HOEKEMA, André J. Hacia um pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. In: **El otro derecho**, n. 26-27, p. 64-98, abr. 2002.

LACERDA, Rosane. **Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988**. Dissertação (mestrado). Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

LOBÃO, Ronaldo Joaquim da Silveira. **Laudo Antropológico**. Pacaraima: mimeo, 2015.

MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

MARQUES, José. Índios classificam 1º júri feito em aldeia de 'brutal' e refazem sentença. In: **Jornal Folha de São Paulo**, 22 mai. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1632330-indios-classificam-1-juri-feito-em-aldeia-de-brutal-e-refazem-sentenca.shtml>>. Acesso em: 18 set. 2016.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: **SUR. Revista Internacio-**

**nal de Direitos Humanos**, v. 10, n. 18, p. 215-233, jun. 2013. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/supralegalidade-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-interpretacao-constitucional/>>. Acesso em: 14 set. 2018.

MOREIRA, Erika Macedo. **Onhemoirô: O Judiciário frente aos direitos indígenas**. Tese (doutorado). Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/15760>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MOREIRA, Manoel. **La cultura jurídica Guaraní: aproximación etnográfica a la justicia Mbya-Guarani**. Buenos Aires: Antropofagia, 2005.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Assessoria Jurídica Popular e Etnodesenvolvimento: acesso à justiça no cenário de povos e comunidades tradicionais da Amazônia. In: Amélia Rocha; Ana Carneiro; Luciane Zaffalon; Priscylla Joca; Rodrigo de Medeiros; Talita Furtado. (Org.). **Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça**. Fortaleza/CE: Dedo de Moça Editoria e Comunicação Ltda, p. 503-536, 2013.

\_\_\_\_\_. Ato infracional e violência contra a criança e o jovem na perspectiva dos direitos indígenas: diálogo intercultural com os direitos das crianças e dos adolescentes. In: KIM, R. P. e SARAIVA, J. B. C. (coord.). **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, ABMP, v. 2, n. 4, p. 165-189, jul./dez. 2014.

\_\_\_\_\_. O Júri Indígena e as “Inovações Descoloniais”. In: **Boletim IBCCRIM**, v. 23, p. 11-12, 2015.

SEMER, Marcelo. ... índio punido pela comunidade: ausência do direito de punir do Estado... In: **Blog Sem Juízo**, 7 jun. 2014. Disponível em: <<http://blogsemjuizo.com.br/indio-punido-pela-comunidade-ausencia/>>. Acesso em: 18 set. 2016.

SILVA, Janderson Alberto Nobre da; MOURÃO, Gersa Maria Neves. **Conflitos fundiários no extremo norte da Amazônia brasileira/Estado de Roraima: Terra Indígena São Marcos**. 2013. Disponível em: <<https://agrariaufr.>

files.wordpress.com/ 2013/01/artigo-completo-singa\_janderson-nobre-e-gersa-mourc3a3o.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

TASSINARI, Antonella. Concepções indígenas de infância no Brasil. In: **Revista Tellus**, ano 7, n.13, p. 11-25, 2007. Disponível em: <[www.neppi.org/projetos/gera\\_anexo.php?id=1282](http://www.neppi.org/projetos/gera_anexo.php?id=1282)>. Acesso em: 10 jul. 2016.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito penal na ordem jurídica pluriétnica. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010, p.15-27.

YRIGOYEN FAJARDO, R. Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. In: YRIGOYEN FAJARDO, R. **Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal**. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999. Disponível em: <<http://www.alertanet.org/b-pautas.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Indígena. In: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica. **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, p. 491-500, 2016.

WALSH, Catherine. (2010). **Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico**. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf/eventos/esmpu-curso-pluralismo-juridico-e-interculturalidade/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

## **Entrevista**

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Entrevista com Procurador da República Gustavo Alcântara**, em 30 mai. 2015.



# La Pericia Antropológica: una Axiología Jurídica Postcolonial

Manuel Alberto Jesús Moreira<sup>1</sup>

## Introducción

En una causa criminal donde una persona es juzgada muchas veces se solicitan pericias en diferentes órdenes técnicos y científicos. En algunos casos el informe pericial se inscribe en lo tecnológico, matemático o biológico, entonces el margen de certeza aumenta como evidencia y hasta puede convertirse en una prueba tasada. Por ejemplo, el perito que determina la similitud de un ADN, o que las huellas dactilares le pertenecen a una persona o la ojiva balística fue disparada por un tipo de arma de fuego.

Las dudas en los resultados de una pericia aumentan por tres motivos básicos: cuando el material o la escena fue contaminada; cuando la operación científica se apartó de la metodología declarada; o cuando el campo experimental que alude resulta muy controversial o desconocido. La “cultura” como objeto pericial nos propone un primer gran obstáculo epistemológico para aceptar la pericia, conectar sus resultados con la certeza esperada o explicar adecuadamente el hecho. En el caso de juzgamiento de un indígena en una causa criminal, la pericia cultural inmediatamente desata las alertas en los radares axiológicos del sistema penal.

Para comprender mejor los desacuerdos y confusiones que aparecen cuando se trata de entender las lógicas aplicadas por el juzgador para valorar la pericia antropológica en una causa criminal es necesario examinar previamente de qué se trata el proceso judicial, que finalidad persigue, que principios lo regulan y cómo estos patrones no se adaptan con facilidad a los paradigmas recientes y nuevos estándares que emergieron con los procesos reivindicativos de los Pueblos Originarios.

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL) y Magister en Antropología Social (UNaM), presidente del CEDEAD. Correo: [moreira.arrechea@gmail.com](mailto:moreira.arrechea@gmail.com).

Y por otra parte es importante saber que técnicas utiliza el antropólogo en su tarea de explicar la cultura alterna, descifrar o reflexionar sobre el universo paralelo que nos presenta el enigma principal en la causa criminal. Otro factor de litigio e incomodidad para el razonamiento jurídico.

La “etnografía” es “una rama de la antropología”, “el método de estudio de esa disciplina”, “la técnica de investigación social” más completa creada para estudiar a un grupo humano, donde prevalece el método cualitativo. Este método es amplio y empíricamente voraz porque admite técnicas desconocidas por el universo forense (trabajo de campo, la observación participante y la entrevista) y admite también otras herramientas como la estadística. Fue explicado el método etnográfico como una doble actividad: “interpretar/describir una cultura para hacerla inteligible ante quienes no pertenecen a ella” (GUBER, 2001, p. 16-17), O también “El etnógrafo es un antropólogo que intenta recoger y describir el comportamiento culturalmente significativo de una sociedad concreta. Esto requiere un largo período de estudio [...]” (CONKLIN, 1968, p. 154).

Muchas veces se identifica un libro de “Antropología” con una “etnografía” y de esa manera se confunde el método con el producto de la investigación. Es común en la academia hablar de “etnografía” como el trabajo de campo, la evidencia y el texto definitivo. Un sincretismo disciplinar que no produce incomodidad entre los antropólogos, más preocupados por otras cuestiones, como el uso de la comparación, descripción e interpretación de lo observado. Es una fusión naturalizada. Pero si puede constituir un dato engañoso para el operador judicial que administra esta prueba y carece de información sobre los alcances de esta.

La “pericia antropológica” es la intervención de un experto en el proceso criminal, que no permite inmediatamente ser clasificada como “etnografía”, no solamente por la simplificación de los métodos conocidos, sino porque los plazos forenses entorpecen el despliegue metodológico y el cuestionario obligatorio achica el horizonte cognitivo del antropólogo. De manera que el antropólogo al ceñirse a estos límites pierde la iniciativa, fundamental en la elección del objeto de estudio, tiene que acortar su observación y estadía en el campo, reducir el número de entrevistas, enfocar su estudio excesivamente en el acusado y no en los posibles “informantes” y con ello la metodología resulta modificada y abreviada en sus métodos. Por eso es preferible mencionarla como “pericia antropológica”, “prueba etnográfica” o “pericia cultural”.

Si avanzamos empíricamente para ver qué sucede con el antropólogo en los dominios forenses, debemos comenzar en la progresión de un expediente penal, donde el juez principalmente (sistemas mixtos) o las partes (sistemas acusatorios) deciden consultar a un experto en razón de que el o los acusados pertenecen a otra cultura (miembros de un Pueblo Originario), visiblemente no comprenden el significado de la prohibición que violaron, aleguen otro sistema de reglas opuestas, insistan en la naturalidad de su comportamiento y tal situación exija el asesoramiento, información o intervención de un experto con formación en antropología social.

El primer obstáculo surge de una cuestión irrisoria, pero básica en la gestión judicial: todos los peritos deben estar incluidos en listas, donde generalmente se acude para solicitar la consulta (caso del perito oficial). En la Argentina, para los antropólogos, no existen estos registros y tampoco figuran en las listas que fija la ley y los reglamentos del Poder Judicial (teniendo presente que en cada Provincia es diferente). El Juez y las partes deben averiguar quién puede desempeñarse en la función y lo hacen fuera de los protocolos previstos en los códigos de procedimientos. Esta selección puede resultar apropiada, dar con el experto más reconocido o convocar a cualquier antropólogo sin especialidad en el tema consultado. Brasil, en cambio, mediante la acción de la Associação Brasileira de Antropologia (ABA) y del Ministerio Público Federal, ha programado seminarios y talleres cuyo objetivo fue trabajar interdisciplinariamente en los conflictos que involucren a indígenas y afrodescendientes<sup>2</sup>.

Comparativamente el modelo brasileiro es diferente al argentino, teniendo en cuenta que la reforma constitucional de cada uno siguió un camino diferente, aunque se aproximen en cuanto al Convenio 169 y la legislación internacional incorporada. El compromiso de cada país parece acentuarse en una

---

2 Se pueden destacar en Brasil el Encuentro de Punta Das Canas (Florianópolis) realizada en noviembre de 2000 con la participación de antropólogos y miembros de la Procuración de la República de Brasil. Las propuestas y recomendaciones fueron publicadas por la ABA en el año 2005. El Seminario organizado por la Escuela Superior del Ministerio de la Unión, realizado en Brasilia en abril de 2010, donde en carácter de invitado presenté la ponencia: “*Los desafíos del pluralismo legal: derechos culturales, interlegalidad y pueblos originarios*”. También más recientemente la Oficina de trabajo realizada en Brasilia en julio de 2015, promovida por la Asociación Brasileira de Antropología. Sus conclusiones fueron editadas en noviembre del 2015 con el título de “Protocolo de Brasilia”.

dirección y atascarse en otras. Por ese motivo la comparación puede resaltar las virtudes y distorsiones de cada sistema<sup>3</sup>.

Acentuando el control distorsivo que ejercita la agencia judicial sobre la consulta, el procedimiento normativo prevalece operativamente sobre la actividad del experto. Y esta posición de poder puede afectar las expectativas del perito o apartarlo de los estándares conocidos en otros campos disciplinares. El juicio del experto resulta algunas veces incompatible con el razonamiento legal y no necesariamente cabe en las premisas seguidas para resolver, generando la apariencia de una solución absurda o no validada en los hechos. La percepción extravagante o congelada de los métodos judiciales suele alentar confusiones y perplejidades sobre el método seguido por el Juez o Fiscal (según los modelos), que por otra parte tienen el control de la pericia y pueden sustituir al perito o pedirle nuevas explicaciones.

Como en todos los espacios sociales e institucionales también existen representaciones y creencias sobre cómo funciona la justicia y que divergen de cómo realmente esta funciona. Se trata de un ocultamiento del modelo porque no se explican adecuadamente los principios que ordenan el método para resolver el conflicto. En la Argentina es mayor la confusión, como también la jurisdicción y competencia en los conflictos indígenas. Además, la circunstancia de que cada provincia argentina posea un sistema propio de procedimientos impide establecer un estándar sobre las soluciones alcanzadas.

Y este ocultamiento es mayor aún en el campo criminal donde existen muchas contiendas teóricas que no son explicadas en las decisiones, y fluyen dentro de la argumentación implícitamente, desorientando al neófito, como el “garantismo”, el “estado de derecho”, los “derechos humanos” y la “diversidad cultural”, todas ellas preocupaciones necesarias para un debate interdisciplinario que despeje el camino epistemológico.

El obstáculo mayor para entender las lógicas judiciales son los principios que ordenan el sistema y no la forma de razonar. Porque estos principios condicionan el razonamiento de los operadores judiciales que deben seguir una lógica

---

3 En Brasil el texto constitucional del artículo 231 reconoce directa y expresamente los “Derechos indígenas”, mientras que la Constitución Argentina en su artículo 75, inciso 17, atribuye al Congreso las facultades y pautas que deberá observar para legislar sobre los Derechos de los Pueblos Originarios y además declara que las Provincias también pueden hacerlo. De manera que la posición de cada Estado operativamente es diferente. Brasil – a mi juicio – tiene resuelto con mejor criterio el emplazamiento jurisdiccional.

sometida a controles, garantías, recetas y pautas de legitimación y validación. Esta situación fomenta y estimula la tendencia exotista que siempre se cierne sobre el derecho confundido con el poder que circula en sus dominios. Además de otros estigmas como lentitud, fallas en el acceso a la justicia e invisibilidad de los derechos indígenas.

Desde estas aclaraciones muy liminares podemos examinar con mejores expectativas para comprender el proceso de cognición del Juez y los fundamentos que utiliza para resolver una cuestión que cae dentro de su competencia.

En un encuentro entre antropólogos y operadores judiciales en Brasil se elaboró un documento novedoso, denominado *Carta de Ponta das Canas* en el año 2000, donde señalaba: Que “Um dos maiores problemas no relacionamento dos antropólogos com as demandas do campo jurídico e administrativo está na alteridade entre tais campos conceituais, profissionais e ideológicos” (BOA-VENTURA LEITE, 2005, p. 35).

Según este documento esas dualidades consisten en producir “verdades” o producir “interpretaciones”. En realidad, esta alteridad puede ser real o aparente. También el antropólogo construirá una “verdad” cuando elabore su informe y conclusiones, porque sus fuentes, informantes y observación revelarán un hecho, mediante su explicación de donde se inferirá categorías de verdad o falsedad, consistentes en determinar la pertenencia étnica, la fidelidad cultural, la ocupación tradicional de un territorio o el desconocimiento de ciertas prohibiciones existente en la sociedad dominante. Estas serán comprobaciones, que el Juez, en su valoración tendrá por verdaderas, dudosas o falsas, según los criterios de selección y métodos aplicados por el experto. Aunque desde el marco disciplinar de la Antropología se traduzca la operación pericial como “*explicaciones densas*” (*Ob. Cit.*, 2005), desde la perspectiva judicial podrá ser incluida como una prueba de la “*verdad histórica*” o “*material*” que permitirá resolver el litigio, de una manera o de otra.

En el Protocolo de Brasilia (Laudos Antropológicos) publicado en 2015 se avanza más en muchos sentidos, como la cuestión territorial y la producción de “Inventarios de referencias culturales”, insistiendo además en ciertas reglas destinadas a los antropólogos en relación con su competencia, formación y ética, proporcionando, de ese modo, mayor confiabilidad en las herramientas etnográficas por la diversidad acordada (2015, p.36).

## 1. El uso de la “verdad” como categoría

Siguiendo con la categoría “verdad”, algunas veces cuestionada, mal interpretada o exageradamente revisada con una óptica inadecuada, es un componente del modelo lógico de las ciencias penales que establecen niveles de valoración de la prueba, ordenados en “probabilidad”, “duda” y “certeza”. Estos estadios representan la “reflexividad” que debe acompañar al Juez para dirimir un conflicto. La “certeza” como aspiración operativa se ordena detrás del concepto de “verdad” no ontológicamente, sino como valor en el debido proceso legal.

En cuanto a las teorías sobre la “verdad”, el Derecho tradicionalmente prefirió volcarse a la denominada teoría de la *adecuación* o *correspondencia* que aparece como principal objeto de discusión cuando se intenta explicar la argumentación legal. En realidad, se nos aparece como una mecánica que une con facilidad el producto fáctico a la representación mental. Y también fue adoptada la teoría de la “coherencia”, que es preferida en la actualidad, considerando que la “verdad” es un valor y no un propósito absoluto. Desde esta perspectiva la “verdad” es aquella que ha sido declarada en el juicio criminal mediante las reglas lógicas disponibles y las premisas concordantes.

La “búsqueda de la verdad” en el derecho es una categoría artificiosa, ajustada a una práctica y no debajo de una razón ontológica. Se trata de una herramienta conceptual que indica que el hecho delictivo debe explicarse mediante el uso de distintos medios de prueba de cuya interpretación surgirá la reproducción de lo que pudo haber sucedido en el pretérito.

Para las escuelas más actuales del derecho es vista como ajena a la teoría de la correspondencia y en todo caso se presenta como una “verdad aproximativa” o idealizada. Se trata de una “verdad” que surge de la combinación entre los hechos, el dogma legal, la percepción judicial y los principios de la ley.

Guillermo Orce explicaba (1998, p. 263-264): “El razonamiento podría ser el siguiente: si la ciencia, paradigma de la racionalidad renuncia a pretender certeza, y la aplicación del Derecho para ser legítima debe perseguir la racionalidad propia de la ciencia, es coherente que también se renuncie a alcanzar esa certeza en Derecho procesal [...]”. También es considerada como una hipótesis probabilística en orden a la conexión causal entre el hecho aceptado como probado y el conjunto de los hechos adoptados como probatorios” (FERRAJOLI, 1998, p. 53).

Tengo la impresión de que la discusión no se agota con afirmar que la “verdad” en el campo jurídico es aproximativa, relativa o solamente operacional, sino que arranca de una paradoja que consiste en proponerse buscar la verdad y al mismo tiempo, autolimitarse con reglas y prohibiciones suficientes para no encontrarla más que eventual o provisoriamente. Y estos límites son las garantías y reglas morales sobre el testimonio de parientes o por la profesión como ministros de culto, médicos, militares sobre secreto de estado, etc. Además de otros límites del proceso como la cosa juzgada, el principio de *ne bis in idem*, el de duda a favor del reo y las presunciones legales. De esta manera es muy difícil iniciar una comparación desde el campo de la Antropología Social de la “verdad” filosófica con la “verdad” perseguida en el proceso penal.

En la actualidad circula una nueva categoría que aumenta más la incertidumbre sobre la “construcción de la verdad” denominado la “post-verdad” (KEYES, 2004). Continuando el debate sobre el concepto se ha dicho: “La verdad es que la verdad no es demasiado verdad. Esa podría ser la paradoja central del relativismo epistemológico y axiológico que ha debilitado una parte del pensamiento del último medio siglo” (RODENAS DE MOYA, 2017, p. 161). De manera que colocar en el vértice del debate, operaciones que busquen la verdad o no la obtengan nunca, resulta una extraña paradoja que debería ser evitada, porque la “verdad” en el proceso criminal es solamente la “certeza” obtenida con los medios disponibles y la lógica articulada en los protocolos legales. Conceder a la “verdad” jurídica el atributo de “infalibilidad” es tan erróneo como creer que la “reflexividad” en antropología siempre será “objetiva” o compartida por todos.

## **2. Otros puntos de desacuerdos interdisciplinarios**

Otro de los motivos de desencuentro proviene de las técnicas de observación antropológica. La antropología no observa a un individuo aislado, calificando sus actitudes, comportamiento o dinámica cognitiva, sino como miembro de un colectivo, grupo o sociedad. De manera que al medir la competencia e incumbencia profesional del antropólogo es importante considerar, de modo liminar, hacia donde apuntará su tecnología metodológica. Porque, en contraste, en el imaginario jurídico prevalece la idea de individualidad y los principios del derecho penal exigen que la tipicidad, base de la legitimidad, se enfoque en un individuo. El contexto social no aparece registrado naturalmente como necesario o determinante.

Revisando estas cuestiones es fácil detectar que la convergencia disciplinar entre la Antropología Social y el Derecho no se encuentran cómodamente fortalecidas al momento de valorar una pericia en el campo del derecho penal. Sobre todo, cuando están en juego aspectos cognitivos del sujeto juzgado que deben medirse a partir de la pertenencia cultural. Aumenta la incomodidad cuando el juzgado es un indígena que ha cometido un hecho delictivo desconociendo la ley que lo tipifica, comportándose según las reglas que aprendió en el proceso de socialización en su comunidad de origen o consumó el delito por “error”, causado o estimulado por sus propias pautas culturales.

Me voy a detener en el “error” casi con exclusividad para explicar como resultan confrontadas las lógicas y cómo aún al momento de aplicar la ley, con una pericia antropológica todavía es necesario realizar una compleja operación de análisis de la ley y adecuación de sus principios y fundamentos. Este abordaje aumenta la distancia entre la mirada antropológica y la jurídica.

Si un indígena comete un hecho considerado como delito en la justicia hegemónica será juzgado – casi siempre – según las normas del derecho oficial y se presumirá inmediatamente que podía distinguir la ilicitud y que además por ser un ciudadano argentino debía conocer las leyes. En síntesis, todo indicará que el mismo ha cometido un ilícito que tiene previsto una sanción. La pericia antropológica, por tratarse de un miembro de un pueblo originario, vendrá a ubicar a los jueces dentro de la dimensión axiológica del justiciable y en algunos casos se les informará que según su cultura ese hecho que se le imputa no era considerado ilegal, o que existen otras prácticas o reglas de convivencia desconocidas por el modelo oficial. De manera que el “error” debe admitirse de una forma yuxtapuesta, tanto del campo del acusado como del acusador.

La idea de “cultura” aparece en los imaginarios sociales representada por la educación, las reglas de cortesía y formas de comunicación urbana. Pero resulta peor, cuando se la vincula a la civilización, producto del progreso. Esa historicidad que el jurista asigna a la cultura se encuentra tabicada en etapas que determinan un estadio que va aumentando en complejidad y en mecanismos de control. De tal forma que el individuo que posee una cultura “inferior” es víctima del atraso y puede ser visto con esta elemental ideología, suficiente para atribuirle una mayor predisposición al crimen, porque su estadio se relaciona con el salvajismo. El discurso legal se encuentra contaminado por la idea de evolución, solapada, pero con las mismas herramientas coloniales.

Con ese panorama y el predominio de un fuerte sistema de representaciones que comienzan en el ámbito universitario, promueven en la consulta (puntos de pericia) una ambigüedad inquietante, como aquella que pretenden saber si una persona “*pudo distinguir lo lícito de lo ilícito*”. En el orden antropológico con la pregunta “*si un indígena conocía la prohibición legal*”. El punto de pericia, según como se encuentre formulado, carecerá de legitimidad o permitirá esca-motear la búsqueda de la “verdad”. En la pregunta “Sobre la conservación de ciertos hábitos propios de su cultura” pueden omitirse los procesos de *hibridización*, contacto cultural y adaptaciones al mundo cultural circundante.

En la discusión entre tierras tradicionalmente ocupadas, donde se prescinde de la categoría “posesión”, “propiedad”, “reivindicación” o “dominio” que son categorías que poseen significados dentro del Derecho pueden provocar confusiones y desacuerdos no son meras trivialidades, porque muchas discusiones sin aclarar el sentido de las palabras pueden convertirse en monumentos a la esterilidad (CARRIO, 1976, p. 63-69). Entonces el antropólogo no debería insistir en confrontar sus propias categorías belicosamente y sin explicaciones. Los operadores judiciales y los antropólogos tampoco están inmunizados a los significados diversos, las extensiones y licencias lingüísticas.

Me parece adecuado adaptar los discursos al contexto o acordar los significados, sobre todo en aquellos casos que las palabras tienen una fuerte connotación en el campo de origen. Es importante advertir cuando se utilizan categorías como préstamos de otra disciplina en el caso de “cultura” o “verdad material” (por su alto nivel de toxicidad académica) y cuando se usa las propias.

Lo que resulta claro para el antropólogo como “territorios ancestrales” o “propiedad colectiva” puede colisionar con el Derecho estatal, para el que existen institutos diferentes y donde se ignora la idea de “propiedad colectiva”, al menos si no lo es mediante contratos y sociedades creados con otros propósitos. Lo mismo sucederá con la categoría “pluralidad jurídica” cuando sea aplicada al orden punitivo alterno, en los casos que mencionaré más adelante.

### **3. El error como desviación o el control social expandido**

Si proponemos la hipótesis de un miembro de un “Pueblo Originario” residente en Argentina, reconocido por el Estado, al juzgar su conducta reprimida

en el Código Penal, no existen normas ordinarias que establezcan un procedimiento específico para estos casos. Identificada la pertenencia del acusado, se acudirá contingentemente a la aplicación del Convenio 169 de la OIT y la norma constitucional prevista en el artículo 75, inciso 17. En otros casos se seguirá el orden legal vigente que no ha adaptado su normativa a estos nuevos Derechos, paradigmas y protocolos de actuación. De manera que en las prácticas judiciales criminales el antropólogo aparece, con una cierta incomodidad de los operadores y su dictamen muchas veces es desatendido o ignorado.

Para examinar la cuestión es necesario hacerlo desde diferentes perspectivas, estableciendo algunas preguntas preliminares: ¿Que conocimiento poseía el indígena sobre la ilegalidad del hecho?, ¿actuó creyendo erróneamente que no transgredía ninguna norma?, ¿su error pudo ser evitado?, ¿le era exigible el conocimiento de la prohibición?, ¿se puede estimar alguna forma de duda o conciencia eventual de la antijuridicidad? El “error” mirado desde la perspectiva de la sociedad hegemónica resulta natural, sin embargo, desde el punto de vista del indígena, establece un factor de exclusión, porque anticipa un defecto cognitivo y no un derecho de ignorar las reglas coloniales. Si avanzamos más y apelamos al pensamiento de Talcott Parsons, estaríamos frente a lo que él denomina una “conducta desviada”, al apartarse de los criterios normativos dictados por la “cultura común” (PARSONS, 1966, p. 259-303). Pero en realidad no existe tal “cultura común”, aceptando los nuevos paradigmas de países pluriculturales y los dispositivos del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El conflicto exige una hermenéutica diferente y el “control social” en la forma enunciada por este pensador se convierte en un sistema clausurado, mediante la ruptura del denominado “proceso de socialización”, ya que al aceptarse numerosas culturas preexistentes la teoría propuesta carecería de validez.

Sobre el conocimiento de la *antijuridicidad* del indígena acusado al momento del hecho es un factor más complejo, sobre todo cuando las conclusiones periciales han reconocido la inhabilidad cultural del mismo para saber que transgredía una norma. Es más, que desconocía la noción legal de frontera, la de contrabando y comercio internacional, para la hipótesis anticipada.

Resulta evidente que la incompetencia cognitiva de un indígena no lo inhabilita para comprender la realidad y entender muchos aspectos relacionados con el medio social y cultural de su entorno. No se trata de un inimputable,

visto como disminución psíquica o biológica, sino de una persona que desconocía que participaba en una maniobra delictiva.

A partir de este marco preliminar la conducta de este no puede examinarse bajo premisas causalistas, según las opciones disponibles idealmente al momento de consumarse el hecho para informarse sobre el injusto, sino previamente a su competencia para conocer la *antijuridicidad* o la dañosidad social del ilícito y de esa manera evitar el error.

Mirado el error, como una desconexión cognitiva, que le impidió al autor advertir y entender que se encontraba cometiendo un ilícito, nos conduce a examinar la naturaleza de este desconocimiento y su *evitabilidad*. Que en realidad no resultaría reprochable, teniendo presente que el “error” le pertenece también a la agencia judicial al no reconocer la suprallegalidad que ampara estas conductas disidentes en relación con la monocultura dominante.

#### **4. El error de prohibición y el delito culturalmente motivado**

Por consiguiente, desde el derecho hegemónico estamos frente a un *error de prohibición* o sea un error directo de comprensión si adoptamos la tesis de Zaffaroni -que ha sido *culturalmente condicionado* porque el sujeto no internalizó los valores y pautas jurídicas para evitar el injusto- (ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR, 2000, p. 705), y también de modo concordante en *Diversidad Cultural y Derecho Penal*, (GARCIA VITOR, 1994, p. 30-31). Y más recientemente vinculado con una doctrina proveniente de Europa que propone la tesis de “El delito culturalmente motivado” (DE MAGLIE, 2012, p.71-255).

El *error de prohibición* desde la dogmática penal que conduce a la inculpa-bilidad sucede cuando el individuo no posee la representación ideal de la prohibición normativa, aunque pueda realizar la acción con la competencia cognitiva para llevarla a cabo eficazmente. Como navegar, circular o cruzar una frontera.

Circular por el río Paraná o el Uruguay que son las fronteras fluviales que separa Paraguay, Argentina y Brasil, para un indígena no se encuentra prohibido, ya que lo han hecho durante cientos de años, teniendo presente la pre-existencia del pueblo reconocido en la propia Constitución Nacional. Y en ese sentido no se puede desunir el concepto y significado de *pueblo*, separando las comunidades asentadas en nuestro país de las restantes, porque se establecería

un criterio discriminatorio e incongruente con el reconocimiento supralegal de “pueblo”, esto es de una sola nación, indivisible, no obstante, las fronteras.

De tal forma, si el Estado se ha cuidado de restringir la *reprochabilidad* en orden a las pautas culturales, como se indica en el Convenio 169 de la OIT y la Reforma Constitucional de 1994, no podemos aplicar los mismos criterios que rigen para las personas que se encuentran dentro de un mismo estándar a quien pertenece a una cultura distinta y que su aislamiento y prácticas sociales le han impedido conocer la exigibilidad normativa oficial.

En cuanto a la posibilidad de *evitar* el injusto deben trazarse analogías con el sistema legal del cual es nativo el indígena *Mbya* procesado en la causa. En las etnografías sobre estas comunidades aparecen sancionadas conductas, semejantes al hurto, homicidio, violación etc. en ningún caso se han verificado infracciones parecidas a la del contrabando o usurpación (CHASE SARDI, 1992) y (SHADEN, 1998). Se trata de un pueblo con costumbres nómades, con extensos territorios, sin límites más que el del asentamiento temporal. Desde este punto de vista las precauciones que pudo adoptar el encausado para evitar el injusto no se encontraban disponibles dentro de sus representaciones cotidianas. El autor no se comportó como lo haría el promedio de su mundo conocido.

La valoración sobre la *evitabilidad* no debe ser vista exclusivamente dentro de los estándares conocidos en la cultura hegemónica, sino bajo las premisas de la pluriculturalidad, y pluriétnicidad. La reforma constitucional que incluyó el artículo 75, inciso 17, el Convenio 169 de la OIT, ratificado por ley 24.071, y los Pactos y tratados reconocidos en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional en la Argentina, me permiten interpretar que la exigibilidad de internalización de las reglas y valores anticipa una excepción que comienza con el respeto a la identidad y condición cultural del indígena.<sup>4</sup>

4 El artículo 75, inciso 17, de la reforma de la Constitución Argentina 1994 que consagra la “Preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y garantías” no fue incluido en el capítulo II de “Nuevos Derechos y Garantías” sino en el capítulo IV de “Atribuciones del Congreso”. Se trata de una cláusula técnicamente insuficiente, producto de la ambigüedad ideológica que se registró en los debates de la Convención Constituyente. El Convenio 169 de la OIT ha funcionado como la “llave maestra” en la operatividad del mandato constitucional. Recién el 10 de noviembre de 2015 la Corte Suprema corrigió la concesión morosa mencionando y aplicando el texto constitucional en el caso N.º 466/2013 “Recurso de hecho deducido por la Comunidad Mapuche ‘Las Huaytekas’ en la causa Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y otros s/ Medida Cautelar s/ Casación”.

Por consiguiente, la *exigibilidad*, en el caso de un indígena, fue subordinada a otras premisas fijadas por el Estado nacional, que consisten en reconocerse como un Estado *pluricultural* y *pluriétnico*, relevando a los integrantes de pueblos indígenas alcanzados por la norma de subordinarse y adoptar la cultura hegemónica, ya que el principio de diversidad representa el umbral inalterable de un sistema plural.

Las nociones de *pluriétnicidad* y *multiculturalidad*, expresamente reconocidas en la reforma constitucional e incorporadas por los tratados y convenios internacionales debilitan el marco de exigibilidad del Estado en lo atinente a un indígena, creando, a mi juicio un estado de “justificación tácita” de eventuales errores en los contactos interculturales.

En ese sentido la *exigibilidad* de internalización de las pautas jurídicas, que es legítima pretensión del Estado para que ningún ciudadano pueda escudarse en un supuesto de vaguedad o incompetencia cognitiva, ya artificialmente instalado en el principio *error juris nocet*, se encuentra autolimitado con el marco protectivo, reivindicativo y pluricultural de los denominados “Pueblos Originarios”. Tal excepción no amenaza los fines del Estado, puesto que el reconocimiento pluriétnico y pluricultural representa un fin más importante que el reproche penal dirigido al infractor ordinario, siempre y cuando este haya desconocido la prohibición como resultado de la propia fidelidad a su sistema.

De tal forma examinada la acción desde el punto de vista del error, el mismo puede adecuarse de conformidad con el análisis de Zaffaroni y García Vitor de una percepción equivocada por el condicionamiento cultural, pero en cuanto tocamos las nociones de *exigibilidad* y *reprochabilidad* el impedimento para internalizar la norma resulta insuficiente y, por lo tanto, debemos acudir a otra hermenéutica legal que es el error *tácitamente justificado* por el principio constitucional de Pluriculturalidad que completa la noción de *inexigibilidad* y como consecuencia de ausencia de *reprochabilidad*.

Pluriculturalidad que se compone de un marco protectivo complejo como es la idea de educación bilingüe, obligatoriedad de consulta, preservación de su cultura e identidad, promoción de su idioma y garantías sobre el ejercicio pleno de sus derechos, y control social, que establecen el umbral inalterable del sistema adoptado.

Por otra parte, la solución del “delito culturalmente motivado” en la tesis original no ha considerado dos cuestiones que no existen en la realidad europea, una es la del reconocimiento constitucional de la “preexistencia étnica de los

pueblos originarios” y la segunda son los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT. Con estos presupuestos no podemos calificar de “delitos” a los hechos juzgados en los casos de indígenas ni tampoco de “criminalidad cultural” (*Ob. Cit.*, 2012, p. 259) porque estaríamos contradiciendo el sistema de pluralidad cultural instalado en América, resultando inaplicable a los “Pueblos Originarios” la categoría de “minorías étnicas” como se describen en estos estudios. Siguiendo este razonamiento no es admisible incluir en dicha hermenéutica la variable de “integración” que se aproxima a la de “asimilación”, estructuras coloniales abandonadas en el proceso de reivindicación de los Derechos Indígenas.

Con estos elementos y la existencia de los contenidos supralegales mencionados queda cancelado el juicio de reproche eventualmente disponible por el sistema hegemónico y excluida completamente la culpabilidad en los casos de colisión de prácticas legales. Por lo que correspondería que se declare la inculpabilidad y no el “error” ni el “delito motivado por la cultura” alterna, teorías útiles solamente desde la perspectiva del Derecho hegemónico.<sup>5</sup>

## Consideraciones finales

A modo de colofón podemos decir que el cruce disciplinar entre Antropología y Derecho que sucede al solicitarse una pericia en una causa criminal seguida contra un indígena perteneciente a un Pueblo Originario reconocido por el Estado Nacional no solamente se complica por el antagonismo disciplinar y las razones expuestas, en orden a la inteligibilidad de las matrices disciplinares y de las rutinas propias de cada campo, sino también porque no se han modificado las leyes ordinarias, las ideas coloniales todavía se encuentran registradas en la legislación local y no se distingue un cambio que acelere la aceptación de los estándares de derechos sobre la cuestión intercultural. Las tradiciones de un derecho monista y hegemónico, ideas con las que fueron construidos los códigos penales

---

5 Esta tesis del “error de prohibición culturalmente condicionado” la expuse en diferentes libros, “El derecho de los pueblos originarios” (MOREIRA, 2009) y “La pericia antropológica en el proceso penal” (MOREIRA, 2012), pero como una teoría relacionada con la dogmática del Derecho Penal, aceptando su aplicación solamente desde una perspectiva monocultural. En mi posición el “error” es un concepto unilateral de la agencia judicial que puede explicar y alcanzar la solución jurídica, pero no prevalecer en el razonamiento jurídico, porque existen patrones constitucionales y tratados internacionales que ordenan derechos de superior jerarquía.

y de procedimientos impiden aceptar la realidad de otra cultura. De manera que la pericia que va a explicar estas cuestiones chocará con una lógica que obedece a valores antagónicos, dudosos y amenazantes, debilitando el campo axiológico.

Resulta muy difícil desalojar de la conciencia legal la idea de que no comprender, no entender de manera absoluta la situación de ilicitud no representa una disminución, inferioridad o patología. En la medida en que se acepte la alteridad como un universo diferente de lógicas, cosmovisión y expresiones identitarias, y se abandone la idea hegemónica y discriminadora postcolonial, no podemos ingresar con éxito una medición cultural porque la misma estará irremediabilmente contaminada y saturada con prejuicios que impedirán que la prueba pericial sea un modo auxiliar necesario para resolver un conflicto.

La solución que me parece menos traumática y orientada en favor de la tutela de los Derechos de los Pueblos Originarios es la de que el juzgamiento de estos casos controvertidos se realice en la propia comunidad indígena. O en otros casos aplicar mecanismos propios del Derecho nativo, como es la “prisión domiciliaria”, ya que el sistema cultural indígena carece de cárceles. Esto ha sucedido recientemente en Argentina en dos casos.

El 18 de diciembre de 2015 la Cámara Federal de Casación Penal consideró que en el caso de un indígena Mbya guaraní, acusado de narcotráfico se le debía conceder la “prisión domiciliaria”, teniendo en cuenta lo solicitado por la Defensa, observando el incumplimiento del Convenio 169 de la OIT. Luego 13 de julio de 2018, la misma Cámara, resolvió favoreciendo a un Mapuche acusado de los delitos de incendio intencional y tenencia ilegal de armas, para que el mismo sea beneficiado con la prisión domiciliaria, pero en este caso se mencionó el art. 10 del Convenio, que establece la preferencia a tipos de sanción distintas al encarcelamiento. Solución que ya habían aplicado jueces de Colombia y Paraguay.

Mientras no se modifique la legislación ordinaria es importante recordar que, en el Derecho Romano, existía el Pretor, funcionario que tenía la capacidad de “crear derecho”, y también era operativo y funcional al Imperio, ya que iba adaptando normas según la expansión colonial. Inversamente y a la vez legítimamente los jueces americanos deberían aplicar también estas técnicas para “descolonizar” al Derecho hegemónico, mediante una hermenéutica dinámica y convergente con los nuevos estándares de Derechos Humanos.

## Referencias

Associação Brasileira de Antropologia (ABA). **Laudos antropológicos. Condições para o exercício de um trabalho científico.** Rio de Janeiro: ABA, 2015.

CARRIO, Genaro, R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

CHASE SARDI, Miguel, **El precio de la sangre,** Biblioteca Paraguaya de Antropología, v. 6, 1992.

CONKLIN, Harold C. Etnografía. In: LLOBERA, José (editor) **La antropología como ciencia.** Barcelona: Anagrama, 1975.

DE MAGLIE, Cristina, **Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales.** Barcelona: Marcial Pons, 2012.

FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Madrid: Editorial Trotta, 1998.

GARCIA VITOR, Enrique, **Diversidad Cultural y Derecho Penal.** Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, n. 36, 1994.

GUBER, Rosana, **La etnografía. Método, campo y reflexividad.** Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2001.

GUZMAN, Nicolas, **La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

KEYES, Ralph, **The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life.** St Martins Press, 2004.

LEITE, Ilka Boaventura (org.), **Laudos Periciais Antropológicos em debate.** Florianópolis: Nuer-ABA, 2005.

MOREIRA, Manuel A. J. **El Derecho de los Pueblos Originarios. Reflexión y hermenéutica.** Buenos Aires: Álvarez Editor-Universidad Nacional del Litoral, 2009.

\_\_\_\_\_. **La pericia Antropológica en el Proceso Penal. La prueba etnográfica.** Saarbrücken, Alemania: EAE, 2012.

PARSONS, Talcott, **El sistema social.** Madrid: Revista de Occidente, 1966.

RODENAS DE MOYA, Domingo, La verdad en la estacada. In: **En la Era de la Posverdad.** Barcelona: Calambur, 2017.

SHADEN, Egon, **Aspectos fundamentales de la Cultura Guaraní,** Universidad Católica de Asunción, v. 28, 1998.

ORCE, Guillermo, ¿Otra vez acerca de la verdad en el proceso penal? Análisis de un dudoso traslado epistemológico. In: **Revista Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal,** año IV, n. 8 (A), Buenos Aires, 1998.

ZAFFARONI, Raúl E.-ALAGIA-SLOKAR, **Derecho Penal. Parte General.** Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2000.



# Indígenas crianças: desafio aos sistemas jurídicos indígenas e não-indígenas

Jane Felipe Beltrão<sup>1</sup>

## Da proposição

Indígenas crianças, consideradas crianças indígenas pela sociedade brasileira, se constituem em desafio aos sistemas jurídicos tanto indígenas, como não-indígenas, especialmente, por conta das interferências produzidas em face do contato permanente com a sociedade nacional.

Questões referentes ao nascimento de crianças gêmeas, à adoção, à responsabilidade de pais biológicos e pais sociais são registradas, por não-indígenas, como problemas, sem que os responsáveis pelas crianças sejam ouvidos e, muito menos consultados, afinal as crianças são, na maioria das vezes, arrancadas dos pais (biológicos ou sociais) sem que estes possam decidir sobre os destinos de suas crianças.

As crianças sobre às quais nos debruçamos, neste capítulo, são indígenas e como tal possuem identidade e participam de sistemas culturais diferenciados, portanto não são crianças a quem se qualifica como indígenas – de forma genérica – e nem cabe compreender os casos analisados a partir da pauta que compreende preceitos morais que são desconhecidos pelas sociedades que os concebem, criam e acolhem por toda a vida.

Dado o conflito que se instaura, tenta-se ver as soluções que observem ou não o que é estabelecido pelo artigo XXII, inciso 2, da Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, que diz: “[o] direito e os sistemas jurídicos indígenas serão reconhecidos e respeitados pela ordem jurídica nacional, re-

---

1 Antropóloga, historiadora, professora titular, docente permanente dos programas de pós-graduação em Antropologia (PPGA) e Direito (PPGD) da Universidade Federal do Pará (UFPA) e docente colaboradora do Programa de Antropologia Social (PPGAS) da Universidade de Mato Grosso do Sul (UFMS). Bolsista de produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), nível 1C. Contato: janebeltrao@gmail.com.

gional e internacional” (OEA, 2016). Na tentativa de responder: está o Estado brasileiro reconhecendo e respeitando os sistemas jurídicos indígenas? Uma vez que os mesmos são preceitos constitucionais há 30 anos.

## 1. Do prólogo

Considero que estamos entre pares, com quem se mantém diálogos frequentes, para tratar questões referentes a direitos etnicamente diferenciados, ação que apesar da suposta habilidade em realiza-la, penso que é sempre “um difícil andar entre cristais”.

Como profissionais operadores/as do direito por formações rigorosas nos respectivos campos de atuação, nem sempre se consegue “domesticar” a formação recebida, no sentido de controle das “sensibilidades jurídicas ou antropológicas”, que são estruturadas dentro de uma perspectiva judaico cristã ocidental (GEERTZ, 1998).

Teoricamente, repito só teoricamente, se é treinado para entender coletivos etnicamente diferenciados pelo “avesso”, até porque nem sempre se faz o exercício que Caetano Veloso<sup>2</sup> chama metaforicamente de “avesso, do avesso do avesso” para compreender, com mais abertura, aquilo que se aprende a chamar de realidade, mirando-a pelo lado pouco aparente e instituindo arcabouço que nos leve à inconformidade, afastando a subalternidade do pensar.

Pensar ao fazer laudos antropológicos exige, como informa Adolfo Albán Achinte (2018), encontrar maneiras outras de conhecer as violências geradas pela relação colonial<sup>3</sup>. É trabalhar com epistemes-outras, que se constituem em possibilidades alternativas à solução estatal que posterga às calendas o respeito aos direitos e as garantias da diversidade, ignorando “as gentes de cores”, expressão do século XIX para pessoas e coletivos étnica e racialmente diferenciadas, originárias ou transplantadas, que vivem no território, hoje, chamado Brasil.

Entender os sistemas coloniais é imperioso no processo de Antropologia em Ação, pois a *colonialidade* é o controle de todas as formas de subjetividade,

2 Cf. Veloso, Caetano. *Sampa*. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/caetano-veloso/41670/>>. Acesso em: 08 jun.2018.

3 A respeito do tema ouvir a palestra dialogada *Epistemes outras: epistemes disruptivas?* proferida por: Adolfo Albán Achinte. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=iB4EYe\\_wvTY](https://www.youtube.com/watch?v=iB4EYe_wvTY)>. Acesso em: 09 jun. 2018. Publicada em: KULA. *Antropólogos del Atlántico Sur* (2018, p. 22-34).

intersubjetividade e, em especial, do conhecimento, como indica Anibal Quijano (2000, p. 1-2). A afirmação permite pensar que há uma *colonialidade* de saber no sentido da produção, organização e distribuição de formas de conhecimento que segue legitimado pelo mundo ocidental (ALBÁN ACHINTE, 2012). Conhecimento este que traz consigo a representação social dos “outros” sobre “nós”, a qual comporta discriminação racial, excluindo a possibilidade de latino-americanos/as serem tomados/as como intelectuais capazes de construir conhecimento.

As relações de colonialidade, além das implicações que assinala antes, por óbvio registram assimetrias que nos escapam, especialmente quando participamos de um sistema escolar que se pauta pela postura eurocêntrica e androcêntrica. Razão pela qual volto-me às epistemes-outras, pois se a Antropologia pode ser parceira, este movimento encontra concretude nas práticas do que chamo Antropologia em Ação. Ações que podem se fazer presentes no campo dos direitos, especialmente contemplando espaços da pauta indígena: território, educação, saúde e mais recentemente relações de parentesco, entre outros tantos campos que estão a demandar nossas expertises enquanto operadores/as do direito.

A parceria entre demandas indígenas e indigenistas não se faz sem provocar um certo mal-estar entre as profissionais de Antropologia, como ensina Pacheco de Oliveira (2004). E, eu acrescento, que o mal-estar se faz presente, também, entre os profissionais do Direito. Sobretudo porque as reflexões feitas, em geral auxiliam intervenções de natureza social que produzem suspeita sobre o trabalho de ambos os profissionais, indicando que a postura política assumida afeta negativamente a produção dos referidos profissionais. A intervenção dos profissionais que lidam com direitos étnicos torna-se alvo de mira, especialmente, considerando a chegada de indígenas intelectuais no campo de trabalho, e ganham desdobramentos complexos.

Não é mais possível desconhecer epistemes-outras que entendo terem permanecido latentes, ultrapassando a experiência da colonização e que ao tratá-las devemos abandonar a forma simplificada, que não alcança a complexidade das mesmas, sobretudo pelo contato permanente com o colonizador, que lhes permite, de alguma maneira, selecionar elementos outros que divergem do conhecimento original, mas que renovam as práticas cotidianas. Afinal, temos uma realidade a transformar e um mar de conhecimentos que sabemos e, outros tantos, que não sabemos, ou que teimamos em ignorar.

Um parêntese, pensa-se epistemes-outras a partir de Hugo Portela Guarín (2015), como “desconhecidos” ou ignorados modelos de conhecimento, mantidos por grupos étnica e racialmente diversos, possuidores de práticas heterogêneas que permanecem há tempo resistindo, radicalmente, à variedade de estratégias coloniais que tentam eliminá-las.

## 2. Dos procedimentos

Acredito que o passo fundante dos profissionais ao trabalhar com a requisição ou a elaboração de laudos antropológicos, é compreender que as culturas embora componham uma teia de significados, como quer Geertz (1998), são processos de construção inacabados, que pode se distribuir diferenciadamente entre os membros (indivíduos ou pessoas) de determinados coletivos. Portanto, permanentemente as culturas encontram-se abertas às mudanças, as quais necessariamente incidem sobre as tradições que não podem ser compreendidas como invenção ou autenticidade, pois sempre são visíveis para todos/as: protagonistas e operadores/as do direito.

As mudanças devem ser levadas em conta, a partir da organização social do grupo que orienta o fluxo de valores, conceitos e lógicas que são atualizadas segundo o ponto de vista dos protagonistas, que ocupam status diferenciado segundo a faixa etária, o gênero e a posição política no coletivo.

Os/as operadores/as do direito também podem ser vistos de forma diferenciada considerando a formação, a experiência, a posição na carreira e a consideração do pares. Razão pela qual, cada profissional, sociedade e protagonistas não podem ser considerados/as com a mesma régua e o mesmo compasso, pois a infinidade de situações e circunstâncias os afastam ou aproximam de determinados alinhamentos que são sempre situações de natureza política. Como responsáveis pela condução do

Trabalho, faz-se importante pensar que os conflitos possuem papel central nas ações que nos envolvem, caso contrário não haveria demanda.

É importante considerar que:

Comumente, as condições acima descritas estão contidas em, ou são estabelecidas por meio de decretos, portarias, instruções normativas, termos de referência de contratação de serviços, quesitos formulados em

processo judiciais, em que especificações quanto à qualificação profissional, às experiências necessárias à realização dos trabalhos, aos prazos e às condições são definidas. Via de regra, contudo, as especificidades estabelecidas nesses instrumentos não correspondem e muitas vezes conspiram contra o próprio exercício da antropologia [...] (ABA, 2015, p. 23).

Não seria exagero dizer que os profissionais do Direito encontram as mesmas dificuldades, pois as demandas são sempre para ontem e as situações produzem dor e sofrimento ao perpetrarem os/as protagonistas, nem sempre expressas na letra fria do processo.

## **2. Das situações de conflito, legislação e direitos**

Selecionei para exemplificar o que tenho a dizer, casos que envolvem sensibilidades jurídicas e antropológicas, marcadas por dramas sociais relativos a relações de parentesco que compreendem filiação e adoção de indígenas crianças entre povos de origem Tupi, e solidariedade fraterna entre um povo de origem Jê, no Médio Xingu.

Relembro aos/as leitores/as que temos em vigor, além da legislação nacional e internacional que regem as questões referentes aos/as indígenas crianças, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que, só recentemente, foi acrescido pela Resolução n.º 181, de 10 de novembro de 2016, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), a qual dispõe sobre os parâmetros para a interpretação dos direitos e adequação dos serviços relacionados ao atendimento de crianças e adolescentes pertencentes a povos e comunidades tradicionais no Brasil Indicando que quaisquer decisões devem “[...] considerar as garantias jurídicas presentes na legislação específica [...] assim como a autodeeterminação, as culturas, os costumes, os valores, as formas de organização social, as línguas e as tradições” (Art. 1º / BRASIL, 2016, p. 39) Na sequência, diz ser necessário respeitar “[...] as concepções diferenciadas [...] acerca dos ciclos de vida que compreendem o período legalmente estabelecido como infância, adolescência e fase adulta” (Art. 2º / *Idem*). E, ainda, informa que as decisões devem

[...] assegurar que possam ter acesso aos serviços culturalmente apropriados no âmbito da saúde, da alimentação, da educação, dos serviços socioassistenciais, das medidas socioeducativas, das atividades de espor-

te e lazer, da convivência familiar e comunitária, do trabalho, do saneamento básico, da segurança pública, do meio ambiente e da seguridade territorial, entre outras questões (Art. 3º / *Idem*).

Inspirada pelas discussões do CONANDA, procurei realizar os procedimentos referentes aos laudos que envolveram adoção de crianças indígenas entre e intra povos indígenas que supostamente correm em segredo de justiça, mas que são alardeados pela mídia, considerando os interesses não indígenas que tentam criminalizar os povos indígenas por decisões que contrariam as normas da sociedade nacional, desconsiderando as proposituras da legislação pluralista.

Três dos povos indígenas, no Médio Xingu, são alvo da curiosidade dos não indígenas e da desrespeitosa exposição da mídia: os Arawete, os Asurini, ambos Tupi, e os Xikrin, de origem Jê. Os Arawete por considerarem impossível criar crianças gêmeas em suas aldeias; os Asurini por acolherem e aceitarem crianças indígenas gêmeas como seus filhos/as; e os Xikrin de irmãs em gesto que nós podemos classificar como sororidade,<sup>4</sup> uma vez que a irmã que pode ter filhos/as concebe uma criança para a irmã que não pode engravidar.

É imperioso pensar na fraternidade interna e externa aos coletivos, cultivada, talvez, como estratégia de preservar a autonomia e manter em funcionamento seus sistemas normativos específicos.

## 2.1 Caso 1: Gêmeos/as Arawete

Entraram na sala, Toxinai Arawete e Kunitã Arawete, até então esperava-se conversar com cada um dos casais que conceberam crianças gêmeas separadamente, entretanto considerando as regras Arawete, Toxinai manteve-se lacônico e até silencioso, respondendo às perguntas de forma cortês, mas visivelmente desconfortável. Percebendo a situação, Uwira Xakriabá (William César Lopes Domingues, antropólogo interprete) perguntou a ele se deveríamos

---

4 Segundo a filosofia feminista, a sororidade consiste em não julgar previamente o comportamento entre mulheres que, na maioria das vezes, vão de encontro às sociedades pautadas pelo machismo e pelas ações que podem ser classificadas como patriarcais. A sororidade é uma espécie de aliança entre mulheres, baseada na empatia e no companheirismo, em busca de objetivos. O conceito da sororidade presente nos feminismos, pode ser tomado como dimensão ética, política e prática do movimento que discute a igualdade entre os gêneros.

aguardar a chegada de Kamarati Araweté ao que Toxinai respondeu afirmativamente. A espera ocorreu porque Kamarati é cacique da aldeia Paratantim a quem todas as pessoas moradoras da referida aldeia devem respeito, segundo as normas Arawete. Assim, Toxinai comunicou aos presentes a necessidade de considerar as regras de etiqueta e boa convivência entre os membros do povo ao qual pertence. Após a primeira lição ensinada de forma suave e respeitosa aos presentes, prosseguimos a conversa com a entrada de Kamarati – cacique da aldeia – e sua mulher Natadi que trazia nos braços uma de suas crianças.

Observei que os pais falavam entre si na língua materna e que, apenas, os homens se dirigiram aos/as presentes em português. As mulheres, embora dessem a entender que compreendiam o que se perguntava, não nos dirigiram diretamente a palavra. Uwira Xakriabá traduziu para os presentes aquilo que lhe era autorizado a dizer, após a sinalização dos Arawete, caso os demais não compreendessem as explicações oferecida pelos pais. Os presentes aprenderam mais um pouco da etiqueta dos Arawete, fato que pode ser considerado a segunda lição do dia.

Os/as presentes procuraram observar as regras evitando se dirigir diretamente aos Arawete. As perguntas foram feitas usando intermediários/as. Apresentei-me indicando que fui chamada para auxiliar na solução dos casos e que como eles e elas não me conheciam estava acompanhada de pessoas a quem eles conheciam: Thaís Santi, procuradora da República em Altamira (PA); Luciano Pohl, representante da Fundação Nacional do Índio (FUNAI); e Uwira Xakriabá. Estes/estas convivem mais de perto com os Arawete, os/as quais foram fundamentais nas solicitações de esclarecimentos e na arte de perguntar. Sobretudo Uwira Xakriabá que viveu entre eles e que os conhece desde muito jovens.

Solicitamos que eles relatassem o acontecido. Eles narraram, com alguma dificuldade, o que significa o nascimento de gêmeos/as entre os Arawete. Segundo as informações obtidas, o nascimento de gêmeos/as ameaça a comunidade que os recebe, especialmente porque as crianças não são concebidas de uma só vez, elas vão sendo constituídas no cotidiano e na relação que os pais mantem entre si. A movimentação relativa a formação das crianças pode afetar as demais crianças que estão se formando a partir de outros pais, que circulam e convivem no dia-a-dia na aldeia.

Gêmeos/as representam ameaça a imagem humana, pois se confundem entre si e confundem os demais, ameaçando a individualização de cada pessoa “con-

formada” pelos(as) Arawete. Afora, o fato de que a cosmologia Arawete que se encontra em processo de transformação, dada a relação mantidas com as demais sociedades indígenas e com a sociedade não indígena, aponta, no momento, para a necessidade de se afastar os/as gêmeos/as da aldeia para evitar catástrofes. Razão pela qual esperam a ajuda de terceiros para afastar as crianças da aldeia.

No primeiro caso, os gêmeos meninos foram trazidos junto com sua mãe para Altamira dada a hemorragia que acometia sua mãe e a urgência que o caso exigia. As meninas gêmeas, segundo caso, foram, também, removidas a Altamira pelo técnico de enfermagem. Entre os gêmeos meninos e as gêmeas meninas há um intervalo de tempo de sete meses.

Segundo as informações dos pais, o nascimento de gêmeos/as (casal, meninos e/ou meninas) traz consigo dificuldade para aldeia, especialmente porque, segundo a cosmologia, a partir do primeiro nascimento de gêmeos/as, os demais nascimentos tenderiam a ser de gêmeos/as e, como as crianças devem ser afastadas do convívio diário, a sociedade Arawete se extinguiria em pouco tempo.

O afastamento dos/as gêmeos/as, também, se relaciona ao esforço das mulheres no momento do parto, pois, além de exigir maiores cuidados, produz muito sofrimento e elas que correm sério risco de vida. Sem mulheres a reprodução social do povo não acontece e pode levar a extinção do povo.

Os Arawete informaram que apenas no futuro quando, as crianças de hoje, estiverem adultas, eles(as) podem voltar de visita ou para permanecer na aldeia de origem.

Considerando as informações recebidas, perguntamos se outras pessoas na aldeia de origem ou em outra aldeia do mesmo povo, poderiam cuidar das crianças gêmeas. Diante da pergunta os Arawete informaram que não seria viável, pois ainda poderiam produzir infortúnio ao lugar, caso esse fosse um lugar de pertença Arawete. Portanto, há uma incompatibilidade entre gêmeos e o lugar de pertença dos Arawete. Imagino que os Arawete devem ter estranhado nossa insistência e podem nos ter tomado como parvos, dada a forma de condução da oitiva que exige afirmação de vontades e repetição das mesmas para satisfazer as exigências de trazer a verdade à superfície.

A epistemologia Arawete é não apenas diferenciada da não indígena, mas sobretudo prática e fruto de observações diárias de si e seus parentes. Aqui usa-se

parente de forma ampla, como tratamento frequente entre povos indígenas. Falam de parentes não apenas consanguíneos ou afins, mas os demais povos indígenas.

Na verdade, nossos/as interlocutores/as chegaram à sala com uma proposta de solução “costurada” politicamente. Eles tinham entrado em contato com pessoas do povo Asurini com quem mantem relações históricas, inclusive, por pensarem que num passado distante foram um único povo. Nas negociações feitas entre os Arawete e os Asurini os laços de solidariedade se multiplicam e implicam em trocas permanentes que alicerçam os laços de solidariedade.

Recentemente, soube que nasceram mais gêmeos entre os Arawete. Pouco sei sobre eles/as. Parece que estão recolhidos em um abrigo em Altamira e que um dos caciques mais jovens entre os Arawete deseja adotá-los. A reflexão que faço agora é que as repercussões negativas para o povo em face dos casos anteriores, pode ter gerado outro tipo de comportamento. A situação indica mudanças, é preciso acompanhar. Resta-nos torcer por uma solução tomada pelos/as protagonistas do coletivo, seja pela renovação da tradição; seja pela possibilidade de adotar normas mais amenas a quando da chegada de gêmeos; ou ainda pela determinação dos mais jovens e da força de suas lideranças. O tempo se encarregará de responder pelas mudanças. Lamentavelmente, as notícias indicam que o caso dos últimos gêmeos nascidos entre os Arawete se encaminham para adoção por famílias não indígenas, o que produzirá, caso se consuma, em mais uma das violências contra o povo Arawete.

## **2.2 Caso 2: Acolhimento Asurini**

Revelaram os Arawete, na oitava, que dois caciques do povo Asurini, Aje e Yi'i, e seus pais Murumanaka e Mara, todos(as) moradores da aldeia Kwatinemu, estavam dispostos a receber as crianças. Aje e Yi'i desejam ter com eles os meninos gêmeos e Murumanaka e Mara desejam receber as gêmeas meninas. Os caciques Asurini são parentes consanguíneos, Aje é filho de Murumanaka. Sendo eles parentes consanguíneos as crianças vão conviver dentro de uma mesma família e na mesma aldeia. A escolha dos Arawete e o parentesco dos Asurini atendem a legislação no item que diz respeito a permanência dos irmãos no mesmo núcleo familiar, no caso todas as crianças Arawete pertencerão ao mesmo grupo familiar.

Diante da solução que se avizinhava, ainda, insistimos em perguntas, pois é do conhecimento de muitos que inúmeras famílias indígenas, de diversas etnias do Médio Xingu, pensaram e solicitaram, em algum momento, em ter consigo as crianças, pois diferente do que se divulga, os povos indígenas acolhem e cuidam de suas crianças com desvelo, oferecendo tudo que tem de melhor. Por outro lado, mantem entre si laços de solidariedade. Não havia propriamente um cadastro de interessados(as) em ter as crianças consigo, também não nos cabia produzi-lo para não gerar expectativas vãs nos pretendentes. Respeitamos a escolha dos pais Arawete.

Perguntou-se aos Arawete se eles confirmavam a vontade de entregar as crianças aos Asurini. Ao que responderam afirmativamente e, na sequência, enumerou-se cada etnia do Médio Xingu e a todas as interrogações eles responderam “não”. E, diante da nossa insistência, enumeraram as vantagens da entrega. Os Asurini moram relativamente próximos aos Arawete e assim eles poderiam visitar os/as filhos/as sempre que passassem pelas aldeias e poderiam levar presentes a eles. Por outro lado, conheciam os cuidados do povo escolhido – para recepção das crianças – com seus/suas filhos/as. Além do que os Arawete são Tupi, assim como os Asurini. Diante de tantas certezas e de respostas peremptórias, declinamos de apresentar outra solução em respeito a autonomia e autodeterminação dos povos indígenas.

Entretanto, considerando os coletivos indígenas, restou aos presentes perguntar sobre a possibilidade de conversar com os membros da comunidade, em reunião, na aldeia, como se costuma fazer na tentativa de amenizar possíveis divergências. Entretanto, o cacique Arawete foi enfático ao dizer que seria um sofrimento a mais. Assim, considerando o acontecido, nos convencemos que ir à aldeia poderia produzir novas feridas, afinal os pais tinham indicado uma solução que se acredita vem sendo gestada nos últimos sete meses (de maio de 2016 a fevereiro de 2017), quando nasceram os meninos gêmeos até a data da elaboração do laudo. Pensamos ainda que deslocar-se à aldeia seria desautorizar os pais e, sobretudo, o cacique, causando dificuldades de natureza política a pessoas a quem, as suspeitas dos não indígenas, produziu aflições causadas por acusações infundadas, às quais os Arawete estiveram atentos e negociando solução adequada em vista da transformação de suas atitudes nos quase 50 anos de permanente contato com não indígenas.

Diante da convicção dos Arawete encerramos a conversa e fomos em busca dos “escolhidos” como família de destinos dos gêmeos.

Sabe-se que a decisão e a escolha dos pais Arawete em escolher os Asurini pode desagradar a muitas famílias que desejavam para si as crianças, mas as alegações dos pais foram substanciais e convincentes, cabe aos demais acatá-la.

De fevereiro de 2016, até a presente data, junho de 2018, os Asurini vem enfrentando um combate sem fim com os não indígenas, porque os mesmos não se conformam com a decisão tomada pelo Juiz. Nesse meio de tempo, os pais Asurini sofreram diversos ataques referentes aos cuidados com as crianças, que, no mais das vezes, são orquestrados por pessoas que atravessam a vida dos povos indígenas sem o menor respeito. Além disso, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) não remeteu nenhum relatório sobre o acompanhamento do caso, segundo a decisão a respeito da guarda das crianças.

### **2.3 Caso 3: Um filho e duas mães**

Ngreboti Xikrin, nascido em 27 de março de 2016, é filho de Ngrehprekiti Xikrin, recebido que foi de sua irmã Imemoro Xikrin, nasceu no Hospital São Rafael, em Altamira – Pará. Evidentemente, que nascido em hospital Ngreboti jamais conseguiria seguir a trajetória proposta pelas irmãs, pois o registro foi feito ignorando o pacto das irmãs e a autonomia dos Xikrin sobre seu próprio destino.

O registro civil produz problemas aos protagonistas da história, pois a mãe Ngrehprekiti que acolheu a criança, mesmo considerada a mãe de Ngreboti, não consegue deslocar-se com o filho, porque a certidão de nascimento indica Imemoro como genitora do menino.

Os transtornos que tanto incomodam os Xikrin, se arrasta na Justiça, há mais de dois anos e, embora o juiz tenha determinado minha nomeação como perita do caso, até o momento a FUNAI não tomou nenhuma providência sobre o assunto.

O assunto se arrasta produzindo sofrimento e dificuldades à própria criança, pois em caso de doença e remoção para Altamira, por exemplo, ela se vier acompanhada da mãe de fato, pode não ser atendida por razões burocráticas. Caso venha com a mãe de registro, ficará sem o apoio da mãe que o orienta no

dia-a-dia. Alguém pode dizer que é bobagem, mas ao dizê-lo demonstrará sua ignorância a respeito da realidade. Enquanto isso, Ngreboti espera “confinado” na aldeia Rapkô, na terra Indígena Trincheira Bacajá, a espera de solução que vença a burocracia estatal.

### **3. De intervenções descabidas às sensibilidades aguçadas**

As intervenções do Estado brasileiro em relação aos povos indígenas são, em geral, uma tentativa de “matá-los”, exterminando-os fisicamente – via genocídio. Eliminando, assim, as alternativas que os indígenas no lugar de “outros” nos oferecem – via empréstimo cultural. A terra arrasada, supostamente, construída pelo etnocídio, nos permite registrar, sob forma de agência, aquilo que a política homogeneizadora tenta apagar. E, de forma perversa, tomamos dos “outros” aquilo que nos interessa para insistir no massacre de corpos e mentes.

Pressuponho que, ao rechaçar as fórmulas de organização social e parentesco que regem as relações filiais e fraternais, entre os povos indígenas, produzimos contra “os outros” imagens que permitem a apropriação indevida da alteridade como selvageria e barbárie. Afora, o fato de se ignorar a legislação nacional e internacional.

Se o pressuposto é verdadeiro, a ação de antropólogos/as e de operadores/as do direito que procuram trazer “o avesso, do avesso, do avesso” das relações sociais para melhor compreender a “realidade em mudança” é correta, mas ainda não é rotina.

Como perita ao ouvir do juiz responsável pelos caso dos gêmeos: “[...] doutora Jane preciso que a senhora indique um caminho.” E, entre as perguntas que me fez sobre o caminho, as mesmas iam desde as vestes adequadas à audiência até as formas “de dizer” a decisão. Os cuidados da autoridade jurídica me surpreenderam positivamente e possibilitou um diálogo franco entre nós. A postura demonstra cuidado com o outro e preocupação com o fazer justiça.

E ao ler as folhas 5 e 6 do Processo n.º 0007329-91.2017.8.14.0005 me deparar com o seguinte texto:

É de se atentar para o fato de que, por ocasião dessas audiências, o juízo da Infância e da Juventude deverá guardar observância à disposição constante no art. 12 da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais,

segundo o qual “os povos interessados deverão ter proteção contra as violações de seus direitos. e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, interpretes e outros meios eficazes. **Alerta-se sobre o caráter prioritário da adoção de crianças indígenas por membros da sua própria comunidade ou etnia para proteção de sua cultura** (Realces do original).

Entendi que estava diante de alguém que não se limitava ao estrito cumprimento do dever de julgar, mas com a possibilidade de compreender a situação e alterar as rígidas regras aprendidas durante a formação.

Os exemplos acima parecem não ser regra, mas são veredas abertas para um diálogo respeitoso entre sistemas jurídicos que podem conversar entre si visando realizar a melhor justiça.

## Referências

### Documentais

BELTRÃO, Jane Felipe. **Entre os Araweté e os Asurini: laços de solidariedade** – Laudo antropológico requisitado, em 18 de agosto de 2016, pela Juíza de Direito Titular, Carolina Cerqueira de Miranda Maia, para o processo: 0007245-27.2016.8.14.0005 e pelo Juiz de Direito Substituto, em 13 de janeiro de 2017, Marcello de Almeida Lopes, para o processo: 0000076-52.2017.8.14.0005 ambos da 1a. Vara Cível e Infância e da Juventude da Comarca de Altamira/PA, 2017. (Inédito)

Depoimentos e narrativas orais dos protagonistas dos processos 0007245-27.2016.8.14.0005 e 0000076-52.2017.8.14.0005.

**Informações escritas e verbais oferecidas por Uwira Xakriabá** (William César Lopes Domingues). (Inéditas)

Processo: 0007245-27.2016.8.14.0005 e 0000076-52.2017.8.14.0005 ambos da 1ª. Vara Cível e Infância e da Juventude da Comarca de Altamira/PA.

Processo 0007329-91.2017.8.14.0005. Primeira Vara Civil da Comarca de Altamira-Pará.

## **Bibliográficas**

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA). **Protocolo de Brasília: laudos antropológicos: condições para o exercício de um trabalho científico**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia, 2015

ALBÁN ACHINTE, Adolfo. Epistemes otras: ¿epistemes disruptivas?” In: **KULA. Antropólogos del Atlántico Sur**, n. 6, p. 22-34, 2012. Disponível em: <[http://www.revistakula.com.ar/wp-content/uploads/2014/02/KULA6\\_2\\_ALBAN\\_ACHINTE.pdf](http://www.revistakula.com.ar/wp-content/uploads/2014/02/KULA6_2_ALBAN_ACHINTE.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Epistemes otras: ¿epistemes disruptivas?** 2018. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=iB4EYe\\_wvTY](https://www.youtube.com/watch?v=iB4EYe_wvTY)>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. Resolução N° 181, de 10 de novembro de 2016. In: **Diário Oficial da União**, n. 247, p. 38-39, 26 dez. 2016.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: **O saber local: novos ensaios de Antropologia interpretativa**. Rio de Janeiro: Vozes, p. 249-356, 1998.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)**. Washington: OEA, 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. Pluralizando tradições etnográficas: sobre um certo mal-estar na antropologia. In: Langdon, Esther Jean; Garnelo, Luiza (orgs.). **Saúde dos Povos Indígenas: reflexões sobre antropologia participativa**. Brasília/Rio de Janeiro: ABA; Contra Capa Livraria, p. 9-32, 2004. Disponível em: <[http://www.portal.abant.org.br/livros/PDF\\_-Sa%C3%BAde\\_dos\\_Povos\\_Ind%C3%ADgenas\\_reflex%C3%B5es\\_sobre\\_a\\_antropologia\\_participativa.pdf](http://www.portal.abant.org.br/livros/PDF_-Sa%C3%BAde_dos_Povos_Ind%C3%ADgenas_reflex%C3%B5es_sobre_a_antropologia_participativa.pdf)>.

PORTELA GUARIN, Hugo. Epistemes-outras: um desafio para la salud pública en Colombia. In: Langdon, Esther Jean; Cardoso, Marina D. (orgs.). **Saúde Indígena: políticas comparadas na América Latina**. Florianópolis, Ed. da UFSC. p. 145-168, 2015. Disponível em: <<http://www.portal.abant.org.br/livros/SaudeIndigena.pdf>>.

VELOSO, Caetano. **Sampa**. Disponível em: <<https://www.lettras.mus.br/caetano-veloso/41670/>>. Acesso em: 08.jun.2018.



# Sentido de Justiça Mbyá-Guarani e a Intervenção Estatal: Lógicas em (Des)Encontro?

Elaine Amorim<sup>1</sup>

## Introdução

Este artigo tem como base pesquisa pericial realizada no âmbito de inquérito civil público, instaurado para investigar denúncias de violência sexual contra menores e mulheres indígenas da etnia *Mbyá-Guarani*, na Terra Indígena Jaraguá, situada no perímetro da cidade de São Paulo<sup>2</sup>. Sensível à especificidade dos povos indígenas, o Ministério Público Federal requereu a elaboração de laudo antropológico para dar a conhecer a perspectiva cultural dos envolvidos. O objetivo era averiguar a existência de razões de natureza sociocultural que pudessem explicar porque as medidas protetivas aplicadas pelos aparelhos do Estado não estavam obtendo nem a aprovação do grupo, nem a cumplicidade das vítimas, resultando em ações pouco efetivas.

De fato, a abordagem de temas como sexualidade e proteção da infância entre povos que não partilham conosco das mesmas noções e valores culturais exige cuidados de natureza sociológica que, a não serem tomados, o amparo que se pretende pode resultar em ações inócuas, ou mesmo em atos contrários aos interesses das próprias vítimas.

---

1 Antropóloga, perita do Ministério Público Federal, mestre em Antropologia Social pela Universidade de Brasília. Contato: elaine@mpf.mp.br.

2 Laudo Técnico nº 80/2017 – Centro Nacional de Perícia/Procuradoria-Geral da República (PGR-00435124/2017). 30 de outubro de 2007. Inquérito Civil n.º 1.34.001.003547/2016-99.

## 1. Fundamentos teórico-metodológicos

As razões alegadas por um povo como justificativa para seus atos e práticas só adquirem sentido quando inseridas em seu contexto social, cultural e histórico de ocorrência. Eis o paradigma disciplinar: nada existe fora de um contexto, o qual deve ser caracterizado e compreendido para se ter acesso aos significados que se investiga. Pressuposto que torna possível compreender tanto as mudanças quanto a permanência de valores e comportamentos – ocorridos ou em curso – no âmbito de uma sociedade como a *Mbyá-Guarani*, inserida em ambiente de intensa interculturalidade e diversidade étnica.

Alcançar esse objetivo exigiu diferentes níveis de pesquisa: documental, bibliográfico e etnográfico. As informações etnográficas foram obtidas por meio de dados primários e empíricos coletados *in loco*, no trabalho de campo realizado nas quatro aldeias então existentes na Terra Indígena Jaraguá/SP: Tekoá Ytu, Tekoá Pyau, Tekoá Itakupe e Tekoá Itaberá. Informações complementadas e respaldadas por dados secundários obtidos por meio de pesquisa bibliográfica referente aos *Guarani* e *Mbyá*, sua organização social, cultura e história, disponíveis em vasto material literário de natureza acadêmica produzido principalmente por dissertações, teses e pesquisas doutorais na área da Antropologia, designadamente da Etnologia.

As ferramentas analíticas da investigação foram também encontradas no campo de conhecimento da Antropologia Jurídica e da Antropologia da Infância; com destaque para os estudos etnológicos sobre a infância *mbyá* e *guarani*. Aos dados secundários agregou-se ainda a análise de uma série de processos sobre a temática, em trâmite no Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual/SP, Fundação Nacional do Índio (Funai), Conselho Tutelar/Município de São Paulo e Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai).

Por fim, uma consideração de ordem epistemológica. Sabemos que na análise antropológica a voz nativa é imprescindível; entretanto, o trabalho do antropólogo não se reduz à reprodução da fala do Outro. É, antes, o resultado de uma composição de sentidos feita à luz de dados o mais plural possível, advindos de diferentes fontes. O esforço de classificação e de análise comparativa entre esses dados é que torna possível a construção do conhecimento antropológico.

## 2. Objeto da análise

As denúncias de violência doméstica e abuso sexual constantes nos processos analisados ao longo da pesquisa traziam, intrínsecas, especificidades conceituais e de estilo de vida importantes para a compreensão dos fatos, segundo o ponto de vista dos atores. Noções como infância, família, dignidade e a própria ideia de pessoa humana, no cerne dos episódios denunciados, por mais arraigadas em nossas maneiras de ver o mundo, não são universais. Marcel Mauss, autor clássico da literatura antropológica, define-as como categorias do espírito humano: conceitos que, do ponto de vista de qualquer indivíduo, estão formados a partir de pressupostos herdados por uma linha de ancestralidade que se perde na memória do coletivo, parecendo-lhe naturais e inatas; apesar de não o serem (MAUSS, 1974, p. 209).

São construções culturais que, portanto, variam de sociedade para sociedade. Era, por isso, expectável que houvesse discordância de juízos entre os *Mbyá-Guarani* e os aparatos de segurança pública na abordagem dos episódios denunciados. Não só de juízo, como também de estilo, pois naquilo que coincidiavam, nem sempre concordavam na maneira de atuar.

O principal problema detectado, entretanto, não era esse. A presença de oposições é inerente a todo processo interétnico de relacionamento e não constitui em si obstáculo para uma atuação de alcance por parte do Estado. A dificuldade estava mais na incomunicação, e menos na diferença. Não que inexistisse diálogo entre os órgãos estatais e a comunidade de Jaraguá. Havia diálogo e havia atuação. O Estado não era nem ausente nem omissivo. O que faltava, isso sim, era maior intensidade sociocultural na atuação, de modo que os mecanismos estatais de combate à violência acolhessem e absorvessem também o *modus operandi* da sociedade *Mbyá-Guarani*, e não apenas o da nossa sociedade.

Ao Estado faltava, portanto, flexibilidade e maior abertura para negociar valores e princípios. E isso lhe exigia conhecer melhor alguns conceitos e estilos próprios da sociedade *mbyá-guarani* relacionados ao tema, e saber lidar com eles. Primeiro: a noção de pessoa e infância, e a necessidade de perceber como, no âmbito dessa sociedade, é concebida sua proteção. Segundo: o sentido de justiça do grupo, e a pré-disposição de levar em conta o modo como é promovida a justiça e exercido o controle social no interior dessa sociedade.

### **3. Infância e proteção à pessoa humana**

Pesquisas no campo da Antropologia da Infância têm demonstrado que o modo de as sociedades ameríndias conceberem a criança, seus processos de maturação e sua proteção diferem do nosso em vários aspectos. Se o objetivo da atuação do Estado é promover a segurança e o bem-estar da criança mbyá-guarani, é preciso que tenha em conta essa diversidade. Saber como é concebida e exercida a proteção da infância entre os *Mbyá-Guarani* é fundamental, porque certamente será nesses termos que suas crianças irão se ver e sentir protegidas.

Ocorre que a legislação nacional brasileira de amparo à infância e adolescência norteia-se conceitualmente pelos valores e ideais da nossa sociedade, fruto de uma experiência cultural e histórica bastante particular. Entre nós, a infância é vista como uma etapa incompleta especialmente vulnerável que deve ser mantida separada, protegida dos eventos da vida adulta como o sexo e o trabalho, considerados moralmente impróprios e perigosos para essa faixa etária.

Coerente com essa visão, nossa regra protetiva é manter as crianças o mais afastado possível dessas atividades, facultando-lhes acesso exclusivo a eventos considerados adequados; sendo comum a existência de ambientes a elas apenas reservados, longe dos adultos e de seu mundo. No entanto, não é esse o modo de os *Mbyá-Guarani* conceberem e exercerem a proteção de suas crianças. Para eles, assim como para outros povos indígenas, não é separando-as da inexorável realidade do mundo adulto que se garante a sua segurança. Os estudos em etnologia têm demonstrado que, do ponto de vista dessas sociedades, é justamente deixando que circulem livremente pelos ambientes da aldeia, e participem da vida social sem esbarrar em espaços proibidos, que as crianças adquirem habilidade e iniciativa suficientes para se inserirem de forma segura e adequada na vida adulta.

Estar presente em praticamente todos os acontecimentos da vida coletiva pode parecer perigoso e inadequado segundo nosso ponto de vista de proteção, mas entre os *Mbyá-Guarani* funciona como uma pedagogia que proporciona às crianças inúmeras situações de aprendizagem e troca, ao mesmo tempo que as mantém sob constante supervisão e cuidado dos adultos. O exemplo, a persuasão e o cuidado dos mais velhos estão sempre presentes.

É observando e acompanhando os adultos em suas atividades que a criança aprende a identificar e a absorver as regras que orientam o jeito certo de agir

e de se comportar; habilitando-a a adquirir o *ñande reko*: “a maneira correta de ser guarani”. O processo é contínuo e permanente, marcado pela informalidade e pelo respeito à autonomia e à capacidade de aprendizado das crianças, ao mesmo tempo que lhes confere crescentes responsabilidades (PEREIRA, 2002). Já retirar as crianças do convívio social e resguardá-las em espaços infantis, como fazemos em nossa sociedade, é vista pelo grupo como atitude insensata que só prejudica o aprendizado, além de não garantir proteção.

Ao transitar livremente por um mundo sem espaços proibidos, a iniciação dessas crianças ao universo adulto da sexualidade e do trabalho é um processo que se inicia na sua mais tenra idade. Assistir e vivenciar cotidianamente práticas, atividades e saberes, entre nós vetados aos menores, dá aos garotos e garotas dessa sociedade uma experiência que, certamente, resultará em comportamentos considerados precoces quando comparados com os de nossas resguardadas crianças<sup>3</sup>.

Entretanto, não se trata de precocidade, mas de maturidade. Os dados demonstram que na sociedade mbyá-guarani, as meninas tão logo “adquirem corpo” são vistas e se veem aptas ao mundo adulto do trabalho e da sexualidade. O que ocorre por volta da puberdade, a partir de sua primeira menstruação (a menarca), cerca de onze, doze anos de idade. Esse momento é marcado e solenizado por meio de rito, durante o qual a menina é retirada do convívio social e mantida dentro de casa por um tempo que pode variar entre dias a meses. Ali permanece sob os cuidados e os ensinamentos de sua parentela feminina: mãe, avós e tias. Ao final, seus cabelos são cortados, marcando o fim de sua infância e proclamando sua entrada numa nova fase da vida. A partir daí, a garota passa a se adornar e a se portar de outra maneira, deixando de ser tratada (e de se ver) como criança. “A menina corta o cabelo curtinho pra mostrar que é mocinha; aí já pode trabalhar e casar” (Homem mbyá-guarani).<sup>4</sup>

3 Bronislaw Malinowski notou que a liberdade e independência observadas na socialização das crianças Trobriandesas se estendiam à esfera sexual: elas não só ouviam falar de sexo, como assistiam frequentemente a algumas de suas manifestações, iniciando a vida amorosa muito antes das nossas crianças: “Entregando-se a passatempos que lhes permitem satisfazer sua curiosidade no tocante ao aspecto e a função dos órgãos genitais” (MALINOWSKI, 1983, p. 82).

4 No intuito de trazer ao leitor a eloquência do discurso indígena, alguns trechos de suas falas foram reproduzidos ao longo do texto. Contudo, considerando a delicadeza do tema, foi omitida a identificação para preservar a privacidade dos informantes, que se mostraram pouco à vontade em permitir a divulgação de declarações sobre si próprios e sobre seus pares, concedidas em ambiente de confiança. Essas falas, no entanto, são importantes na medida em que extrapolam as opiniões pessoais, expressando uma disposição coletiva difusa, presente em praticamente todos os discursos sobre os fatos.

A socialização é feita de tal modo que a menina, quando atinge essa fase, está pronta para começar a assumir responsabilidades próprias dos adultos, e a sair do círculo restrito da sua família, inserindo-se na rede social comunitária mais ampla. Ocasão em que dela se espera dominar uma série de conhecimentos relativos ao trabalho, sexo, casamento e maternidade.

Para os *Mbyá-Guarani*, portanto, não é a faixa etária, mas o corpo que dirá quando uma menina deixa de ser criança para ser adulta. Entre eles: “ter corpo é ter saber”. Existe uma correlação intrínseca entre corpo e conhecimento, presente na cosmologia do grupo. No pensamento mbyá-guarani, uma criança não tem seu físico desenvolvido sem ter também um saber adquirido. São processos que decorrem em simultâneo. Inclusive, acredita-se que sem saber não há corpo formado, um não existindo sem o outro. Daí a importância de introduzir, desde cedo, a criança nos conhecimentos e afazeres da vida cotidiana: para que possa se desenvolver física e cognitivamente.

Esse aspecto é recorrente, presente em praticamente todas as cosmologias ameríndias conhecidas (NUNES, 2003, p. 356). De acordo com a observação de Antonella Tassinari, os povos indígenas acreditam que “aquilo que se sabe é ‘incorporado’, toma assento no corpo, e este deve ser adequadamente produzido para receber os conhecimentos” (TASSINARI, 2007, p. 18). Clarice Cohn também chama a atenção para o tema entre os *Xikrin*, entre os quais o corpo é fortalecido justamente para desenvolver na criança a capacidade de apreender e compreender o que lhe é oferecido pela experiência (COHN, 2005, p. 22).

Nessa lógica, se o corpo de uma menina começa a evidenciar as transformações biológicas da puberdade é porque absorveu (incorporou) saberes capazes de iniciá-la na vida adulta da sexualidade e do trabalho. Na expressão de uma indígena: “se menina tem corpo, é porque já sabe e pode casar”. No entanto, apesar de os *Mbyá-Guarani* não destacarem uma fase transitória entre a infância e a vida adulta, como a adolescência, isso não significa que entre eles o amadurecimento seja algo instantâneo. Trata-se de um processo gradual e contínuo, tal como entre nós. O rito de iniciação apenas sinaliza a entrada da garota na vida adulta, e apesar de já ter saberes incorporados, resta-lhe ainda muito a aprender (e experimentar) até que se torne uma mulher plenamente madura<sup>5</sup>.

---

5 Entre os *Tapirapé*, Eunice de Paula observou que: “O indivíduo está sempre num constante aprender com os mais velhos e ensinar aos mais jovens, assumindo, paulatinamente, diferentes atividades, quer no

Considerando a intrínseca correlação existente entre o corpo de uma criança e a qualidade de seu comportamento social, a socialização entre os *Mbyá-Guarani* cumpre a nítida função pedagógica de desenvolver corpos saudáveis. Acredita-se que só assim as crianças se tornam capazes de discernir o que é socialmente certo e errado: “Parece haver uma ideia segundo a qual é através do corpo que se ‘aprende’ e se conserva uma determinada ‘maneira de viver’” (SILVA, 2007, p. 171). Aspecto da cosmologia que exige dos adultos especial atenção com os menores, com reflexo direto sobre a maneira de o grupo conceber a proteção da infância. É nesse cuidado, tão importante quanto a saúde física é o ensinamento da maneira correta de ser *mbyá-guarani*: o *ñande reko* (BENITES, 2009, p. 62). Graciela Chamorro traz um depoimento que ilustra bem essa compreensão:

Pelo fato de as crianças crescerem sem adorno, elas ficam tristes, enfezadas e ‘caem na corda’ (referindo-se aos enforcamentos). [...] A criança, não sendo iniciada no bom costume guarani, é alguém que carece do ‘enfeite’, do nome que é sua palavra divinizadora e algo essencial que a vincula com a vida. Não sendo enfeitadas, são como milho bichado, não servem mais para semente (CHAMORRO, 2008, p. 205).

Para uma criança ser iniciada no “bom costume guarani”, e adquirir um corpo saudável, é preciso que sua alma seja mantida fora do alcance das “más-palavras”. Isso é fundamental. De matriz cultural alicerçada na oralidade, entre os *Mbyá-Guarani* as palavras têm a força da ação, e se são malevolentes e imperfeitas enfraquecem e comprometem o aprendizado e a conduta de uma criança; do mesmo modo que se boas e perfeitas, fortalecem o estado da alma no corpo que leva ao bom comportamento. Proteger as crianças das “más-palavras” e ensiná-las a escutar e falar as “boas-palavras” é, portanto, mais um dos cuidados dos pais na formação dos corpos saudáveis de seus filhos; uma preocupação constante para garantir que suas crianças alcancem o “modo adequado de ser” almejado por eles e pelo grupo.

Além da capacidade transformadora das palavras, outro aspecto presente na cosmovisão *mbyá-guarani* com papel fundamental na noção de proteção e construção da boa-conduta humana é o conceito de consubstancialidade. Evaldo Silva afirma ser essa a questão que nos remete ao cerne do sistema social do

---

âmbito familiar, quer frente às obrigações comunitárias” (PAULA, 2013, p. 445). O mesmo foi observado para os *Tupayuna*, segundo os quais: “menina não aprende tudo logo!” (AMORIM, 2016, p. 12).

grupo (SILVA, 2007, p. 85). Para os *Mbyá-Guarani*, além dos vínculos consanguíneos e afetivos que unem os pais aos filhos, a conexão entre seus corpos é definida em termos de consubstancialidade, ou seja: são elementos que fazem parte de uma mesma substância. Isso faz com que o bem-estar dos filhos dependa não apenas dos cuidados dos pais, mas também de sua maneira correta de ser: seu *ñande reko*. E quanto mais jovem, mais suscetível ao influxo de seus progenitores. Até cerca de sete anos de idade, acredita-se que o espírito ainda não está completamente preso ao corpo, podendo a qualquer momento se perder, com danos irreversíveis para a integridade física e moral de uma criança. Considerada a fase mais vulnerável da vida de um *Mbyá-Guarani*, é a que mais exige cuidado (PEREIRA, 2002).

Acreditar que a doença dos filhos – e até mesmo sua morte – pode ser provocada pelo comportamento dos pais é um forte mecanismo de persuasão e imposição de cuidados. Considerando que da formação de corpos saudáveis depende a qualidade da própria sociedade, a responsabilidade pelo cuidado das crianças não é, aliás, tarefa exclusiva dos pais: extrapola o núcleo restrito para comprometer toda a parentela. O grupo doméstico inteiro partilha desse compromisso. Avós, tios, primos, participam ativamente da educação das crianças, empenhados em desenvolver seu senso de responsabilidade e o respeito às regras estabelecidas para que alcancem a maneira correta de viver (SCHADEN, 1974, p. 64).

O leque de pessoas com as quais uma criança *mbyá-guarani* aprende a focar suas emoções e expectativas é, portanto, muito mais alargado que entre nós. Além disso, os *Mbyá-Guarani* acreditam que a consubstancialidade existente entre os corpos de pais e filhos se estende aos demais membros da parentela, formando o que se denomina uma comunidade de substância. Nela, os laços consanguíneos são certamente fundamentais, mas não exclusivos: a proximidade física e a partilha dos alimentos são tão importantes, ou até mais, para fabricar consubstancialidade entre os membros de uma parentela. Nas palavras de Evaldo Mendes da Silva:

A ideia central é que a proximidade física [...], a solidariedade e a partilha dos mesmos alimentos (comensalidade), gerariam consubstancialidade, que é o que define o parentesco. Teríamos, grosso modo, uma gradação de parentesco onde os que caminham juntos ou vivem juntos na mesma aldeia, seriam parentes mais próximos, e os que estão fisicamente separados seriam parentes mais distantes (SILVA, 2007, p. 90).

As crianças mbyá-guarani, alvo das ações protetivas do Estado, nascem e se desenvolvem acolhidas e envolvidas no seio de uma comunidade de parentes, na qual se veem e se percebem ligadas por laços de consubstancialidade. É esse vínculo que as fará crescer confiantes e seguras de quem são, residindo aí a força de sua identidade e de sua conduta. Na mesma medida (e proporção) que os indivíduos de uma parentela se entrelaçam formando uma comunidade de substância, as parentelas formam entre si um emaranhado mais amplo e complexo, o *Tekoha* (a aldeia),<sup>6</sup> e assim sucessivamente, dando muita coesão à identidade étnica e cultural do grupo. Não é por acaso que os *Mbyá-Guarani* estão entre os exemplos mais admiráveis de resistência sociocultural do planeta.

### 3.1 Noção de pessoa humana

A ideia de consubstancialidade é uma característica importante do ponto de vista do pluralismo jurídico, pois demonstra que isolar o indivíduo como o sujeito de direito universal é um caminho pouco adequado para a defesa dos direitos das pessoas mbyá-guarani. Afinal, não é assim que elas se veem a si próprias (VEIGA, 2013).

Há uma diferença conceitual significativa entre o modo de os *Mbyá-Guarani* conceberem a pessoa humana e o nosso; entre eles, o conceito não está referenciado no indivíduo, mas no coletivo, ao qual a pessoa consubstancialmente se vincula. O já mencionado etnólogo Marcel Mauss, em tratado sobre a noção de pessoa, chamou a atenção para o quão raro são as sociedades que, como a nossa, fizeram da pessoa humana uma entidade completa, autônoma e independente de qualquer outra, a não ser de Deus. Segundo ele, a mais importante delas foi a romana, e é a Roma que o autor credita a origem da nossa noção de pessoa (MAUSS, 1974, p. 226).

Não é essa, certamente, a visão dos *Mbyá-Guarani*. Entre eles, o grupo é precondição para a identidade pessoal. Ninguém se vê nem é visto com existência própria, um ente autônomo descolado dos demais. Entre nós, a pessoa é concebida como unidade completa, tem autonomia para se inserir, e se auto-perceber no

---

<sup>6</sup> Tekoha: “o lugar de nosso modo de ser e viver”. De acordo com Levi Marques Pereira, etimologicamente, a palavra é composta pela fusão de: teko: sistema de valores éticos e morais que orientam a conduta social; e, ha: sufixo nominador que indica lugar (PEREIRA, 2004, p. 22).

mundo, independentemente da sua pertença a grupos específicos. No universo sociocultural mbyá-guarani isso não é possível. Sem as referências identitárias de um grupo, a pessoa não é completa. O indivíduo continua existindo, evidentemente, portador de livre-arbítrio e poder de escolha, não se trata de autômatos. Porém, do ponto de vista de sua identidade pessoal, a liberdade que lhe cabe é a de trocar de grupo, com autonomia para escolher a parentela que melhor lhe convém. Uma escolha difícil que exige ajustes emocionais e comportamentais bastante custosos, mas que é passível de ser feita (PEREIRA, 2008, p. 19).

Agora, uma opção que o sistema cultural não coloca ao alcance de um mbyá-guarani é a de ser apenas indivíduo, dono de uma identidade privada e particular. Alcançar uma completude individual dessa dimensão, só deixando de ser *Mbyá-Guarani* para se tornar “branco”. O que, aliás, também se coloca no horizonte desenhado para as escolhas individuais no âmbito do livre arbítrio guarani. Mas enquanto se mantiver inserido nas redes de sociabilidade de seu grupo, a faculdade de ser apenas indivíduo, as pessoas mbyá-guarani não têm.

Em contrapartida, dentro de suas respectivas parentelas, os indivíduos constroem, juntos, uma identidade coletiva bastante particular. De acordo com os estudos de Levi Marques Pereira, cada parentela é portadora de um estilo comportamental considerado como próprio e exclusivo, além de um arranjo organizacional único, necessários para lhe atribuir uma identidade no interior do grupo mais amplo do qual faz parte, o *tekoha*. Segundo o estilo de vida que pratica, cada parentela passa a ser detentora de certo grau de status e prestígio, fundamental para as relações que desenvolve no interior da aldeia.

O sentimento de pertencimento exclusivo a determinado módulo organizacional, seja o fogo familiar ou seja a parentela, se incorpora a experiência social das crianças desde os primeiros estágios de sua socialização. As pessoas se pensam a partir do módulo organizacional ao qual estão referidas e desenvolvem o sentimento de identificação e pertencimento a um grupo específico de pessoas, que pratica um estilo de conduta reconhecido como próprio. Como a existência é sempre referida a determinado espaço, a identidade com determinado estilo acaba por se desdobrar na identidade com determinado espaço, numa relação recíproca de dupla identificação (PEREIRA, 2008, pp. 13-14).

### **3.2 Atuação estatal**

A noção de pessoa mbyá-guarani associa-se diretamente a uma das dificuldades mencionadas nos processos analisados, para a atuação do Estado em casos de violência doméstica e sexual nas aldeias de Jaraguá: o chamado acobertamento dos agressores. Laços concebidos como de substância, na mesma medida que tecem vínculos especialmente estreitos entre os membros de uma parentela, exigem elevado grau de compromisso e responsabilidade mútua. O sentimento de corpo e cumplicidade é imenso. O que torna ainda mais complexa a denúncia de violações no âmbito da parentela, já por sua natureza difícil em qualquer contexto sociocultural.

Entre nós, a concepção de dignidade humana refere-se ao indivíduo, por isso, atuamos também de modo a proteger o indivíduo. Só que na sociedade *Mbyá-Guarani* não é assim que funciona. A prática de violência doméstica refere-se a pessoas cuja dignidade se encontra intrinsecamente associada à dignidade de um ente coletivo, designadamente sua parentela. Por isso, a atitude quase que espontânea desse coletivo em salvaguardar não só a vítima, como também o agressor.

Ao agir mal, o infrator atrai para si as consequências que certamente virão sob a forma de punição. Mas como não é um ente isolado, passível de ser punido sozinho, leva consigo aqueles que estão ligados a ele consubstancialmente: seus parentes. Não se trata apenas de afetividade, mas também de consubstancialidade: a percepção de fazer parte da mesma substância. E isso agrega um valor não só de cumplicidade, como também de corresponsabilidade.

### **3.3 Conselho Tutelar**

É a partir de noções como essas, em que os laços entre uma criança e os membros de sua parentela são concebidos em termos de consubstancialidade, que se dá a proteção à infância na sociedade *Mbyá-Guarani*. Longe da parentela ninguém se vê íntegro, mas fragmentado; daí o porquê de o grupo reagir de forma tão veemente contra a medida protetiva dos Conselhos Tutelares de retirar a criança do convívio dos parentes para alojá-la em uma instituição de acolhimento temporário.

Trata-se de uma nuance geralmente não levada em conta pelas decisões estatais, mas que do ponto de vista do bem-estar mbyá-guarani faz toda a diferença. Apesar de medida protetiva consagrada em nosso sistema jurídico, o acolhimento em lares temporários vai contra o sentimento de justiça e de segurança dessa sociedade, e das próprias crianças a serem protegidas. Ao distanciá-las do “modo correto de ser” (o *ñande reko*), em lugar de as proteger, fragiliza-as. E ainda traz outro perigo: o de transformar as crianças em não-indígenas. Já foi dito que o convívio e a comensalidade têm a capacidade de fabricar consubstancialidade entre as pessoas. E isso, é claro, tem enorme poder de transformação, pois implica tornar-se da mesma substância do outro. Evaldo Mendes menciona essa força transformadora do contato, segundo o ponto de vista *Mbyá-Guarani*:

Atitudes que envolvem algum tipo de proximidade física como comer, dormir, andar junto ou pisar, sentar ou permanecer em locais ‘quentes’ pelo calor deixado pelos corpos de outros seres podem, como consequência direta, gerar processos de transformação física e na ‘maneira de viver’ das pessoas (SILVA, 2007, p. 84).

Nem toda a aproximação física é contagiante a ponto de desencadear transformações tão radicais. Segundo ainda Evaldo Mendes: “aquelas pessoas que têm o ‘corpo forte’ (*-ete mbaraete*), isto é, que vivem ‘sem mal’, não correm riscos de serem transformadas” (SILVA, 2007, p. 85). Mas esse não é o caso das crianças; como vimos, seres incompletos, com espíritos ainda por se fixarem em seus corpos, são os mais vulneráveis ao rompimento de seus vínculos identitários com a parentela e o grupo. Nas palavras desse antropólogo:

Desligar-se dos parentes, mais do que reorientar os referenciais de relacionamento da pessoa, significa uma mudança profunda na sua identidade física e em sua ‘maneira de viver’, alterando seu próprio ponto de vista sobre o mundo (SILVA, 2007, p. 96).

A própria consanguinidade não subsiste se não for reforçada pela interação. É a sociabilidade que garante a permanência dos vínculos entre os parentes; por isto as visitas constantes: para que os parentes que vivem em aldeamentos separados não o deixem de ser. Na expressão de Evaldo, trata-se do ato de “fazer parentes”.

Do ponto de vista mbyá-guarani, portanto, retirar uma criança do contexto de sua parentela, e mantê-la em casas de acolhimento no seio da sociedade

branca, como costumam fazer os Conselhos Tutelares, é privá-la de seu direito fundamental de ser uma pessoa íntegra e, também, de ser *Mbyá-Guarani*. Medida contrária a tudo aquilo que o grupo concebe como proteção e segurança. Por isso, ao universalizar e transpor para o grupo uma concepção de criança e de proteção que não é a sua, o Estado antagoniza, tornando sua atuação alvo de protestos e descontentamento.

### **3.4 Promoção de justiça e controle social: o sistema jurídico-político mbyá-guarani**

Todas as sociedades possuem concepções de dignidade humana e nenhuma tolera sua violação. Cada qual possui conceitos próprios de certo e errado, e constrói itinerários de promoção e defesa da justiça e da dignidade humana condizentes, elaborando sistemas de justiça capazes de salvaguardar e garantir o equilíbrio social. Esse é o pressuposto.

Portanto, não há entre os *Mbyá-Guarani* de Jaraguá qualquer permissividade para atos sexuais violentos contra mulheres e crianças. Existem regras concebidas para preservar a dignidade de seus membros, independentemente do gênero ou faixa etária. Há um consenso interno quanto a isso. As pessoas são socializadas de modo a considerar essas regras como corretas e adequadas, e procuram agir de acordo com elas. Quando ocorrem violações, são discutidas e resolvidas internamente por meio de mecanismos próprios de se promover justiça. São os processos pelos quais as regras reconhecidas como imprescindíveis à preservação da dignidade humana são mantidas e aplicadas no âmbito da sociedade.

Alguns princípios gerais na base desses processos de defesa e promoção de justiça foram identificados por diversos pesquisadores como comuns aos sistemas jurídicos indígenas, de todo o lugar (ALBO, 1999, p. 4). Dentre eles, destacam-se cinco aspectos fundamentais bastante recorrentes, presentes em praticamente todos os sistemas jurídicos indígenas conhecidos, que vale a pena mencionar.

Primeiro. O sistema é fundamentado na experiência acumulada e se realiza em deliberação permanente com o conjunto da comunidade. Não existem especialistas destacados para atuarem autonomamente na resolução dos conflitos, e qualquer decisão tem de ser reportada ao coletivo.

Segundo. As pessoas entre as quais surgem disputas estão unidas umas às outras por múltiplas e estreitas relações, quase todas baseadas no parentesco, e por isso os arranjos acordados não são impessoais nem equidistantes. Pelo contrário, espera-se mesmo que não sejam. As decisões são tomadas segundo o conhecimento e a relação direta pré-existentes com os envolvidos.

Terceiro. A prioridade do sistema é a paz comunal e não a aplicação de leis e penas. O que realmente importa é resolver problemas e não impor normas ou aplicar a lei para satisfazer um ente abstrato como o Estado.

Quarto. A mediação dos conflitos geralmente precede a aplicação de penas, por meio da qual se procura conjugar a punição dos culpados com a compensação aos lesados. A indenização é a forma privilegiada por sua capacidade de simultaneamente punir e reparar o dano, com grande potencial de apaziguamento. Nos casos considerados mais graves, sobretudo quando há risco de retaliação e perigo de prolongar o conflito, a expulsão surge como solução mais adequada; e há casos em que a iniciativa de se retirar é dos próprios envolvidos.

Quinto. O sistema é aberto, permanentemente sujeito a influências externas. De tradição oral, e com base na experiência, os sistemas de justiça indígenas são bastante flexíveis e adaptáveis no tempo e no espaço; diferentemente do nosso, baseado em normas fixas que exigem um pesado procedimento para serem modificadas. Uma flexibilidade que tem a virtude de dar ao sistema a capacidade de se adequar às necessidades do momento, oferecendo resoluções rápidas, de baixo custo e alto grau de aceitação e legitimidade coletiva. Essa plasticidade é uma das razões que lhe permite seguir operando, mesmo em condições históricas e sociais bastante adversas, como são hoje em dia as dos *Mbyá-Guarani* de Jaraguá.

Portanto, é a partir de princípios como esses que os *Mbyá-Guarani* exercem o controle social das condutas pessoais, incluindo a sexualidade. Como em qualquer sociedade, também entre eles há absoluta necessidade de estabelecer padrões nessa esfera do comportamento humano. Apesar de não haver uma definição para crime, o sistema trabalha com a noção de erro, geralmente relacionado ao excesso.

Os *Mbyá-Guarani* têm uma maneira bastante particular de abordar as condutas excessivas; e também de enxergá-las. À semelhança de outras cosmologias ameríndias, no pensamento *mbyá-guarani*, o “mal” que dá origem ao erro

não se encontra no indivíduo, mas fora dele. É exterior à humanidade. Instala-se entre os humanos, junta-se à pessoa e passa a orientar o seu comportamento, pondo em risco sua integridade e a de seus parentes, e inclusive o próprio sentido da vida: “O ‘mal’ (-axy) que ‘vem de longe’ (...) é o principal empecilho à realização plena da perfeição humana” (SILVA, 2007, p. 86).

A vida mbyá-guarani é um cuidado constante em afastar o “mal”; e a maneira de fazê-lo é fortalecer a pessoa, firmando-a no “modo correto de ser guarani”, o *ñande reko*. O sistema jurídico atua neste sentido: preocupa-se em dar ao infrator todas as condições para estar bem e fortalecido, dando-lhe oportunidade de se rever e mudar de conduta. É este o caminho capaz de livrá-lo do “mal”. Por isso, o sistema não visa a punição, mas a transformação pelo fortalecimento. Acredita-se que o sofrimento em excesso, sujeitando a pessoa a condições extremamente penosas, não tem capacidade de garantir essa mudança. Pelo contrário, pode agravar, já que os gestos agressivos não fortalecem, mas enfraquecem o espírito, permitindo que o “mal” tome ainda mais assento sobre o infrator. Nas palavras de Evaldo Mendes Silva:

É curiosa a atitude dos aldeões para com aqueles que são identificados como portadores do ‘mal’. Não se culpa a pessoa pelo seu mau comportamento, ao contrário, são tratados como vítimas e delas se tem pena, se lastima a sua sorte. Os comentários dos seus parentes, mesmo aqueles que foram prejudicados, agredidos ou caluniados por alguém que tem ‘má maneira de viver’, ilustram bem essa situação. O ‘mal’ é descrito como algo que ‘passou’ para a pessoa num determinado momento de sua vida, independentemente da sua vontade (SILVA, 2007, p. 172).

Não significa isso dizer que as más-condutas não são punidas. Há, sim, penas, mas aplicadas de modo a fortalecer o infrator, e não enfraquecer. Daí a recorrência dos aconselhamentos. A admoestação pela palavra é a principal ferramenta de controle social mbyá-guarani. O acusado passa por uma verdadeira sessão de conversas, advertências e conselhos antes de ser aplicada qualquer pena.

Na Casa de Rezas, o pajé, além de aconselhar, ainda incensa seu corpo com a fumaça do cachimbo, convida-o a dançar, cantar e fumar. Ações que, associadas às “boas palavras”, têm o objetivo de despertar no agressor o âmago de sua identidade, resgatá-lo da fragmentação e inseri-lo novamente na totalidade. Acredita-se que, por meio desse processo, o infrator pode sentir-se outra vez gen-

te, capaz de retomar seu propósito neste mundo, livrando-se do “mal” e voltando a ser um “verdadeiro guarani”. A depender do caso, essas tentativas de fortalecimento não bastam. Daí os castigos. Mas esses não são para punir: as penas mbyá-guarani visam a purificação para a cura do “mal”, aplicadas como mecanismos que “fazem o corpo aprender”. Nas palavras de Evaldo, as punições têm o objetivo de humanizar o infrator, fazendo-o adquirir a “verdadeira maneira de viver”.

São atitudes que ajudam a ‘limpar o corpo sujo’, aliviá-lo do peso que o ‘mal’ lhe causa. [...] são medidas disciplinadoras utilizadas para ‘fazer falar’ (-mbo’e) e ‘fazer escutar’ (-japixaka) aos portadores do ‘mal’. Comenta-se que eles não ‘sabem ouvir’, nem ‘sabem escutar’ e que essas formas de repreensão lhes ajudam a ‘fortalecer o corpo’, trazem ‘saúde’ e ‘alegria’, fazendo-os ‘falar’ e ‘escutar’ as ‘boas palavras’ (SILVA, 2007, p. 171).

As punições variam do trabalho comunitário obrigatório à expulsão. Geralmente obriga-se o infrator a executar tarefas como capinar a aldeia, limpar um terreno de cultivo coletivo, ou fazer reparos nas paredes e telhado da Casa de Rezas. Para as mulheres, pratica-se ainda o corte dos cabelos. Mas se o caso é mesmo sério, a opção é a expulsão temporária da aldeia, até que a pessoa se transforme, quando só então poderá voltar. Em Jaraguá, disseram que antigamente a correção se dava também mediante surras de chicote, e que isso ainda ocorria em algumas áreas.<sup>7</sup> Sobre seu próprio sistema de justiça, os *Mbyá-Guarani* fizeram as seguintes observações:

As palavras têm de ser faladas corretamente. Nós, liderança, nossa boca não cansa! (Mulher mbyá-guarani).

Nós não aceitamos bagunça nem violência. Estamos sempre dando conselho, falando boas palavras, conversando na Casa de Reza. Nossa obrigação, enquanto liderança, é explicar e explicar bem (Homem mbyá-guarani).

Aqui a gente resolve os problemas conversando, dando conselho na Casa de Reza. Pajé dá conselho e liderança também dá. Fumaça a pessoa, reza, canta... Qualquer pessoa mais velha pode dar conselho. Se não consertar, vai fazer trabalho comunitário. Se ainda não consertar, ou se o caso é mesmo muito grave, aí é expulsão. Deportar pra outra aldeia. Se o infrator consertar, pode voltar. Mas tudo tem um tempo (Homem mbyá-guarani).

7 Evaldo Mendes menciona esse tipo de castigo, mas sublinha que sua ocorrência pertence ao passado, aplicado apenas “em situações extremas, quando outras tentativas de afastar o ‘mal’ da pessoa não tiveram sucesso” (SILVA, 2007, p. 166).

Corrigir: dá duas chances, se não corrige, é expulso. Tem castigo de serviço comunitário. Antigamente levava chicotada, amarrava no tronco... hoje isso acabou. Tem família que é muito conservadora e corta os cabelos das mulheres. Isso ainda usa, mas tá acabando porque comunidade não aprova mais (Mulher mbyá-guarani).

Geralmente, os *Mbyá-Guarani* não recorrem à autoridade pública para resolver assuntos sobre os quais possuem mecanismos próprios de controle. Porém, para casos de infrações consideradas especialmente graves ou de difícil solução, o caminho preferencial é recorrer à “justiça dos brancos”. Essa é, hoje, uma opção integrante de seu próprio sistema de justiça, o qual funciona combinando soluções internas com a intervenção externa do Estado.

A gente gosta, sim, de algumas situações o não-indígena ajudar nós. Caso de homicídio, estupro, prefere levar pra justiça do branco. Não resolve sozinho. Fora isso, a gente consegue resolver. Não precisa do branco. Nós mesmos temos maneira de resolver e a gente decide quando precisa do branco (Mulher mbyá-guarani).

Significa que há no interior do sistema abertura e disposição para trabalhar em conjunto com o poder público. Porém, as estratégias locais para mediar conflitos costumam ser eficazes; e a intervenção externa só é permitida em casos específicos e por juízo das próprias autoridades indígenas. Uma iniciativa estatal que atrepele as lideranças, fragiliza o sistema de controle social do grupo e pode agudizar ainda mais o mal que se pretende combater.

### **3.5 Sistema político**

Intrinsecamente associado ao sistema jurídico está o sistema político mbyá-guarani: um não funciona sem o outro. A principal característica é, sem dúvida, a descentralização. O sistema político mbyá-guarani é absolutamente descentralizado. Como mencionado, essa sociedade se organiza com base nos grupos de parentes, o módulo organizacional de maior importância. Todos devem pertencer a uma parentela, e aquele que não a possui, acaba por se agregar a alguma. Nas palavras de Levi Pereira, “o pertencimento a uma parentela é pré-condição para a existência social” (PEREIRA, 2002, p. 185).

A unidade política básica mbyá-guarani, portanto, não é a aldeia, mas a parentela. E cada qual possui liderança própria. Por isso, onde houver mais de uma parentela, haverá mais de um líder. Não existe uma autoridade central que se sobreponha ou unifique os diversos grupos de parentes. Quando eventualmente os *Mbyá-Guarani* se referem a um “cacique geral”, trata-se de uma liderança para fora, destacada para resolver assuntos de interesse coletivo no âmbito da sociedade branca envolvente, como a questão fundiária por exemplo. Mesmo assim, e isso é importante destacar, ser cacique-geral não implica na prerrogativa de sobrepor-se aos demais líderes locais. O que pode existir são parentelas que, devido à sua extensão ou ao seu prestígio, acabam por agregar outras, menores, conseguindo destaque sobre as demais. As lideranças desses grupos alargados, evidentemente, são fortalecidas; porém, seguirão líderes de seus grupos – e não dos demais – e não estão autorizadas a falar por todos.

Contrariando parte do senso comum sobre as sociedades indígenas, imaginadas como totalidades coesas lideradas por um “Cacique”, entre os *Mbyá-Guarani* o que temos é a coexistência de grupos locais com notável autonomia em relação uns aos outros, cada qual com chefia e domínio próprios. Portanto, não existe um cacique por aldeia, por mais que seja essa a nossa expectativa. A não ser que na aldeia haja uma única parentela, e não é o caso de Jaraguá. Ali, há lideranças, no plural.

E isso não significa desordem. Essa forma de sociabilidade é comum aos povos *Tupi Guarani* de todo lugar e tem se mostrado eficaz ao longo dos séculos, por mais divergências que suscite. As parentelas certamente discordarão entre si, e algumas vezes até prolongar-se em acentuadas disputas internas. Mas isso é inerente ao próprio sistema. As parentelas vão divergir, mas vão também buscar entendimento. O sistema não trabalha com unanimidade, mas com consensos; funciona baseado em consensos, e sua busca é contínua. O que é feito por meio das clássicas e incansáveis assembleias regularmente promovidas nas Casas de Reza. É essa dinâmica o motor do sistema. O autêntico líder mbyá-guarani, aquele que conta com a concordância dos seus e a deferência dos demais, é quem verdadeiramente encarna o papel do mediador em busca de consenso. É a capacidade de produzir consenso que dá à autoridade indígena o prestígio necessário para se manter na liderança. A relevância de sua parentela é fundamental, evidentemente, mas se falha nessa que é sua principal função, dificilmente conseguirá permanecer líder.

Portanto, o exercício da liderança é feito por meio da palavra, e não da força. A chefia não possui força coercitiva, e sua autoridade depende exclusivamente de sua capacidade de persuasão, traço fundamental para se compreender o sistema político-jurídico mbyá-guarani. Sobre isso, Pierre Clastres escreveu:

O chefe tem a tarefa da manutenção da paz e da harmonia no grupo. Ele deve também apaziguar as disputas, regular as divergências, não usando de uma força que ele não possui e que não seria reconhecida, mas se fiando apenas nas virtudes de seu prestígio, de sua equidade e de sua palavra. Mais que um juiz que sanciona, ele é um árbitro que busca reconciliar (CLASTRES, 1978, p. 23).

São características que se aplicam integralmente ao líder mbyá-guarani que, no exercício de sua chefia, conta apenas com o poder das “boas palavras”. Na expressão de Pierre Clastres, ao chefe indígena cabe o dever da palavra:

[...] as sociedades indígenas não reconhecem ao chefe o direito à palavra porque ele é o chefe: elas exigem do homem destinado a ser chefe que ele prove seu domínio sobre as palavras. Falar é para o chefe uma obrigação imperativa, a tribo quer ouvi-lo: um chefe silencioso não é mais um chefe. E não nos enganemos com isso. Não se trata aqui do gosto, tão vivo entre tantos selvagens, pelos belos discursos, pelo talento oratório, pelo falar pomposo [grand parler]. Não se trata aqui de estética, mas de política (CLASTRES, 1978, p. 107).

### **3.6 A intervenção do Estado**

Esta é a cena político-jurídica mbyá-guarani: um sistema descentralizado, baseado em parentelas autônomas, vinculadas por redes de interesse comum em busca de consensos, por meio do único poder que lhes cabe: a persuasão, em que a palavra é a principal arma. É assim que operam as lideranças do grupo e, para intervir, cabe ao Estado aceitá-las e saber dialogar com elas se o objetivo é uma atuação capaz de ser aceite e produzir resultados, em cumplicidade com as vítimas e aprovação do grupo.

Tem de reunir, fazer assembleia pra conversar. É conversando que a gente resolve nossos problemas. Se não concordar... vai ter de concordar! Por isso tem de conversar, até concordar (Homem mbyá-guarani).

A comunidade tem mais força que a liderança. Internamente é a comunidade que tem a última palavra. Se não concorda todo mundo, tem de discutir até ter acordo, porque não é a cabeça de um só que conta. É de todos (Mulher mbyá-guarani).

Atuar articulado com as iniciativas locais é um cuidado especial que a intervenção estatal deve ter para não desacreditar as estruturas internas do grupo que ainda operam com eficácia. Se as lideranças atuais em Jaraguá não apresentam respostas satisfatórias para os problemas de violência sexual que têm sido denunciados, mas o grupo, coletivamente, ainda acredita na capacidade de resposta de seu sistema político-jurídico, não devem ser os órgãos do Estado a desacreditá-lo. Daí a relevância de uma atuação amigável: para fortalecer e não enfraquecer as estruturas internas do grupo. Ao acreditar em suas instituições, assim como na capacidade das atuais gerações de as reproduzirem com eficácia, o Estado habilita-se a interferir naquilo que não está funcionando bem, respeitando o que está.

Não é o sistema político-jurídico mbyá-guarani que deve ser combatido. Pelo contrário. Deve-se atuar nele, em parceria, de modo a fortalecê-lo, ajudando-o a absorver e a responder satisfatoriamente às novas demandas por direitos relativas à proteção da mulher, da criança e do adolescente. Só assim o grupo se manterá íntegro, e com capacidade de garantir o controle social interno. Na velha expressão popular, é atuar “sem jogar fora o bebê com a água do banho”.

Significa isso dizer que a cumplicidade dos órgãos do Estado promotores de justiça – Ministério Público, Conselho Tutelar e as próprias polícias –, não deve ser exclusivamente com as vítimas, tomadas individualmente, mas, e talvez sobretudo, com os sistemas coletivos de controle social. Mesmo porque, uma atuação que protege o indivíduo, mas fragiliza o coletivo, não resolve; sobretudo se levarmos em consideração a noção de pessoa do grupo, em que os indivíduos a serem protegidos se veem, e são vistos, atávica e consubstancialmente ligados a um coletivo.

Se o objetivo é ter as vítimas como aliadas, é preciso estar atento a essas nuances e tê-las em conta. Para isso, o melhor que o Estado tem a fazer é procurar uma solução negociada para uma atuação, necessariamente, conjunta. Existem redes locais que, se forem acessadas, podem levar os órgãos estatais para o interior do sistema político-jurídico mbyá-guarani, a fim de nele conquistar um lugar de voz, como aliado e não adversário. O Estado tem plena capacidade de exercer o papel

de líder conciliador, do mediador em busca de consensos, utilizando-se dos mesmos mecanismos de poder dos *Guarani*: a persuasão pela palavra.

É importante lembrar, entretanto, que se trata de um povo de tradição oral, com a experiência da fala e não da escrita. O envio de documentos, ainda que endereçados às lideranças, está longe de ter alcance entre eles. A palavra escrita perde força persuasiva. Até porque, não basta falar, é preciso também ouvir, e documentos levam a palavra das autoridades estatais, mas não sua escuta. Ouvir os índios é fundamental em uma atuação conjunta. Porém, deve ser por meio de uma escuta sensível, em suas aldeias, levando em conta o contexto em que normalmente se expressam e se comunicam. E isso, como os próprios *Mbyá-Guarani* explicam, exige “reunir-se sem pressa com a comunidade na Casa de Reza”.

Reunir comunidade. É assim que funciona pra Guarani. Primeiro conversar: escutar, falar; depois resolver. Sem conversa não resolve nada. Tem de conversar muito mesmo (Homem mbyá-guarani).

É essa a solução na qual os *Mbyá-Guarani* acreditam e é nela que o Estado deve atuar. Inclusive para demonstrar que existe boa-vontade e abertura para o diálogo, e para uma atuação conjunta. Uma atitude persuasiva que, certamente, motivaria o grupo a assumir a parceria com o Estado no combate à violência sexual no interior das aldeias, proporcionando resultados mais satisfatórios.

## Considerações finais

A pesquisa empreendida permitiu concluir que as especificidades socioculturais identificadas para os *Mbyá-Guarani* de Jaraguá, relativas às denúncias de violência sexual contra mulheres e crianças, exigiam do Estado uma atuação mais específica. Por outras palavras, uma atuação capaz de levar em conta o modo como os membros dessa sociedade fazem as coisas e gostam de ver as coisas serem feitas.

É impossível falar em proteção sem reconhecer a maneira como as pessoas a serem protegidas se concebem e se percebem seguras. Quando a pauta é o bem-estar de alguém que não compartilha conosco as mesmas concepções, a transposição de valores e soluções põe em risco a própria ação institucional. Uma atuação que protege o indivíduo, mas fragiliza o grupo, ofende o próprio sentido de segurança dos *Mbyá-Guarani* de Jaraguá. Ali, a pessoa não se vê

nem é vista individualizada, mas parte consubstancial de um coletivo. Focar no indivíduo como o sujeito universal de direito é optar por uma proteção que necessariamente será relativa e parcial. É que certamente encontrará resistências.

A atuação estatal deveria ocorrer de modo a fortalecer, e não enfraquecer o grupo e seus sistemas de controle social. É pena que os *Mbyá-Guarani* vejam em órgãos de segurança e defesa de direitos, como o Conselho Tutelar e a Polícia Militar, entre outros, adversários a serem combatidos, quando já têm tantas e tão fortes oposições às suas causas. Mas isso não depende só deles. Depende também do grau de flexibilidade dessas instituições em se tornarem aliadas, e não adversárias. Acomodar o sistema jurídico nacional aos processos internos de controle social dos *Mbyá-Guarani* é a única maneira de alcançar uma atuação realmente específica. Encontrar um canal de acesso e atuar associado, em conjunto com os mecanismos de controle social do grupo, participando como aliado dos contextos decisórios internos, é o caminho que garantirá ao Estado o alcance de suas ações no combate à violência sexual contra mulheres, crianças e adolescentes, em cumplicidade com as vítimas, e com os próprios *Mbyá-Guarani*.

## Referências

ALBO, Xavier. Principales Características del Derecho Consuetudinario. In: **Artículo Primero, Revista de Debate Social y Jurídico**, N° 7. Santa Cruz de la Sierra: Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social/CEJIS, 1999.

AMORIM, Elaine. **Laudo Pericial 58/2016-Seap: salário-maternidade a menores de dezesseis anos**. PGR-00213442/2016. Brasília: Procuradoria Geral da República, 2016. (Inédito)

BENITES, Tônico. **A escola na ótica dos ava kaiowá: impactos e interpretações indígenas**. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro/Museu Nacional, 2009.

CHAMORRO, Graciela. **Terra Madura Yvy Araguayje: Fundamento da Palavra Guarani**. Dourados: Editora UFGD, 2008.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1978.

COHN, Clarice. **Antropologia da criança**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

MALINOWSKI, Bronislaw. **A Vida Sexual dos Selvagens**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

MAUSS, Marcel. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a noção do eu. In: **Sociologia e Antropologia**. Vol. 1. São Paulo: E.P.U./EDUSP, 1974.

NUNES, Ângela. **Brincando de ser Criança: Contribuições da Etnologia Indígena Brasileira à Antropologia da Infância**. Tese (Doutorado). Lisboa: Departamento de Antropologia do ISCTE, 2003.

PEREIRA, Levi M. No mundo dos parentes: a socialização das crianças adotadas entre os Kaiowá. In: LOPES DA SILVA, Aracy; NUNES, Angela; MACEDO, Ana V. L. (Orgs.). **Crianças Indígenas: ensaios antropológicos**. São Paulo: Editora Global, 2002.

\_\_\_\_\_. A socialização da criança kaiowá e guarani: formas de socialidade internas às comunidades e transformações históricas recentes no ambiente de vida. In: **Anais 32º Encontro Anual da Anpocs**, Caxambu, 2008.

\_\_\_\_\_. **Imagens Kaiowá do Sistema Social e seu Entorno**. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo/USP, 2004.

SCHADEN, Egon. **Aspectos Fundamentais da Cultura Guarani**. São Paulo: EPU-Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

SILVA, Evaldo Mendes da. **Folhas ao vento a micromobilidade de grupos Mbya e Nhandéva (Guarani) na Tríplice Fronteira**. Tese (doutorado). Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro/Museu Nacional, 2007.

*Lei do Índio ou Lei do Branco – Quem Decide?*

TASSINARI, Antonella. Concepções Indígenas de Infância no Brasil. In: **Revista Tellus**, ano 7, n.13, Campo Grande: UCDB, 2007.

VEIGA, Juracilda. **Movimento e permanência Guarani no Estado de São Paulo**. Pós-Doutorado em Demografia NEPO. Campinas: UNICAMP, 2013.

# Sociedades Ecocosmológicas e Interlegalidade: a Experiência Mapuche e o Azmapu Frente a Etnofagia Multicultural

Sandra Nascimento<sup>1</sup>

## Introdução

Considerar as institucionalidades de sociedades ecocosmológicas exige antes tratarmos da perspectiva da etnicidade como categoria do conhecimento que carrega o traço ocidental, segundo o qual não é possível fazer enquadramentos culturais ou traçar um único perfil das muitas comunidades de povos originários no cenário das Américas. O impacto do colonialismo e de sua projeção no tempo reatualizando-se permanentemente em práticas de subordinação jurídica, como apontei em trabalho anterior (NASCIMENTO, 2016), torna a tarefa de avaliar o campo das interações entre sistemas jurídicos não muito simples em contextos de reconfigurações culturais.

As inevitáveis (re)construções identitárias ao longo processo das práticas de extermínio cultural engendradas pelo colonialismo imposto aos povos originários no continente revela o desafio dessa reflexão frente a polarização étnica da conjuntura latino-americana.

De acordo com Barth (1976), as identidades étnicas não são estáveis, são trajetórias, e, neste aspecto, são processuais. Quando analisamos a trajetória das relações intersubjetivas envolvendo integrantes da sociedade nacional (não indígenas) é possível notar que, num mesmo ambiente racial (e em função dele), o caráter dinâmico da etnicidade e também a sua porosidade são inegáveis (NASCIMENTO, 2016).

---

1 Doutora em Ciências Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas (PPG-ECsA) do Departamento de Estudos Latino-Americanos (ELA) da Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da UnB. Pesquisadora-colaboradora no Departamento de Estudos Latino-Americanos (ELA/ICS/UnB). Professora Universitária. Contato: sandranascimento2015@gmail.com.

No panorama das sociedades nacionais os códigos culturais hegemônicos, da forma como pactuados, são permanentemente flexibilizados, o que não se verifica nas relações interétnicas quando há um “outro” distinto do grupo nacional.

Muito embora não haja dúvida sobre o caráter da transmutabilidade dos códigos culturais, há elementos fundacionais em cada grupo identitário que se constitui como um marcador que é a memória étnica/social. Esta possui caráter de permanência no tempo. De acordo com Comaroff e Comaroff (*apud* NASCIMENTO, 2016, p. 340), a aparição de grupos étnicos e o despertar da consciência étnica são, por contraste, produto de processos históricos que estruturam relações de desigualdade entre entidades sociais formais, são os correlativos sociais e culturais de uma forma específica de articulação entre grupos.

Em outra perspectiva, pode-se compreender a etnicidade como “um processo histórico de cristalização identitária produzido numa comunidade humana altamente polarizada que mantém o confronto permanente entre a memorização cultural das relações sociais do passado e as relações sociais do presente” (CAHEN, 2002, p. 96). É nisso que se confundem práticas e memórias da geração passada e a do presente.

A etnicidade é também entendida como produto social, que, segundo o mesmo Cahen (2002, p. 96) é fruto do papel estruturante da cultura como memorização social. Tal concepção apresenta-se como funcionalmente relevante, tanto para pensar as sociedades indígenas quanto repensar a própria sociedade nacional, em particular dentro da conjuntura multiculturalista das últimas cinco décadas.

A narrativa multiculturalista e os multiculturalismos, no entanto, engendraram as concepções de diversidade cultural como elemento de pacificação das reivindicações de grupos étnicos. Mesmo com este prisma acabou por abrir uma fenda irreversível, a das narrativas pluralistas, entre as quais a do pluralismo jurídico. Neste plano, coloca-se em xeque a (falsa) ideia de que o Estado e o direito nacional são realidades indissolúveis, únicas e transcendentais.

Que significará, então, a diversidade de culturas ante ao fenômeno jurídico, no mais profundo de sua expressão, em face da práxis ocidental de dominação pela hierarquização dos saberes?

Aqui, neste artigo, cuida-se de refletir sobre realidades pluriétnicas, em particular, indagando se existe ou não um direito próprio, distinto do direito nacional, e de que maneira interatuam, concretamente, no contexto das tensões personificadas nas relações moldadas no padrão de poder moderno/colonial. Esta reflexão exige que sejam trazidas aqui as perspectivas sócio-antropológicas e o pensamento jurídico crítico para compreender o movimento de múltiplas expressões jurídicas a partir da noção de interlegalidade.

Para esse empreendimento, tomaremos como referência a experiência do povo *Mapuche*, relativamente ao seu sistema sóciopolítico e jurídico representado na concepção do *Admapu* (ou *Azmapu*).

Este trabalho toma como referência a experiência histórica de autodeterminação do povo *Mapuche*, em particular, quanto as suas institucionalidades frente a sociedade nacional chilena, que traduz a dinâmica da polarização étnica e do colonialismo interno.

O povo *Mapuche*, pelas comunidades fixadas na parte do denominado Gulumapu, sobre a qual se sobrepõem as fronteiras oficiais do Chile, e enquanto grupo distinto da sociedade nacional chilena, integra o conjunto das sociedades ecocossmológicas no continente americano, que fundamentalmente tem sua configuração identitária em torno do espaço territorial como “lugar” existencial/cultural.

A experiência de soberania territorial permitiu ao povo Mapuche que preservasse suas próprias estruturas de governabilidade que lhes garantia o controle efetivo sobre seus territórios (MARIMÁN QUEMENADO, 2006). Uma importante distinção em relação ao povo *Mapuche* e outras comunidades originárias na América Latina, em particular, é o fato de que se mantiveram por mais de um século em seus territórios mediante acordos internacionais. Primeiro com a coroa espanhola e posteriormente com o primeiro governo independente do Chile, quando foram derrotados pelas políticas hegemônicas de expropriação de terras e extermínio étnico, que se deu, entre Chile e Argentina, por volta de 1881 (BENGOA, 1985). A chamada “Pacificação da Araucania” foi articulada com este propósito.

O povo *Mapuche*, atual, (re)constitui sua etnicidade como “identidades territoriais”, pela qual se conectam e interconectam espaço, tempo e política ante aos múltiplos campos de sua existência intersubjetiva e permanência num determinado lugar, conforme nos aponta os estudos de Fabien Leboniec (2002). Há um conjunto de “pré-condições étnicas” como a língua, as tradições, os cos-

tumes, a cultura, os “recuerdos”, os mitos, os símbolos e os valores, que definem a nova etnicidade *Mapuche*, que de forma dinâmica, é resultado das elaborações das elites e intelectuais do passado (MARIMÁN QUEMENADO, 2102).

Assim, tratar da relação entre o direito próprio e o direito nacional – jurisdição – torna-se uma empreitada complexa que abrange compreender a dimensão da etnicidade, do etnocentrismo e da colonialidade do poder sobre a dinâmica de autonomia e autodeterminação dos povos originários no continente americano.

Mais desafiadora é a tarefa de apontar o que é próprio e único da jurisdição dos povos originários frente a jurisdição nacional, na medida em que nos quase seis séculos de imposição cultural monolítica e a tentativa constante do extermínio cultural, acabou por levar a uma suposta indiferenciação dos sistemas jurídicos.

Este artigo é uma tentativa de articular as categorias ocidentais de sistema jurídico frente ao que pode ser ou é uma organização jurisdicional intraétnica e diferencia-la das institucionalidades nacionais. Por esta razão optamos por apresentar a experiência do povo *Mapuche* que persiste na reconstrução e realização de suas próprias institucionalidades reatualizando o *Azmapu*.

## **1. O povo Mapuche: la gente de la tierra, território ancestral e o AZMAPU**

A organicidade sociopolítica mapuche é marcada pela não centralidade política e por uma dinâmica estruturalmente difusa em referência a sua organização social, como destaca Boccara (1999).

O *Mapu*, para o povo *Mapuche*, representa a espacialidade existencial, que se configura no âmbito material e imaterial, e nele que as diversas expressões de vida realizam. Historicamente possui a extensão entre os oceanos pacífico e atlântico, cartográfica e cosmológica que caracteriza a experiência identitária.

Na primeira república chilena, nos anos de 1881 a 1883 ocorreu uma intensa política de expropriação do território *Mapuche*, na conhecida política da *radicación* que consistiu na entrega de títulos de *Merced* a cerca de 3.000 famílias *Mapuche* (NASCIMENTO, 2016).

Em 1541, com a fundação da cidade de Santiago e por meio das práticas de opressão e mestiçagem desenvolvidas pelo empreendimento pós-colonial, levou a considerável redução do território *Mapuche*, provocando considerável impacto no seu modo de existir. De acordo com Bengoa (1985) os *Mapuche* foram forçados a se tornarem agricultores, forjando sua reconfiguração étnica de guerreiros e pastores de gado para *campesino* e agricultor (de subsistência).

Como sociedade ecocosmológica o povo *Mapuche* se estrutura e se mantém a partir da memória sócioancestral, reunindo uma cosmologia que abrange as categorias conceituais de identificação espacial, como lugar<sup>2</sup> material e imaterial do ser *Mapuche*.

As dimensões espaciais se interconectam com o *che* (a pessoa), e, por este aspecto, a pessoa e o cosmo se interconstituem, ou seja, a cosmologia espacial é marcada por um reposicionamento epistêmico das referências cartográficas articuladas com uma distribuição geo-humanitária, como marcos de potencialidade de vida e de realização da cultura *Mapuche* (NASCIMENTO, 2016).

Por esta concepção de existência, a recuperação das terras assume importante papel como componente articulador da reconstrução identitária *Mapuche*. Neste aspecto não se dissocia etnograficamente da dimensão cultural e política, e é justamente neste âmbito, da dinâmica étnica, que gira e se reatualiza a práxis do *Azmapu*, como epistême e práxis indissociáveis do ser no mundo. Por esta razão a reflexão sobre as interações entre o direito *Mapuche* e o direito nacional não se dissocia da compreensão sobre o significado de território e ancestralidade.

O *Azmapu* representa a tradição *Mapuche*, sua maneira própria de viver sob suas próprias leis (MARIMAN QUEMENADO, 2012). Segundo ressalta Cepeda (2011) entre as institucionalidades oponíveis ao cristianismo está o *Admapu*, também grafado como *Azmapu*, que se constitui como o núcleo duro da resistência *Mapuche* à conversão cristã.

---

2 Wenu que é o “espacio de arriba relativamente próximo a la superficie del suelo y los espacios más lejano”; o *ragiñ wenu mapu*, onde a cultura se realiza, como dimensão espacial concreta. “*Natüq mapu* visto como el planeta, y en el lenguaje común y cotidiano se usa para referirse a los espacios de tierra de cultivo ‘*kexawe*’ o ‘*lelfün*’, *l wigkul*, *El Menoko* e *Miñche mapu*”(CHILE, 2008, p. 605-606 *apud* NASCIMENTO, 2016).

De acordo com Melin Pehuen (2016, p. 22) há duas interpretações para o *Azmapu*, uma que se interconecta com a dimensão da natureza, e outra que se configura como constructo, que se constitui como um

conjunto de normas y reglas que determinan las relaciones que el hombre establece con otros individuos y con el entorno natural. En la medida en que el hombre actúe basado en las normas establecidas, podrá ser valorado y considerado como un miembro del grupo social, de lo contrario, recibirá las sanciones correspondientes que definirán si logra ser considerado parte del grupo o, al no obedecer las normas, ser incluso expulsado de su entorno social.

Trata-se de um sistema de vida *Mapuche*, um sistema normativo. Segundo Marimán Quemenedo (2006) o *Azmapu* “involucra elementos sociales, religiosos, económicos, políticos, etc., y es el resultado de la relacion de reciprocidade generada entre la población y el espacio territorial específico en el cual esta se há assentado” (*apud* NASCIMENTO, 2016)

Algumas das institucionalidades estruturantes reguladas pelo *Admapu*, que tem sido reatualizada e fortalecida ao longo do tempo, são as autoridades sociopolíticas denominados de *Lonko* e *füxa Lonko*<sup>3</sup>; a autoridade militar, o *weychafe*; a autoridade sociocultural, o *werken*; e, autoridade xamanica/religiosa, *machi*. O *Lonko* (*longko*) é o condutor político do *Lof* que é a base social que compõe a base territorial que é o *Rewe Mapu* (SÁNCHEZ CURIHUENTRO, 2001).

Existe um processo dinâmico e autodeterminado do existir/atuar do povo *Mapuche*, não só pela prolongada experiência de soberania territorial do século XVIII e início do século XIX, mas principalmente por meio de grande parte de suas comunidades que desenvolve planos de (re)construção de sua etnicidade, atualizando e restaurando institucionalidades próprias, antes suspensas.

De acordo com Chichal (*apud* NASCIMENTO, 2016, p. 219) no momento atual, para falar da sociedade *Mapuche*, seja em termos históricos ou conjunturais, é indispensável referir-se à complexidade de um fenômeno que integra as diferentes realidades em que estão inseridas, que segundo ele foram “empurradas, dentro do contexto da desintegração”.

3 O *füxa lonko* é a principal autoridade sociopolítica do *Wichan Mapu*, que são os territórios mapuche aliados (MARIMÁN QUEMENADO, 2006).

Embora tenham sofrido, como outros povos no continente, com a dinâmica colonialista do extermínio cultural, muitos elementos da cultura e identidade *Mapuche* persistem e são restaurados e reatualizados dentro de uma reconfiguração sociopolítica frente a sociedade nacional.

Segundo Sánchez Curihuentro (2001), o *Azmapu* se refere a todos os aspectos da vida *Mapuche*, onde o fazer justiça significa restabelecer o equilíbrio cósmico.

Em termos formais, a estrutura do *Azmapu* com a sociedade nacional ocidental não se diferencia quando se trata de identificar um conjunto de regras que rege a conduta dos indivíduos e seus comportamentos públicos. Nada de novo, se pensarmos sob a ótica do pensamento jurídico ocidental, no entanto, a diferença é fundamentalmente de origem, ou seja, nos princípios fundacionais da sociedade *Mapuche*.

Um dos principais aspectos diferenciadores é a concepção de integridade humana e natureza – a terra – representativamente circular. *Mapuche* significa, em si, povo da terra, mas não a terra geograficamente delimitada, mas a terra cósmica. Essa dimensão de integridade deve ser compreendida como identidade unitária, ou seja, sem fragmentação. O que o diferencia do pensamento ocidental em termos mais profundos é a indissociabilidade do ser. Por outro lado, a unidade sociopolítica e existencial que consiste o *Azmapu*, não autoriza que sua compreensão se desdobre em algo de hegemônico ou unitário.

Cada comunidade experimenta a seu modo as fórmulas de sua organização de equilíbrio cósmico. De acordo com Melin Pehuen *et al.* (2016, p. 21)

Al interior de un territorio existen otros AzMapu de espacios más pequeños, que conforman el AzMapu de una zona, con la gente que en su interior se identifica con ella y sus características geográficas: territorios de terrenos planos, con presencia o no de plantas nativas, con presencia de determinadas aves y animales nativos, el color del suelo, etc.

Trata-se de compreender o caráter singular da conexão espiritual e simbólica que tem relação “con la vinculación entre las personas y los entes de la naturaleza y, con ello, con el sistema de creencias propio (*feyentun*)” que se manifesta de diversas formas, “siendo el sueño (*pewma*) una de las fundamentales, con la finalidad de poner o restaurar el respeto a las normas, tanto

en las conductas como en la toma de determinadas decisiones personales o colectivas (MELIN PEHUEN *et al.*, 2016, p. 26).

O Az, na cosmovisão *Mapuche*, é a forma de organizar qualquer coisa (MELIN PEHUEN *et al.*, 2016, p. 35). Para estes autores há uma dimensão de princípios e valores que está na base do “ser” *Mapuche*, em vários aspectos.

Este conjunto de valores se asocian directamente con los mecanismos de resolución de conflictos, existiendo detrás de esto un determinado sentido de la justicia que, a su vez, dice relación con el mogen o kvme mogen, o sea, la finalidad de vivir en sociedad, cuyo ideal se ha ido transformando y reacomodando dadas las circunstancias actuales (MELIN PEHUEN *et al.*, 2016, p. 36).

Em suas experiência próprias e de outras conversações, intelectuais *Mapuche* destacam que há formas jurídicas, além dos valores e princípios consagrados na organização social e política que os constituem, que mostram a potencia das institucionalidades próprias, como em relação a esfera penal, a questão do casamento, a de propriedade, do refugio, entre outras, as quais estão retomando, principalmente por meio de um modelo de organização, o *Kuyfi*, onde o *Azmapu* encontra alicerce seguro (MELIN PEHUEM *et al.*, 2016).

O resgate do modelo *Kuyfi*, como lugar de expressão do *Azmapu* leva em conta o aspecto do espelhamento sobre o qual se desenvolve a construção identitária, ética e cultural do povo *Mapuche*, como bem destacam Melin Pehuen *et al.* (2016, p. 32), ao afirmar os aspectos da forma de vida onde

[...] en espacios de pequeñas o grandes reuniones donde jóvenes, niños, mujeres y hombres, observan y escuchan el desempeño de los adultos y los ancianos en relación con cada uno de los propósitos que los convoca. Todos ellos bajo los principios del AzMapu.

É inegável a potencialidade de autodeterminação jurídica que constitui o mundo *Mapuche*, expressivo do pluralismo, que em termos de individuação é concreto e factível. No entanto, a interação com as institucionalidades nacionais é uma realidade possível e desejada pelos próprios *Mapuche*?

## **2. O Azmapu e a jurisdição nacional chilena: traços da racionalidade ocidental moderno/colonial e as impossibilidades práticas**

Na pesquisa de doutoramento que desenvolvi e conclui em 2016 foi possível compreender, a partir da comunidade *Mapuche Temucucui Autônoma*, que seus membros não conferem legitimidade às institucionalidades chilenas (NASCIMENTO, 2016).

De outro lado, sem dúvida alguma, não há na ordem jurídica chilena o desejo ou o empenho para a incorporação das formas de solução de conflitos pela jurisdição *Mapuche* ou de qualquer outro povo originário nas fronteiras ditas nacionais. Significa dizer que também o Estado chileno não confere legitimidade às institucionalidades *Mapuche*.

No entanto, é necessário ressaltar que o movimento intelectual *Mapuche* tem alcançado êxitos importantes, como, por exemplo, a instituição das Defensorias Penais *Mapuche* e a incorporação do tradutor intercultural para mediar o diálogo do judiciário com as comunidades *Mapuche*. No entanto, como se constata, a atuação desta Defensoria aplica o direito nacional e não incorpora a dimensão intertextual, em regra, ou seja, não contempla a cosmologia *Mapuche*, e, por outro lado, o Judiciário não dialoga com a legalidade *Mapuche*.

Ainda que tenha sido ratificada a Convenção n.º 169/1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no que se refere ao respeito aos modos de vida próprios dos povos originários, há uma disputa racializada que coloca as sociedades originárias na posição de dominação/subordinação jurídica e cultural (NASCIMENTO, 2016).

São poucas as experiências de decidibilidade que incorporam as formas “legais” do povo *Mapuche*. A questão ainda é muito marginal a atividade dos tribunais locais, dada a natureza legalista que emoldura a jurisdição nacional, tornando o debate pouco substancial em termos de afirmar ou negar a jurisdição como uma categoria do conhecimento jurídico.

Sem dúvida, a precedência da jurisdição nacional é um fato. A primazia da lei nacional, única que pode conferir competência jurisdicional ao povo *Mapuche* para aplicação do *Azmapu*, representa um dos aspectos das impossibilidades

práticas da interação entre as culturas. Seria simples, por um ato formal de Estado, do legislativo, que reconhecesse a jurisdição indígena, conforme destacam Melin Pehuen *et al.* (2016). Simples sim, na superficialidade do argumento, porém há uma disputa de posições que a questão racial e da supremacia cultural assumem centralidade no debate.

No reverso desse panorama, para o povo *Mapuche* as leis nacionais têm caráter invasivo, autoritário e mercantilista em que a propriedade privada tem mais valor do que a vida, havendo um sentido comum sobre a insuficiência do direito nacional, pelas razões históricas do despojo territorial/cultural. Isto permitindo-nos trazer o aporte decolonial e as categorias da colonialidade do poder, segundo formulado por Anibal Quijano (2005), para responder as questões da persistência das lógicas de dominação que exclui e desqualifica os produtos de outras formas jurídicas.

A memória da expropriação do território antigo é marca profunda nas gerações *Mapuche*, principalmente, as mais jovens, que fundamenta a continuidade da resistência. Não se pode, contudo, afirmar que a consciência política do povo *Mapuche* seja uma realidade homogênea. Por este aspecto nossa inferência decorre das interrelações observadas, ouvidas e sentidas no cenário dos nossos interlocutores e apoiadores da luta.

A blindagem etnocêntrica que se verifica relativamente à jurisdição *Azmapu*, que se desvirtua em narrativas de igualdade quanto ao sujeito, chileno ou mapuche, no entanto, frente as demandas específicas Mapuche, baseadas em suas noções de direito à terra, por exemplo, o Estado chileno responde sempre com repressão e violência, onde a criminalização faz parte de um ciclo político de desmobilização da luta.

As práticas de dominação/subordinação pelo direito nacional, mantendo o controle mediante o tecnicismo e a criminalização, forçam as comunidades *Mapuche* a buscar trilhas sociopolíticas subterrâneas, o que problematiza a irreversibilidade dos processos desenvolvimentistas capitalistas, bem como se opondo às intervenções arbitrárias e abusivas do Estado e das grandes corporações nos seus espaços sagrados (NASCIMENTO, 2016).

### **3. Interlegalidade: aspectos da etnofagia multiculturalista da jurisdição ocidental e os limites étnicos**

Tratar do reconhecimento do direito de sociedades pluriétnicas pelo direito estatal é paradoxal e carrega em si o desconforto de tratar dessa questão, mesmo no nível teórico. Por outro lado, a realidade concreta das estruturas de dominação não nos permite tratar a interlegalidade como uma perspectiva de alternativa, mas como práxis que está predestinada a ser superada. Chamo atenção aqui para o fato de que, ao mesmo tempo em que as estruturas de dominação não são irrevogáveis, elas são perenes, e todo o campo das interações étnicas, até agora, está permeada pela postura supremacista de concessões da sociedade nacional.

Assim, compreender as relações entre o *Azmapu* e o direito nacional chileno a partir de categorias ocidentais e por meio de instrumentos analíticos, não dão conta de traduzir a verdadeira face dos sistemas jurídicos em interação. Feita essa advertência, passo a análise do que se reconhece como interlegalidade.

Afirmava Sousa Santos, lá nos idos do final da década de 1980 (1988, p. 141) que “o direito, isto é, as leis, as normas, os costumes, as instituições jurídicas, é um conjunto de representações sociais, um modo específico de imaginar a realidade.” Tratava-se ali da consciência sobre as múltiplas expressões jurídicas. O cenário que se desenhou desde os anos 1970 dos estudos críticos sobre o direito, apontaram para o caminho de uma sociologia jurídica sobre o pluralismo jurídico, cujo ponto de partida era buscar alternativas ao positivismo e ao jusnaturalismo utópico (SOUSA JUNIOR, 2002). Contudo, não era elemento das reflexões e estudos a polarização com os sistemas jurídicos dos povos originários, em particular, desde a América Latina. Por outro lado, o lugar do alternativo à ordem jurídica nacional foi traçado a partir da jurisdição que se despontava em relação a vários grupos étnicos e identitários distintos, entre os quais dos povos originários. Torna-se importante, nesse momento, fazer essa distinção, relativamente ao motivo e premissas dos estudos críticos que levaram ao pluralismo como proposta teórica.

Rainer Nickel (2015) destaca que a ideia de pluralidade de fontes do mundo globalizado e o diálogo entre estas legalidades é algo recente e tem uma influência importante da literatura, no âmbito do que a compreensão de um texto estaria determinada por outros textos, característica da intertextualidade,

significando a impossibilidade de uma leitura autêntica a partir de apenas um texto. Esta configuração de diálogo entre culturas, pela perspectiva do texto, foi amplificada com a internet, segundo ressalta Nickel (2015).

Outro aspecto é o debate acerca do pluralismo jurídico que gira em torno ao reconhecimento ou afirmação de várias formas do direito ou modos de juridicidade (SOUSA SANTOS, 1988). Esta é uma das muitas perspectivas sobre o assunto. Porém, está, de alguma forma, atrelada à lógica do “reconhecimento” como elemento de validade destas outras formas jurídicas. Anne Griffiths (2014) adverte sobre a disputa do objeto de estudo, também um conceito de direito mais aberto cuja validade não exige necessariamente o reconhecimento. É também a Boaventura de Sousa Santos que se credita a atualização do termo para interlegalidade na perspectiva pós-moderna (NICKEL, 2015).

Tomar o pluralismo jurídico desde a perspectiva latinoamericana em relação aos povos originários, exige que não deixemos de lado o caráter hierarquizador do modelo de centralização epistemológica do direito nacional marcado pelo componente racial, a fim de identificar uma concreta fonte diferenciadora que fundamenta um direito, como ordem jurídica, distinto da ordem jurídica nacional.

Assim como a cultura se constitui de múltiplas interações entre os povos que acolhem e incorporam elementos umas de outras, o sistema normativo também se dá pelo intercâmbio dos objetos jurídicos de sociedades distintas, nelas mesmas e com outras, no qual os sistemas normativos se interpenetram, segundo ressalta Merry (*apud* SIERRA, 2011).

Sierra (2011, p. 390) pondera que

[...] en su gran mayoría los pueblos indígenas han debido adecuarse a las instancias y definiciones administrativas y judiciales impuestas por el Estado, y en ese proceso han desarrollado una gran capacidad para moverse en el espacio de diferentes ordenamientos legales y utilizar diversos recursos y registros jurídicos de negociación, por lo que no es posible identificar formas fijas.

Para ela, o direito indígena

[...] es el resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, y en gran medida ha sido moldeado por las relaciones de

dominación y tensión con los sistemas jurídicos dominantes: del colonizador, primero, del derecho estatal nacional, posteriormente, y hoy en día del derecho internacional” (SIERRA, 2011, p. 390).

É neste contexto, ainda segundo Sierra (2011, p. 391), que

se gesta la “interlegalidad” como la apropiación y puesta en juego de diferentes referentes normativos que son actualizados y combinados por los actores indígenas, individual y colectivamente, desde sus propias matrices culturales, para dar salida a sus problemáticas y exigir sus derechos.

A partir de resultados de sua investigação em relação ao México, Maria Tereza Sierra (2011) adverte que a interlegalidade se mostra também nas dinâmicas do Estado quando são desenvolvidas as redefinições de determinadas normas e instituições judiciais que obrigam ao reconhecimento da jurisdição indígena.

O cenário pode parecer um tanto favorável, e, por certo, há uma fissura na lógica monolítica do sistema jurídico ocidental, no entanto, não há dúvida de que em decorrência da colonização e da situação de colonialismo interno, os modos de regular os comportamentos e dar soluções a conflitos foram impactados, levando a múltiplas reconstruções da organização interna dos povos originários. As jurisdições indígenas, assim denominadas contemporaneamente, foram e são modeladas por uma confluência de fatores externos ao grupo, mas que encontram um ponto comum de conexão relativamente aos fatos sociais similares, mas não é suficiente para dinamizar a transformação social a partir da interação entre os grupos étnicos distintos.

A concepção de interlegalidade como representação do processo de trânsito epistemológico das práxis jurídica entre as culturas, dependeria ou necessitaria de uma consciência jurídica sobre esse movimento entre uma e outra, como produto da “interlegalidade” que se converte em um referencial importante para “analizar la disputa por la legitimidad del derecho indígena. Estamos efectivamente ante temas poco trabajados que constituyen retos de investigación” (SIERRA, 2011, p. 391).

Para Melin Pahuen *et al.* (2016, p. 70) a “interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico y, por ello, es también un término clave para una concepción posmoderna del derecho. Para estos autores a interlegali-

dade é um proceso altamente dinámico, que abrange a concepção de que “los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos, resultando de ello una mezcla irregular e inestable de códigos jurídicos”.

Em que pese essa realidade de impossibilidades de purismos das formas ou formulas jurídicas entre o direito ocidental e algumas expressões de normatização de sociedades de povos originários, sustento aqui, em relação ao *Azmapu*, e, portanto, ao povo *Mapuche*, não de forma onipotente e hegemônica, que os objetos jurídicos que produzem são distintos em face da origem fática em que se vinculam. Por certo, não se trata apenas de uma forma de direito distinta e separada do direito ocidental, numa perspectiva de um pluralismo débil, legalista ou clássico (GRIFFITHS, 2014), e que os objetos sociais se aproximam substancialmente. No entanto, há uma distinção relevantíssima, que não pode ser negligenciada e que o diferencia de outras experiências de sociedades colonizadas, que é o seu princípio fundacional, que lhe dá potência existencial – legitimidade histórica – e que dispensa o reconhecimento estatal para sua validade.

Essa questão é, a meu ver, crucial dentro do debate do pluralismo e da interlegalidade, quando se toma como categoria de análise a epistemologia decolonial. Em particular quando se analisam as disputas pelos objetos jurídicos em face de situações sociais equivalentes.

A interlegalidade é uma importante categoria conceitual, no âmbito da antropologia jurídica, que nos permite compreender e identificar os pontos de interconexão entre sociedades com modos próprios de vida e a produção jurídica estatal-nacional, que é fruto histórico dos processos de dominação cultural/étnica/territorial, e, portanto, das hegemonias moderno/coloniais eurocentradas e do risco permanente de sua perpetuação.

Em uma importante investigação sobre a jurisdição indígena no México, a pesquisadora Maria Tereza Sierra (2011, p. 392) observa que

históricamente la justicia indígena vigente ha sido una justicia subordinada, reducida al espacio comunitario, limitada generalmente a los asuntos de baja cuantía, sin ser considerada por el estado como verdadera justicia con su derecho propio (Chenaut y Sierra, 1995). En muchos casos ha sido más bien una justicia auxiliar e integrada a la estructura judicial del Estado, si bien en otros pudo reproducirse con más fuerza combinando o adaptando las figuras de autoridad oficiales con las tra-

dicionales, tal como ha sucedido con los pueblos indígenas del norte de México (Yaquis, Raramuris, Huicholes, entre otros) que han logrado mantener una mayor autonomía sobre sus gobiernos y su justicia.

A dinâmica da interlegalidade quanto ao desenho conceitual dos produtos jurídicos de sistemas distintos não se projeta na práxis frente às institucionalidades racialmente hierarquizadas da sociedade nacional. Há, por outro lado, uma falsa sensação de possibilidades da interação entre os sistemas jurídicos de modo equivalente, que se expressa na política multiculturalista.

Para compreender o componente que forja esse cenário, consideremos que o Estado e a sociedade nacional, moldados na hegemonia cultural e na ideologia supremacista, reatualizam permanentemente as estratégias de integração e assimilação de culturas. Como ressalta Patzi (1999), não mais por meio de métodos abertos e frontais do etnocídio, mas por meio de métodos simulados que denomina de etnofagia estatal<sup>4</sup>.

Trata-se de estratégia que torna factível a lógica multicultural, que é inaugurada no mundo liberal ante o fracasso de subsumir às distintas culturas. Segundo Patzi (1999, p. 540)

los criterios bajo los cuales se ha instituido la multiculturalidad han partido de la autocrítica, de la consideración que los poderes tanto autoritarios como democráticos no habrían logrado unificar culturalmente la sociedad para imponer un control absoluto a unos individuos y grupos cuyos intereses, opiniones y creencias siempre son diversos.

Em referência aos sistemas jurídicos distintos de sociedades ecocosmológicas, penso que as armadilhas do campo multicultural certamente irão fracassar. Isto porque, a meu ver, o direito ou a ordem jurídica nelas não é, como no mundo ocidental, uma externalidade, ou seja, não é um fenômeno da fragmentação indivíduo-sociedade. Ao analisar e refletir sobre o *Azmapu* e o que o constitui como jurisdição *Mapuche*, não há como identificar aspectos de uma interatuação com o direito nacional, dadas as condições de integridade e unidade sociocultural em que se funda. Por esta razão, algumas comunidades do povo *Mapuche*, como a

---

4 Sobre o assunto, conferir também: Diaz-Polanco (2005); Boccara e Bolados (2010).

do *Lof Temuicui Autónoma*, recusam a intervenção estatal, e atuam no sentido de exigir respeito e não reconhecimento (NASCIMENTO, 2016).

Há, por outro lado, na experiência das cortes chilenas, uma disputa de posições de validez das normas, seletivamente desenhada, quanto à aplicação ou não das formas de solução de conflitos do direito Mapuche, como ocorreu no caso de violência doméstica. Registram Melin Pahuem *et al.* (2016) que a corte de apelação de Temuco decidiu por reconhecer que a forma de solução de conflito pelo *Mapuche*, dando aplicação a Convenção n.º 169, ora negando a validade de decisões da comunidade baseada em seu direito próprio. Em qualquer caso os autores nos mostram que para o reconhecimento da normativa Mapuche, é vinculativo parecer antropológico, para atestar a historicidade de uma prática.

Conforme sustenta Sierra (2011, p. 391) os estudos sobre a interlegalidade devem mostrar “los usos e interpenetraciones normativas en la práctica de la justicia, y que al mismo tiempo documenten el sentido en que la diferencia cultural se hace visible en estos espacios, como referentes centrales del derecho indígena.”

Esse contexto, comum ao âmbito dos povos originários frente aos Estados nacionais latinoamericanos, nos leva a conjecturar sobre as impossibilidades da interlegalidade no âmbito do *Azmapu*. O que, de todo modo, não representa excluir que a jurisdição nacional adote formas para reconhecer determinadas práticas dentro da cultura *Mapuche*. No entanto, reafirmo que a dimensão do direito como expressão de cultura, não sustenta a lógica do *Azmapu*, como expressão étnica, e, portanto, assume o papel de marcador identitário.

## **Considerações finais**

É importante que tenhamos consciência de que a pretensão de jurisdição indígena autônoma – isto é, um sistema jurídico próprio dotado de legitimidade e validade – ainda é uma ilusão, assim como o é a interculturalidade, dentro de sociedades que ainda vivenciam a violência simbólica (BOURDIEU *apud* PATZI, 1999). Esta, em sua concretude contemporânea, é direcionada a desqualificar e reduzir a potência das instituições jurídicas dos povos originários em relação a seu próprio sistema de solução de conflitos.

Quando se tratam de sociedades ecocosmológicas, o espectro da interlegalidade se restringe ante a deficitária relação entre culturas nos moldes da equivalência, imperando, por certo, o horizonte do colonialismo interno e da colonialidade do poder.

É no passado colonial que encontramos a inspiração moderna (eurocêntrica) de conservar sua organização social e política projetadas nas codificações e na ideia da unidade e da onipotência estatal, fato que torna o eurocentrismo e as epistêmes modernas/coloniais problemáticas frente as consequências reais que o projeto de dominação/subordinação provoca sobre o cotidiano de milhares de pessoas, grupos, comunidades e povos que compartilham a historicidade dos processos e dos resultados da colonização.

O desprezo pela realidade pluricultural tem sido persistente, no qual o padrão da modernidade/colonialidade reatualiza permanentemente o seu princípio fundacional, o da hierarquização racializada da sociedade nacional e de suas institucionalidades.

As institucionalidades jurídicas no Brasil são edificadas no contexto de apropriação seletiva ou por conveniência. Significa dizer que existe um traço colonialista em adotar o que não provoca ruptura no *status quo* dos privilégios das elites nacionais (NASCIMENTO, 2016).

Ainda que se amplie o espectro crítico sobre o direito, em relação ao pluralismo e a função do direito, também como instrumento de emancipação, o cenário vivenciado na América Latina é ainda desenhado pela subordinação à lógica eurocentrada, como forma de pacificar situações sociais concretas de conflitos seculares.

Uma das particularidades do Estado Moderno ou Estado de Direito Constitucional, em abstrato, é a de impor a obrigação de motivar as decisões, ou seja, de explicitar as razões dos feitos do poder público, assegurando sua “confiabilidade”, como sustenta ATIENZA (2002). Ocorre que essa motivação é sempre manipuladora da intersubjetividade. O direito moderno/colonial funciona na lógica de “um” atuar racional, dependente de justificação, mas não se afasta do seu mito de origem, o da supremacia cultural do ocidente.

Legalidade e legitimidade traduzem o “mundo do direito”, que conflui nos campos do positivo e do valorativo, que são planos cognitivos em disputa, segundo sugere Elias Diaz (*apud* SOUSA JUNIOR, 2002).

O *Azmapu* é uma identidade histórico-sociopolítica georreferenciada. Segundo nos mostra Melin Pehuen *et al.* (2016) está interconectado com o passado, no qual a existência de leis está associada a origem do povo *Mapuche*, sendo expressivo da conexão espiritual e simbólica que se materializa na obediência aos sonhos e à natureza. É esta intrínseca relação que não se desvincula do território ancestral que designa o sistema de normas.

Entendo que, neste prisma, há um limite étnico intransponível em relação ao direito nacional, a não ser na medida em que a sociedade não indígena se conecte e se atualize enquanto grupo étnico abandonando a lógica moderno/colonial.

Assim, é de se questionar sobre qual epistemologia a inter-relação entre grupos étnicos, e seu direito, nos permitirá compreender o fenômeno da interação entre as jurisdições em sociedades plurais, uma vez que o pluralismo jurídico em relação aos povos originários já se mostra como uma ilusão da pós-modernidade.

## Referências

ATIENZA, M. **As razões do Direito: teorias da argumentação**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2002.

BARTH, F. **Los grupos étnicos y sus fronteras**. Trad. Sergio Lugo Rendón. México: Fondo de Cultura Económica, 1976. Disponível em <[http://www.cedet.edu.ar/archivos/Bibliotecas\\_Archivos/id40/Barth-Los-grupos-etnicos-y-sus-fronteras.pdf](http://www.cedet.edu.ar/archivos/Bibliotecas_Archivos/id40/Barth-Los-grupos-etnicos-y-sus-fronteras.pdf)>.

BENGOA, J. **Historia del pueblo Mapuche. Siglo XIX e XX**. Santiago: Ediciones Sur, 1985. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-71942004000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-71942004000100008&script=sci_arttext)>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BOCCARA, G. Etnogénesis Mapuche: Resistencia y restructuración entre los Indígenas del Centro-Sur de Chile ( Siglos XVI-XVIII). In: **The Hispanic American Histo-**

rical Review, v. 79, n. 3, pp. 425-461, ago. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2518286>>.

BOCCARA, G.; BOLADOS, P. ¿Qué es el Multiculturalismo? La nueva cuestión étnica en el Chile Neoliberal. In: **Revista de Indias**, Santiago, p. 651-690, 2010.

CAHEN, M. Será a etnicidade culpada? As ciências sociais, a Iugoslávia, Angola e outros. In: Gonçalves, António Custódio (ed.). **África subsariana. Globalização e contextos locais**. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, pp. 93-104, 2002.

DIAZ-POLANCO, H. Etnofagia y multiculturalismo. In: **Memoria**, n. 200. Out. 2005. Disponível em: <[http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/Etnofagia\\_y\\_multi\\_culturalismo\\_Diaz-Polanco.pdf](http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/Etnofagia_y_multi_culturalismo_Diaz-Polanco.pdf)>.

GOMEZ RIVERA, M. Los pueblos indígenas y la razón de Estado en México: elementos para un balance. In: **Nueva antropología**, México, v. 26, n. 78, p. 43-62, jun. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-06362013000100003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-06362013000100003&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em: 06 fev. 2019.

GRIFFITHS, A. En la búsqueda del pluralismo jurídico: el poder de los paradigmas en un mundo global. In: BENDA-BECKMANN, F. V. *et al.* **Pluralismo jurídico e interlegalidad, textos essenciais**. Lima: Centro de Investigación, capacitación y asesoría jurídica del Departamento Académico de Derecho; Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 293-321, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/47038/Pluralismo%20jur%C3%ADdico%20e%20Interlegalidad.%20Versi%C3%B3n%20final%20%2825.09%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

MARIMÁN QUEMENADO, J. A. **Autodeterminación: ideas políticas Mapuche en el albor del siglo XXI**. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2012.

MELIN PEHUEN, M. *et al.* **AZMAPU. Una aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Rakizuam y el Derecho Propio.** 2016. Disponível em: <[https:// bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/984/azmapu.pdf?sequence=1](https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/984/azmapu.pdf?sequence=1)>.

NASCIMENTO, S. **Colonialidade do Poder no Direito e Povos Indígenas na América Latina: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Ñande'Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucucui no Chile.** Tese (doutorado). Brasília: Universidade de Brasília, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20866>>.

NICKEL, R. Interlegalidad. In: **Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad.** Frankfurt, v. 8, p. 2015-211, mar./ago. 2015. Disponível em: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2486>>.

PATZI, F. Etnofagia estatal. modernas formas de violencia simbolica (una aproximación al análisis de la reforma educativa. In: **Bulletin de L'institute francais d'etudes andines**, v. 28, n. 3, p. 535-559, 1999. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/126/12628316.pdf>>.

QUIJANO, A. Colonialidad del poder, eurocentrismo. In: LANDER, E. (ed.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas.** Buenos Aires: Clacso, p. 201-246, 2005. Disponível em: <<http://biblioteca virtual.clacso.org.ar/>>.

SANTOS, B. S. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegomenos a uma concepção pós-moderna do direito. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 24, p. 139-172, março 1988. Disponível em: <[http://www.boaventura desousasantos.pt/media/pdfs/Cartografia\\_simbolica\\_RCCS24.PDF](http://www.boaventura desousasantos.pt/media/pdfs/Cartografia_simbolica_RCCS24.PDF)>.

SIERRA, M. T. Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento. In: CHENAUT, V.; GOMÉZ, M; ORTIZ, H y SIERRA, M. T. (coord.). **Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización.** México : Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 2011, p. 385-406. Disponível em: <<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId= 53362>>.

SYEDER, R.; SIERRA, M. T. **Antropología, derecho y justicia: Debates y enfoques.** Disponível em: <[http://www.rachelsieder.com/wp-content/uploads/2014/06/Curso-Antropolog%C3%ADa\\_Jur%C3%ADdica-Sieder-Sierra-FINAL.pdf](http://www.rachelsieder.com/wp-content/uploads/2014/06/Curso-Antropolog%C3%ADa_Jur%C3%ADdica-Sieder-Sierra-FINAL.pdf)>.

