

ANDRÉ PAULO DOS SANTOS PEREIRA

O “DIREITO DA ALDEIA”

**Direito e sistemas jurídicos indígenas
e sua recepção pelo direito estatal**

2026

CAPÍTULO 7

SISTEMAS DE JUSTIÇA INDÍGENA E SEU DIÁLOGO COM O DIREITO ESTATAL

Como já discutido em capítulos anteriores, o reconhecimento da juridicidade dos povos originários, deve ocorrer a partir do paradigma do reconhecimento do direito e sistemas jurídicos indígenas. Neste capítulo, foca-se no *elemento procedimental lato sensu*, que aqui será chamado, preferencialmente, de **sistemas de justiça indígena, jurisdição indígena ou justiça indígena**; mas que também pode ser referido por outros termos como: *jurisdição especial indígena, sistemas de julgamento indígena, procedimentos de julgamento indígena; procedimentos de resolução de conflitos indígenas, instituições indígenas de decisão etc.*¹

A justiça indígena é composta por autoridades e instituições decisórias, escolhidas na forma tradicional, para o julgamento de conflitos, danos e violência, como resposta interna de reafirmação de suas regras de conduta comunitárias. Abrange as pessoas (autoridades) com poder de decisão e as instituições “próprias, legítimas e naturais”², como instâncias de deliberação e decisão, bem como as próprias regras de julgamento. Portanto, essa *procedimentalidade lato sensu*, melhor chamada de *sistema de justiça indígena*, é o campo dedicado à resolução de conflitos, resposta coletiva ao dano e à violência, manutenção e restabelecimento da ordem

1. Como já analisado, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas utiliza as expressões “direito e jurisdição indígena” e “o direito e os sistemas jurídicos indígenas”. Os documentos do UNHRC analisados também empregam “sistemas de justiça indígena” (*indigenous justice systems*), como, por exemplo, os relatórios E/CN/2004/80 de 26 de janeiro de 2004, A/72/186 de 21 de julho de 2017 e o A/HRC/42/37 de 2 de agosto de 2019. Dentre os países andinos, as Constituições da Colômbia (1991), do Peru (1993), e da Venezuela (1999) preferem “jurisdição especial” (*jurisdicción especial*), a do Equador (2008) “jurisdição indígena” (*jurisdicción indígena*) e a da Bolívia (2009) “jurisdição indígena originária campesina” (*jurisdicción indígena originario campesina*).
2. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. 2010, p. 7. Disponível em <https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010%5B1%5D.pdf> acessado em 24/03/2024.

interna, numa lógica de **procedimentos (*lato sensu*) de tomadas de decisões**. Aqui as instituições de poder (autoridades) e as regras (as normas de condutas) se entrecruzam como instância decisória para o restabelecimento da paz ameaçada, em:

Quadro 9 – Os sistemas de justiça indígena

Dimensão:	Conteúdo:	Aproximação ao o direito estatal:
Pessoal	<i>Quem decide</i> os conflitos, a quebra da ordem, o dano e a violência, e aplica as normas consuetudinárias do grupo.	Seria o equivalente próximo dos magistrados.
Institucional	São as <i>instituições, cristalizações sociais</i> e fenômenos jurídicos que formam <i>esquemas regulativos</i> . ³	Seria o equivalente próximo das cortes e tribunais.
Normativa	São as regras procedimentais (<i>stricto sensu</i>) que tratam da escolha de <i>quem decide</i> e o modo <i>como se decide</i> .	Seria o equivalente próximo das leis processuais.

Fonte: autoria própria.

Embora no Brasil a hipótese soe (ainda) como novidade, em outros países da América Latina, como a Colômbia, Peru, Equador e Bolívia e México, ela é comumente aceita e constitucionalizada. Geralmente é chamada de “jurisdicción especial indígenas” e “funciones jurisdiccionales”, como sendo a possibilidade de realização de julgamentos indígenas. Sobre o tema, diz Sorily Vargas:

(...) a jurisdição especial indígena é compreendida como o poder que [os povos indígenas] têm de administrar a justiça, com apego aos direitos fundamentais estipulados nos sistemas jurídicos nacionais e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.⁴

3. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1145. Esse autor exemplifica como instituições as empresas, clubes, igrejas, famílias, propriedade etc.

4. VARGAS, Sorily Carolina Figueira. *Jurisdicción Especial Indígena em Latinoamérica – una referencia especial al sistema jurídico colombiano*. Barranquilla, Col.: Editorial Universidad del Norte, 2015, p. 9. Tradução livre de: “la jurisdicción especial indígena, entendida como la potestad que tienen de administrar la justicia, con apego a los derechos fundamentales estipulados en los sistemas jurídicos nacionales y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Raquel Fajardo destaca que

A jurisdição especial inclui todos os poderes de qualquer jurisdição: *notio, iudicium, imperium ou coercio*. Ou seja, o poder de conhecer dos assuntos que lhe correspondem, incluindo funções operacionais de citação das partes, coleta de provas (*notio*); o poder de decidir os assuntos submetidos ao seu conhecimento, seguindo seu próprio direito (*iudicium*) e, finalmente, o poder de usar a força para dar efetividade às suas decisões, caso necessário. Isto inclui ações que podem restringir direitos, como realizar prisões, obrigar a pagamentos ou a certos trabalhos, etc. (*coertio* ou *imperium*). O Tribunal Constitucional da Colômbia reconheceu em reiterada jurisprudência o caráter de jurisdição que possuem os povos indígenas, com todos os poderes acima mencionados.⁵

Na jurisprudência brasileira, o primeiro julgamento que reconheceu como válida uma decisão de um sistema de justiça indígena, na forma de seus costumes e tradições, tanto em primeira (em 2013) como em segunda instância (em 2015), se deu no chamado “Caso Denilson” e ocorreu no Estado de Roraima⁶. Porém é curioso notar que, desde 1973, o “Estatuto do Índio” prevê, no seu art. 57 a “tolerância” (*sic*) estatal de “sanções penais” pelos “grupos tribais”. O art. 9º da Convenção n. 169 da OIT, vigente no Brasil desde 2003, traz norma similar, que apregoa o reconhecimento estatal de aplicação de normas tradicionais aos seus membros em casos de “delitos”. E desde 1988, o art. 231 da Constituição Federal reconhece a “organização social” indígena, o que, implicitamente, abrange o direito e os sistemas de justiça indígenas.

5. FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial em los países andinos. El otro derecho, número 30, junio de 2004, Bogotá, DC, Colombia. Disponível em <<https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/128elotrdr030-06.pdf>> acessado em 10/04/2024, p. 176. Tradução livre de: “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 funciones 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. (coercio o imperium). La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en reiterada jurisprudencia el carácter de jurisdicción que tienen los pueblos indígenas, con todas las potestades mencionadas.”

6. Que será tratado em capítulo próximo.

Posto isso, reafirme-se que não há possibilidade de fracionamento do direito indígena para o reconhecimento da jurisdição indígena (ou sistemas de justiça indígena), sem o reconhecimento do todo maior que a abrange. A juridicidade indígena é una, não há jurisdição indígena sem o direito indígena, nem direito indígena sem a jurisdição indígena, estão intrinsecamente conectados, como distintas expressões do mesmo fenômeno, os sistemas jurídicos indígenas. Não há como se diferenciar o que é regra de conduta para disciplinar o agir e a regra de julgamento para determinar como tratar o conflito, quando as regras do agir são quebradas. Logo, não há direito material e processual indígena, só direito indígena, com suas diversas manifestações, e compreende tanto a normatividade (regras de agir) quanto a regulamentação dos conflitos, os julgamentos e as autoridades (instâncias de poder).

Sobre o tema, Carlos Frederico Marés assevera que:

A aparentemente sofisticada separação entre civil e penal como ramos do direito somente tem sentido numa sociedade que divide o público do privado, que se erige sobre pilares do individualismo e contratualismo. Uma organização social que não acumula excedente, nem se divide em público e privado porque todos os lugares são praça e jardim, não pode ter esta divisão. A violação da norma pública ou a inadimplência contratual têm o mesmo peso de repugnância para uma sociedade coletiva e haverá de diferir de povo para povo, em grau e intensidade.⁷

O direito consuetudinário indígena não pode ser compreendido com apenas uma dessas facetas, quando na verdade as abarca. Seria tomar o todo pela parte. Por isso, as divisões artificiais estabelecidas por alguns autores, que defendem os mecanismos de resolução de conflitos dos povos indígenas, mas negam a existência de um direito indígena autônomo, parecem incompletas, na análise sistêmica da juridicidade indígena como um todo. Repita-se, não há que se falar em sistemas de justiça indígena sem o reconhecimento do direito e sistemas jurídicos indígenas, posto que são duas faces do mesmo fenômeno.

7. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O Renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 161.

Além disso, há muitas divisões e ramificações no direito estatal. A complexidade de sua institucionalização exige compartimentalizações de natureza operacional, como direito público e privado, direito penal e civil e outras, que não são encontradas no direito indígena. Não obstante, muitos acadêmicos que estudam a juridicidade dos povos originários a fazem a partir de tais divisões, o que não parece adequado. A própria normatização positivada no direito brasileiro, presente art. 57 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) e o art. 9º da Convenção nº 169/1989 da OIT, com impropriedade, tratam de um suposto “direito penal indígena” ao mencionar “sanções penais” indígenas ou “delitos cometidos por seus membros” sem atentar para o fato de que só existe “o direito indígena” como fenômeno único⁸. Tais normas trazem, ao mesmo tempo um retrocesso e um avanço.

O *retrocesso* é a falsa percepção, a partir de uma leitura descontextualizada, que poderia concluir que ambas são limitadas a um suposto “direito penal indígena”, ou seja, como os povos originários lidam com os “delitos indígenas”, os “crimes indígenas” e as “sanções disciplinares indígenas”. Com já se abordou, o problema é que tal dicotomia, tão comum na complexidade do direito estatal não existe nas múltiplas exteriorizações do direito indígena. Ou seja, não há diferenciação em razão da matéria para as inúmeras manifestações do seu direito, como direito penal e direito civil.

Consequentemente, não se pode aqui limitar o direito indígena a categorias ocidentais que ele não comporta. Por isso, é importante ressaltar que o direito indígena não se resume a “repressão a crimes indígenas”, seja lá o que isso for, mas o direito indígena é um ordenamento jurídico que abrange as diferentes matérias, não se limitando a um suposto “direito penal indígena”.

Outro risco é a interpretação dessas normas de maneira descontextualizada com o pluralismo jurídico que inspirou a Constituição Federal brasileira de 1988, a própria Convenção nº 169/1989, e o conteúdo programático das modernas declarações de direitos dos povos indígenas. Se

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

compreendidas tais normas pelas lentes ultrapassadas do monismo jurídico e a percepção da juridicidade indígena como *mero costume*, o direito indígena seria reduzido a um mito jurídico. Mas se a leitura de tais normas utilizar a cognição pluralista, e os paradigmas hodiernos de direitos dos povos indígenas, incluindo aqueles expostos nos documentos da ONU⁹ e das declarações de direitos, a conclusão evidente é que, tanto o art. 57 quanto o art. 9º acima tratam, ainda que timidamente, do fenômeno do direito indígena e seus sistemas de justiça. Esse é o *avanço*, acanhado, mas um ainda assim um avanço, que tais normas trazem consigo.

7.1 CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO INDÍGENA

Embora a jurisdição indígena seja um fenômeno multifacetário, diverso e dependente de cada contexto cultural alguns autores apontam seus aspectos mais recorrentes. A jurisdição, como exercício de autoridade para declarar e aplicar o direito em casos postos em litígio, não é mais considerada como unicamente estatal, de modo que, assim como acontece na arbitragem do direito estatal, é possível que a decisão jurisdicional seja proveniente de quem não participa dos quadros funcionais estatais¹⁰.

Nessa linha, Marcelo Barbi Gonçalves¹¹ trata os sistemas de justiça indígena como “jurisdição paraestatal”, isto é, quando uma instituição, que não integra a organicidade estatal, se coloca ao lado do Estado, para desempenhar uma função que é de seu interesse, com sua aquiescência e apoio. Esse autor situa nesta categoria a justiça eclesiástica e a justiça indígena. Continua Gonçalves:

A justiça indígena se distingue pela variedade de autoridades judicantes, procedimentos, normas jurídicas aplicáveis, tipos de litígios para cuja resolução se consideram competentes, sanções cominadas, adoção do princípio da oralidade e relação com a justiça estatal. Há comunidades, por exemplo, que resolvem todos os conflitos surgidos em seu território, ao passo que em outras, a depender da gravidade do fato, as autoridades remetem o caso para a justiça estatal. Assim, em face dessa diversidade, é mais apropriado falar em justiça(s) indígena(s) no plural.¹²

9. Como analisado em capítulo anterior, acerca do direito e os sistemas de justiça indígena.

10. Ver 7.4.1.

11. GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora Juspodium, 2020, p. 122.

12. GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora Juspodium, 2020, pp. 123-124.

Uma crítica possível a Gonçalves é que a jurisdição indígena é fruto do direito indígena que, como já visto, pode ou não integrar a organicidade estatal, dependendo do modelo adotado. Quando a legislação interna *reconhece* o direito indígena, ele é recepcionado como se fosse direito internacional, comunitário ou emanado pela ordem jurídica de outro país (modelo de reconhecimento), então a jurisdição indígena (parte indissociável de seu direito) terá natureza de paraestatalidade. Mas se o modelo adotado for o da *delegação*, então a jurisdição indígena será exercida em nome da jurisdição estatal, em regime de delegação legislativa, logo, será uma continuidade do sistema estatal, ou parte de sua jurisdição.

Gonçalves apresenta um modelo com algumas características comuns à jurisdição indígena, que se harmonizam com o teor dos relatórios da UNHRC, analisados no capítulo anterior: a) **integralidade**: os procedimentos indígenas para resolução de conflitos são integrais e consideram não apenas os fatos em si, mas a família, a pessoa do réu, o contexto social etc.; b) **caráter coletivo**: as decisões, geralmente, são tomadas pela comunidade, em assembleias; c) **harmonia**: os procedimentos e punições buscam restabelecer a ordem social quebrada e mitigar os transtornos comunitários; d) **oralidade**: como regra; e) **celeridade**: os procedimentos costumam acontecer em apenas alguns dias e sem recursos; f) **dinamismo**: o procedimento é adaptável às circunstâncias do caso concreto, sem prejuízo da ritualidade essencial; g) **reconciliação**: o foco é a recomposição do dano e a restauração do equilíbrio; h) **natureza comunitária**: com a participação dos atores sociais mais relevantes; i) **gratuidade**: não há remuneração pela função jurisdicional; j) **consuetudinária**: associada ao exercício das tradições e costumes locais.¹³

Em estudo realizado para a organização internacional *International Development Law Organization* (IDLO), Erica Harper¹⁴, afirma que o direito indígena forma a base do sistema de justiça consuetudinário, e apesar de variar muito entre países, possui algumas características comuns que podem ser identificadas.¹⁵

13. GONÇALVES, *ibidem*. p. 124.

14. HARPER, Erica. *Customary Justice: from program design to impact evaluation*. Roma: IDLO, 2011, p. 18.

15. Embora a autora utilize apenas a expressão “*customary justice systems*” (sistema de justiça consuetudinária), o objeto de sua análise é também pertinente à jurisdição indígena ou o sistema de justiça indígena, em conformidade com os documentos normativos internacionais, de modo que se utilizará aqui sistema de justiça indígena, jurisdição indígena ou justiça indígena. Aliás, para essa autora *sistemas de justiça informal ou não estatais* são “termos guarda-chuva” para a descrição de mecanismo de justiça ou resolução de conflitos, que

A primeira característica é o **foco na restauração da harmonia social**, pois os sistemas de justiça consuetudinária geralmente atuam em comunidades com fortes laços de dependência mútua e relações de parentescos. Os conflitos ameaçam estes relacionamentos e quebram a harmonia social, por isso as disputas são vistas como um problema que transcende a esfera individual e afeta a comunidade toda. Por isso, os sistemas de justiça costeira focam no restabelecimento da harmonia comunitária pela restauração dos relacionamentos entre as partes em disputa, criando-se um ambiente para a reintegração.¹⁶

Considerando-se que um dos objetivos da jurisdição indígena é a governança, os povos indígenas não administram a justiça mediante um sistema especializado de regras, mas como parte de um processo em que a política, a lei e outros fatores se misturam, algo impensável nos sistemas estatais. Ao contrário do que acontece nas democracias ocidentais, que apregoam um poder judiciário independente, os sistemas de justiça consuetudinária são, geralmente, integrados a mecanismos de administração e governança bem mais amplos. Em contraste com a doutrina da separação dos poderes, as funções políticas, executivas, administrativas e judiciárias são interrelacionadas e são indissociáveis. Ao contrário da cultura legal ocidental, cujo objetivo da resolução de disputas costuma ser a compensação ou retribuição, nos sistemas de resolução de disputas consuetudinários, o objetivo primário é alcançar a reconciliação entre as partes divididas pelo conflito.¹⁷

Outra característica é a frequente **hierarquia de instâncias de resoluções de conflitos**: geralmente, pequenas disputas são resolvidas pela família estendida ou por grupos de resolução menores, as mais complexas vão para foros em um nível comunitário mais amplo. Em níveis superiores, os

operam fora dos sistemas jurídicos formas baseados no Estado, incluindo (mas não limitados a) as ordens jurídicas indígena, consuetudinária, religiosa, mecanismos de resolução de disputas alternativos e fóruns de justiça popular. Ela também afirma que o *direito indígena* forma a base de um sistema de justiça consuetudinário, utilizado pelos povos indígenas para regulação de sua vida social. Ver HARPER, Erica. *Customary Justice: from program design to impact evaluation*. Roma: IDLO, 2011, pp. 17-18.

16. HARPER, Erica. *Customary Justice: from program design to impact evaluation*. Roma: IDLO, 2011, p.18. A autora utiliza como referência: Penal Reform International, Access to Justice in Sub-Saharan Africa (2000) 22.

17. HARPER, *ibidem*. pp. 18-19. A autora utiliza como referência: J. Faundez, Non-State Justice Systems in Latin America Case Studies: Peru and Colombia, University of Warwick (2003) 1.

julgadores podem incluir anciãos, lideranças religiosas e pessoas reconhecidas pelo grupo como conhecedoras das tradições locais. As autoridades decisórias são escolhidas pela hereditariedade, *status* social ou eleição, dependendo dos costumes locais. Por isso, as decisões proferidas, em regra, gozam de legitimidade e eficácia. Por isso, as disputas não resolvidas num nível mais simples são encaminhadas a outro patamar, até serem solucionadas.¹⁸

Márcio Rosa da Silva¹⁹, em sua etnografia do povo indígena Ingarikó, que habita a Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, situada ao norte do Estado de Roraima, identifica um sistema de justiça complexo e hierarquizado²⁰. Ele observa que, naquele povo autóctone, há muitas demandas, incluindo assassinatos, furtos, divórcios, adoções, questões administrativas envolvendo as lideranças, eleições internas etc. Por isso, sua jurisdição indígena é identificável a partir de quatro “instâncias”²¹. A primeira instância é a família dos envolvidos no conflito, que tem autonomia para resolver e impor sanções como prestação de serviços comunitários, salvo nos casos mais graves, que devem ser encaminhados para uma “instância superior”. A “segunda instância” de poder é o Tuxaua, o líder político local, eleito comunitariamente, chamado quando as primeiras negociações fracassam. Permanecendo o conflito, a demanda é levada ao *Epuru* ou *Esak*, líder religioso e político local, que pode buscar uma solução mediada ou impor sanções. Por último, se todas as instâncias falharem, é acionado o *Pukkenak*, que na condição de guardião da cultura e líder político e religioso máximo, dará a palavra final e com maior peso. As “instâncias” não são estanques e quando o caso é levado ao foro superior, todos os envolvidos, a família, o Tuxaua e até o *Esak*, vão junto, participando de todos os atos²².

18. HARPER, *ibidem*. p. 18.

19. SILVA, Márcio Rosa. *Sistema de Justiça Indígena. Aspectos Jurídicos e Antropológicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, p. 92.

20. Márcio Rosa da Silva, em sua etnografia, apresenta a seguinte estrutura política do povo indígena Ingarikó: a) a comunidade: é o poder popular que confere legitimidade a todas as autoridades; b) *Pukkenak*: é o líder máximo, guardião da cultura, que acumula poderes políticos e religiosos; c) *Esak* ou *Epuru*: líder local, acumula poderes religiosos e políticos; d) Tuxaua: líder político local, eleito para mandato determinado; e) Capataz: cumpridor de ordens do Tuxaua.

21. Silva destaca que os indígenas Ingarikó não usam termos ocidentais, como instância e sistemas de justiça, mas ele as emprega em busca de uma aproximação comparativa com o sistema estatal, para facilitar a compreensão.

22. SILVA, *op. cit.*, p. 92.

A terceira característica é a **operacionalidade flexível e dinâmica**: tais sistemas de justiça operam a partir de regras procedimentais flexíveis, constantemente sendo “reinventadas” em respostas aos desafios sociais, econômicos e políticos da comunidade. Essa estrutura dinâmica permite que as autoridades locais criem soluções práticas conforme a natureza do caso em disputa. As normas que regem os sistemas jurídicos indígenas, frequentemente, não são escritas, e são transmitidas oralmente de uma geração para outra, consequentemente, os procedimentos de julgamento são, geralmente, orais e sem registros de suas decisões e “sentenças”.²³

A próxima característica apontada por Harper é a **ampla competência jurisdicional**: os sistemas de justiça indígena não distinguem entre infrações penais ou civis, como os sistemas de direito estatais. Há questões que perturbam sobremaneira a comunidade, como disputas familiares, roubo, agressão, estupro e homicídio e outras que envolvem assuntos pessoais como casamento, divórcio, adultério, custódia de crianças, mas todas as transgressões, em regra, são percebidas como potencial quebra da estabilidade e da coesão social.²⁴

A quinta característica é a **participação comunitária nos mecanismos de resolução de disputas**: embora em alguns casos as instâncias decisórias sejam restritas, na maioria dos sistemas de justiça indígena permitem a ampla participação comunitária. Em muitos casos, membros do grupo estranhos ao conflito podem opinar e/ou testemunhar, e até fornecer “provas”, para auxiliar na resolução. Esse envolvimento coletivo satisfaz a necessidade de discutir a ação transgressora, mostrar o que é inaceitável, e incentivar a parte infratora a aceitar sua responsabilidade pelo erro. A abrangência comunitária é relevante porque o conflito afeta o grupo social de maneira ampla, e o cumprimento da sanção decorre da pressão social, de modo que o resultado do “julgamento” deve alcançar o senso coletivo e individual de justiça.²⁵

23. HARPER, Erica. *Customary Justice: from program design to impact evaluation*. Roma: IDLO, 2011, p. 20.

24. HARPER, *ibidem*. p. 20. A autora utiliza como referência: A. Danne, ‘Customary and Indigenous Law in Transitional and Post-Conflict States: A South Sudanese Case Study’ (2004) 30(2) *Monash University Law Review* 199, 209. Penal Reform International, Access to Justice in Sub-Saharan Africa (2000) 29.

25. HARPER, *ibidem*. p. 20. A autora utiliza como referência: Penal Reform International, Access to Justice in Sub-Saharan Africa (2000) 26.

A sexta característica é a **decisão baseadas em consenso**. Como o objetivo da resolução de conflitos indígenas é a restauração da harmonia, busca-se uma solução que seja aceitável tanto para as partes envolvidas quanto para a comunidade. O resultado é o compromisso, a partir do consenso, priorizado sobre a tomada de decisões centralizadas. Mesmo quando os sistemas jurídicos dos povos originários têm regras e procedimentos consolidados e estruturados, os resultados, frequentemente, se conectam às noções locais de justiça e equidade. As abordagens são holísticas e concentradas nas causas do ilícito, para evitarem a sua repetição. Além disso, na busca de uma solução para o conflito, todos os fatores possíveis são considerados como as relações interpessoais, transgressões prévias e o poder *status* e bens dos litigantes.²⁶

Tais fatores combinados demonstram que o modelo ocidental de sanções predeterminadas raramente funciona em casos decididos pelos sistemas jurídicos dos povos originários. As disputas são solucionadas caso a caso e até a satisfação das partes envolvidas, ainda que casos idênticos recebam soluções distintas. Como o sistema é estruturado a partir do compromisso e consenso, em detrimento da aplicação restrita de regras punitivas, não ocorre, em regra, a presença de advogados, em julgamentos indígenas.²⁷

A próxima característica é a **solução restaurativa**: os sistemas de justiça dos povos autóctones, amiúde, priorizam sanções restaurativas em relação às penas retributivas. Tais soluções podem tomar a forma de *restituição*, como o retorno do bem subtraído, desculpas públicas, serviço comunitário, ou *compensação*, como multas ou danos monetizados. Há também punições retributivas, como banimento, sanções físicas (como açoite ou detenção), mas a predominância é das sanções restaurativas, não raro, com lógica social ou econômica, por exemplo, o sustento da vítima ou de seus familiares.²⁸

26. HARPER, *ibidem*. p. 20. A autora utiliza como referência: Penal Reform International, Access to Justice in Sub-Saharan Africa (2000) 28; 36.

27. HARPER, Erica. *Customary Justice: from program design to impact evaluation*. Roma: IDLO, 2011, p. 20. A autora utiliza como referência: Penal Reform International, Access to Justice in Sub-Saharan Africa (2000) 26.

28. HARPER, *ibidem*. p. 21. A autora utiliza como referência aqui: Penal Reform International, Access to Justice in Sub-Saharan Africa (2000) 33.

A oitava característica é o **cumprimento e execução de decisões** que depende da pressão social, em oposição à coercibilidade formal estatal. Geralmente, essa pressão está relacionada com o compromisso com as normas consuetudinárias, a autoridade da liderança, a vergonha pública associada à rejeição de uma decisão considerada justa pelo grupo ou causar danos à harmonia coletiva. A pressão social também se manifesta como antecipação de sanções sociais. Por exemplo, se uma parte rejeita uma decisão considerada justa pelos demais, pode enfrentar uma rejeição social e econômica que inviabilize sua participação no grupo. Há também o forte impacto religioso e espiritual no descumprimento das sanções.²⁹

A última característica apontada pela autora é a **reconciliação**: muitos sistemas de resolução de disputas incorporam rituais de reconciliação e reintegração. A importância da reconciliação se manifesta na forma como as transgressões são conceptualizadas, pois em muitas comunidades originárias, os erros não são vistos pelos danos causados ao ofendido, mas pela falta de respeito do ofensor às normas sociais que garantem a harmonia do grupo. Por conseguinte, não basta a reparação ao ofendido, mas o equilíbrio social deve ser restaurado. Em muitas comunidades há cerimônias de reconciliação entre as partes com os demais membros do grupo, funcionando como uma desculpa pública e com importante papel didático para evitar futuras ofensas.³⁰

7.2 CRÍTICAS À JURISDIÇÃO INDÍGENA

Além das críticas e objeções que são feitas ao reconhecimento do direito e os sistemas jurídicos indígenas³¹, especificamente à jurisdição e os sistemas de justiça dos povos originários são apontados alguns problemas, dos quais se extraem os seguintes.

29. HARPER, *ibidem*. p. 21. A autora utiliza como referência aqui: Penal Reform International, Access to Justice in Sub-Saharan Africa (2000) 33; E. Harper, 'Studying Post-Conflict Rule of Law: The Creation of an 'Ordinary Crimes Model' by the United Nations Transitional Administration in East Timor' (2006) 8 Australian Journal of Asian Law 12; DRC, Harmonization of Somali Legal Systems, Final Report (2002) 10.

30. HARPER, Erica. *Customary Justice: from program design to impact evaluation*. Roma: IDLO, 2011, p. 21. A autora utiliza como referência: Penal Reform International, Access to Justice in Sub-Saharan Africa (2000) 34-35; E. Harper, 'Studying Post-Conflict Rule of Law: The Creation of an 'Ordinary Crimes Model' by the United Nations Transitional Administration in East Timor' (2006) 8 Australian Journal of Asian Law 12.

31. Ver 3.6 e 3.7.

7.3.1 Críticas relacionadas a direitos humanos

Alega-se que há o problema de hierarquias de poder, a discriminação e exclusão de certos grupos internos, como as mulheres, crianças e pessoas com deficiência, bem como a alegação de desrespeito a direitos humanos e padrões de justiça criminal.³²

Ora, não cabe ao Estado dizer aos povos originários como lidar com seus grupos minoritários, questão *interna corporis* a ser solucionada conforme as regras internas. Entretanto, os direitos humanos internacionalmente reconhecidos são o parâmetro condicional de reconhecimento do direito e a jurisdição indígena mais importante e determinante na interlocução entre o direito estatal e o direito dos povos originários.

Além disso, os documentos internacionais das Nações Unidas já abordam há tempos essa questão, buscando formas de compatibilização do reconhecimento do direito indígena com as minorias, a partir dos direitos humanos. Como já abordado no capítulo acerca dos documentos das Nações Unidas, o Relator Especial para os Povos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, no Relatório E/CN/2004/80 de 26 de janeiro de 2004³³, assim responde tais críticas:

- a) não há evidências suficientes para tal afirmação, mas ainda que ela fosse verdadeira, isso não seria motivo para descartar o direito indígena, mas um desafio para aproximá-lo do direito estatal, aumentando a eficácia da proteção dos direitos fundamentais;
- b) aos que alegam que o reconhecimento de instituições jurídicas indígenas é incompatível com o princípio da não discriminação, ele menciona que o próprio direito internacional admite a necessidade de medidas especiais e políticas positivas para a proteção de grupos minoritários e correção de desigualdades;
- c) no caso dos povos indígenas, cita o exemplo da Convenção n. 169 da OIT, que estabelece um regime de proteção diferenciado para as minorias.³⁴

32. HARPER. *op. cit.*, pp. 23-24.

33. NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Relatório E/CN/2004/80 de 26 de janeiro de 2004. Disponível em: < https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9180 > Acesso em: 25/12/2023, p. 18 (n. 68).

34. NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Relatório E/CN/2004/80 de 26 de janeiro de 2004, pp. 18-19.

Outro exemplo está no Relatório A/HRC/27/65 de 7 de agosto de 2014³⁵, que examina o acesso à justiça por subgrupos indígenas específicos, e as três alegações frequentemente feitas contra os sistemas jurídicos indígenas: i) atuam com preconceito de gênero e não fornecem acesso igualitário para mulheres, ii) não seguem o devido processo legal, e iii) incluem castigos corporais. Entretanto, isso não pode ser usado para invalidar o reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, a pretexto de não cumprimento das normas internacionais de direitos humanos, por vários motivos. Os sistemas de justiça indígena dos diferentes povos, apesar de partilharem certas características, são altamente diversificados e atuam a partir de cada contexto específico. Além disso, apesar da falsa noção de que os sistemas jurídicos são estáticos e imutáveis, na verdade são dinâmicos e a prática tem demonstrado que é possível a conciliação entre a autonomia indígena e os direitos humanos internacionais³⁶.

7.3.2 Críticas processuais

Também se aponta a falta de previsibilidade e coerência nas decisões da jurisdição indígena. Todavia, os sistemas de justiça indígenas empregam regras e procedimentos flexíveis, com resultados baseados em consenso e não na aplicação estrita a regras predeterminadas. Embora isso facilite a construção de soluções práticas e equitativas, é apontado como um problema, pois os resultados poderiam ser arbitrários e carecerem de previsibilidade e coerência. Além disso, a falta de garantias processuais e a primazia da harmonia comunitária nos processos de tomadas de decisões poderiam reforçar hierarquias de poder e exclusão de certos grupos internos, como as mulheres³⁷.

Outra crítica é acerca das garantias processuais, a responsabilização e executividade serem supostamente fracas. Aponta-se a suposta omissão às garantias procedimentais e direitos dos litigantes, como presunção de inocência e direito de defesa e metodologias para obtenção de provas arbitrárias ou baseadas em fenômenos puramente religiosos³⁸.

35. NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Relatório A/HRC/27/65 de 7 de agosto de 2014, pp. 7-8. Disponível em: < <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F27%2F65&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> > Acesso em: 27/12/2023.

36. NAÇÕES UNIDAS, *ibidem*, pp. 7-8.

37. HARPER, Erica. *Customary Justice: from program design to impact evaluation*. Roma: IDLO, 2011, p. 22. A autora utiliza como referência aqui: World Bank. Social Development Unit, Justice for the Poor Program (2008) p. 30.

38. HARPER. *ibidem*, p. 23.

Essas críticas consideram o direito estatal como suposto parâmetro obrigatório para a jurisdição indígena, desconsiderando a natureza própria do direito dos povos originários. Ora, se a justiça indígena tiver que mimetizar a justiça estatal para ser válida e eficiente, ela deixa de ser uma expressão própria da cultura indígena, para se tornar uma subdivisão do direito do estado. O devido processo legal indígena é aquele que se baseia na tradição, costume e busca solução consensuais que harmonizam o grupo, não lhe cabendo incluir cláusulas de formalismos estatais. As garantias processuais serão aquelas que as autoridades e a comunidade entenderem cabíveis, conforme seus costumes e tradições, não segundo o direito estatal.

Se, a partir da autodeterminação de um povo originário, for introduzido em seu direito cláusulas típicas do direito estatal, isso deve ser por opção e não por obrigação. E isso não desconfiguraria o direito indígena, posto que este não é estático e congelado no tempo, mas deve estar atento às demandas e necessidades sociais do grupo. O que não se admite é a obrigatoriedade de o direito indígena incluir elementos do direito estatal que lhe são estranhos. Por isso, a previsibilidade e coerência deve ser buscada a partir dos elementos culturais próprios do direito indígena de um povo específico e não do direito estatal.

7.3 O PROBLEMA DA COMPATIBILIDADE DA JURISDIÇÃO INDÍGENA COM OS DIREITOS HUMANOS

Como já se abordou, há um problema de compatibilização da jurisdição indígena com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Além disso, considere-se que grande parte desses direitos humanos reconhecidos internacionalmente também foram positivados na Constituição brasileira de 1988, como direitos fundamentais, constituindo cláusula pétreia de obediência compulsória em território nacional³⁹.

39. Utiliza-se aqui a expressão *direitos humanos* como concepção universalista e supranacional acerca das pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de Direito Internacional e *direitos fundamentais* reservada aos direitos de posições humanas básicas, inseridos numa ordem jurídica estatal concreta; porém ambos atuando com interações recíprocas. MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 166.

Há vários documentos de direito internacional que tratam de direitos humanos dentre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1966, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979, a Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes de 1984, e a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência de 2007, apenas para citar alguns.

Explica Valerio Mazzuoli que os direitos humanos são os aqueles inscritos em tratados ou em costumes internacionais, e há uma imensa parte das normas internacionais dedicadas à promoção e proteção da pessoa humana, de modo que a evolução do sistema jurídico internacional tem demonstrado uma convergência do direito para uma nova ordem de valores focados no ser humano. Uma das características dos direitos humanos positivados, dentre outras, é a universalidade, isto é, todos os seres humanos podem invocar a sua proteção, independentemente de qualquer condição.⁴⁰

Canotilho destaca que, hodiernamente, os limites impostos aos Estados advêm também, em medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais, razão pela qual a doutrina acentua a abertura ao direito internacional como uma das dimensões caracterizadoras do Estado de direito. A vinculação do Estado ao direito internacional começa pela observância e cumprimento do chamado *jus cogens* internacional, um núcleo duro caracterizado por princípios limitativos do Estado, como o princípio da paz, da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, da autodeterminação dos povos, dentre outros. Esses princípios surgem de textos internacionais, como declarações, tratados, resoluções e a vinculação do Estado ao direito internacional, chega a ser tão intensa em alguns países, que certas constituições proclamam que o direito internacional é fonte de direitos com valor superior à própria constituição, como no caso da Holanda e da Áustria.⁴¹

40. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 803-804; 807.

41. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 232-233.