

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

LAIS NARDON MARTINS

AO NORTE E AO SUL DE *ABYA YALA*:

**Um estudo comparado sobre a jurisdição criminal dos Povos Indígenas nos
Estados Unidos da América e no Brasil à luz do direito à autodeterminação**

São Leopoldo

2023

LAIS NARDON MARTINS

AO NORTE E AO SUL DE ABYA YALA:

Um estudo comparado sobre a jurisdição criminal dos Povos Indígenas nos Estados Unidos da América e no Brasil à luz do direito à autodeterminação

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Orientadora: Prof.^a Dra. Fernanda Frizzo Bragato

São Leopoldo

2023

M386n

Martins, Lais Nardon

Ao Norte e ao Sul de Abya Yala: um estudo comparado sobre a jurisdição criminal dos Povos Indígenas nos Estados Unidos da América e no Brasil à luz do direito à autodeterminação. / Lais Nardon Martins -- 2023.

177 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

Orientadora: Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato.

1. Direito - Povo indígena. 2. Jurisdição criminal estadunidense. 3. Jurisdição criminal brasileira. 4. Direito - Autodeterminação. I. Título. II. Bragato, Fernanda Frizzo.

CDU 34(=1-82)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**AO NORTE E AO SUL DE ABYA YALA: Um estudo comparado sobre a jurisdição criminal dos Povos Indígenas nos Estados Unidos da América e no Brasil à luz do direito à autodeterminação**”, elaborada pela mestranda **Lais Nardon Martins**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de abril de 2023.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Fernanda Frizzo Bragato _____

Participação por Webconferência

Membro Externo: Dra. Caroline Barbosa Contente Nogueira _____

Participação por Webconferência

Membro: Dr. Miguel Tedesco Wedy _____

Participação por Webconferência

O mundo é um moinho

*Ainda é cedo, amor
Mal começaste a conhecer a vida
Já anuncias a hora de partida
Sem saber mesmo o rumo que irás tomar*

*Presta atenção, querida
Embora eu saiba que estás resolvida
Em cada esquina cai um pouco tua vida
Em pouco tempo não serás mais o que és*

*Ouçá-me bem, amor
Preste atenção, o mundo é um moinho
Vai triturar teus sonhos, tão mesquinho
Vai reduzir as ilusões a pó*

*Preste atenção, querida
De cada amor, tu herdarás só o cinismo
Quando notares, estás à beira do abismo
Abismo que cavaste com teus pés*

*Ainda é cedo, amor
Mal começaste a conhecer a vida
Já anuncias a hora de partida
Sem saber mesmo o rumo que irás tomar*

*Preste atenção, querida
Embora eu saiba que estás resolvida
Em cada esquina cai um pouco a tua vida
Em pouco tempo não serás mais o que és*

*Ouçá-me bem, amor
Preste atenção, o mundo é um moinho
Vai triturar teus sonhos, tão mesquinho
Vai reduzir as ilusões a pó*

*Presta atenção, querida
De cada amor, tu herdarás só o cinismo
Quando notares, estás à beira do abismo
Abismo que cavaste com teus pés¹*

¹ CARTOLA. O mundo é um moinho. *In*: LETRAS. Belo Horizonte, [2023?]. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/cartola/44901/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

*Para Linda Nardon Shamah, sempre.
Pelos Povos Indígenas, sempre.*

RESUMO

Nos Estados Unidos da América, as regras para definir se a competência jurisdicional criminal envolvendo indígenas é tribal, federal ou estadual levam em conta: 1) o local onde o crime foi cometido, se é um *indian country*; 2) o tipo de crime cometido pelo réu; 3) se o agente da conduta delitativa é indígena ou não; e 4) se a vítima é indígena ou não. Já no Brasil, a competência criminal para processar e julgar indígenas é determinada apenas pelo tipo de crime cometido, conforme Súmula 140 do STJ. Além de não haver o estabelecimento formal de uma corte indígena, em poucos casos isolados o Judiciário brasileiro observou o julgamento já realizado pela comunidade indígena, como é o caso Denilson Trindade Douglas. Este trabalho tem a finalidade de estudar como o sistema estadunidense de jurisdição criminal para os Povos Indígenas pode contribuir para repensar o sistema de jurisdição criminal indígena brasileiro no sentido de efetivar o direito à autodeterminação dos diferentes Povos Indígenas que habitam o Brasil. Neste desígnio, a partir da matriz teórica descolonial, a pesquisa analisa tanto o direito à autodeterminação quanto as normativas específicas para os Povos Indígenas de direitos humanos do Direito Internacional, quais sejam: Convenção n. 169 da OIT, Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Investiga-se o sistema de jurisdição criminal aplicável aos Povos Indígenas estadunidenses, com o estudo do caso paradigma *Jimcy McGirt v. Oklahoma*, e o estudo da jurisdição criminal dos Povos Indígenas no Brasil, além do estudo do caso paradigmático Denilson Trindade Douglas. Como metodologia, utiliza-se do método descritivo e comparativo, cujo objetivo é destacar as diferenças entre os dois sistemas de jurisdição criminal e apontar caminhos que possam ser seguidos pelo Estado brasileiro em direção ao incremento do direito à autodeterminação dos Povos Indígenas no Brasil. O método utilizado no desenvolvimento da pesquisa é o de revisão bibliográfica e o de estudo de caso comparado, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica, a documental, através de documentação direta e indireta, e a jurisprudencial, com análise de dados de forma qualitativa. Como conclusão, tem-se que nos Estados Unidos da América há um reconhecimento de uma certa autonomia das Nações Indígenas (*tribes*), que são nações domésticas dependentes, pois elas mantêm determinados poderes de processar e julgar alguns crimes ocorridos dentro de seus territórios (*Indian Country*), o que ainda não é uma realidade brasileira.

Mas a demarcação dos territórios indígenas e o *status* jurídico de *Indian Country* podem contribuir para repensar o sistema de jurisdição criminal indígena brasileiro, no sentido de efetivar o direito à autodeterminação dos diferentes Povos Indígenas que habitam o Brasil.

Palavras-chave: Povos Indígenas; jurisdição criminal estadunidense; jurisdição criminal brasileira; autodeterminação; descolonial.

ABSTRACT

In the United States of America, the rules to define whether the criminal jurisdiction involving indigenous people is tribal, federal or state take into account: 1) the place where the crime was committed, if it is an Indian country; 2) the type of crime committed by the defendant; 3) whether the agent of the criminal conduct is indigenous or not; and 4) whether the victim is indigenous or not. In Brazil, the criminal jurisdiction to prosecute and judge indigenous peoples is determined only by the type of crime committed, according to Precedent 140 of the *Superior Tribunal de Justiça*. In addition to the lack of formal establishment of an indigenous court, in a few isolated cases the Brazilian Judiciary observed the judgment already carried out by the indigenous community, as is the case of Denilson Trindade Douglas. This work aims to study how the US system of criminal jurisdiction for Indigenous Peoples can contribute to rethinking the Brazilian indigenous criminal jurisdiction system to implement the right to self-determination of the different Indigenous Peoples that inhabit Brazil. In this purpose, from the decolonial theoretical matrix, the research analyzes both the right to self-determination and the specific regulations for Indigenous Peoples of human rights of International Law, namely: Convention n. 169 of the ILO, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. The criminal jurisdiction system applicable to the American Indigenous Peoples is investigated, with the study of the paradigm case *Jimcy McGirt v. Oklahoma*, and the study of the criminal jurisdiction of Indigenous Peoples in Brazil, in addition to the study of the paradigmatic case Denilson Trindade Douglas. As a methodology, it uses the descriptive and comparative method, whose objective is to highlight the differences between the two systems of criminal jurisdiction and point out paths that can be followed by the Brazilian State towards the increase of the right to self-determination of Indigenous Peoples in Brazil. The method used in the development of the research is the bibliographical review and the comparative case study, having as research techniques the bibliographical, the documental, through direct and indirect documentation, and the jurisprudential, with qualitative data analysis. As conclusion whose objective is to highlight the differences between the two systems of criminal jurisdiction and point out paths that can be followed by the Brazilian State towards the increase of the right to self-determination of Indigenous Peoples in Brazil. The method used in the development of the research is the bibliographical

review and the comparative case study, having as research techniques the bibliographical, the documental, through direct and indirect documentation, and the jurisprudential, with qualitative data analysis. As conclusion whose objective is to highlight the differences between the two systems of criminal jurisdiction and point out paths that can be followed by the Brazilian State towards the increase of the right to self-determination of Indigenous Peoples in Brazil. The method used in the development of the research is the bibliographical review and the comparative case study, having as research techniques the bibliographical, the documental, through direct and indirect documentation, and the jurisprudential, with qualitative data analysis. As conclusion having as research techniques the bibliographical, the documental, through direct and indirect documentation, and the jurisprudential, with data analysis in a qualitative way. As conclusion having as research techniques the bibliographical, the documental, through direct and indirect documentation, and the jurisprudential, with data analysis in a qualitative way. As conclusion, it is assumed that in the United States of America there is recognition of a certain autonomy of Indigenous Nations (tribes), which are dependent domestic nations, as they retain certain powers to prosecute and judge some crimes that occur within their territories (Indian Country), which is not yet a Brazilian reality. But the demarcation of indigenous territories and the legal status of the Indian Country can contribute to rethinking the Brazilian indigenous criminal jurisdiction system, in the sense of realizing the right to self-determination of the different Indigenous Peoples that inhabit Brazil.

Keywords: indigenous peoples; US criminal jurisdiction; Brazilian criminal jurisdiction; self-determination; decolonial.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Países que ratificaram a Convenção n. 169.....	36
Quadro 2 - Os direitos dos Povos Indígenas reconhecidos na DA, até a sua aprovação, com base na jurisprudência da Corte IDH.....	51
Quadro 3 – <i>Tribal Criminal Jurisdiction</i>	99
Quadro 4 – Jurisdição Estadual em caso de autor não-indígena.....	101
Quadro 5 – Autor indígena que cometa crime no <i>Indian Country</i>	107
Quadro 6 - Autor não-indígena que cometa crime no <i>Indian Country</i>	107
Quadro 7 - Competência jurisdicional criminal para indígenas no Brasil.....	124
Quadro 8 – Garantias fundamentais de indígenas no Brasil	140

LISTA DE SIGLAS

AI	<i>American Indian</i>
AN	<i>Alaska Native</i>
ANCSA	<i>Alaska Native Claims Settlement Act</i>
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
APIB	Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
BIA	<i>Bureau of Indian Affairs</i>
CDB	Convenção sobre Diversidade Biológica
CEPAL	<i>Comisión Económica para América Latina y el Caribe</i>
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIMI	Conselho Indigenista Missionário
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CSR	<i>Congressional Research Service</i>
DA	Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas
DESA	<i>Department of Economic and Social Affairs</i>
DPLF	<i>Due Process of Law Foundation</i>
DU	Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas
EUA	Estados Unidos da América
Funai	Fundação Nacional dos Povos Indígenas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICCA	<i>Indian Country Crimes Act</i>
ICT	<i>Indian Country Today</i>
ICWA	<i>Indian Child Welfare Act</i>
IELA	Instituto de Estudos Latino-Americanos
ILO	<i>International Labour Organization</i>
inc.	Inciso
IRA	<i>Indian Reorganization Act</i>

LGBTQIAPN+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pansexuais/Polissexuais, Não-binárias e demais grupos ou variações de sexualidade e gênero
MCA	<i>Major Crimes Act</i>
NCAI	<i>National Congress of American Indians</i>
OAS	<i>Organization of American States</i>
OEA	Organização dos Estados Americanos
OFA	<i>Office of Federal Acknowledgment</i>
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PL-280	<i>Public Law 280</i>
RESE	Recurso em Sentido Estrito
SIDH	Sistema Americano de Direitos Humanos
SPI	Serviço de Proteção ao Índio
SPILTN	Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TI	Terra Indígena
TJRR	Tribunal de Justiça do Estado de Roraima
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TLOA	<i>Tribal Law and Order Act</i>
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
UNDRIP	<i>United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples</i>
U.S.	<i>United States</i>
USA	<i>United States of America</i>
U.S.C.	<i>United States Code</i>
VAWA	<i>Violence Against Women Act</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO PENSAMENTO DESCOLONIAL	23
2.1 Perspectivas do pensamento descolonial	24
2.1.1 A invenção da categoria “índio”	24
2.1.2 O “outro”: não-ser encoberto	27
2.1.3 O pensamento descolonial	29
2.2 Direito Internacional dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas	34
2.2.1 Convenção n. 169 da OIT	35
2.2.2 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DU).....	43
2.2.3 Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DA).....	49
2.3 O direito à autodeterminação dos Povos Indígenas: um direito descolonial	56
2.3.1 O conteúdo jurídico da autodeterminação.....	61
2.3.2 Autodeterminação e pensamento descolonial.....	72
3 SISTEMA DE JURISDIÇÃO CRIMINAL DOS POVOS INDÍGENAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA)	77
3.1 Dados iniciais e demográficos	77
3.2 Da relação <i>Nation-to-Nation</i> entre as Nações Indígenas e o governo federal dos Estados Unidos da América.....	80
3.3 Conceito de <i>Tribe</i> e <i>Indian country</i>	89
3.4 As regras especiais de jurisdição criminal.....	93
3.4.1 Base constitucional para determinação da jurisdição.....	93
3.4.2 Delimitando a competência para processar e julgar.....	94
3.5 Jurisdição Criminal Tribal – <i>Tribal Criminal Jurisdiction</i>	96
3.5.1 <i>Tribal Criminal Jurisdiction</i> sobre indígenas não membros - Caso <i>United States v. Lara</i> (2004).....	98
3.5.2 A Lei de Violência Contra a Mulher e a jurisdição tribal sobre crimes de violência doméstica - <i>Violence Against Women Reauthorization Act</i> (VAWA).....	99
3.6 Jurisdição Criminal Estadual - <i>State Criminal Jurisdiction</i>	100
3.7 Jurisdição Federal Criminal – <i>Federal Criminal Jurisdiction</i>	103
3.7.1 <i>Indian Country Crimes Act</i> (ICCA) 18 U.S.C. § 1152	103

3.7.2 <i>Assimilative Crimes Act</i> 18 U.S.C. § 13.....	105
3.7.3 <i>Major Crimes Act (MCA)</i> 18 U.S.C. § 1153	106
3.8 Paradigma estadunidense: caso <i>Jimcy McGirt v. Oklahoma</i> (2020).....	109
4 JURISDIÇÃO CRIMINAL PARA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL	114
4.1 Dados iniciais e demográficos	114
4.2 Definindo a Competência: marco Constitucional e Súmula 140 do STJ	118
4.3 Revisitando o marco internacional dos direitos dos Povos Indígenas em conjunto com as Resoluções nº 287/2019 e 454/2022 do CNJ	125
4.4 Rediscutindo a Lei n. 6.001/1973, “Estatuto do Índio”: assimilacionismo e integração nacional.....	132
4.5 O exercício da jurisdição penal indígena nos Tribunais brasileiros	134
4.6 Paradigma brasileiro: caso <i>Denilson Trindade Douglas</i>	143
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	153
REFERÊNCIAS.....	158

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa consiste em uma investigação comparada entre os sistemas de jurisdição criminal dos povos indígenas nos Estados Unidos da América e no Brasil sob a égide do direito à autodeterminação, internacionalmente reconhecido. Tal diretriz será através da análise de legislação e jurisprudência brasileiras e estadunidenses, amparada em literatura especializada. A delimitação do tema, por meio do pensamento descolonial — pois se parte de uma colonialidade ainda presente nas relações dos Estados para com os Povos Indígenas — consiste na análise dos principais instrumentos normativos internacionais dos direitos humanos dos povos indígenas, bem como, especificamente, no direito à autodeterminação.

Considerando a secular negação de direitos aos povos indígenas devido à colonização, o Relatório sobre a “Situação dos Povos Indígenas do Mundo”, do Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais, demonstra que os povos tradicionais encontram-se em todos os continentes do globo, num total de 370 milhões de pessoas, que representam 5% (cinco por cento) da população mundial, estando presentes, para além da América Latina, na Austrália, Nova Zelândia, nos Estados Unidos da América, no Canadá, Índia, Região Ártica (incluindo a Rússia e o norte da Europa), no Leste e no Sudeste da Ásia e nos países do Pacífico, bem como os Povos da Floresta da África. Entretanto, os Povos Indígenas somam a parcela de 15% (quinze por cento) dos pobres do planeta e, dentre as 900 milhões de pessoas rurais extremamente pobres do mundo, as populações tradicionais constituem cerca de um terço destes². Ou seja, os povos indígenas, como minorias³,

² DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (DESA). **State of the World's Indigenous Peoples**. New York: Nações Unidas, 2009. v. I. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/en/SOWIP_web.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

³ Para a pesquisa, o termo *minorias* deve ser compreendido no sentido qualitativo e não quantitativo, como grupo social minoritário. Compreendidos a partir do pensamento descolonial — filiação teórica a que a pesquisa se filia — como grupos sociais com fragilidade de poder social e econômico e representatividade política, estando em condição de subordinação e, em que pese possam ser a maioria numérica do contingente populacional, não se constituem como grupos dominantes nas sociedades contemporâneas. Tendo como exemplos: mulheres, povos indígenas, população negra, LGBTQIAPN+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pansexuais/Polissexuais, Não-binárias e demais grupos ou variações de sexualidade e gênero), pessoas com deficiência, migrantes ou refugiados, não cristãos, entre outros. BRAGATO, Fernanda Frizzo. Sobre o conceito de minorias: uma análise sobre racionalidade moderna, direitos humanos e não discriminação. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado: n. 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018.

estão presentes em todo mundo e são severamente impactados pelos efeitos do colonialismo que, em menor ou maior grau, prejudicam o exercício de sua autodeterminação na condução de seus destinos.

Em *Abya Yala* — termo dos Kuna para América⁴ —, os povos indígenas habitam o território de países soberanos resultantes de processos de independência de suas metrópoles europeias, muito antes do início da conquista e da colonização do continente, a partir do século XVI. Como Estados soberanos, cada país da região trata as questões indígenas de forma própria, mais ou menos influenciada pelo direito internacional dos povos indígenas, que lhes garante o direito à autodeterminação. Uma das principais questões está ligada ao direito coletivo à terra, porque é a partir do estabelecimento deste espaço demarcado que as comunidades indígenas são capazes de exercer o autogoverno e dar continuidade ao seu modo diferenciado de vida.

Tendo em vista que os povos indígenas habitam territórios de Estados que constituíram seu poder político soberano à revelia de sua presença prévia, a grande maioria ainda enfrenta enormes obstáculos para recuperar ou garantir o direito de posse ou propriedade sobre suas terras e de consequente autodeterminação. Porém, mesmo entre aqueles cujas terras são demarcadas e reconhecidas pelo Estado que habitam, as possibilidades de exercer o autogoverno ainda são limitadas, tendo os Povos Indígenas pouca autonomia interna. No caso do exercício da jurisdição e da administração da justiça em casos criminais, o tratamento nos países do continente americano é bastante variado.

Como ponto de partida, é importante ressaltar que, para assuntos internos, os indígenas estadunidenses gozam de uma ampla autonomia. Nos territórios estabelecidos como *Indian Country*, as comunidades indígenas têm a gestão de recursos destinados a políticas públicas, poderes legislativos para elaboração de leis cíveis e criminais e estruturas judiciárias para a implementação destas legislações.

⁴ De acordo com a língua dos Kuna, povo indígena originário do norte da Colômbia, que atualmente vive na costa caribenha do Panamá, *Abya Yala* significa terra madura, terra viva ou terra florescente e é sinônimo de América. A colonização iniciada em 1492, após a invasão do colonizador europeu, negou as diversas e plurais identidades do continente. Toda a população foi categorizada e chamada apenas de "índio/índios". Assim, *Abya Yala* tem sido usada como autodenominação dos povos nativos do continente como contraponto à América. Também, *Abya Yala* configura-se, portanto, como parte de um relevante processo de construção político-identitária de descolonização do pensamento e que tem caracterizado o novo ciclo do movimento dos Povos Indígenas. INSTITUTO DE ESTUDOS LATINO-AMERICANOS (IELA). **Abya Yala**. Florianópolis: IELA, [S. d.]. Disponível em: <https://iela.ufsc.br/projeto/povos-originaarios/abya-yala/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

No entanto, esta autonomia não representa um exemplo de pluralismo jurídico ou soberania. Ou, pelo menos, não na esfera criminal. Como será exposto, a competência criminal dos povos indígenas limita-se a certos tipos penais e há limitações nas penas a serem atribuídas. Neste aspecto, decisões brasileiras que reconheçam a plena autonomia das comunidades indígenas como, por exemplo, no caso Denilson Trindade Douglas⁵, não encontrariam similaridade nos EUA.

O problema, como igualmente será aventado, é que referidas decisões, Denilson Trindade Douglas (Brasil) e *Jimcy McGirt v. Oklahoma* (EUA), constituem exceção e não a regra, além de não encontrarem sequência em seus tribunais. Neste prisma, considerando que, nos Estados Unidos da América, o reconhecimento do direito à autodeterminação se apresenta mais consolidado, em que pese os EUA não sejam signatários das normativas internacionais específicas aos Povos Indígenas e possuam um longo histórico de violência e colonialidade contra estes povos. Esta maior consolidação ou exercício da autonomia dos Povos Indígenas, embora com ressalvas e somente após a concessão do governo federal dos EUA, deve-se ao fato de nos territórios reconhecidos como *Indian Country*, em determinados crimes, há a aplicação da jurisdição tribal exercida pela própria tribo. Como no caso *Jimcy McGirt v. Oklahoma* foi reconhecido que metade do estado de Oklahoma é território indígena para efeitos jurisdicionais, esta serviu para aumentar o exercício da jurisdição tribal naquela localidade⁶. Já no caso Denilson Trindade Douglas, a prevalência da decisão das lideranças e dos *Tuxaua*, com o reconhecimento pelo Estado, representa uma validação da guarida dos direitos humanos e constitucionais ao respeito à pluralidade, à diferença e formas jurisdicionais próprias, incluindo a língua, os costumes, as

⁵ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. Limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Hígidez do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=nn4ZGMUpZnZqCjxCdctFTIephv8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

⁶ UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Jimcy McGirt v. Oklahoma**. July 9, 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

crenças e tradições, bem como à organização social e às estruturas políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais indígenas⁷.

Nesse sentido, estas premissas conduzem ao seguinte problema norteador da pesquisa: em que medida o sistema estadunidense de jurisdição criminal para os Povos Indígenas pode contribuir para repensar o sistema de jurisdição criminal indígena brasileiro no sentido de efetivar o direito à autodeterminação dos diferentes Povos Indígenas que habitam o Brasil?

Para tanto, o objetivo geral da pesquisa consiste no estudo comparado entre o modelo de Jurisdição Criminal dos Povos Indígenas no Brasil e nos Estados Unidos da América, a fim de verificar as potencialidades e as deficiências de cada um à luz de sua compatibilidade com o direito à autodeterminação dos diferentes Povos Indígenas do Brasil. Tendo como objetivos específicos os seguintes pontos:

- a. Analisar como o pensamento descolonial impacta numa visão crítica dos direitos humanos, com a explanação das três principais normativas de direitos humanos do Direito Internacional para os Povos Indígenas, sendo elas: a Convenção n. 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração das Americanas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Também, examinar o direito à autodeterminação como um direito conectado ao pensamento descolonial, desde seu marco normativo nos instrumentos nacionais, até a sua análise com o pensamento descolonial;
- b. Estudar o sistema jurisdicional criminal dos Estados Unidos da América para os povos indígenas, nas esferas tribais, estaduais e federais, e o aparato conceitual e legal que lhe dá suporte, bem como, o estudo de jurisprudências e do caso paradigmático *Jimcy McGirt v. Oklahoma*;

⁷ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. Limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Higidez do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionId=nn4ZGMUpZNZqCjxCdctFTIephv8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

- c. Investigar a competência jurisdicional criminal no Brasil aplicada aos povos indígenas, comparando com a jurisdição criminal indígena dos Estados Unidos da América, além de analisar criticamente todo o aparato de normativas que regem o sistema penal no Brasil, incluído a Constituição Federal e as normativas internacionais; bem como o estudo da atuação dos tribunais brasileiros nesta temática, e do caso paradigmático Denilson Trindade Douglas.

Assim, as hipóteses que nortearam a presente pesquisa são: (i) que, nos Estados Unidos da América, os Povos Indígenas possuem uma maior autonomia para o exercício da jurisdição criminal indígena do que no Brasil, tendo em vista o tratamento dos territórios como *indian country* e a definição da competência jurisdicional criminal tribal; e, ii) também, que o aparato jurisdicional e a prestação jurisdicional criminal estadunidense garantem, teoricamente, proteções maiores ao direito à autodeterminação e ao direito do exercício da jurisdição dos Povos Indígenas que no Brasil — à exceção do caso Denilson Trindade Douglas.

A pesquisa justifica-se pela necessidade de estudos jurídicos que busquem fortalecer e traçar meios para a consolidação dos direitos humanos dos Povos Indígenas, em especial do direito à autodeterminação, uma vez que, devido à secular opressão da colonialidade do poder e carnificina do colonialismo, o exercício da pluralidade e do respeito à diferença dos povos originários, deve ser a pauta primária das agendas políticas e jurídicas dos Estados, a fim de uma reparação histórica com estes povos.

Além disso, para se atingir os preceitos constitucionais, como democracia, pluralidade, igualdade, dentre muitos outros, presentes na Constituição Federal de 1988, somente é possível com a participação efetiva dos Povos Indígenas brasileiros. Somente no exercício pleno dos direitos humanos dos Povos Indígenas e dos grupos historicamente excluídos do processo de tomada de decisão nos Estados — as minorias — é que o Brasil poderá construir uma nova história apta a indenizar e reparar os 523 anos das sequelas genocidas do colonialismo. É através da efetivação dos direitos, com a garantia e proteção da diferença, que a Ciência Jurídica poderá trazer caminhos efetivos e hábeis para a “cura” históricas das mazelas sociais, jurídicas, econômicas, educacionais, etc.

Esclarece-se, também, que justamente por se tratar de uma pesquisa de matriz teórica descolonial, esta dissertação não pretende a imposição do trato da jurisdição

criminal dos Povos Indígenas estadunidenses no Brasil. O paradigma descolonial é justamente para não se deslumbrar uma situação como superior à outra, mas como uma, em seus pontos aceitáveis, pode contribuir para a outra, objetivando a garantia dos direitos dos Povos Indígenas. Pois tanto os povos nativos estadunidenses quanto os povos originários brasileiros passaram por processos semelhantes de colonização e colonialismo, desapropriação de terras, exploração de seus recursos, genocídio e etnocídio. Nesse processo de colonização, aos povos originários estadunidenses e brasileiros — assim como em toda *Abya Yala* — os processos de colonização negaram direitos básicos como, por exemplo, a crença de que eles não possuíam alma e, por isso, não possuíam humanidade, o que estava a serviço da empreitada universalizante e etnocêntrica da colonização europeia.

A finalidade pesquisa, também, não é sugerir um transplante do modelo de jurisdição criminal indígena estadunidense para o Brasil, mas pensar a partir das experiências mais compatíveis com o exercício da autodeterminação. O foco é pensar possibilidades e caminhos para a efetivação do direito à autodeterminação dos Povos Indígenas através de outras experiências. Assim a pesquisa, por meio de estudo comparado, analisará a jurisdição criminal para os Povos Indígenas nos EUA e no Brasil, e como as balizas já construídas nos EUA podem contribuir para se repensar o sistema jurisdicional criminal indígena brasileiro a fim de efetivar o direito à autodeterminação.

A pesquisa, ainda, apresenta relevância social e jurídica, pois, como uma das heranças nefastas da colonização, a inferiorização dos diversos povos originários de *Abya Yala* em relação aos europeus e a sua generalização como “índio/índios”⁸, a temática dos direitos indígenas ainda permanece como um “ponto doloroso” no trato jurídico e nas relações com o Estado brasileiro⁹. No Brasil, há uma violência estrutural e institucionalizada, em que em seu centro está o racismo do Estado contra os Povos Indígenas, que ainda reverbera nos conflitos por territórios e suas demarcações, além

⁸ BONFIL BATALLA, Guillermo. El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial. **Anales de Antropología**, [S. l.], v. 9, p. 105-124, 2011. p. 110-111. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/antropologia/article/view/23077>. Acesso em: 18 jul. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ia.24486221e.1972.0.23077>.

⁹ AMADO, Luiz Henrique Eloy; SANTOS, Anderson de Souza. Corpos indígenas e justiça criminal no contexto social do Mato Grosso do Sul. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 257-270. *E-book*.

da violência simbólica, gerada por discursos racistas negacionistas contra as comunidades indígenas¹⁰.

Além disso, a doutrina especializada tem demonstrado como o Direito, desde a criação de suas normas, passando pela sua aplicação até o funcionamento do sistema de justiça, é um impedimento não só para os movimentos indígenas, mas para a efetivação dos direitos humanos dos Povos Indígenas. Isso porque, segundo os autores, a criminalização do movimento indígena, por meio da lei penal, e o reconhecimento incompleto pelo Estado brasileiro das instituições tradicionais indígenas representam dois obstáculos tanto na aplicação das normas jurídicas quanto ao funcionamento do sistema de justiça à realização dos direitos civis e políticos dos Povos Indígenas brasileiros¹¹.

A violência do sistema de justiça criminal contra indígenas no Brasil encontra suas estatísticas nos relatórios anuais produzidos pelo Conselho Indigenista Missionário¹². O último relatório, lançado em 2022, com dados de 2021, refere-se à "violência contra a pessoa". Do total de 355 casos, 176 foram assassinatos contra indígenas e o registro de 21 violências por racismo e discriminação étnico-cultural¹³. Já a "violência por omissão do poder público" foi registrada num total de 221 casos, sendo eles: 34 por desassistência geral, 28 por desassistência na área de educação escolar indígena, 107 por desassistência na área da saúde, 13 por disseminação de bebida alcoólica e outras drogas e 39 casos de morte por desassistência à saúde¹⁴. Dados estes que refletem não só a violência física contra os Povos Indígenas no Brasil, mas são um retrato das violações dos direitos humanos dos indígenas brasileiros tanto do aparato quanto dos agentes que compõem o sistema de justiça criminal¹⁵.

¹⁰ CARVALHO, Salo de; GOYES, David R.; WEIS, Valeria Vegh. Politics and Indigenous Victimization: The Case of Brazil. **British Journal of Criminology**, v. 61, p. 251-271, 2020.

¹¹ AMADO, Luiz Henrique Eloy; ALFINITO VIEIRA, Ana Carolina. **Criminalização e reconhecimento incompleto**: obstáculos legais à mobilização indígena no Brasil. Rio de Janeiro: Autografia, 2021.

¹² HOISLER SALLET, Bruna; BONATO GOMES, Thais; ROTTA ALMEIDA, Bruno. RACISMO INSTITUCIONAL E POVOS INDÍGENAS: DAS PRÁTICAS ASSIMILADAS ÀS ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 153–182, 2021. Disponível em:

<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36496>. Acesso em: 27 jan. 2023.

¹³ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Relatório: Violência contra os povos indígenas no Brasil. Dados 2021**. Brasília: Cimi, 2022. p. 278.

¹⁴ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Relatório: Violência contra os povos indígenas no Brasil. Dados 2021**. Brasília: Cimi, 2022. p. 279.

¹⁵ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Relatório: Violência contra os povos indígenas no Brasil. Dados 2021**. Brasília: Cimi, 2022.

Esta pesquisa também se faz relevante, pois, de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2015, o 16º objetivo apto a melhorar as condições sociais, econômicas e ambientais até o ano de 2030 é relativo à “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”. Haja vista que tem como metas o acesso de todos à justiça (16.3) e a garantia da tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis (16.7), metas estas em consonância com o direito dos Povos Indígenas aos sistemas próprios de jurisdição e autodeterminação para efetivação da justiça e das instituições, na construção de uma cultura de paz¹⁶.

Outro fator que deve ser considerado é que, em que pese muitos estudos tratem do direito penal ou da jurisdição penal dos Povos Indígenas no Brasil, a abordagem comparada com a jurisdição criminal estadunidense para os Povos Indígenas não encontra registros junto ao banco de dados de dissertações e teses da CAPES, do banco de dados do SCIELO e da EBSCO e da própria Unisinos. As buscas específicas para estudos que comparassem o sistema de jurisdição penal dos Povos Indígenas nos Estados Unidos da América e no Brasil, como aqui proposto, não obtiveram resultados.

Como metodologia, parte-se de uma matriz teórica descolonial. Sendo um trabalho descritivo e comparativo, cujo objetivo é destacar as diferenças entre os dois sistemas de jurisdição criminal e apontar caminhos que possam ser seguidos pelo Estado brasileiro em direção ao incremento do direito à autodeterminação dos Povos Indígenas no Brasil. O método utilizado no desenvolvimento da pesquisa será o de revisão bibliográfica e o de estudo de caso comparado, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica, a documental, através de documentação direta e indireta, e a jurisprudencial, com análise de dados de forma qualitativa.

Ainda, a dissertação está dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo descreve o pensamento descolonial e os três principais instrumentos de direitos humanos do Direito Internacional para os Povos Indígenas: a Convenção n. 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DU) e a Declaração das Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DA)¹⁷. De igual

¹⁶ NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes**. Agenda para 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁷ A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em inglês é “United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples” (UNDRIP), mas para os fins deste

forma, aborda-se o direito à autodeterminação, sob uma visão crítica dos direitos humanos a partir do pensamento descolonial.

No segundo e no terceiro capítulo, analisa-se o sistema jurisdicional criminal dos Estados Unidos da América para os Povos Indígenas e a jurisdição penal no Brasil aplicada aos Povos Indígenas, respectivamente. Além do estudo de casos, com destaque para o dos EUA *Jimcy McGirt v. Oklahoma* e Denilson Trindade Douglas do Brasil. Todos os capítulos são abordados seguindo os objetivos propostos da pesquisa e a metodologia delimitada.

Ainda, tem-se que a presente dissertação está inserida na linha de pesquisa Sociedades, Novos Direitos e Transnacionalização do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Essa vinculação ocorre porque esta linha trata da proteção dos direitos humanos e busca investigar transformações ocorridas no direito, a exemplo de fenômenos que assumem características globais e impactam no elemento da transnacionalização, como é o caso do direito à autodeterminação e do reconhecimento dos sistemas de jurisdição dos Povos Indígenas.

trabalho será identificada pela sigla DU. Assim como a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas pela sigla DA.

2 DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO PENSAMENTO DESCOLONIAL

O presente capítulo inicia-se pelo estudo do pensamento descolonial, partindo da invenção da categoria “índio” e do olhar ao “outro”, o não-ser encoberto, fruto da colonização e colonialidade imposta aos Povos Indígenas, considerando que se trata da matriz teórica fundante desta investigação. Isso se faz importante, pois a matriz teórica descolonial permite uma visão crítica dos direitos humanos, além de traçar balizas para o entendimento das questões envolvendo Povos Indígenas.

Após, este capítulo visa, considerando a abordagem temática, à identificação e à análise da construção teórica a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas. O marco normativo principal do Direito Internacional dos Direitos Humanos aos Povos Indígenas está na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989¹⁸, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 (DU)¹⁹ e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016 (DA)²⁰.

Nesse arcabouço, além de outras normativas e direitos humanos dos Povos Indígenas, encontra-se o direito à autodeterminação. Apresentado em seção própria. O direito à autodeterminação é uma das balizas norteadoras da pesquisa sobre os dois sistemas de jurisdição criminal dos Povos Indígenas objeto do estudo, os quais serão especificamente pontuados no capítulo seguinte. Tal análise será guiada pela visão crítica dos direitos humanos a partir do pensamento descolonial, conforme já exposto.

¹⁸ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Indigenous and Tribal Peoples Convention**, 1989 (No. 169). Geneva: ILO, 76th ILC session, 27 Jun 1989. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C169:NO. Acesso em: 10 dez. 2022.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

2.1 Perspectivas do pensamento descolonial

Para o estudo da autodeterminação dos Povos Indígenas, assim como dos direitos previstos na Convenção n. 169 da OIT, na DU e DA, faz-se necessária uma visão crítica dos direitos humanos sob a lente do pensamento descolonial.

2.1.1 A invenção da categoria “índio”

Durante o primeiro século de colonização, de acordo com o filósofo Tzvetan Todorov, somente 12,5% da população originária da América sobreviveu ao primeiro século de contato com os europeus, resultado da redução populacional de 87,5% do continente. Local em que antes habitavam 80 milhões de pessoas, só entre os séculos XV e XVI, passou para 10 milhões²¹. Todorov afirma que a população mundial era da ordem de 400 milhões, sendo que cerca de 80 milhões eram os que habitavam as Américas. “Em meados do século XVI, desses 80 milhões, restam 10. Ou, se nos restringirmos ao México: às vésperas da conquista, sua população é de aproximadamente 25 milhões; em 1600, é de 1 milhão”²². Mostrando que, somente no México, em um século de colonização do europeu – espanhóis –, a população originária foi reduzida em 96%, restando somente 4% do contingente populacional originário mexicano.

Por conseguinte, desde 12 de outubro de 1492, data em que Cristóvão Colombo aportou no continente americano, os povos e os indivíduos que aqui habitavam passaram a ser nomeados como “índios”, uma categoria colonial criada para nomear as populações nativas e originária da América.

A categoria de “índio” denota a condição de colonizado e faz uma referência necessária à relação colonial.

O “índio” nasceu quando Colombo tomou posse da Ilha Hispaniola em nome dos Reis Católicos. Antes do descobrimento europeu, a população do Continente Americano era formada por uma grande quantidade de sociedades diferentes, cada uma com sua própria

²¹ TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução Beatriz Perrone Moi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Tzvetan-Todorov-A-Conquista-da-America.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2022.

²² TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução Beatriz Perrone Moi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 73-74. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Tzvetan-Todorov-A-Conquista-da-America.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2022.

identidade, que se encontravam em diferentes graus de desenvolvimento evolutivo: desde as altas civilizações da Mesoamérica e dos Andes, até os grupos de coletores da floresta amazônica. Embora houvesse processos de expansão dos povos mais avançados (incas e mexicas, por exemplo) e haviam consolidado já vastos domínios politicamente unificados, as sociedades pré-hispânicas apresentavam um confuso mosaico de diversidades, contrastes e conflitos de todas as ordens. Não existiam "índios" ou qualquer conceito que qualificasse uniformemente toda a população do Continente. (tradução nossa)²³

Ou seja, a categoria colonial "índio/índios" foi uma invenção da colonização europeia, pois não havia nos territórios do continente americano um termo ou conceito que impusesse uniformemente uma nomenclatura para as populações nativas. Todavia, foi através da relação colonial que o europeu criou a categoria uniformizante de "índio", impondo a relação de diferente e inferior, justificando, então, o domínio, a servidão e o extermínio aos povos originários na América. O viés de análise da contextualização histórica das questões dos Povos originários do continente americano pode ser iniciado através do paradigma colonial, em que, de acordo com o antropólogo Guillermo Bonfil Batalla:

A categoria de "índio" designa o setor colonizado e faz uma referência necessária à relação colonial. O "índio" surge com o estabelecimento da ordem colonial europeia na América; antes não havia "índios", mas povos diversos com identidades próprias. O "índio" é criado pelo europeu, porque toda situação colonial exige a definição global do colonizado como diferente e inferior (de uma perspectiva global: racial, cultural, intelectual, religiosa, etc.; com base nessa categorização do "índio", o colonizador racionaliza e justifica a dominação e a assunção

²³ No original: "La categoría de indio denota la condición de colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial.

El indio nace cuando Colón toma posesión de la isla Hispaniola a nombre de los Reyes Católicos. Antes del descubrimiento europeo la población del Continente Americano estaba formada por una gran cantidad de sociedades diferentes, cada una con su propia identidad, que se hallaban en grados distintos de desarrollo evolutivo: desde las altas civilizaciones de Mesoamérica y los Andes, hasta las bandas recolectoras de la floresta Amazónica. Aunque había procesos de expansión de los pueblos más avanzados (incas y mexicas, por ejemplo) y se habían consolidado ya vastos dominios políticamente unificados, las sociedades prehispánicas presentaban un abigarrado mosaico de diversidades, contrastes y conflictos en todos los órdenes. No había "indios" ni concepto alguno que calificara de manera uniforme a toda la población del Continente". BONFIL BATALLA, Guillermo. El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial. **Anales de Antropología**, [S. l.], v. 9, p. 105-124, 2011. p. 110-111. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/antropologia/article/view/23077>. Acesso em: 18 jul. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ia.24486221e.1972.0.23077>.

de privilégios (a conquista transforma-se, ideologicamente, em empresa redentora e civilizadora). (tradução nossa)²⁴

Ou seja, é através do processo de colonização da América, da relação colonial imposta aos Povos originários, que nasce a categoria “índio” ou o “silvícola”, na distinção e hierarquização entre o colonizador (superior) e colonizado (inferior). Nessa perspectiva, Vilmar Martins Moura Guarany acresce que a categoria “índio” mascara toda a diversidade dos Povos Indígenas brasileiros — em que só no Brasil são mais de 300 Povos atualmente²⁵ — unificando-os como homogêneos, pois os transforma em um saciedade e cultura só, em “índio”. Como “silvícola”, além de significar “selvagem”, implica a prática discriminatória em relação aos indígenas que vivem nas zonas urbanas²⁶.

Vilmar Martins Moura Guarany assim especifica:

I – “Índio”: Este termo genérico leva-nos a crer que não há diversidade de povos, pois todos são uma coisa só – índios. Por isso, muitos pensam que não há culturas, e sim uma única cultura, uma única fé, uma única maneira de organização social, uma única língua. O termo contribuiu, enfim, para falsamente diminuir a diversidade indígena brasileira ou, em outras palavras, universalizar o diverso.

II – “Silvícola”: Este termo, por sua vez, traz uma implicação prática discriminatória em relação aos índios que vivem nas zonas urbanas – aqueles que, por vontade própria, em busca geralmente de educação e outros serviços que não encontram nas terras indígenas, procuram as cidades; ou mesmo porque as cidades estão cada vez mais próximas das aldeias e, por isso, os índios vão deixando de ser considerados silvícolas; ou, ainda, porque há aqueles que foram expulsos de suas terras tradicionais e estão tendo que buscar abrigo mais perto dos centros urbanos. Daí, quem sabe, a explicação sobre

²⁴ No original: “La categoría de indio designa al sector colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial. El indio surge con el establecimiento del orden colonial europeo en América; antes no hay indios, sino pueblos diversos con sus identidades propias. Al indio lo crea el europeo, porque toda situación colonial exige la definición global del colonizado como diferente e inferior (desde una perspectiva global: racial, cultural, intelectual, religiosa, etc.; en base a esa categorización de indio, el colonizador racionaliza y justifica la dominación y suposición de privilegio (la conquista se transforma, ideológicamente, en empresa redentora y civilizadora)”. BONFIL BATALLA, Guillermo. **Utopia y revolución: El pensamiento Político de los Indios en América Latina: Etnodesarrollo e Etnocidio**. Ciudad de México: Nueva Imagen, 1981. p. 19.

²⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Conheça o Brasil – População: indígenas**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20506-indigenas.html>. Acesso em: 19 mar. 2021.

²⁶ GUARANY, Vilmar Martins Moura. Desafios e perspectiva para a construção e o exercício da cidadania indígena. In: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* (org.). **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 146-166. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004373.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

a ausência de políticas públicas desde sempre destinadas a esses “ex-silvícolas”.

Silvícola, além do mais, tem o mesmo significado de selvagem, a quem o dicionário denota os significados de: bruto, bravo, feroz, aquele que não foi amansado, domado, sem civilização, primitivo. Aliás, neste sentido, o dicionário Aurélio assim nos esclarece: “[silvícola é o] que nasce ou vive nas selvas; selvagem, selvático”²⁷.

Portanto, a invenção colonial da categoria “índio” implica discriminação e perpetuação dos discursos do paradigma da colonialidade, uma vez que, com a colonização das Américas, nasce a colonialidade, trazendo à tona, na ocupação do continente americano, uma forma de inferiorizar o outro com base na categoria de raça, sendo os Povos Indígenas a “raça” inferiorizada²⁸. Por isso, esta pesquisa, a partir daqui, ao trazer fontes que se utilizam de palavras como “índio”, “índios”, “não-índio”, “não-índios”, “silvícola” ou “silvícolas”, substituirá estas por indígena, colocada entre parênteses, ou colocada a palavra “índio” e suas variantes entre aspas.

2.1.2 O “outro”: não-ser encoberto

Sob o escopo da égide colonial fundante, os Povos originários do continente, categorizados como a “raça de índios”, foram transformados em “outros” encobertos dizimados²⁹. Aos sobreviventes restaram escravização, colonização, colonialidade, estupro, violência e despojo de suas terras e de seus bens³⁰, a partir do encobrimento dos nativos da América³¹. Em que a “conquista” é a máxima exacerbação da violência

²⁷ GUARANY, Vilmar Martins Moura. Desafios e perspectiva para a construção e o exercício da cidadania indígena. In: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* (org.). **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 146-166. p. 151. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004373.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

²⁸ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9-31, dez. 2005.

²⁹ DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

³⁰ DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

³¹ No Brasil, por exemplo, Salo de Cravalho David R. Goyes, e Valeria Vegh Weis, com base em Galtung, pontuam que é possível identificar quatro tipos de violência que vitimam os Povos Indígenas brasileiros atualmente, as quais em seu centro está o racismo do estado, quais sejam: “: (1) violência estrutural, produto da violência do instrumental que organiza e mercantiliza o ambiente e as pessoas na lógica do sistema capitalista; (2) violência institucional, um subtipo de violência estrutural, materializada nas ações e omissões do sistema de justiça criminal, incluindo seus poderes legislativo, executivo e judiciário; (3) violência direta executada por esquadrões rurais e financiada por latifundiários e (4) violência simbólica veiculada nos discursos racistas negando a alteridade das comunidades indígenas”. (tradução nossa) CARVALHO, Salo de; GOYES, David R.;

da dominação civilizatória do europeu, ‘é a afirmação prática do ‘Eu’ conquistado e ‘negação do outro’’, como diferente³². Uma negação em sua totalidade humana, cultural e social, a partir da transfiguração étnica³³, transmutando-os etnicamente. A despeito da transfiguração étnica, segundo o antropólogo Darcy Ribeiro:

Onde quer que um grupo indígena pode manter a convivência familiar – os pais educando seus filhos – permaneceu a identificação étnica tribal. A etnia é, assim se demonstra, uma das forças maiores da cultura humana. Resiste às guerras se há sobreviventes; resiste à transformação ecológica de seu hábitat. Resiste até ao assédio missionário que, mesmo exercido secularmente, não converte ninguém, nem europeíza ninguém, por maior que seja a pressão exercida. A etnia só não resiste à escravização pessoal que, desagarrando as pessoas de sua comunidade, as transforma em mera força de trabalho, possuída por um senhor e vivendo a existência que ele lhes impõe. Resiste mal à prática missionária de separação dos filhos para educá-los longe de seu povo. Só conseguem assim deculturá-los, transformando-os em ninguém, que não sabem de si e não servem nem para ser “índios” nem civilizados³⁴.

O que se materializa na “transfiguração étnica”, que seria a passagem cultural transfiguradora assimilacionista do indígena específico para a figura de um ser humano integrado e assimilado culturalmente e socialmente, destituído de sua ancestralidade, cultura e de seu próprio Povo. O não-ser³⁵.

Roque Zimmermann, em sua abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel, tem como ponto de partida o não-ser da América Latina. Os famintos e marginalizados, que estão aquém, em suas totalidades e singularidades, das correntes filosóficas pré-socráticas, de Platão, de Aristóteles, da escolástica, de Descartes, de Hegel, de Husserl, de Heidegger e de Marx. O ser real deste continente negado, o não-ser da América Latina, Povos Indígenas, negras e negros escravizados e sua ascendência, mulheres latino-americanas³⁶. O que mais adiante será abordado

WEIS, Valeria Vegh. Politics and Indigenous Victimization: The Case of Brazil. **British Journal of Criminology**, v. 61, p. 251-271, 2020. p. 263.

³² DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro**. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 49.

³³ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

³⁴ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 12.

³⁵ ZIMMERMANN, Roque. **América Latina o não-ser: uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel (1962-1976)**. Petrópolis: Vozes, 1987.

³⁶ ZIMMERMANN, Roque. **América Latina o não-ser: uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel (1962-1976)**. Petrópolis: Vozes, 1987.

no pensamento descolonial que está oculto da face da Modernidade e do pensamento eurocêntrico fundante dos direitos humanos.

A negação dos Povos originários dá-se a partir da colonização do continente americano, sendo que a colonização marca o início da modernidade. Além de a colonização ser a face oculta da Modernidade, local em que se encontra o “outro” encoberto, os Povos Indígenas³⁷. Para tanto, é a partir do pensamento descolonial, como uma forma de pensamento contra-hegemônico da modernidade e inspirado em movimentos de resistência gerados no contexto colonial, que se vê uma via de descolonização do conhecimento e ótica para uma análise crítica dos direitos humanos, para além do clássico discurso eurocêntrico³⁸.

2.1.3 O pensamento descolonial

Como um pensamento contra-hegemônico da modernidade, o pensamento descolonial nasce desde os primórdios da Modernidade, gerado nos movimentos de resistência do contexto colonial^{39,40}. Na pesquisa, estudaremos o pensamento

³⁷ DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro**. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993; GILROY, Paul. **Entre campos: nações, cultura e o fascínio da raça**. São Paulo: Annablume, 2007.

³⁸ Nesse sentido Bragato ensina que “O pensamento descolonial é um projeto epistemológico fundado no reconhecimento da existência de um conhecimento hegemônico, mas, sobretudo, na possibilidade de contestá-lo a partir de suas próprias inconsistências e na consideração de conhecimentos, histórias e racionalidades tornadas invisíveis pela lógica da colonialidade moderna. Por meio de diversos autores cujo pensamento vem ganhando visibilidade nos últimos anos, propõe-se colocar em evidência a dimensão colonial da Modernidade, a fim de descobrir a lógica de poder e de exclusão que pode ser útil para compreender a dinâmica que os direitos humanos assumiram hoje, como direitos assentados nos princípios da igual dignidade e da não discriminação.” BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. p. 205. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021.

³⁹ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. p. 205. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁴⁰ O que desde muito cedo se percebe na obra de Bartolomé de Las Casas. Em que, já no século XV, defendia que, independente de ser europeu ou não, todos os povos do mundo são humanos, gozam de racionalidade, e os direitos naturais dos europeus também pertencem aos indígenas, por serem seres humanos, possuindo, então, direito à liberdade. Além de que escreveu que não há razão de existir uma guerra justa contra os povos indígenas para a expansão da fé cristã ou de cunho territorial ou econômico – tese defendida na época e que era uma das matrizes que fundamentava a barbárie da colonização –, pois os verdadeiros bárbaros, ou piores que eles, são aqueles que exterminaram os povos indígenas. LAS CASAS, Bartolomé de. **Apología o Declaración y Defensa Universal de los derechos del hombre y de los pueblos**. Salamanca: Junta de Castilla y Leon. Consejería de Educación y Cultura, 2000. Disponível em: <https://www.saavedrafajardo.org/Archivos/LIBROS/Libro0054.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021. Outros escritos sobre outras matrizes que fundamentam os direitos humanos, a partir de uma visão

descolonial ligado ao programa de investigação transdisciplinar *Modernidade/Colonialidade*⁴¹, como matriz teórica desta.

Nos mais de 500 anos desde a chegada do europeu à América ainda veem-se as muitas marcas deixadas nos Povos Indígenas. Como um meio para se romper com a colonialidade e a injustiça histórica destas marcas “civilizacionais” eurocêntricas, a teoria descolonial vem como uma das possibilidades para atingir tais objetivos. Isso porque, com o intuito de se atingir a pluralidade étnica, social e cultural, condizente às condições das pessoas e Povos Indígenas, o movimento do pensamento descolonial se apresenta como um caminho, pois é uma contrapartida da modernidade e da colonialidade, surgido na própria fundação desses eventos⁴². Segundo Walter Mignolo:

O pensamento descolonial surgiu na própria fundação da modernidade/colonialidade, como sua contraparte. E isso aconteceu nas Américas, no pensamento indígena e no pensamento afro-caribenho. Em seguida, continuou na Ásia e na África, não relacionado ao pensamento descolonial nas Américas, mas em contrapartida à reorganização da modernidade colonial com o Império Britânico e o colonialismo francês. Um terceiro momento de reformulações ocorreu nas interseções dos movimentos de descolonização na Ásia e na África, simultaneamente à guerra fria e à ascensão da liderança dos Estados Unidos. Desde o fim da guerra fria entre os Estados Unidos e a União Soviética, o pensamento descolonial começa a traçar sua própria genealogia. (tradução nossa)⁴³

heterodoxa dos direitos humanos, podem ser encontrados na presente obra: BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; LEMOS, Walter Gustavo. **Das tradições ortodoxas e heterodoxas nos direitos humanos**: uma antologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴¹ ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación Modernidad/Colonialidad latinoamericano. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 1, p. 51-86, enero-diciembre 2003. Disponível em: <http://www.revistatabularasa.org/numero-1/escobar.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁴² MIGNOLO, Walter. La opción de-colonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 8, p. 243-281, enero-junio 2008. p. 250 Disponível em: <http://www.revistatabularasa.org/numero-8/mignolo1.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁴³ No original: “El pensamiento des-colonial emergió en la fundación misma de la modernidad/colonialidad, como su contrapartida. Y eso ocurrió en las Américas, en el pensamiento indígena y en el pensamiento afrocaribeño. Continuó luego en Asia y África, no relacionados con el pensamiento des-colonial en las Américas, pero sí como contrapartida a la re-organización de la modernidad colonial con el imperio británico y el colonialismo francés. Un tercer momento de reformulaciones ocurrió en las intersecciones de los movimientos de descolonización en Asia y África, concurrentes con la guerra fría y el liderazgo ascendente de Estados Unidos de América. Desde el fin de la guerra fría entre Estados Unidos de América y la Unión Soviética, el pensamiento des-colonial comienza a trazar su propia genealogía”. MIGNOLO, Walter. La opción de-colonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 8, p. 243-281, enero-junio 2008. p. 250. Disponível em: <http://www.revistatabularasa.org/numero-8/mignolo1.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

A constituição da América Latina dos dias hoje e o atual padrão de poder mundial foram estabelecidos através da colonialidade, na dependência entre o centro (Europa) e a periferia (colônias)⁴⁴. Fruto da colonização, a colonialidade, com a produção de um novo padrão de poder, o qual cria “raça” e categorias de seres humanos, além da dominação social global. Pois,

O novo sistema de dominação social teve como elemento fundador a idéia de raça. Esta é a primeira categoria social da modernidade. Visto que não existia previamente – não há rastros eficientes dessa existência –, não tinha então, como tampouco tem agora, nada em comum com a materialidade do universo conhecido. Foi um produto mental e social específico daquele processo de destruição de um mundo histórico e de estabelecimento de uma nova ordem, de um novo padrão de poder, e emergiu como um modo de naturalização das novas relações de poder impostas aos sobreviventes desse mundo em destruição: a idéia de que os dominados são o que são, não como vítimas de um conflito de poder, mas sim enquanto inferiores em sua natureza material e, por isso, em sua capacidade de produção histórico-cultural. Essa idéia de raça foi tão profunda e continuamente imposta nos séculos seguintes e sobre o conjunto da espécie que, para muitos, desafortunadamente para gente demais, ficou associada não só à materialidade das relações sociais, mas à materialidade das próprias pessoas⁴⁵.

Importante constar que, conforme Fernanda Frizzo Bragato, a lição latente de que “a colonialidade é uma característica do poder exercido nas relações de dominação colonial da modernidade e nisso se diferencia do colonialismo em si, que é um processo de poder”⁴⁶. Em outras palavras, o colonialismo vem a ser o exercício de poder, originado na relação colonial de inferiorização do colonizado, estabelecendo a égide do ser branco, homem e europeu no poder. Enquanto a colonialidade é uma das características de como se exerce o poder pela modernidade.

Colonialidade que pode ser destacada em três eixos principais: i) a colonialidade do poder, que consiste em um modelo de poder global hegemônico desde a conquista da América, que articula raça e trabalho, espaços e povos, para o

⁴⁴ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9-31, dez. 2005. p. 9.

⁴⁵ QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9-31, dez. 2005. p. 17.

⁴⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. p. 212. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021.

benefício dos povos europeus⁴⁷; ii) a colonialidade do saber, baseada na diferença colonial, a qual se refere ao conhecimento e às dimensões de uma única perspectiva de saberes eurocêntricos, descartando a existência e viabilidade de outras racionalidades epistêmicas e outros conhecimentos que não sejam os de homens brancos europeus ou europeizados⁴⁸; iii) colonialidade do ser, que também é um processo de inferiorização, subalternização e desumanização decorrente do projeto da modernidade, instado na colonialidade⁴⁹. Para o presente estudo, as três categorias de colonialidade (poder, saber e ser) são uma amostra generalista das faces da colonialidade. Entretanto, como outros aportes da colonialidade do poder é possível expandir a discussão para outros horizontes da colonialidade na perspectiva de gênero, nas economias alternativas e na perspectiva da ecologia política⁵⁰.

Através do eurocentrismo, a Europa firma sua hegemonia de conhecimento, em que coloca sobre o resto do mundo conhecimentos dominantes na produção das categorias epistemológicas⁵¹. Tais categorizações foram de suma importância para a fundamentação daquilo que Immanuel Wallerstein alcunhou de “moderno sistema-mundo”⁵². Esta universalização dos diversos mundos que o mundo contém, segundo Enrique Dussel, é caracterização do eurocentrismo, universalizando as práticas, saberes e vontades da Europa para todo o planeta, a iniciar para a América Latina, com o encobrimento do outro, aqui já trabalhados⁵³. Seja pelo poder, seja no ser, seja

⁴⁷ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

⁴⁸ MIGNOLO, Walter. La opción de-colonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 8, p. 243-281, enero-junio 2008. Disponível em: <http://www.revistatabularasa.org/numero-8/mignolo1.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁴⁹ MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. *In*: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. (ed.). **El giro decolonial**: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. p. 127-167.

⁵⁰ ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación Modernidad/Colonialidad latinoamericano. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 1, p. 51-86, enero-diciembre 2003. Disponível em: <http://www.revistatabularasa.org/numero-1/escobar.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁵¹ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁵² WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Tradução Beatriz Medina. São Paulo: Editorial Boitempo, 2011.

⁵³ DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

no saber. A partir da divisão abissal⁵⁴, em que um lado é desenvolvido, racional, progressista, científico; já o outro, em que se situam os Povos Indígenas, além dos conhecimentos populares, crenças, idolatrias, matéria-prima, é o lado subdesenvolvido, primitivo e selvagem. Cabendo à Europa a missão histórica civilizadora de retirar de seus primitivismos para conduzir para o progresso e racionalidade⁵⁵.

Assim, o pensamento descolonial é a proposta de um paradigma do outro, dos Povos fora da linha eurocêntrica, da parte “primitiva” encoberta, que em desobediência epistêmica significa desprendimento e abertura, justamente nas “feridas” coloniais⁵⁶. “O pensamento descolonial propõe uma forma de conceber que implica desprender-se e abrir-se a possibilidades encobertas e desprestigiadas pela racionalidade como sendo tradicionais, bárbaras, primitivas, místicas, etc.”⁵⁷

Percebe-se, então, as matrizes fundantes da colonialidade que ecoam do passado para o presente, quando a colonialidade deixou suas chagas históricas nos Povos Indígenas. Isso porque os Povos Indígenas estão entre as populações mais pobres do planeta, e as muitas faces dos eixos da colonialidade sobre os povos originários podem ser encontrados nos mais diferentes cenários sociais do globo⁵⁸.

Ainda, tem-se que o pensamento descolonial permite uma leitura dos direitos humanos, fundada na visibilidade e respeito, com a rejeição da linha abissal e

⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 78, p. 3-46, Outubro 2007.

⁵⁵ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.

⁵⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. p. 214. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁵⁷ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. p. 214. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁵⁸ O Relatório sobre a “Situação dos Povos Indígenas do Mundo” (tradução nossa), do Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais, demonstra que os povos tradicionais, encontram-se em todos os continentes do globo, num total de 370 milhões de pessoas, que representam 5% (cinco por cento) da população mundial, estando presentes, para além da América Latina, na Austrália, Nova Zelândia, nos Estados Unidos da América, no Canadá, Índia, Região Ártica (incluindo a Rússia e o norte da Europa), no Leste e no Sudeste da Ásia e nos países do Pacífico, bem como os Povos da Floresta da África. Entretanto, os Povos Indígenas somam a parcela de 15% (quinze por cento) dos pobres do planeta, e, dentre as 900 milhões de pessoas rurais extremamente pobres do mundo, as populações tradicionais constituem cerca de um terço destes. DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (DESA). **State of the World's Indigenous Peoples**. New York: United Nations, 2009. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/en/SOWIP_web.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

categorizações da colonialidade, fundantes da diferença colonial e legitimadoras da exclusão, a partir de uma retórica emancipatória⁵⁹. Nessa linha, através de uma visão crítica e emancipatória, a partir do pensamento descolonial, passa-se a expor o Direito Internacional dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas, através da análise da Convenção n. 169 da OIT, da DU e da DA.

2.2 Direito Internacional dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas

Como visto anteriormente, o pensamento descolonial permite uma linha emancipatória ao Direito Internacional dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas, ainda sob uma visão crítica dos direitos humanos⁶⁰. Nessa guinada descolonial, traz-se o marco normativo específico do Direito Internacional dos Direitos Humanos aos Povos Indígenas insculpido na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989⁶¹, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos

⁵⁹ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. p. 214. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021; RIBEIRO, Bernard Constantino. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. OS DIREITOS HUMANOS E AS PERSPECTIVAS DECOLONIAIS: A CONDIÇÃO DO SUJEITO SUBALTERNO NO BRASIL. **Amicus Curiae**. Criciúma, v. 11, 2014. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5182/Os%20direitos%20humanos%20e%20as%20perspectivas%20decoloniais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁶⁰ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. p. 214. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021; RIBEIRO, Bernard Constantino. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. OS DIREITOS HUMANOS E AS PERSPECTIVAS DECOLONIAIS: A CONDIÇÃO DO SUJEITO SUBALTERNO NO BRASIL. **Amicus Curiae**. Criciúma, v. 11, 2014. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5182/Os%20direitos%20humanos%20e%20as%20perspectivas%20decoloniais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 nov. 2021.

⁶¹ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

Povos Indígenas de 2007 (DU)⁶² e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016 (DA)⁶³⁶⁴.

2.2.1 Convenção n. 169 da OIT

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989, em vigor desde 5 de setembro de 1991, revê a Convenção n. 107 da OIT de 1957⁶⁵. Ela constitui o primeiro instrumento internacional vinculante que trata

⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em:

https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁶³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁶⁴ Em que pese lançarmos estas três específicas normativas – Convenção n. 169, DU e DA – a despeito dos direitos dos Povos Indígenas no direito internacional dos direitos humanos, outros instrumentos consagram importantes normativas, outros mecanismos do direito internacional contemplam direitos e garantias aos Povos Indígenas, os quais podem ser encontrados e cotejados em: NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. **Direitos humanos coletivos dos povos indígenas**. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. Disponível em:

https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez.

2022. Também, ao que tange a pauta atual da biodiversidade no âmbito do direito internacional dos direitos humanos – temática que inevitavelmente possui os Povos Indígenas no centro dos debates, devido à relação ancestral com o território e os recursos naturais –, há o marco legal da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) (1992), o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (2001), o Protocolo de Nagoya (2010), além dos direitos reconhecidos na Convenção n. 169 da OIT, na DU e na DA. Conforme: ANDRIGHETTO, Aline; NARDON MARTINS, Lais. Ka'ahe'ê guarani: a (des)proteção jurídica da biodiversidade e dos etnossaberes dos povos indígenas brasileiros. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 19, n. 45, p. 37-61, set/dez. 2022. Disponível em:

<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2412>. Acesso em: 20 dez. 2022.

Ainda, nesse cenário de protagonismo na normatização de direitos humanos dos Povos Indígenas, elenca-se a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, aprovada em 2001, na Conferência Geral da ONU para a Educação, Ciência e Cultura. SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA SOB A ÉGIDE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 185-206, jun. 2014. DOI: <http://dx-doi.ez101.periodicos.capes.gov.br/10.12957/rqi.2014.10687>.

⁶⁵ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Indigenous and Tribal Peoples Convention**, 1989 (No. 169). Geneva: ILO, 76th ILC session, 27 Jun 1989. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C169:NO. Acesso em: 10 dez. 2022.

especificamente dos direitos dos Povos Indígenas e tribais⁶⁶. É considerada uma norma de *hard law*⁶⁷.

Tratando da situação de mais de 5 mil culturas indígenas e étnicas diferentes, constituindo uma população de mais de 370 milhões de pessoas, que vivem em mais de 70 países em todas as regiões do mundo⁶⁸. Esses povos possuem diversas línguas, culturas, práticas de subsistência e sistemas de conhecimento.

Nas Américas, a Convenção n. 169 não foi ratificada por alguns países, com destaque para os Estados Unidos da América (EUA) e Canadá⁶⁹. Já os seguintes países, incluindo o Brasil, ratificaram a Convenção⁷⁰:

Quadro 1 - Países que ratificaram a Convenção n. 169

País	Data de ratificação
Alemanha	23 de junho de 2021

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁶⁷ “Os tratados e as convenções internacionais são obrigatórios para os estados que fazem parte do tratado (*hard law*), mas no plano internacional, especialmente, fazem-se referências a instrumentos que não possuem esta mesma força obrigatória, mas que carregam, em si, uma enorme persuasão para os órgãos aos quais são destinatários, a *soft law* [...] A *soft law* tem, como se pode ver no exemplo acima, um grande caráter técnico, quando redigido por comitês de especialistas. Elas possuem a vantagem de incorporar rapidamente o desenvolvimento científico e não necessitar de um processo formal de ratificação, mesmo que não tenham a força vinculante dos tratados. Por esta razão, a *soft law* pode atuar de forma complementar ao *hard law*, dando-lhe densidade normativa de conteúdo, precisando uma determinada expressão e conferindo uma imensa força interpretativa para um determinado dispositivo convencional”. SCHÄFER, Gilberto; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Controle de convencionalidade: reflexões para uma práxis brasileira. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 79-97. p. 86-87. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

⁶⁸ DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (DESA). **State of the World's Indigenous Peoples**. New York: United Nations, 2009. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/en/SOWIP_web.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁶⁹ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Countries that have not ratified this Convention**. C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169). [S. l.]: ILO, [2022?]. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312314:NO. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁷⁰ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Ratifications of C169**. [S. l.]: ILO, [2022?]. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:8175802763002:::P11300_INSTRUMENT_SO RT:1. Acesso em: 10 dez. 2022.

Argentina	03 de julho de 2000
Bolívia (Estado Plurinacional da)	11 de dezembro de 1991
Brasil ⁷¹	25 de julho de 2002
República Centro-Africana	30 de agosto de 2010
Chile	15 de setembro de 2008
Colômbia	07 de agosto de 1991
Costa Rica	02 de abril de 1993
Dinamarca	22 de fevereiro de 1996

⁷¹ A Convenção foi ratificada pela República Federativa do Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo n. 142/2002, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004, e consolidada no Decreto nº 10.088/2019, inc. LXXII do art. 2º, anexo LXXII. BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021. A Convenção n. 169 da OIT de 1989 é uma norma com *status* supralegal, abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis ordinárias, de acordo com o art. 5º, párr. 2º, da CF/88. “No que se refere à legislação internacional relativa aos direitos humanos dos povos indígenas aplicável no Brasil, o §2º do art. 5º da Constituição de 1988 explícita e diretamente incorpora ao ordenamento jurídico doméstico os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ademais, de acordo com entendimento assentado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/SP (Relator Ministro Cezar Peluzo em 03.12.2008), Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm *status* normativo supralegal (MAUÉS, 2013). E, por força do §3º do mesmo art. 5º, introduzido pela EC 45/14, tais tratados serão equivalentes às emendas à Constituição quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.” BRAGATO, Fernanda Frizzo; BIGOLIN NETO, Pedro. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. *Indigenous land conflicts in Brazil: between risk and prevention*. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, p. 156-195, 2017. p. 165. DOI: 10.12957/dep.2017.21350. Tal *status* é reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.270.202: “Prospera a alegada contrariedade ao § 2º do art. 5º da Constituição da República, pela não observância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, norma com *status* supralegal e na qual se dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pela República Federativa do Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo n. 142/2002, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004, e consolidada no Decreto n. 10.088/2019, inc. LXXII do art. 2º, anexo LXXII”. BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.270.202 Paraná**. Recurso Extraordinário. Penal. Processo Penal. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Crime praticado por indígena. Inobservância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho: afronta ao § 2º do art. 5º da Constituição da República. Direito ao regime especial de semiliberdade. Precedente. Dosimetria: pedido prejudicado. Revisão de causa de inexigibilidade de conduta diversa: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de Prequestionamento: inc. LVII do art. 5º e arts. 231 e 232 da Constituição da República. Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário parcialmente provido. Recorrente: Fundação Nacional do Índio. Recorrido: Ministério Público Federal. Interessado: Valdir José Kokoj dos Santos. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344735793&ext=.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

Dominica	25 de junho de 2002
Equador	15 de maio de 1998
Espanha	15 de fevereiro de 2007
Fiji	03 de março de 1998
Guatemala	05 de junho de 1996
Holanda	02 de fevereiro de 1998
Honduras	28 de março de 1995
Luxemburgo	05 de junho de 2018
México	05 de setembro de 1990
Nepal	14 de setembro de 2007
Nicarágua	25 de agosto de 2010
Noruega	19 de junho de 1990
Paraguai	10 de agosto de 1993
Peru	02 de fevereiro de 1994
Venezuela (República Bolivariana da)	22 de maio de 2002

Fonte: Adaptado de ILO⁷².

Este tratado, de modo explícito, proscree as políticas de integração forçada que alienavam os Povos Indígenas da capacidade de tomar decisões sobre o seu destino, representando um distanciamento de políticas assimilacionistas pelas sociedades majoritárias⁷³. A mudança deste paradigma é assinalada já no seu preâmbulo: “as aspirações de tais povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e do seu desenvolvimento econômico, e a manter e

⁷² INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Ratifications of C169**. [S. l.]: ILO, [2022?].

Disponível em:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:8175802763002:::P11300_INSTRUMENT_SO RT:1. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁷³ ANAYA, Stephen James. Os Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Tradução Bias Arrudão. In: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* (org.). **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 167-203. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004373.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

fortalecer suas identidades, língua, religiões, dentro dos estados em que vivem”⁷⁴. O ex-Relator sobre Povos Indígenas das Nações Unidas, Stephen James Anaya, reforça a importância do reconhecimento para além de direitos individuais aos Povos Indígenas, o reconhecimento de direitos coletivos, nas seguintes palavras:

Muito importante: a Convenção 169 reconhece os direitos coletivos de “povos” indígenas, e não somente os direitos de indivíduos indígenas. Tais direitos coletivos incluem o de propriedade sobre terras tradicionais⁷⁵, o de serem consultados enquanto grupos por meio de suas instituições representativas próprias⁷⁶ e o de, enquanto grupos, preservarem seus costumes e suas instituições⁷⁷. Ao defender direitos coletivos, a Convenção traz inovações substanciais para a legislação internacional de direitos humanos, explicitada em instrumentos internacionais escritos quase exclusivamente em termos de direitos individuais⁷⁸.

Também, conforme Anaya⁷⁹, a Convenção inclui cláusulas em favor da integridade cultural, dos direitos sobre terras e recursos; e da não discriminação nas

⁷⁴ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁷⁵ Art. 14: “1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados”.

⁷⁶ Art. 6, item 1, alínea a: “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”;

⁷⁷ Art. 8, item 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”.

⁷⁸ ANAYA, Stephen James. Os Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Tradução Bias Arrudão. In: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* (org.). **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 167-203. p. 171. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004373.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁷⁹ ANAYA, Stephen James. Os Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Tradução Bias Arrudão. In: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* (org.). **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 167-203. p. 171. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004373.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

esferas do bem-estar social para os indígenas, com um estímulo ao respeito das decisões e da consulta aos Povos Indígenas naquilo que os afetem.

Daí se depreende a necessidade de processos de consulta prévia e de participação em todas as políticas ou programas que os venham a afetar, que este Convênio institua em direitos. Entre outros, o Convênio 169 reconhece direitos à terra e ao território, e o acesso aos recursos naturais, reconhece o próprio direito consuetudinário, assim como direitos relativos ao trabalho, saúde, comunicações, ao desenvolvimento das próprias línguas, educação bilíngue intercultural, etc.⁸⁰

Os artigos 8º ao 12º da Convenção estipulam as garantias centrais debatidas na presente dissertação, que é o direito dos Povos Indígenas aos seus sistemas próprios de jurisdição⁸¹ e prerrogativas e circunstâncias subjacentes deste direito.

Artigo 8º

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

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.
2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

⁸⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. 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, 2009. p. 9-62. p. 21.

⁸¹ NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. Direitos humanos coletivos dos povos indígenas. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

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.

Artigo 11

A lei deverá proibir a imposição a membros dos povos interessados de serviços pessoais obrigatórios de qualquer natureza, remunerados ou não, exceto nos casos previstos pela lei para todos os cidadãos.

Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação 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, intérpretes ou outros meios eficazes⁸².

O direito dos Povos Indígenas em manter e desenvolver seus próprios Sistemas de Justiça – “direito consuetudinário de autogoverno” – decorre do princípio da autodeterminação, o qual será explanado em tópico próprio, dentre outros, como a integridade cultural⁸³.

De modo explícito, ao que diz respeito às sanções penais no artigo 10, há a determinação aos Estados que considerem as características econômicas, sociais e culturais, além de que deve ser dada preferência a punições que não o encarceramento, quando se tratar de réu indígena.

A Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 12, determina que sobre a relação dos Povos Indígenas com sistemas de justiça estaduais, os Estados devem garantir, sem qualquer discriminação, o acesso a procedimentos legais aos membros das comunidades indígenas. Dessa forma, deverão tomar medidas para garantir que os Povos Indígenas possam compreender e serem compreendidos no processo. Para isso, facilitarão, quando necessário, intérpretes ou outros meios eficazes para possibilitar a compreensão dos procedimentos⁸⁴.

⁸² BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁸³ ANAYA, Stephen James. International Human Rights and Indigenous Peoples: the move toward the Multicultural State. **Arizona Journal of International & Comparative Law**, v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004.

⁸⁴ NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. Direitos humanos coletivos dos povos indígenas. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos**: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. p. 683. Disponível em:

Assim, a Convenção consagra o respeito aos métodos repressivos penais utilizados pelos Povos Indígenas, desde que a sanção utilizada faça parte dos costumes do povo, no uso de seus próprios sistemas de jurisdição⁸⁵. Ou seja, encontra-se na Convenção n. 169 da OIT o direito aos Povos Indígenas aos seus próprios sistemas de justiça e seus costumes — integridade cultural — (arts. 8º, 9º); na aplicação da legislação geral, primeiro a consideração das características econômicas, sociais e culturais dos Povos Indígenas (art. 10.1), e a preferência à punição que não o encarceramento (10.2); o direito ao acesso à justiça, sem qualquer discriminação (art. 12); e o direito à facilitação da compreensão dos procedimentos legais à intérprete ou outros meios eficazes (art. 12). Em caso de condenação de pessoa indígena, ou mesmo em caso de figurar no polo passivo, o Professor Tédney Moreira da Silva explica que não pode perdurar o discurso habitual de invisibilidade, devendo ser considerada a diversidade social, cultural, linguística, tendo a perícia antropológica este papel, que será basilar para a ponderação do juízo criminal do estado⁸⁶. Além disto, o direito a um intérprete em procedimentos judiciais, ainda que indiretamente previsto na Convenção n. 169 da OIT, está para além de uma garantia processual, traduz respeito à pluralidade étnico-cultural dos Povos Indígenas⁸⁷.

Ainda, no que diz respeito à jurisdição criminal, o Professor Villares destaca que reconhecer a coexistência de sistemas jurídicos indígenas, conforme prevê a Convenção n. 169 da OIT, implica: i) reconhecimento do Estado sobre a jurisdição penal indígena; ii) existência de uma justiça especial para indígenas; e, iii) imputabilidade ou inimputabilidade do indígena frente à sanção penal. Além do fortalecimento e da legitimação dos mecanismos de administração da justiça⁸⁸.

https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

⁸⁵ NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. Direitos humanos coletivos dos povos indígenas. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. p. 683. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

⁸⁶ MOREIRA DA SILVA, Tédney. A necessidade de perícia antropológica de indígenas no processo penal. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 9-27. *E-book*.

⁸⁷ SILVA, Julia Izabelle da Silva. Língua e racismo na CPI do Genocídio/MS: o caso Paulino Terena e o direito dos Povos Indígenas ao uso da língua tradicional em procedimentos judiciais. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 47-73. *E-book*.

⁸⁸ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

Alinhando-se às reivindicações pela afirmação de seus direitos, em consonância com o que já foi definido na Convenção acima exposta, os Povos Indígenas conquistaram, em 2007, no âmbito das Nações Unidas, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DU). Tal instrumento é uma importante fonte jurídica para os direitos dos povos originários, que segue no tópico seguinte.

2.2.2 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DU)

Após o longo trabalho iniciado em 1982, no âmbito das Nações Unidas, pelo Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas (*Working Group on Indigenous Populations*), em 13 de setembro de 2007, durante a 107ª sessão plenária, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DU), *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (UNDRIP)⁸⁹.

Foi adotada por uma maioria de 143 estados a favor, 4 votos contra (Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos da América) e 11 abstenções (Azerbaijão, Bangladesh, Butão, Burundi, Colômbia, Geórgia, Quênia, Nigéria, Federação Russa, Samoa e Ucrânia). Segundo o sítio eletrônico das Nações Unidas, desde a adoção da Declaração, Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos da América e Canadá inverteram suas posições e expressaram apoio à Declaração⁹⁰. Futuramente, em 2009, Colômbia endossou a DU⁹¹.

Tem-se que a DU é uma norma internacional de *soft law*. Ou seja, são normas que não vinculam automaticamente os Estados, quer dizer que, em que pese gerem obrigações, não possuem caráter jurídico em relação aos Estados signatários destas normativas. De outra via, estas podem ser consideradas como diretivas, admitindo

⁸⁹ UNITED Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **United Nations**, [S. /], [2023?]. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁹⁰ UNITED Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **United Nations**, [S. /], [2023?]. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁹¹ COLOMBIA'S support for UN Declaration on Indigenous People welcomed. **UNHCR The UN Refugee Agency**, [S. /], 24 April 2009. Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/briefing/2009/4/49f1bc356/colombias-support-un-declaration-indigenous-people-welcomed.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

uma margem de apreciação quanto ao cumprimento de seu conteúdo⁹². Atentando-se sempre para o juízo de convencionalidade que deve ser seguido no Brasil⁹³.

Da mesma maneira, a DU não é necessariamente obrigatória para os Estados, a partir de uma perspectiva legal, entretanto, possui uma força moral, pois ela demonstra a vontade dos países em atingir tais compromissos jurídicos. Uma vez que os direitos reconhecidos na Declaração estão indiscutivelmente dentro do domínio dos costumes internacionalmente aceitos que deveriam ser obrigatórios como princípios do direito consuetudinário internacional⁹⁴.

Destaca-se que Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos da América e Canadá, que votaram contra a DU, são países de tradição jurídica de *common law*,

⁹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁹³ SCHÄFER, Gilberto; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Controle de convencionalidade: reflexões para uma práxis brasileira. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 79-97. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

⁹⁴ “*The U.N. Declaration’s Enforceability*. There are two major types of international law – international instruments setting forth expressly agreed upon standards, and international customary law. With regard to the first type, the instruments come in two groupings: (1) treaties, conventions, covenants and other agreements that are legally binding in countries that have ratified them; (2) declarations, resolutions, and other non-binding statements that have moral, but not necessarily legal, force in countries to which they apply. International customary law is legally binding on nations, and consist of rules of originating in international custom. Yet nations are only bound by those rules of international customary law that they believe themselves obligated to follow. Like common law more generally, United States courts consider, discern, and then accepted or reject a particular norm as meeting the standards for enforceability. There is interplay between the two major types of international law, in that norms codified in binding or non-binding instruments may then become the basis of enforceable international customary law. The U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples falls into the second category of instruments, and is therefore not binding on nations. Nonetheless, the rights recognized in the Declaration are arguably within the realm of internationally accepted customs that should be binding as principles of international customary law”. ANDERSON, Robert T.; BERGER, Bethany; FRICKEY, Philip P.; KRAKOFF, Sarah. **American Indian Law: Cases and Commentary** (American Casebook Series). St. Paul, MN: Thomson/West, 2008. p. 854.

que adotaram a Doutrina do Descobrimento (*Doctrine of Discovery*)⁹⁵, declarada pela primeira vez no caso *Johnson v. McIntosh* (1823)⁹⁶.

Não é surpreendente, portanto, que a Declaração seja vista inicialmente como um significativo desafio de direitos humanos a ser superado por qualquer país que continue a aderir a *Johnson v. McIntosh* como precedente vinculante em suas leis fundamentais sobre os direitos dos Povos Indígenas. Na época, os quatro países basearam suas oposições à Declaração no amplo argumento de que o texto criou novos direitos para os Povos Indígenas, anteriormente não reconhecidos no direito internacional e, portanto, não obrigatórios para seus governos. (tradução nossa)⁹⁷

Ocorre que a DU representa um completo repúdio à Doutrina do Descobrimento, reconhecendo as obrigações de direitos humanos dos Estados-membros da ONU⁹⁸. Sem contar que, de acordo com o artigo 46, item 3, da DU, há a expressa escrita de que a declaração deve ser interpretada pelos Estados em conformidade com os princípios da justiça, da democracia, do respeito aos direitos

⁹⁵ A Doutrina do Descobrimento foi desenvolvida especificamente para controlar as ações europeias e conflitos relacionados à exploração, comércio e colonização de países não europeus, assim como foi também utilizada para a dominação de povos não cristãos e não europeus. Criada em 1493, sob o cânone Papal, e Portugal e Espanha, baseava-se em quatro pontos: 1) a Igreja possuía a autoridade de conceder a reis cristãos o título de soberania sobre povos indígenas e suas terras; 2) a exploração, conquista e colonização europeias foram designadas para assistir o papado no exercício de seu dever de tutela sobre todo rebanho terrestre; 3) Portugal e Espanha detinham exclusivos direitos de exploração e colonização do mundo, em detrimento de todos os outros países europeus; e, 4) o mero descobrimento de novas terras por Portugal e Espanha, em suas respectivas esferas de influência, sob a bula papal e a empreitada de atos simbólicos de posse, seria suficiente para estabelecer seus direitos de propriedade. A Doutrina do Descobrimento possuía dez elementos, sendo o primeiro elemento o do primeiro descobrimento, ou seja, o primeiro país a descobrir as terras possuía direitos de propriedade e de soberania sobre as terras e os povos nativos. MILLER, Robert J.; D'ANGELIS, Micheline. Brazil, Indigenous Peoples, and the International Law of Discovery. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 37, n. 1, 2011. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol37/iss1/1/>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁹⁶ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law (American Casebook Series)**. Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

⁹⁷ No original: "It is not surprising, therefore, that the Declaration would be seen initially as representing a significant human rights challenge to overcome for any country that continues to adhere to *Johnson v. McIntosh* as binding precedent in its fundamental laws on indigenous people's rights. The four countries at the time based their oppositions to the Declaration on the broad argument that is text created new rights for indigenous peoples previously unrecognized in international law and therefore not binding on their governments". GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law (American Casebook Series)**. Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 1100.

⁹⁸ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law (American Casebook Series)**. Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

humanos, da igualdade, da não discriminação, da boa governança e da boa-fé⁹⁹. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que estabelece os direitos individuais e coletivos dos 370 milhões de povos nativos ao redor do mundo, enfatiza a manutenção e o fortalecimento de suas identidades culturais, e seu direito de buscar o desenvolvimento de acordo com suas próprias necessidades e aspirações — autodeterminação¹⁰⁰.

Uma Declaração que parte do princípio da igual dignidade dos povos, o que amplia o clássico princípio da igual dignidade de indivíduos. Os Povos Indígenas, considerados iguais em direito a todos os povos, têm o direito de existir física e culturalmente. Daí que a Declaração proscree o genocídio e a assimilação forçada como forma de extermínio cultural. Em consequência, a Declaração estabelece o direito dos Povos Indígenas de determinar livremente sua condição política e forma de desenvolvimento, e de participar da definição de políticas estatais¹⁰¹.

A DU traz à tona especificamente o direito à autodeterminação dos Povos Indígenas e busca determinar e desenvolver prioridades e estratégias para o exercício do seu direito ao desenvolvimento¹⁰². Também, o direito a manter e desenvolver as suas identidades e características políticas, econômicas, sociais e culturais distintas, bem como os seus sistemas jurídicos¹⁰³. Frisa-se o reconhecimento do direito de não ser submetido a genocídio ou etnocídio, ou ações que visem ou afetem sua integridade como povos distintos, seus valores e identidades culturais, incluindo expropriação de terras, realocação forçada, assimilação ou integração, imposição de

⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em:

https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em:

https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁰¹ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. 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, 2009. p. 9-62. p. 23.

¹⁰² “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”.

¹⁰³ “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. Artigo 5 Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejar, da vida política, econômica, social e cultural do Estado”.

estilos de vida estrangeiros e propaganda¹⁰⁴. Assim como o direito à cultura, à diferença e à ancestralidade são amplamente difundidos ao longo da DU, com destaque para os artigos 11, 12 e 13, da DU¹⁰⁵.

O Direito dos Povos Indígenas a seus próprios sistemas de jurisdição encontra-se contemplado no art. 34 da DU, estando em compasso com o respeito aos seus costumes, às suas cosmovisões tradicionais e espirituais, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. Já, o art. 40 da DU determina que os Estados, para a solução de controvérsias, considerem os sistemas de jurídicos dos Povos Indígenas¹⁰⁶. *In verbis*:

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 sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

[...]

Artigo 40

Os Povos Indígenas têm direito a procedimentos justos e eqüitativos para a solução de controvérsias com os Estados ou outras partes e a uma decisão rápida sobre essas controvérsias, assim como a recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais e coletivos. Essas decisões tomarão devidamente em consideração os costumes,

¹⁰⁴ “Artigo 7 1. Os indígenas têm direito à vida, à integridade física e mental, à liberdade e à segurança pessoal. 2. Os povos indígenas têm o direito coletivo de viver em liberdade, paz e segurança, como povos distintos, e não serão submetidos a qualquer ato de genocídio ou a qualquer outro ato de violência, incluída a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Artigo 8 1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura. 2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de: a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica; b) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos. c) Toda forma de transferência forçada de população que tenha por objetivo ou consequência a violação ou a diminuição de qualquer dos seus direitos. d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas. e) Toda forma de propaganda que tenha por finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles”.

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁰⁶ NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. Direitos humanos coletivos dos povos indígenas. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos Povos Indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos¹⁰⁷.

Santos afirma que a DU garante o direito ao território, nos artigos 10 e 26, o qual é coletivo, oriundo da ocupação tradicional, desde uma perspectiva antropológica. Já que, conforme a autora, “[...] o preâmbulo da Declaração afirma que os Povos Indígenas foram injustiçados pela colonização e expropriação de suas terras”¹⁰⁸. O que, sob o olhar do pensamento descolonial se mostra imprescindível para a emancipação, efetivação e garantia do direito à terra e ao território dos Povos Indígenas, pois

Tal direito foi crucial para atender as demandas e reivindicações dos Povos Indígenas frente as políticas culturais racistas, coloniais e nacionais, que criam reservas, a fim de se apropriarem de parte das práticas culturais, dos territórios e dos recursos naturais dessas comunidades¹⁰⁹.

As linhas que aqui foram escritas revelaram a conquista no cenário internacional e no âmbito das Nações Unidas dos Povos Indígenas na busca pela proteção dos direitos humanos. Mostrando que a DU somatiza aos efeitos da Convenção n. 169 da OIT na ruptura a histórica exclusão e a política integracionista homogeneizadora sofrida pelos Povos Indígenas, além de normatização específica de direitos humanos¹¹⁰. Outro instrumento que se soma a estas conquistas, no cenário regional das Américas, é a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DA), como segue.

¹⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁰⁸ SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA SOB A ÉGIDE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 185-206, jun. 2014. p. 198. DOI: <http://dx-doi.ez101.periodicos.capes.gov.br/10.12957/rqi.2014.10687>.

¹⁰⁹ HERRERA FLORES, 2009 *apud* SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA SOB A ÉGIDE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 185-206, jun. 2014. p. 198. DOI: <http://dx-doi.ez101.periodicos.capes.gov.br/10.12957/rqi.2014.10687>.

¹¹⁰ SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA SOB A ÉGIDE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 185-206, jun. 2014. p. 198. DOI: <http://dxdoi.ez101.periodicos.capes.gov.br/10.12957/rqi.2014.10687>.

2.2.3 Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DA)

A Organização dos Estados Americanos (OEA), ou em inglês *Organization of American States* (OAS), é composta atualmente por 35 países como Estados-membros, o que inclui o Brasil e os Estados Unidos da América¹¹¹. O Sistema Americano de Direitos Humanos (SIDH) é um sistema de promoção e garantias de direitos humanos no âmbito regional das Américas, fruto da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) - Pacto de San José da Costa Rica. Somente 24 países assinaram este documento, incluído o Brasil, mas não os Estados Unidos da América¹¹².

A CADH é o instrumento fundamental do SIDH, em que há a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Como os Estados Unidos da América não assinou o Pacto de San José, violações de direitos humanos que envolvam o Estado estadunidense não podem ser apreciadas pela CIDH, nem serem levados, caso seja o entendimento da CIDH, para o ulterior julgamento da Corte IDH¹¹³. Ao contrário do Brasil, que já soma 16 condenações por violações a direitos humanos¹¹⁴. Dentre estas condenações do Estado brasileiro, uma envolve condenação por violações aos direitos à propriedade

¹¹¹ WHO we are. OAS, [Washington, D.C.?], [2023?]. Disponível em:

https://www.oas.org/en/about/who_we_are.asp. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹¹² ALVES, Raysa Antônia Alves. Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 55-78. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022; O'DONNELL, Daniel. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano**. 2ª ed. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012.

¹¹³ ALVES, Raysa Antônia Alves. Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 55-78. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022; O'DONNELL, Daniel. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano**. 2ª ed. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012.

¹¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos No. 36: Jurisprudência sobre o Brasil**. San José: Corte IDH, 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo36_2022_port1.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

coletiva e à integridade pessoal dos Povos Indígenas, que é o Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil (2018)¹¹⁵.

Através do amadurecimento do SIDH, o ativismo dos Povos Indígenas no cenário internacional, as crescentes violações a estes povos levadas no âmbito da CIDH e alguns submetidos ao julgamento da Corte IDH, aliado às previsões normativas da Convenção n. 169 e da DU, em 14 de junho de 2016 a Assembleia-Geral da OEA aprovou a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DA)¹¹⁶.

Atravessando uma trajetória de reconhecimento e declaração de direitos às avessas, o SIDH partiu do reconhecimento jurisprudencial dos direitos indígenas para uma ulterior positivação. Esta conquista marca o alcance de um nível maior de proteção, com fortalecimento dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas na medida em que os torna menos suscetíveis às crises políticas e decorrentes *ouerrulings* na Corte IDH, em comparação à situação anterior em que seus direitos, carentes de uma positivação, somente passavam a integrar o *corpus iuris* interamericano a partir do seu reconhecimento na jurisprudência¹¹⁷.

Portanto, pode-se afirmar que a DA trilhou um caminho inverso no reconhecimento dos direitos dos Povos Indígenas no âmbito da SIDH, uma vez que foi a partir das decisões da Corte IDH a declaração¹¹⁸. Através da adoção do método

¹¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2018, Série C, N. 353. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹¹⁶ MILHOMENS, Heitor Antunes. DA JURISPRUDÊNCIA À DECLARAÇÃO: A TRAJETÓRIA INVERSA DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de et al. (org.). Indígenas, Quilombolas e outros Povos Tradicionais. Curitiba: CEPEDIS, 2018. p. 213-231. Disponível em: <http://direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2019/10/Indi%CC%81genas-Quilombolas-e-outros-povos-tradicionais.pdf#page=186>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹¹⁷ MILHOMENS, Heitor Antunes. DA JURISPRUDÊNCIA À DECLARAÇÃO: A TRAJETÓRIA INVERSA DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de et al. (org.). Indígenas, Quilombolas e outros Povos Tradicionais. Curitiba: CEPEDIS, 2018. p. 213-231. p. 207-208. Disponível em: <http://direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2019/10/Indi%CC%81genas-Quilombolas-e-outros-povos-tradicionais.pdf#page=186>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹¹⁸ MILHOMENS, Heitor Antunes. DA JURISPRUDÊNCIA À DECLARAÇÃO: A TRAJETÓRIA INVERSA DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de et al. (org.). Indígenas, Quilombolas e outros Povos Tradicionais. Curitiba: CEPEDIS, 2018. p. 213-231. Disponível em: <http://direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2019/10/Indi%CC%81genas-Quilombolas-e-outros-povos-tradicionais.pdf#page=186>. Acesso em: 10 jan. 2023.

dinâmico de interpretação, os 14 direitos humanos da CADH reconhecidos na jurisprudência da Corte IDH para os Povos Indígenas, até a sua aprovação, encontram-se na declaração¹¹⁹.

Quadro 2 - Os direitos dos Povos Indígenas reconhecidos na DA, até a sua aprovação, com base na jurisprudência da Corte IDH

	Direito	Artigo(s) da CADH	Artigo(s) da DA	Jurisprudência da Corte IDH
1	Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica	Artigo 3 da CADH	Artigo IX da DA	- Caso Comunidade indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006), - Caso Povo Saramaka vs. Suriname (2007), - Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010)
2	Direito à vida	Artigo 4 da CADH	Artigos XIII.3, XIX.1 e XXVI.2 da DA	- Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005), - Caso Comunidade indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006), - Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012)
3	Direito à integridade pessoal	Artigo 5 da CADH	Artigos XIII e XXVI.2 da DA	- Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname (2005), - Caso Rosendo Cantú e outra vs. México (2010), - Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010), - Caso Fernández Ortega e outros vs. México (2010) - Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala (2012)
4	Direito à liberdade de consciência e religião	Artigo 12 da CADH:	Artigos XIII, XX e XXXI da DA	- Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname (2005)
5	Direito à liberdade de pensamento e expressão	Artigo 13 da CADH	Artigos VI, XIII e XIV da DA	- Caso López Álvarez vs. Honduras (2006)
6	Direito à família	Artigo 17 da CADH	Artigo XVII da DA	- Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala (2010)
7	Direito das crianças	Artigo 19 da CADH	Artigos VII e XV da DA	- Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010),

¹¹⁹ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. *In*: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (coord.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. p. 301-336. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39779.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

				<ul style="list-style-type: none"> - Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala (2010), - Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala (2012)
8	Direito à Propriedade	Artigo 21 da CADH	Artigo XXV da DA	<ul style="list-style-type: none"> - Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), - Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005), - Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006), - Caso Povo Saramaka vs. Suriname (2007), - Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010), - Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012), - Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala (2012), - Caso Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá (2014)
9	Direito às garantias judiciais	Artigo 8 da CADH	Artigos XIV.4, XXII e XXXIV da DA	<ul style="list-style-type: none"> - Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005), - Caso Tiu Tojín vs. Guatemala (2008)
10	Direito de circulação e residência	Artigo 22 da CADH	Artigo XXV da DA	<ul style="list-style-type: none"> - Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname (2005), - Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala (2010), - Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala (2012)
11	Direitos políticos e a igualdade perante a lei	Artigos 23 e 24, respectivamente, da CADH	Artigos XXII e XXIII da DA	<ul style="list-style-type: none"> - Caso Yatama vs. Nicarágua (2005), - Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala (2010)
12	Direito à proteção judicial	Artigos 2 e 25 da CADH	Artigos XXV.5 e XXXIII da DA	<ul style="list-style-type: none"> - Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), - Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005), - Caso Comunidade indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006), - Caso Povo Saramaka vs. Suriname (2007), - Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012)
13	Direito à consulta livre, prévia e informada	Artigos 1.1, 2 e 21 da CADH	Artigos XX.4, XXIII.2, XXVIII.3 e XXIX da DA	<ul style="list-style-type: none"> - Caso Povo Saramaka vs. Suriname (2007)
14	Direito à integridade cultural	Artigos 1.1, 21 e 29.b da CADH	Artigo XIII da DA	<ul style="list-style-type: none"> - Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005),

				- Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012)
--	--	--	--	--

Fonte: Elaborado pela autora¹²⁰.

Tem-se que o quadro acima representa a evolução na proteção contra a violação dos direitos humanos dos Povos Indígenas baseada em direitos inovadores, desde uma perspectiva jurídica local, que vão desde sua definição substancial até sua implementação na prática. Demonstra que o SIDH pretende uma abordagem mais democrática e multicultural¹²¹. Tal situação se evidencia e se reafirma com as inovações garantistas trazidas pela DA, as quais não se resumem ao quadro apresentado.

À vista disso, destacamos o direito à livre determinação, previsto no art. III, garantindo aos Povos Indígenas o direito de definirem livremente tanto a sua condição política quanto seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Com um importante desdobramento da livre determinação, a DA expressamente prevê a aplicação do instrumento da autoidentificação individual ou coletiva, presente no art. I, item 2, conforme as práticas e instituições próprias de cada povo¹²².

¹²⁰ O presente quadro é composto por um conjunto de análises e informações a partir de: BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 set. 2021; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=pt>. Acesso em: 10 jan. 2023; ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. *In*: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (coord.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. p. 301-336. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39779.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹²¹ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. *In*: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (coord.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. p. 301-336. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39779.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹²² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

O caráter coletivo e a personalidade jurídica dos Povos Indígenas estão presentes no texto da Declaração, especialmente nos arts. VI e IX, respectivamente, assim como o respeito e o direito às suas cosmovisões, suas identidades, seus usos e costumes, crenças espirituais, culturas, línguas e idiomas, em respeito ao direito da integridade cultural, vide arts. XIII e XIV¹²³.

Além disso, na quarta seção, dos arts. XX a XXIV, a DA garante o direito ao reconhecimento das suas formas de organização, sistemas jurídicos, sociais e políticos, consagrando, ainda, o direito à autonomia e ao autogoverno dos Povos Indígenas, reconhecendo seu direito de manter e desenvolver suas próprias instituições, incluindo a jurisdição indígena¹²⁴.

Relativamente aos sistemas de jurisdição penal, a DA não traz expressamente uma previsão a despeito das sanções penais impostas pela legislação punitiva, entretanto, esclarece que os Povos Indígenas possuem direito à autonomia e à autogovernança, bem como o direito à jurisdição indígena:

Artigo XXI Direito à autonomia ou à autogovernança

1. Os Povos Indígenas, no exercício de seu direito à livre determinação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, bem como a dispor de meios para financiar suas funções autônomas.

2. Os Povos Indígenas têm direito a manter e desenvolver suas próprias instituições indígenas de decisão. Têm também direito de participar da tomada de decisões nas questões que afetam seus direitos. Poderão fazê-lo diretamente ou por meio de seus representantes, de acordo com suas próprias normas, procedimentos e tradições. Têm ainda direito à igualdade de oportunidades de participar plena e efetivamente, como povos, de todas as instituições e foros nacionais, e a eles ter acesso, inclusive os órgãos deliberativos.

Artigo XXII 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.

¹²³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹²⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

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 Artigo¹²⁵.

Considerando que a DA é *soft law*¹²⁶, por mais que não tenha força jurídica vinculante, como o Convênio 169, a Declaração expressa a vontade sintetizada pelos Estados-membros das Américas, na busca e no incentivo dos Estados a protegerem e cumprirem eficazmente com a proteção dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas da região, similarmente ao que ocorre com a DU.

Como já referido, a DA representa um grande avanço sobre a promulgação de direitos humanos dos Povos Indígenas, pois

A positivação de direitos indígenas no âmbito do SIDH é através da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada pela Assembleia-Geral da OEA. É o primeiro passo efetivo para reconhecer seus direitos indistintamente em qualquer pedaço de chão do continente que ancestralmente ocupam e que originalmente não conhecia fronteiras nacionais¹²⁷.

Assim, o presente capítulo demonstrou os principais instrumentos específicos que garantem os direitos humanos dos Povos Indígenas ao Direito Internacional, os quais revelam o repúdio à assimilação, conforme art. X da DA¹²⁸, o que é um dever

¹²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹²⁶ NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. Direitos humanos coletivos dos povos indígenas. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

¹²⁷ MILHOMENS, Heitor Antunes. DA JURISPRUDÊNCIA À DECLARAÇÃO: A TRAJETÓRIA INVERSA DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de *et al.* (org.). **Indígenas, Quilombolas e outros Povos Tradicionais**. Curitiba: CEPEDIS, 2018. p. 213-231. p. 209. Disponível em: <http://direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2019/10/Indi%CC%81genas-Quilombolas-e-outros-povos-tradicionais.pdf#page=186>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹²⁸ “Artigo X Repúdio à assimilação

1. Os povos indígenas têm o direito de manter, expressar e desenvolver livremente sua identidade cultural em todos os seus aspectos, livre de toda intenção externa de assimilação.

dos Estados, e estes não poderão favorecer políticas assimilacionistas. Tal normativa expressa uma clara intenção de rompimento com as heranças da colonização. Como um todo, tanto a DA quanto a DU e a Convenção n. 169 representam um paralelo emancipatório à colonialidade. E, por mais que não sejam autodeclaradas vinculadas ao pensamento descolonial basilar desta pesquisa, revelam caminhos jurídicos de emancipação, efetivação e reparação histórica para com Povos Indígenas.

Ainda, a seção seguinte analisa o Direito à Autodeterminação dos Povos Indígenas, considerando o problema de pesquisa aqui proposto. Ocorre que isso se dá como um corolário do protagonismo que os Povos Indígenas assumiram na luta por seus direitos e garantias. Além de sua luta histórica por assumirem o direito de tecerem os fios de suas próprias histórias¹²⁹, com a devida reparação e combate ao assimilacionismo e ao genocídio.

2.3 O direito à autodeterminação dos Povos Indígenas: um direito descolonial

Diferentes povos étnicos ao redor do globo, os quais se incluem os Povos Indígenas, possuem o direito à identidade cultural e à diferença cultural. Baseado nesse direito universal à diferença, funda-se o direito à autodeterminação¹³⁰. Direito este que, de acordo com o ex-Relator das Nações Unidas para os Povos Indígenas, Stephen James Anaya, consiste basicamente em garantir a estes o controle de seus destinos¹³¹, a autodeterminação ou livre determinação.

O direito à autodeterminação, inicialmente, no âmbito do Direito Internacional, é afirmado no tratado fundamental das Nações Unidas, na Carta das Nações Unidas,

2. Os Estados não deverão desenvolver, adotar, apoiar ou favorecer política alguma de assimilação dos povos indígenas nem de destruição de suas culturas". ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹²⁹ SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 65–92, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623>. Acesso em: 06 mar. 2023.

¹³⁰ TARSO RODRIGUES, Saulo. Interculturalidade, Autodeterminação e Cidadania dos Povos Indígenas. **Espaço Jurídico**, v. 16, n. 1, p. 41–64, 2015.

¹³¹ ANAYA, James. **Indigenous Peoples in International Law**. New York: Oxford University Press, 1996.

de 1945, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro 1945¹³², e em outros importantes instrumentos jurídicos internacionais.

Também, em consonância com a Carta das Nações Unidas, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966¹³³, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), também de 1966¹³⁴, estabelecem a autodeterminação do seguinte modo:

Artigo 1

1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, eles determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
2. Todos os povos podem, para seus próprios fins, dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais, sem prejuízo de quaisquer obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, com base no princípio do benefício mútuo e no direito internacional. Em nenhum caso um povo pode ser privado de seus próprios meios de subsistência.
3. Os Estados Partes do presente Pacto, incluindo aqueles que têm responsabilidade pela administração de Territórios Não Autônomos e Tutelados, devem promover a realização do direito de autodeterminação e devem respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

¹³² “Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns. BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹³⁴ BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

Com esta determinação, e em conjunto com o princípio da autodeterminação dos povos, presente no art. 1º, item 2, da Carta das Nações Unidas de 1945¹³⁵, citado inicialmente, o direito coletivo à autodeterminação “[...] passou a estar vinculado aos direitos humanos e à liberdade de um povo livremente decidir sobre sua organização política, visando ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural¹³⁶”.

Ou seja, através dessas disposições trazidas pelo Pacto, houve a configuração de uma base conceitual “[...] a partir da qual se tornou possível discutir a condição dos indígenas como povos e tornou possível alguma reivindicação no plano internacional¹³⁷”. Tal afirmação também se acentua com a previsão do direito a não discriminação, presente no artigo 2, item 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966¹³⁸.

Em razão do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,

¹³⁵ BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹³⁶ SANTOS, José Carlos dos. A Declaração Universal dos Direitos dos povos indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). **Os direitos dos povos indígenas brasileiros: desafios do século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 35-58. p. 40. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55993370/Os_direitos_dos_povos_indigenas_no_Brasil_-_desafios_no_seculo_XXI.pdf?1520444100=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DOs_direitos_dos_povos_indigenas_no_Bras.pdf&Expires=1618757232&Signature=ll9jR~xjqBJ2pxq0xEg~mNIXHSbpL3DETq9HY9oLU9Yq4DKuPCOIepsLizeQABCMkfzRMjWsmwT5f9OkNGTbianWyWlaG154K7RsKn7WY3YQ0EvAUI8qldbntj6B5lnK0vmW1Cq7N5Gd3CMbFUhP5zYJWSAgZ~y~THgR9uznkqBkagmEWSYlyRktHRpaT6x0SPXpsBd3XkU5QnDonicUAGCUMQ5IOSwAaxqajh70uFcjIVKV9ZwWPIHkwM9w9RMmrMf~xnY6ODOP60Sy7dmTIONAAuSA~q1ChllwKLeAUqcCOqqNvyil0b66HrVuGz7XyeBkz00ZKavsOJAAYvtuQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=13. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹³⁷ SANTOS, José Carlos dos. A Declaração Universal dos Direitos dos povos indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; BERGOLD, Raul Cezar (org.). **Os direitos dos povos indígenas brasileiros: desafios do século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 35-58. p. 42. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55993370/Os_direitos_dos_povos_indigenas_no_Brasil_-_desafios_no_seculo_XXI.pdf?1520444100=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DOs_direitos_dos_povos_indigenas_no_Bras.pdf&Expires=1618757232&Signature=ll9jR~xjqBJ2pxq0xEg~mNIXHSbpL3DETq9HY9oLU9Yq4DKuPCOIepsLizeQABCMkfzRMjWsmwT5f9OkNGTbianWyWlaG154K7RsKn7WY3YQ0EvAUI8qldbntj6B5lnK0vmW1Cq7N5Gd3CMbFUhP5zYJWSAgZ~y~THgR9uznkqBkagmEWSYlyRktHRpaT6x0SPXpsBd3XkU5QnDonicUAGCUMQ5IOSwAaxqajh70uFcjIVKV9ZwWPIHkwM9w9RMmrMf~xnY6ODOP60Sy7dmTIONAAuSA~q1ChllwKLeAUqcCOqqNvyil0b66HrVuGz7XyeBkz00ZKavsOJAAYvtuQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=13. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹³⁸ “ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição”. BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em:

Em 1977 realizou-se a primeira Conferência Internacional de Organizações Não-Governamentais (ONGs) nas Nações Unidas sobre a discriminação dos Povos Indígenas, na qual, pela primeira vez, os grupos indígenas conseguiram ser ouvidos na reivindicação de serem designados como povos, e não mais como minoria étnica¹³⁹.

Já no panorama internacional, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DU) (2007)¹⁴⁰ também garante a estes o direito coletivo à autodeterminação, conforme previsto no artigo 3, do referido instrumento: “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”.

No mesmo sentido, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DA) (2016)¹⁴¹ garante a eles o seu direito à livre determinação, não utilizando a terminologia autodeterminação, conforme arts. III e XXI. Esclarece-se que, de modo implícito, o direito dos Povos Indígenas à autodeterminação também se encontra previsto na Convenção nº 169 da OIT no seu preâmbulo, nos artigos 1.3 e 7.1¹⁴².

¹³⁹ SANTOS, José Carlos dos. A Declaração Universal dos Direitos dos povos indígenas. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; BERGOLD, Raul Cezar (org.). **Os direitos dos povos indígenas brasileiros**: desafios do século XXI. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 35-58. p. 42-43. Disponível em:

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55993370/Os_direitos_dos_povos_indigenas_no_Brasil_-_desafios_no_seculo_XXI.pdf?1520444100=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DOs_direitos_dos_povos_indigenas_no_Bras.pdf&Expires=1618757232&Signature=ll9jR~xjqBJ2pxq0xEg~mNIXHSbpL3DEtq9HY9oLU9Yq4DKuPCoiEpsLlzeQABCMkfzRMjWsmwT5f9OkNGTbianWyWlaG154K7RsKn7WY3YQ0EvAUI8qldbntj6B5lnK0vmW1Cq7N5Gd3CMbFUhP5zYJWSAgZ~y~THgR9uznkqBkagmEWSYlyRktHRpaT6x0SPXpsBd3XkU5QnDonicUAGCUMQ5IOSwAaxqajh70uFcyjVKV9ZwWPIHkwM9w9RMmrMf~xnY6ODOP60Sy7dmTIONAAuSA~q1ChllwKLeAUqcCOqqNvyil0b66HrVuGz7XyeBkz00ZKavsOJAAYvtuQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=13. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em:

https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁴¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁴² “Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;

[...]

1.3 A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

[...]

7.1 Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças,

Não obstante, destacamos que a autodeterminação dos Povos Indígenas também está prevista em algumas Constituições da América Latina, como no caso da Constituição da Colômbia de 1991, nos artigos 287 e 330¹⁴³, da Constituição do Equador de 2008, no artigo 57¹⁴⁴, e amplamente afirmada ao longo do texto da Constituição da Bolívia de 2009, com destaque para a sua previsão no artigo 2º e nos artigos 289 a 296, que tratam do capítulo específico da autodeterminação dos Povos Indígenas originários campesinos da Bolívia¹⁴⁵. Também o México, assim como os países citados acima, garante a autodeterminação aos Povos Indígenas e, no exercício dela, o direito a eles de aplicarem seus próprios sistemas normativos para a solução de conflitos¹⁴⁶.

Ou seja, o direito à autodeterminação surge do direito à diferença e permite que os povos estejam no controle de seus destinos, conduzindo os rumos da sua própria jornada sobre assuntos que os afetem. Após esta apresentação geral, segue-se para a análise e estudo da conceituação do direito à autodeterminação, com a apreciação doutrinária do direito a partir de seu conteúdo e os limites jurídicos.

instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente". BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁴³ COLOMBIA. [Constitución (1991)]. **Constitución Política de Colombia 1991**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹⁴⁴ ECUADOR. [Constitución (2008)]. **Constitución de la República del Ecuador 2008**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹⁴⁵ BOLIVIA. [Constitución (2009)]. **Constitución Política del Estado de 2009**. Ciudad de El Alto de La Paz: Presidencia Constitucional de la República, 2009. Disponível em: <http://www.diputados.bo/sites/default/files/cpe2014.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹⁴⁶ MÉXICO. [Constitución]. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: https://www.senado.gob.mx/64/app/documentos_de_apoyo/Doc_Apoyo_Agosto/files/Constitucion_28092022.pdf. Acesso em: 30 nov. 2023.

2.3.1 O conteúdo jurídico da autodeterminação

A natureza jurídica do direito à autodeterminação é a de uma norma de *jus cogens*¹⁴⁷, que se baseia no direito natural, ou seja, ela existe independentemente de tratados, sendo imperativa, pois é um princípio do direito internacional consuetudinário¹⁴⁸. Doutrinadores especializados defendem que um Estado que viole o direito à autodeterminação pode ser tipificado como responsável por um crime internacional, bem como um tratado que viole a autodeterminação é nulo¹⁴⁹. O direito à autodeterminação é entendido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas como uma norma de *jus cogens*, assim como as proibições de agressão, genocídio, escravidão, discriminação racial, crimes contra a humanidade e tortura¹⁵⁰.

O conceito de normas imperativas no direito internacional está previsto no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, promulgada no direito brasileiro pelo Decreto nº 7.030, de 2009.

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual

¹⁴⁷ FOCARELLI, Carlo. Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects. **Nordic Journal of International Law**, v. 77, n. 4, p. 429-459, 2008. DOI: 10.1163/157181008X374906. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁴⁸ PEREIRA, Antonio Celso Alves. As normas de jus cogens e os direitos humanos. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S. l.], v. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/11>. Acesso em: 3 mar. 2023.

¹⁴⁹ “Segundo Gros Espiell la autodeterminación es norma de jus cogens y lo fundamenta en el derecho natural. (...) La violación por un Estado de derecho a la libre determinación de los pueblos constituye una causa de responsabilidad internacional que `tipifica` un `crimen internacional`. O sea, un tratado que viole el derecho de autodeterminación es nulo”. TRAVIESO, 1996, *apud* PEREIRA, Antonio Celso Alves. As normas de jus cogens e os direitos humanos. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S. l.], v. 6, n. 1, 2017. p. 41. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/11>. Acesso em: 3 mar. 2023.

¹⁵⁰ “The International Law Commission has identified the prohibitions of aggression, genocide, slavery, racial discrimination, crimes against humanity and torture, and the right to self-determination as jus cogens norms (Commentary on Art. 26 of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [GAOR, 56th Session, Supplement No. 10: Report of the International Law Commission, 53 rd Session (2001), p. 208]”. GIEGERICH, Thomas. Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts? *In*: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean Marc (ed.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**. Leiden, Boston: Brill, 2006. p. 203-238. p. 206. *E-book*.

nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza¹⁵¹.

Uma norma de *jus cogens* exprime valores éticos que só podem se impor com força imperativa se forem absolutos e universais, já que a sua origem costumeira é de suma importância na proteção de valores humanos essenciais da comunidade internacional¹⁵². O art. 53 da Convenção estabelece que são reconhecidas pela comunidade internacional como normas das quais nenhuma derrogação é permitida e que só podem ser modificadas por normas de direito internacional geral da mesma natureza, ao estabelecer nulidade de tratados que conflitem com tais normas¹⁵³.

As normas *jus cogens* remetam a uma justiça universal no âmbito do direito internacional, pois, quando violadas, ferem a moralidade universal, uma vez que as normas dessa dimensão são oriundas de “[...] uma aproximação entre as normas costumeiras e os imperativos morais internacionais[...]”¹⁵⁴. Não obstante, segundo o Professor Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Jus cogens* é, dessarte, uma qualidade da norma internacional que a torna absolutamente, além de imperativa, inderrogável, colocando-as em posição hierárquica superior na hierarquia dos sistemas jurídicos positivos da justiça universal¹⁵⁵.

Uma vez considerado um direito humano com *status* de *jus cogens*, ou seja, dotado de um ideal de universalidade, e não um direito dos Estados, a autodeterminação deve beneficiar todos os seres humanos em qualquer contexto político. Mesmo que muitos dos instrumentos que garantem que diferentes grupos étnicos tenham direito à autodeterminação, há uma problemática no termo “povos”¹⁵⁶,

¹⁵¹ BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁵² RODAS, João Grandino. *Jus cogens* em direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 69, 1974.

¹⁵³ BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁵⁴ DAUDT, Gabriel Pithan. **Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.155.

¹⁵⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁵⁶ NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. Direitos humanos coletivos dos povos indígenas. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo**

titular, por excelência, deste direito. Segundo a definição de Schulte-Tenckhoff, o conceito deve atender a quatro critérios: população permanente, território definido, governo eficaz e capacidade para participar de relações internacionais¹⁵⁷.

Já Anaya, em sua concepção ampla e não formalista, entende que povos são comunidades transgeracionais com atributos significativos de coesão política ou cultural que procuram manter e se desenvolver. Um povo tem ligações interculturais e outros padrões de interconexão que existem ao lado de diversas identidades¹⁵⁸.

Logo, concepções de autodeterminação que não levem em conta os múltiplos padrões de associação e interdependência humana estarão incompletas e, provavelmente, distorcidas¹⁵⁹. Segundo Anaya, se bem entendido, o princípio de autodeterminação, proporcional aos valores de liberdade e igualdade que incorpora, beneficia “povos” no sentido comum do termo, em todo o espectro da complexa teia de inter-relacionamentos da humanidade, e não apenas os povos definidos por limites soberanos existentes ou percebidos¹⁶⁰. Concepção que garante aos Povos Indígenas a autodeterminação.

Anaya destaca que, somente com uma leitura abrangente ampliada do direito à autodeterminação, é que os demais direitos coletivos e individuais dos Povos Indígenas poderão ser sustentados, previstos, garantidos e preservados¹⁶¹. Porquanto que é através da autodeterminação que se dá o amparo jurídico para que os Povos Indígenas exerçam e promovam suas particularidades culturais, fundamentadas em suas próprias cosmovisões, ou seja, por meio da autodeterminação há o amparo

jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

¹⁵⁷ SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle. Treaties, peoplehood, and self-determination: understanding the language of indigenous rights. *In*: PULITANO, Elvira (ed.). **Indigenous rights in the age of the UN Declaration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹⁵⁸ SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle. Treaties, peoplehood, and self-determination: understanding the language of indigenous rights. *In*: PULITANO, Elvira (ed.). **Indigenous rights in the age of the UN Declaration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹⁵⁹ NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. Direitos humanos coletivos dos povos indígenas. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos:** direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

¹⁶⁰ ANAYA, James. **Indigenous Peoples in International Law**. New York: Oxford University Press, 1996.

¹⁶¹ ANAYA, James. **Indigenous Peoples in International Law**. New York: Oxford University Press, 1996.

jurídico para outros direitos imprescindíveis. Inclusive sob a perspectiva descolonial e emancipatória dos direitos dos Povos Indígenas.

Ou seja, o ponto de partida, seja para direitos individuais ou coletivos dos Povos Indígenas, é o direito à autodeterminação, o controle de seu próprio destino, em uma dimensão de se garantir os interesses coletivos dos Povos Indígenas, uma vez que “os Povos Indígenas repetidamente articulam suas exigências em termos de autodeterminação e, por sua vez, os preceitos de autodeterminação alimentam o movimento internacional a favor desses povos” (tradução nossa)¹⁶².

Ao adotar-se uma perspectiva do pensamento descolonial como matriz teórica desta pesquisa, tal linha de pensamento se adequa aos escritos de Anaya. Um dos grandes empecilhos dos Estados para o reconhecimento do direito à autodeterminação está ligado à herança da colonização e à independência das colônias, pois os Estados independentes receavam que em alguma medida a autodeterminação, num sentido mais amplo, signifique direito a um Estado independente. Em outras palavras, autodeterminação é o direito à independência, mas os Povos Indígenas não reivindicam a sua independência dos Estados aos quais estão inseridos¹⁶³.

Entretanto, a Comissão Econômica das Nações Unidas para América-Latina e Caribe (CEPAL) reconhece que o direito à autodeterminação dos Povos Indígenas não implica a possibilidade de separatismo, senão o direito de controlar o seu próprio destino, tecendo os fios de sua própria história, como um mecanismo garantidor de justiça, em decorrência das atrocidades do colonialismo, outorgando um caráter diferente na relação com os Estados, imprescindível para o desenvolvimento e garantia de outros direitos¹⁶⁴.

¹⁶² No original: “Indigenous peoples have repeatedly articulated their demands in terms of self-determination, and, in turn, self-determination precepts have fueled the international movement in favor of those demands”. ANAYA, James. **Indigenous Peoples in International Law**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 75.

¹⁶³ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_IND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁶⁴ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). **Los pueblos indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos**. Santiago/Chile: Naciones Unidas, 2014. Disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521_es.pdf?sequence=1. Acesso em: 14 abr. 2021.

A par disso, segundo a Professora Caroline Barbosa Contente Nogueira¹⁶⁵, na independência e formação do Estado-Nação, os Povos Indígenas foram excluídos, inferiorizados e vistos como um obstáculo para o progresso econômico. No contexto da América-Latina, o processo de independência foi oriundo das elites ou de grupos dirigentes da colônia. Neste cenário, prevaleceu a visão etnocêntrica da superioridade da racionalidade do colonizador sobre a racionalidade do colonizado. Ou seja, sendo mantidas as lógicas coloniais que negam a humanidade aos Povos Indígenas, mantêm o despojamento de seus territórios, o genocídio e o etnocídio.

Os Estados-Nações independentes da colônia não consideraram a diversidade dos Povos Indígenas. Foram criadas nações homogêneas inspiradas no paradigma europeu, superiores às demais — suas “[...] bases e concepções ideológicas assentadas sob égide da modernidade cientificista, universal, individual e homogênea, contrariando a racionalidade dos Povos Indígenas, tradicional, coletivo e plural”¹⁶⁶ —, e, assim, mantiveram, também, o paradigma do “índio”, do não-ser encoberto.

Anaya, por sua vez, defende que, ao contrário da interpretação de que autodeterminação signifique independência de determinados grupos dos Estados em que estão inseridos, em verdade a independência das colônias não incorpora o princípio da autodeterminação, uma vez que o colonialismo foi uma forma de violar a autodeterminação dos povos originários e tradicionais. O reconhecimento ao direito à autodeterminação corresponde a medidas para remediar estas violações da empreitada colonial, que corresponderam em um desvio *sui generis* existente na condição anterior do colonialismo em sua forma clássica^{167 168}.

Ocorre que, por mais que para os Povos Indígenas direito à autodeterminação não signifique independência dos Estados, este foi internalizado e convertido em

¹⁶⁵ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_I ND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁶⁶ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. p. 198. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_I ND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁶⁷ ANAYA, James. **Indigenous Peoples in International Law**. New York: Oxford University Press, 1996.

¹⁶⁸ A despeito das violações do colonialismo e o encobrimento das comunidades originárias e tradicionais da América, consultar: DUSSEL, Enrique D. **1492 o encobrimento do outro: A origem do 'mito da modernidade'**. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

autonomia¹⁶⁹. Entretanto, o processo de internalização da autodeterminação, por mais que seja reconhecida a autonomia, viola este direito. Mas os Povos Indígenas possuem autodeterminação independentemente do reconhecimento dos Estados e, reconhecido ou não, o direito à autodeterminação se dá através da resistência dos Povos Indígenas¹⁷⁰.

De outro lado, partindo do reconhecimento do preceito e princípio da igualdade, o significado da autodeterminação para os Povos Indígenas, de acordo com Erica-Irene A Daes¹⁷¹, deve ser e resultar de processo por meio do qual os Povos Indígenas podem se unir a todos os demais povos que compõem o Estado em termos justos e mutuamente acordados, após muitos anos de isolamento e exclusão. Este processo de autodeterminação não requer a assimilação dos indivíduos, como cidadãos como todos os outros, mas o reconhecimento e a incorporação de povos distintos no tecido do Estado, nos termos previamente pactuados. Ressaltando que

A maioria dos Povos Indígenas reconhece os benefícios de uma parceria dentro dos Estados existentes, em vista de sua relação particular com a terra, tamanho pequeno, recursos limitados e vulnerabilidade. Isso deve ser enfatizado, mais uma vez, que não é realista temer o exercício do direito pelos Povos Indígenas à autodeterminação. É muito mais realista temer que a negação aos indígenas ao direito à autodeterminação dos povos os deixará mais marginalizados e excluídos que todos os povos do mundo sem uma arma legal e pacífica para pressionar, nos Estados em que vivem, por uma democracia genuína¹⁷². (tradução nossa)

¹⁶⁹ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_IND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁷⁰ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_IND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁷¹ DAES, Erica-Irene A. An overview of the history of indigenous peoples: self-determination and the United Nations. **Cambridge Review of International Affairs**, v. 21, n. 1, p. 7-26, March 2008. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09557570701828386?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹⁷² No original: “Most indigenous peoples acknowledge the benefits of a partnership within existing states in view of their particular relationship with the land, small size, limited resources and vulnerability. It should be emphasized, once again, that it is not realistic to fear indigenous peoples’ exercising of the right to self-determination. It is far more realistic to fear that the denial of indigenous peoples’ right to self-determination will leave the most marginalized and excluded of all the world’s peoples without a legal, peaceful weapon to press for genuine democracy in the states in which they live”. DAES, Erica-Irene A. An overview of the history of indigenous peoples: self-

Faz-se necessário, assim, destacar que o direito à autodeterminação se manifesta para os Povos Indígenas no direito de determinarem livremente sua condição política e a buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, garantido ainda o direito de participar plenamente, se assim o decidirem, nas áreas política, econômica, social e cultural do Estado.

Diante disso, a autodeterminação deve ser entendida como um veículo, um condutor que estabelece uma direção pelos próprios Povos Indígenas, de acordo com as necessidades específicas de cada grupo e suas cosmovisões¹⁷³, uma vez que:

[A] autodeterminação é um conceito aspiracional que abrange um amplo espectro de possibilidades políticas, desde a autogestão dos Povos Indígenas de seus próprios assuntos até o autogoverno dos Povos Indígenas de suas próprias comunidades ou terras. A autodeterminação é um direito dinâmico sob o qual... os povos continuarão a buscar cada vez mais autonomia na tomada de decisões. (tradução nossa)¹⁷⁴

Assim, a autodeterminação é um direito que deve ser exercitado continuamente pelos Povos Indígenas, pois ele é um guarda-chuva protetivo e garantista, *umbrella protection*¹⁷⁵. Neste conceito de guarda-chuva protetivo do direito à autodeterminação,

determination and the United Nations. **Cambridge Review of International Affairs**, v. 21, n. 1, p. 7-26, March 2008. p. 23-24. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09557570701828386?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹⁷³ PANZIRONI, Francesca. **Indigenous peoples' right to self-determination and development policy**. 2006. Thesis (Doctor of Philosophy) – Faculty of Law, University of Sydney, Sydney, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/41230579.pdf>. Acesso em: 4 out. 2022.

¹⁷⁴ No original: “[S]elf-determination is an aspirational concept which embraces a widening spectrum of political possibilities, from self-management by indigenous peoples of their own affairs to self-government by indigenous peoples of their own communities or lands. Self-determination is a dynamic right under the umbrella of which...peoples will continue to seek increasing autonomy in decision-making”. PANZIRONI, Francesca. **Indigenous peoples' right to self-determination and development policy**. 2006. Thesis (Doctor of Philosophy) – Faculty of Law, University of Sydney, Sydney, 2006. p. 152. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/41230579.pdf>. Acesso em: 4 out. 2022.

¹⁷⁵ PANZIRONI, Francesca. **Indigenous peoples' right to self-determination and development policy**. 2006. Thesis (Doctor of Philosophy) – Faculty of Law, University of Sydney, Sydney, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/41230579.pdf>. Acesso em: 4 out. 2022.

muitos outros direitos derivam¹⁷⁶¹⁷⁷. Como é o caso do direito às suas próprias instituições de justiça.

De acordo com o “Manual para defender os direitos dos Povos Indígenas e tradicionais”¹⁷⁸, do direito à autodeterminação urgem os seguintes direitos e/ou obrigações: i) autonomia ou autogoverno nos assuntos internos e locais; ii) disposição de recursos para financiar suas funções autônomas; iii) reconhecimento formal das instituições tradicionais e de sistemas próprios de justiça; iv) reconhecimento do direito a determinar e a elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento de suas terras ou territórios, assim como dos recursos naturais que neles se encontram; v) obrigatoriedade de serem consultados antes de decisões que possam afetá-los; vi) obrigatoriedade de se obter seu consentimento antes da execução de projetos ou planos de investimento que possam causar impacto maior em seu povo; vii) participação ativa na determinação dos programas de saúde e de habitação e nos demais programas econômicos e sociais que os afetem; viii) participação plena e efetiva na vida pública.

O direito dos Povos Indígenas a seus próprios Sistemas de Justiça originalmente era interpretado com base nos Pactos de 1966, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (artigo 1º)¹⁷⁹ e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) (artigo 1)¹⁸⁰, já que, segundo

¹⁷⁶ CLAVERO, Bartolomé. Cultural Supremacy, Domestic Constitutions, and the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. In: CHARTERS, Claire; STAVENHAGEN, Rodolfo (EE.). **Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**. Copenhagen: IWGIA, 2009. p. 344-351. p. 344. Disponível em: https://www.iwgia.org/images/publications/making_the_declaration_work.pdf. Acesso em: 4 out. 2022.

¹⁷⁷ NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. Direitos humanos coletivos dos povos indígenas. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

¹⁷⁸ DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF). **Manual para defender os direitos dos Povos Indígenas e tradicionais**. Washington, D.C.: DPLF, 2018.

¹⁷⁹ BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁸⁰ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

Anaya¹⁸¹, o direito dos Povos Indígenas de manter e desenvolver seus próprios Sistemas de Justiça, ou como ele denomina de “direito consuetudinário de autogoverno”, decorre do princípio da autodeterminação, juntamente com outros princípios de direitos humanos, como o da integridade cultural.

De igual sorte, Magdalena Gómez também propõe um rol exemplificativo de direitos decorrentes do exercício da autodeterminação indígena e ações positivas devidas pelos Estados, quais sejam: “a) exercer o direito de desenvolver suas formas específicas de organização social, cultural, política e econômica; b) obter o reconhecimento dos seus sistemas normativos internos de regulação e sanção, desde que não sejam contrários às garantias individuais e aos direitos humanos, em particular das mulheres; c) melhor acesso à jurisdição do Estado; d) acessar coletivamente o uso e aproveitamento dos recursos naturais, exceto aqueles cujo domínio corresponda à nação; e) promover o desenvolvimento dos diversos componentes de sua identidade e patrimônio cultural; f) interagir nos diferentes níveis de representação política, governo e administração da justiça; g) pactuar com outras comunidades, seus povos ou terceiros a união de esforços e a coordenação de ações para a otimização de seus recursos, a promoção de seus projetos de desenvolvimento regional e, em geral, a promoção e defesa de seus interesses; h) designar livremente os seus representantes, tanto comunitários como autarquias, de acordo com as tradições de cada município; i) promover e desenvolver suas línguas e culturas, bem como seus costumes e tradições políticas, sociais, econômicas e culturais” (tradução nossa)¹⁸².

¹⁸¹ ANAYA, James S. International Human Rights and Indigenous Peoples: the move toward the Multicultural State. *Arizona Journal of International & Comparative Law* v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004.

¹⁸² No original: “a) ejercer el derecho a desarrollar sus formas específicas de organización social, cultural, política y económica; b) obtener el reconocimiento de sus sistemas normativos internos para la regulación y sanción en tanto no sean contrarios a las garantías individuales y a los derechos humanos, en particular, los de las mujeres; c) acceder de mejor manera a la jurisdicción del Estado; d) acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, salvo aquellos cuyo dominio corresponda a la nación; e) promover el desarrollo de los diversos componentes de su identidad y patrimonio cultural; f) interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno y de administración de justicia; g) concertar con otras comunidades, de sus pueblos o de otros, la unión de esfuerzos y coordinación de acciones para optimización de sus recursos, el impulso de sus proyectos de desarrollo regional y, en general, para la promoción y defensa de sus intereses; h) designar libremente a sus representantes, tanto comunitarios como en los órganos de gobierno municipal, de conformidad con las tradiciones propias de cada pueblo; i) promover y desarrollar sus lenguas y culturas, así como sus costumbres y tradiciones tanto políticas como sociales, económicas y culturales.” GÓMEZ, Magdalena. Derecho indígena y constitucionalidad. In: KROTZ, Esteban (org.). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2002. p. 235-277. p. 252-253.

A garantia no direito internacional aos Povos Indígenas a seus próprios Sistemas de Justiça encontra-se expressa nos artigos 8.2 e 91, da Convenção nº 169 da OIT¹⁸³; no artigo 34, da DU¹⁸⁴; e nos artigos VI, XXII.1 e 2, XXXIV, da DA¹⁸⁵. O reconhecimento dos próprios Sistemas de Justiça, no México por exemplo, conta com o Código de Processo Penal de Oaxaca, o qual reconhece as decisões tomadas pelas comunidades com base em seu próprio sistema de justiça e extingue o processo penal em relação a crimes que afetem bens jurídicos próprios de um Povo Indígena¹⁸⁶.

Ainda, os estândares internacionais, em atenção aos impasses causados pelos Estados para a efetivação do direito à autodeterminação aos Povos Indígenas, sob à fábula de que signifique reconhecer os Povos Indígenas como Estados independentes¹⁸⁷, reconhecem a urgência e a necessidade de sua efetivação. No âmbito das Nações Unidas, o Comentário Geral n. 12, do Comitê de Direitos Humanos da ONU de 1984¹⁸⁸ e a Recomendação Geral n. 21, do Comitê para Eliminação da Discriminação Racial da ONU de 1996¹⁸⁹ afirmam que o direito geral à autodeterminação ou à livre determinação é essencial para o gozo de todos os direitos

¹⁸³ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁸⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁸⁶ DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF). **La protección de los derechos de los Pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal**: Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero. 2012.

¹⁸⁷ DAES, Erica-Irene A. An overview of the history of indigenous peoples: self-determination and the United Nations. **Cambridge Review of International Affairs**, v. 21, n. 1, p. 7-26, March 2008. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09557570701828386?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 30 abr. 2021; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_IND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁸⁸ UNITED NATIONS (UN). Human Rights Committee. **General Comment 12**: Article 1 (right to selfdetermination), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.1 at 12 (13 March 1984).

¹⁸⁹ UNITED NATIONS (UN). Committee on the Elimination of Racial Discrimination^o **General Recommendation 21**: The right to selfdetermination, UN Doc A/51/18 Annex VIII at 125 (8 March 1996).

humanos. Em relação ao direito à autodeterminação indígena, a CIDH, em seu informe temático sobre a situação dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas e Tribais da região da Panamazônia de 2019¹⁹⁰, também refere que a autodeterminação é uma premissa fundamental para o exercício pleno de outros direitos humanos dos povos indígenas, tanto individuais como coletivos.

No mesmo informe, a CIDH lembrou que a Corte IDH reconheceu que o artigo 1 comum aos Pactos de 1966 é aplicável aos Povos Indígenas, e assegurou o direito à autodeterminação nos casos do Povo Kichwa de Sarayaku Vs. Equador e do Povo Saramaka Vs. Suriname¹⁹¹, ao reconhecer o direito dos povos indígenas a prover seu

¹⁹⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 29 de septiembre de 2019. Disponível em:

<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2021.

¹⁹¹ Importante anotar que a Comunidade Saramaka do Suriname é uma comunidade tribal, não tratando-se de Povos Indígenas, e sim de povos ou grupos étnico-culturalmente diferenciados, para as quais há respaldo e garantia, tanto na Convenção 169 da OIT, quanto na Jurisprudência da Corte IDH. Nesse sentido, a Corte IDH estabelece que: “84. Por isso, de acordo com o exposto, a Corte considera que os membros do povo Saramaka constituem uma comunidade tribal cujas características sociais, culturais e econômicas são diferentes de outras partes da comunidade nacional, particularmente graças à relação especial existente com seus territórios ancestrais, e porque se regulam eles mesmos, ao menos de forma parcial, através de suas próprias normas, costumes e tradições. Consequentemente, a Corte procederá a analisar se, e em que medida, os integrantes de povos tribais requerem certas medidas especiais que garantam o pleno exercício de seus direitos.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

Além de, “86. A Corte não encontra uma razão para se afastar desta jurisprudência no presente caso. Por isso, este Tribunal declara que os membros do povo Saramaka devem ser considerados como uma comunidade tribal e que a jurisprudência da Corte a respeito do direito de propriedade dos povos indígenas também é aplicável aos povos tribais em virtude de que compartilham características sociais, culturais e econômicas distintivas, incluindo a relação especial com seus territórios ancestrais, o que requer medidas especiais conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos a fim de garantir a sobrevivência física e cultural deste povo.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

Além do mais, no Brasil o Decreto nº 6.040/2007, em seu art. 3º, inc. I, estabelece que Povos e Comunidades são “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;”. BRASIL.

Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm.

Acesso em: 30 abr. 2021. Ou seja, povos ou grupos étnico-culturalmente diferenciados, em um conceito este que se estende para Povos Indígenas, Quilombolas, Ribeirinhos ou Beiradeiros, Povos e Comunidades de Terreiro, Ciganos etc. MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS.

CARTILHA DIREITOS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS. Disponível em:

<https://bioeconomia.fea.usp.br/wp-content/uploads/2022/03/DIREITOS-DOS-POVOS-E-COMUNIDADES-TRADICIONAIS.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

desenvolvimento econômico, social e cultural e de dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais, a fim de assegurar sua existência e bem-estar como grupos diferenciados¹⁹².

A Corte IDH também sustentou que as regras de interpretação estabelecidas no artigo 29 (b) da CADH a proíbem de interpretar as disposições do artigo 21 da CADH de uma forma que restrinja seu gozo e exercício a menor grau do que o reconhecido nos Pactos da ONU. Conseqüentemente, o artigo 21 da CADH inclui o direito dos membros das comunidades indígenas e tribais de determinar e desfrutar livremente de seu próprio desenvolvimento social, econômico e cultural¹⁹³.

O direito à autodeterminação permite a garantia da sobrevivência dos Povos Indígenas, como povos multiétnicos e culturalmente distintos das sociedades não-indígenas, alicerçados no seu direito à diferença. Também a autodeterminação permite que os Povos Indígenas persigam seu bem-estar e o direito ao futuro, conforme suas próprias cosmovisões, traduzidas em seus modos de vida e práticas tradicionais. Permite o reconhecimento da pluralidade e diversidade dos Povos Indígenas e não a independência dos Estados, mas sim que reconheçam e implementem as demandas dos Povos Indígenas, buscadas pela resistência e participação política, mesmo que isso signifique romper com a égide colonial, homogeneizadora e universal fundante dos Estados¹⁹⁴.

2.3.2 Autodeterminação e pensamento descolonial

A secular violência sofrida pelos Povos Indígenas desde o colonialismo ainda se faz presente, em contradição ao direito à autodeterminação que, embora

¹⁹² COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 29 de septiembre de 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2021.

¹⁹³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 29 de septiembre de 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2021.

¹⁹⁴ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_IND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

normatizada sua aplicação, encontra afrontosa resistência de efetivação pelos Estados, considerando sua matriz eurocêntrica e colonial fundante¹⁹⁵.

Porquanto, se o Estado negou e dizimou os povos originários latinoamericanos, não foi por outra razão senão a da aplicação do colonialismo, ou seja, apoderar-se dos territórios e riquezas naturais, através dos processos coloniais que se embasaram na racionalidade moderna individual, homogênea e universal. Por outro lado, se o Estado deixou de genocídio físico [...] passou à prática do etnocídio com a assimilação e civilização dos povos indígenas para sua integração ao Estado nacional. E, quando enfim o Estado reconheceu seus direitos, interpôs obstáculos para sua efetivação, ocasionando aos povos indígenas processos de resistência que fortalecem sua identidade e seus vínculos culturais coletivos, conseqüentemente, impulsionam sua manifestação de vontade perante o Estado, para que se respeitem e garantam os direitos reconhecidos, promovendo o exercício de sua autodeterminação¹⁹⁶.

Segundo a Professora Caroline Barbosa Contente Nogueira, as violências que atingem os Povos Indígenas, as quais são contradições enfáticas ao seu direito à autodeterminação, são principalmente ao seu direito territorial, já que fazem com que estes povos se desloquem de seus territórios, por políticas estatais desenvolvimentistas econômicas, para uso de seus bens e recursos naturais de suas terras e territórios, em detrimento de interesses de grupos dominantes¹⁹⁷¹⁹⁸. “Os

¹⁹⁵ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_I ND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁹⁶ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. p. 206. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_I ND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁹⁷ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_I ND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁹⁸ Pode-se destacar projetos econômicos que visem à exploração de recursos, nas terras e territórios indígenas, que envolvem exploração mineral, petrolífera, florestal, energéticos e de infraestrutura. No Brasil, destaca-se a violência enfrentada pelos Guarani Kaiwoá, no Mato Grosso do Sul, em razão do avanço do agronegócio; bem como, do avanço da exploração do recursos hidro-energéticos das usinas hidrelétricas, como o da Usina de Itaipu e de Belo Monte. NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_I ND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023. Além da chocante realidade enfrentada pelos Yanomami em Roraima, em razão do garimpo ilegal em suas terras.

Estados e a sociedade hegemônica agem com os povos indígenas como se estes nunca estivessem na terra, muito menos tivessem direito sobre esses territórios”¹⁹⁹.

Como modo de romper este ciclo de violência praticado pela política estatal, e não mais se submeter às políticas de dominação, aculturação, integração e assimilacionismo, a Professora Caroline Barbosa Contente Nogueira defende que é através dos movimentos de resistência que deve haver o exercício de autodeterminação dos Povos Indígenas. Tendo como exemplos marcantes, os casos mexicanos do Movimento Zapatistas, no estado de Chiapas, e a luta por defesa dos bosques do povo purhépecha, no Município de *San Francisco Cherán*, no estado de Michoacán de Ocampo. Assim como a mobilização popular e de movimentos da sociedade civil e de indígenas, ocorridos no Brasil na Constituinte de 1988²⁰⁰.

Nessa linha, o pensamento descolonial se mostra de suma importância para o reconhecimento do direito à autodeterminação, a partir de uma visão crítica dos direitos humanos²⁰¹, para ver o outro encoberto. A Professora Fernanda Frizzo Bragato²⁰² explica a importância do pensamento descolonial para a compreensão do direito à autodeterminação:

Ainda, as teorias dominantes não conseguem ver além dos aspectos liberais da constituição dos direitos do homem. Em outras palavras, é difícil, desde esta perspectiva, compreender como a autodeterminação, o desenvolvimento, o meio ambiente saudável ou a não discriminação possa ser considerados direitos humanos. Mesmo que se tente traçar uma linha evolutiva entre os direitos, como pretende a teoria das gerações, há um hiato que fica invariavelmente

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Os Yanomami e o genocídio. **Zero Hora**, Porto Alegre, 04 fev. 2023. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/ultimas-noticias/tag/terras-indigenas/>. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁹⁹ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. p. 166. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_IND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

²⁰⁰ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_IND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

²⁰¹ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021

²⁰² BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. p. 214. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021.

sem resposta, pois não são os ideais liberal-burgueses da modernidade que dão sustentação teórica a esse discurso. Por essa razão, as revoluções e declarações modernas, sejam francesas, inglesas ou norte-americanas, pouco explicam como os direitos humanos são hoje direitos de todos os povos e de todos os seres humanos e não se resumam mais apenas à relação Estado e indivíduo.

Isso porque, considerando que o pensamento descolonial é um pensamento contra-hegemônico da modernidade, nascido nos primórdios da Modernidade, gerado nos movimentos de resistência do contexto colonial²⁰³. O que desde muito cedo se percebe na obra de Bartolomé de Las Casas que, já no século XV, defendia que independente de ser europeu ou não, todos os povos do mundo são humanos, gozam de racionalidade, e os direitos naturais dos europeus também pertencem aos indígenas, por serem seres humanos, possuindo, então, direito à liberdade. Escreveu, também, que não há razão de existir uma guerra justa contra os Povos Indígenas para a expansão da fé cristã ou de cunho territorial ou econômico – tese defendida na época e que era uma das matrizes que fundamentava a barbárie da colonização –, pois os verdadeiros bárbaros, ou piores que eles, são aqueles que exterminaram os Povos Indígenas.²⁰⁴.

Nessa esteira descolonial e do direito à autodeterminação, segundo Barreto, Bartolomé de Las Casas criou o argumento jurídico apto a pôr em questão toda a conquista e a colonização, ao elaborar as primeiras teorias modernas sobre a origem democrática do poder e o direito de autodeterminação dos povos.²⁰⁵

Ou seja, segundo Barreto, Las Casas utilizou-se do direito natural para desafiar a suposta legitimidade que era dada à “conquista” e, na defesa dos Povos Indígenas, criou uma teoria de direito natural e de direito internacional para “[...] neutralizar a

²⁰³ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. p. 205. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021.

²⁰⁴ LAS CASAS, Bartolomé de. **Apología o Declaración y Defensa Universal de los derechos del hombre e de los pueblos**. Salamanca: Junta de Castilla y Leon. Consejería de Educación y Cultura, 2000. Disponível em: <https://www.saavedrafajardo.org/Archivos/LIBROS/Libro0054.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021. Outros escritos sobre outras matrizes que fundamentam os direitos humanos, a partir de uma visão heterodoxa dos direitos humanos, pode ser encontrada na presente obra: BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; LEMOS, Walter Gustavo. **Das tradições ortodoxas e heterodoxas nos direitos humanos**: uma antologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁰⁵ BARRETO, Jose-Manuel. **Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History**. Disponível em: https://www.academia.edu/8791746/Imperialism_and_Decolonization_as_Scenarios_of_Human_Rights_History. Acesso em: 12 fev. 2021.

carnificina da guerra da conquista”. (tradução nossa)²⁰⁶ Da mesma maneira que, acresce o professor Barreto que,

[...] estar sob a jurisdição do direito natural não leva às consequências paradoxais de não ter direitos e de estar sempre em falta e merecer a punição da guerra [...] Neste ponto, a teoria da lei natural de Las Casas avança de uma defesa contra a violência dos conquistadores, para tornar-se ao mesmo tempo um fundamento do direito à autodeterminação dos indígenas”. (tradução nossa)²⁰⁷

Não é que a autodeterminação seja oriunda do pensamento descolonial. Ela se mostra nos contornos do que estabelece a teoria, demonstra-se como o direito hábil a efetivar uma descolonização e reivindicação de outros direitos dos Povos Indígenas, considerando o guarda-chuva, bem como, por uma visão crítica dos Direitos Humanos através do pensamento descolonial na sua concessão e efetivação.

Ainda, o Direito à Autodeterminação dos Povos Indígenas, como aqui estudado, apresenta-se como mais um instrumento jurídico emancipador, garantista e aliado no enfrentamento das marcas da colonialidade.

Feito e dito isso, passa-se ao estudo específico dos sistemas de jurisdição criminal dos Povos Indígenas no Brasil e nos Estados Unidos da América, a fim de perseguir o problema aqui proposto, à luz da autodeterminação.

²⁰⁶ No original: “[...] Las Casas’ elaboration of natural rights doctrine sought to counteract the butchery of the war of conquest”. BARRETO, Jose-Manuel. **Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History**. Disponível em: https://www.academia.edu/8791746/Imperialism_and_Decolonization_as_Scenarios_of_Human_Rights_History. Acesso em: 12 fev. 2021.

²⁰⁷ No original: “[...] to be under the jurisdiction of natural law does not lead to the paradoxical consequences of not having rights, and of being at all times in fault and deserving of the punishment of war [...] At this point, Las Casas’s theory of natural law advances from a defence against the violence of the conquerors, to become at the same time a foundation of a right to self-determination of the Indians”. BARRETO, Jose-Manuel. **Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History**. Disponível em: https://www.academia.edu/8791746/Imperialism_and_Decolonization_as_Scenarios_of_Human_Rights_History. Acesso em: 12 fev. 2021.

3 SISTEMA DE JURISDIÇÃO CRIMINAL DOS POVOS INDÍGENAS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA)

Este capítulo analisará o sistema de jurisdição criminal dos Povos Indígenas nos Estados Unidos da América (EUA). A pesquisa iniciará com dados estatísticos e demográficos dos Povos Indígenas estadunidenses, bem como da relação que o Estado estadunidense estabelece com os Povos Indígenas, além do estudo de conceitos legais e jurídicos como *tribe* e *Indian country*. Dados e conceitos estes que são basilares para a compreensão da jurisdição criminal dos Povos Indígenas nos EUA. Seguido pelo estudo da evolução jurídica da relação dos Povos Indígenas com o Estado nos Estados Unidos da América. Após, haverá as regras especiais de jurisdição com uma análise da jurisdição federal, estadual e tribal para o processamento e julgamento criminal envolvendo indígenas. Isso será importante para verificar a delimitação específica da jurisdição criminal e seus impactos jurídicos. Por fim, um estudo do paradigmático caso *Jimcy McGirt v. Oklahoma* (2020).

3.1 Dados iniciais e demográficos

Nos Estados Unidos da América (EUA), predominam as seguintes nomenclaturas para a denominação das pessoas indígenas, quais sejam: i) *American Indian* (AI)²⁰⁸, o indígena americano; ii) *Alaska Native* (AN), o nativo do Alasca; e, iii) *Native American*, o nativo americano²⁰⁹.

De acordo com estes conceitos, o indígena americano, *American Indian* (AI), são as pessoas pertencentes às nações tribais dos Estados Unidos da América continentais, e as nações tribais e aldeias do Alasca são os nativos do Alasca, *Alaska Native* (AN). Já o nativo americano, *Native American*, são todos os nativos dos Estados Unidos da América e seus territórios, incluindo os indígenas americanos, nativos do Alasca, havaianos nativos, chamorros e samoanos americanos, bem como

²⁰⁸ Em que pese a tradução literal de “American Indian” seja “índio americano”, nestes escritos utilizaremos a denominação indígena americano, considerando o apresentado no capítulo inicial a despeito do termo “índio”.

²⁰⁹ BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Why are American Indians and Alaska Natives also referred to as Native Americans?** Washington, D.C., 2017. Disponível em: <https://www.bia.gov/faqs/why-are-american-indians-and-alaska-natives-also-referred-native-americans>. Acesso em: 10 set. 2022.

peças dos povos originários canadenses e comunidades indígenas no México e América Central e do Sul que são residentes nos EUA²¹⁰.

De acordo com o Censo Decenal de 2010, 0,9% da população dos EUA, 2,9 milhões de pessoas, foram identificadas como indígena americano ou nativo do Alasca, enquanto 1,7% da população, ou 5,2 milhões de pessoas, identificadas como indígena americano ou nativo do Alasca sozinhas ou em combinação com outra etnia²¹¹. Ocorre que, de acordo com os dados do Censo de 2020, a população de indígenas americanos e nativos do Alasca, isoladamente e em combinação, aumentou de 5,2 milhões em 2010 para 9,7 milhões em 2020²¹², representando um aumento de 86,5%. Isso faz com que os indígenas americanos e os nativos do Alasca representem 2,9% da população dos EUA. Ou seja, conforme os dados, 3,7 milhões de pessoas se autoidentificaram como indígenas americanos e nativos do Alasca sozinhas, 5,9 milhões em combinação com outros grupos étnicos, e 9,7 milhões sozinhas ou combinados²¹³.

Para um dos principais canais jornalístico e de mídia relacionado aos Povos Indígenas nos EUA, o *Indian Country Today* (ICT), este crescimento da população de indígenas americanos e nativos do Alasca na última década contribui para o retrato do país ser muito mais multirracial e mais diversificado²¹⁴.

Nos Estados Unidos da América, a agência responsável por gerir a política indigenista no país e no Alasca é o Escritório de Assuntos Indígenas - *Bureau of Indian Affairs* (BIA), fundado em 1824, tendo como missão melhorar a qualidade de vida, promover oportunidades econômicas e cumprir a responsabilidade de proteger e fortalecer a confiança dos indígenas americanos, tribos indígenas e nativos do Alasca, além de fortalecer para que os Povos Indígenas dos Estados Unidos da América

²¹⁰ BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Why are American Indians and Alaska Natives also referred to as Native Americans?** Washington, D.C., 2017. Disponível em: <https://www.bia.gov/faqs/why-are-american-indians-and-alaska-natives-also-referred-native-americans>. Acesso em: 10 set. 2022.

²¹¹ U.S. CENSUS BUREAU. **The American Indian and Alaska Native Population**: 2010, Jan. 2012. Disponível em: <https://www.census.gov/history/pdf/c2010br-10.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²¹² U.S. CENSUS BUREAU. **2020 Census Results on Race and Ethnicity**, 2020. Disponível em: <https://www.census.gov/content/dam/Census/newsroom/press-kits/2021/redistricting/20210812-presentation-redistricting-jones.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²¹³ U.S. CENSUS BUREAU. **2020 Census Results on Race and Ethnicity**, 2020. Disponível em: <https://www.census.gov/content/dam/Census/newsroom/press-kits/2021/redistricting/20210812-presentation-redistricting-jones.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²¹⁴ INDIAN COUNTRY TODAY (ICT). **2020 Census**: Native population increased by 86.5 percent. Disponível em: <https://indiancountrytoday.com/news/2020-census-native-population-increased-by-86-5-percent>. Acesso em: 10 set. 2022.

alcancem seus objetivos de autodeterminação²¹⁵. Dentro da BIA, o Escritório de Reconhecimento Federal - *Office of Federal Acknowledgment* (OFA) é responsável pelo reconhecimento dos nativos estadunidenses e do Alasca. Através deste, até 28 de janeiro de 2022, o governo federal estadunidense reconhece oficialmente a existência de 574 nações indígenas²¹⁶, com *status* de *indian tribes*, *indian country*, com uma população total nestas localidades de 2,5 milhões de pessoas²¹⁷²¹⁸.

Das 574 nações indígenas, *indian country*, reconhecidas pelo governo federal (também chamadas de tribos, nações, bandas, povos/*pueblos*, comunidades e aldeias nativas) nos Estados Unidos da América, aproximadamente 229 destas estão localizadas no Alasca, enquanto as outras em outros 35 estados do país. Além disso,

²¹⁵ BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Bureau of Indian Affairs (BIA)**. Washington, D.C., 2022. Disponível em: <https://www.bia.gov/bia>. Acesso em: 10 set. 2022.

²¹⁶ Em fevereiro deste ano, o Congresso Federal dos EUA divulgou a lista completa e atualizada das 574 nações indígenas, produzido pelo *Congressional Research Service* (CRS), sob autoria do Procurador Legislativo Mainon A. Schwartz. SCHWARTZ, Mainon A. The 574 Federally Recognized Indian Tribes in the United States. **Congressional Research Service (CRS)**, [S. l.], February 8, 2023. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47414>. Acesso em: 06 mar. 2023.

²¹⁷ BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Featured Services**. Washington, D.C., 2022. Disponível em: <https://www.bia.gov/#:~:text=Indian%20Affairs%20provides%20services%20directly,American%20Indian%20and%20Alaska%20Natives>. Acesso em: 10 set. 2022; BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Office of Federal Acknowledgment (OFA)**. Washington, D.C., 2022. Disponível em: <https://www.bia.gov/as-ia/ofa>. Acesso em: 10 set. 2022.

²¹⁸ Nos Estados Unidos da América, em 1994, foi instituída a “Federally Recognized Indian Tribe List Act”, “Public Law” 103-154, a qual define meios para o reconhecimento das nações tribais, quais sejam: i) através de ato do Congresso; ii) decisão da Suprema Corte; ou, iii) procedimento administrativo apresentado para o Departamento Federal de Reconhecimento (OFA) na BIA, através de sete critérios, conforme previsão da parte 83 do Código de Regulamentos Federais. Tal reconhecimento pode levar décadas, além de ter de obedecer e cumprir todos os seguintes sete critérios: 1) a nação tribal foi identificada como uma entidade indígena americana substancialmente contínua desde 1900; 2) uma porção predominante da nação tribal compreende uma comunidade distinta e tem existido como uma comunidade desde os tempos históricos até o presente; 3) a nação tribal manteve influência política ou autoridade sobre seus membros como uma entidade autônoma desde os tempos históricos até o presente; 4) a nação tribal deve fornecer uma cópia do documento atual regente do grupo, incluindo seus critérios de cidadania. Na ausência de um documento escrito, o requerente deve fornecer uma declaração descrevendo completamente seus critérios de cidadania e procedimentos de governo atuais; 5) a cidadania da nação tribal consiste em indivíduos que descendem de uma nação ou nações tribais, que são e funcionam como uma única entidade política autônoma; 6) a cidadania da nação tribal é composta principalmente de pessoas que não são membros de qualquer outra nação tribal reconhecida; e, 7) nem a nação tribal nem seus cidadãos são objeto de legislação do Congresso que expressamente rescindiu ou proibiu o reconhecimento. NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States: an introduction**. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022; BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA); U.S. DEPARTMENT OF THE INTERIOR. **Guidelines, Precedent Manual, and Sample Narrative**. Disponível em: <https://www.bia.gov/as-ia/ofa/guidelinesprecedent-manual-and-sample-narrative>. Acesso em: 10 jan. 2023.

existem tribos reconhecidas pelos governos estaduais localizadas nos Estados Unidos da América²¹⁹.

O termo *indian country* é o que designa a área sobre a qual o governo federal e as nações tribais exercem jurisdição primária, sendo um termo com um significado distinto em contextos jurídicos e políticos. *Indian Country* (ambas as palavras com maiúsculas) é um termo mais amplo usado para se referir geralmente a governos tribais, comunidades nativas, culturas e povos²²⁰.

3.2 Da relação *Nation-to-Nation* entre as Nações Indígenas e o governo federal dos Estados Unidos da América

Dezenas de milhões de Povos Indígenas habitavam a América do Norte e governavam suas sociedades complexas, muito antes de os governos europeus enviarem exploradores para tomarem terras e recursos do continente e de seus habitantes²²¹. As estimativas acadêmicas variam de 1,5 milhão a 20 milhões de Povos Indígenas na América do Norte, antes do período de pré-contato com os colonizadores europeus²²².

Os colonizadores europeus, propriamente na figura dos Estados estrangeiros, interagiram com nações tribais originárias em questões que envolviam aspectos de diplomacia, comércio, cultura e guerra – reconhecendo os sistemas indígenas de governança cultural, econômica e política. As nações tribais permaneceram como potências políticas desde o período colonial até hoje – engajando-se no comércio,

²¹⁹ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²²⁰ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²²¹ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²²² SEATTLE TIMES. **Washington Indian Tribes Today**: Culture Protecting the Environment and Natural Resources, Enriching People, Building Communities. Seattle, 2016. Disponível em: http://nie.seattletimes.com/wpcontent/uploads/sites/12/2016/10/WIGA_10-1616_8PageTab_final.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

intercâmbio cultural e inspirando os princípios de liberdade e democracia consagrados na Constituição dos EUA²²³.

Quando houve a união dos Estados Unidos da América, os fundadores reconheceram a soberania das nações tribais, ao lado dos estados, nações estrangeiras e do governo federal na Constituição dos EUA. As nações tribais faziam, então, parte da única soberania americana de governos, por meio de um relacionamento de nação para nação, *Nation-to-Nation*²²⁴.

Um grau de soberania das nações indígenas nos EUA sempre foi reconhecido, sendo consideradas comunidades políticas distintas e independentes, detentoras de seus direitos territoriais originários²²⁵. Mas é com base em julgados do século XIX que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, sob a presidência do juiz-mor federal (*Chief Justice*) John Marshall, estabelece os direitos originários dos Povos Indígenas e como seriam exercidos²²⁶. Tais julgados são conhecidos como a *trilogia Marshall*. Eles são estabelecidos a partir de 1823, através dos casos *Johnson v. M'Intosh* (1823), *Cherokee Nation v. Georgia* (1831) e *Worcester v. Georgia* (1832)²²⁷.

O caso *Johnson v. M'Intosh* (1823) definiu que deveria haver a aprovação do governo federal estadunidense para que os indígenas vendessem suas terras para não-indígenas, mesmo que os indígenas ocupassem as terras, pois a aquisição de terras indígenas era direito exclusivo dos Estados Unidos da América, fosse por compra ou por ocupação²²⁸.

Já no julgado *Cherokee Nation v. Georgia* (1831), ficou estabelecido o que vigora até a atualidade, que as nações indígenas são nações domésticas dependentes, pois, em que pese os Cherokee representassem uma sociedade distinta

²²³ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²²⁴ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²²⁵ ANDERSON, Robert T.; BERGER, Bethany; FRICKEY, Philip P.; KRAKOFF, Sarah. **American Indian Law**: Cases and Commentary (American Casebook Series). St. Paul, MN: Thomson/West, 2008.

²²⁶ ROBERTSON, Lindsay. **Conquest by Law**: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands. Oxford University Press, 2007.

²²⁷ ROBERTSON, Lindsay. **Conquest by Law**: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands. Oxford University Press, 2007.

²²⁸ ROBERTSON, Lindsay. **Conquest by Law**: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands. Oxford University Press, 2007.

dos Estados Unidos da América, elas estavam sob a proteção deste governo²²⁹. Havia uma restrição à soberania das nações indígenas, pois em que pese tutelados pelo governo federal estadunidense, não mais considerados plenamente independentes, a tese das nações domésticas soberanas ainda conferia um determinado grau de soberania, pois como entidades políticas e legais, podiam administrar assuntos internos e relações diretas com o governo federal. Como os Cherokee estavam sob a tutela dos EUA, como indígenas tutelados, isso lhes garantiu uma certa proteção quanto às ameaças das elites locais dos governos estaduais sobre a apropriação de seus territórios²³⁰.

Em *Worcester v. Georgia* (1832), a Corte firmou entendimento de que as tribos indígenas não estavam submetidas à jurisdição dos estados da federação e que estas poderiam regular as suas próprias atividades, submetidas apenas aos Tratados com os Estados Unidos da América e às leis emanadas do Congresso dos Estados Unidos da América²³¹. Neste sentido, segue um trecho da decisão do Juiz da Suprema Corte John Marshall no caso *Worcester v. Georgia* (1832):

As nações indígenas sempre foram consideradas como comunidades políticas distintas e independentes, mantendo seus direitos naturais originários como possuidoras indiscutíveis do solo, desde tempos imemoriais, com a única exceção daquela imposta pelo poder irresistível, que os excluía das relações com qualquer outro potentado europeu que não o primeiro descobridor da costa da região em particular reivindicado, e essa era uma restrição que aqueles potentados europeus impunham a si mesmos, bem como sobre os indígenas. O próprio termo "nação", tão geralmente aplicado a eles, significa "um povo distinto dos outros". A Constituição, ao declarar os tratados já celebrados, bem como os a celebrar, como a lei suprema do país, adotou e sancionou os tratados anteriores com as nações indígenas e, conseqüentemente, admite sua posição entre os poderes capazes de fazer tratados. As palavras "tratado" e "nação" são palavras de nossa própria língua, selecionadas por nós mesmos em nossos procedimentos diplomáticos e legislativos, tendo cada uma um significado definido e bem compreendido. Nós as aplicamos aos indígenas assim como as aplicamos às outras nações da terra. Aplicam-se a todos no mesmo sentido. (tradução nossa)²³²

²²⁹ ROBERTSON, Lindsay. **Conquest by Law**: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands. Oxford University Press, 2007.

²³⁰ LYTLE, Clifford M.; DELORIA, Vine. **American Indians, American Justice**. Austin. Austin: University of Texas Press, 1983. *E-book*.

²³¹ ROBERTSON, Lindsay. **Conquest by Law**: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands. Oxford University Press, 2007.

²³² No original: "The Indian nations had always been considered as distinct, independent political communities retaining their original natural rights as undisputed possessors of the soil, from time

O que corrobora a disposição do parágrafo da seção 8 do artigo 1 da Constituição estadunidense, uma vez que esta determina como atribuição do Congresso a regulação com as tribos indígenas, *in verbis*:

Artigo I

[...]

Seção 8

O Congresso terá poderes para estabelecer e arrecadar impostos, taxas, tributos e impostos especiais de consumo, para pagar as dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos; mas todas as taxas, tributos e impostos serão uniformes em todos os Estados Unidos;

[...]

Regulamentar o Comércio com as Nações estrangeiras, e entre os diversos Estados, e com as Tribos Indígenas; (tradução nossa)²³³²³⁴

A seção 8 do artigo 1º da Constituição estadunidense confere ao Congresso o poder de “regular o comércio com nações estrangeiras, entre os vários estados e com as tribos indígenas”²³⁵. Ou seja, desta disposição constitucional depreende-se também a relação das tribos indígenas. Nos EUA, são nações dentro da nação estadunidense,

immemorial, with the single exception of that imposed by irresistible power, which excluded them from intercourse with any other European potentate than the first discoverer of the coast of the particular region claimed, and this was a restriction which those European potentates imposed on themselves, as well as on the Indians. The very term "nation," so generally applied to them, means "a people distinct from others." The Constitution, by declaring treaties already made, as well as those to be made, to be the supreme law of the land, has adopted and sanctioned the previous treaties with the Indian nations, and consequently admits their rank among the powers who are capable of making treaties. The words "treaty" and "nation" are words of our own language, selected in our diplomatic and legislative proceedings by ourselves, having each a definite and well understood meaning. We have applied them to Indians as we have applied them to the other nations of the earth. They are applied to all in the same sense". UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Worcester v. Georgia.** March 3, 1832. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/31/515/>. Acesso em: 10 set. 2022.

²³³ No original:

“Article I

[...]

Section 8

The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;

[...]

To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;”. UNITED STATES. [U.S. Constitution (1787)]. **Constitution of the United States.**

Washington, DC: United States Congress, 1787. Disponível em:

<https://constitution.congress.gov/constitution/>. Acesso em: 05 mar. 2023.

²³⁴ A consulta da Constituição Americana Anotada, a qual traz uma análise e interpretação da Constituição dos Estados Unidos da América a partir de casos da Suprema Corte, está disponível em: https://constitution.congress.gov/search//searchfacet/Article_I/Supreme_Court//100/1/1.

²³⁵ UNITED STATES. [U.S. Constitution (1787)]. **Constitution of the United States.** Washington, DC: United States Congress, 1787. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/>. Acesso em: 05 mar. 2023.

Nation-to-Nation, mas com certa independência, como entidades políticas e legais, para tratar de assuntos internos, posteriormente entendidas como nações domésticas dependentes. Entretanto, ao longo da história, os Povos Indígenas estadunidenses foram marcados por vários períodos.

O primeiro período que pode ser traçado é o colonial (1492-1848), em que a proliferação de colônias europeias criou uma presença dominante na costa leste da América do Norte. Essas colônias adquiriram terras indígenas sob a chamada Doutrina do Descobrimento, formulada em *Worcester v. Georgia*, e assinaram tratados com as nações tribais. Os governos coloniais trataram nações tribais como governos, abrindo o precedente para futuras relações. Após a Guerra de Independência dos Estados Unidos da América (1785-1783), os Estados Unidos da América trabalharam com nações tribais em uma base de governo para governo, *government-to-government*²³⁶. Passado este período, entre os anos 1828 e 1887, tem-se a fase de remoção das reservas e dos tratados, a qual, à medida que a população e a força militar dos EUA cresciam, o mesmo acontecia com a pressão do governo dos EUA sobre as nações tribais do leste para que se mudassem para o oeste, resultando em migração forçada. Buscando obter mais terras tribais, o governo embarcou em uma campanha militar agressiva em todo o oeste, realocando as nações tribais para reservas. Em geral, as reservas foram estabelecidas por meio de tratados, que exigiam que as nações tribais negociassem grandes extensões de terra pelo direito contínuo de autogoverno sob a proteção dos Estados Unidos da América²³⁷.

Seguindo, de 1887–1934, inicia-se o período de loteamento e assimilação, em que o desejo crescente dos colonos pela terra nas reservas e o impulso para assimilar os nativos na vida americana dominante, na sociedade não-tribal, levaram ao *General Allotment Act* de 1887. Este ato, também conhecido como *Dawes Act*, ditou a conversão forçada de terras tribais de propriedade comunal em pequenas parcelas para propriedade por nativos individuais. Mais de 90 milhões de acres — quase dois terços das terras de reserva — foram retirados de nações tribais e entregues a

²³⁶ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²³⁷ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

colonos, na maioria das vezes sem compensação às nações tribais²³⁸. A partir de 1934 até 1945 (término da 2ª Guerra Mundial), há o encerramento da política de loteamento pelo governo federal, por meio da *Indian Reorganization Act* (IRA) de 1934, e dá-se o período de reorganização indígena. Inicia-se a passagem das terras tribais às nações tribais, com medidas de auxílio para os governos das nações tribais e as economias das reservas²³⁹.

O que segue é o período de rescisão (1945-1968), em que, mesmo sendo reconhecidas pelo Congresso mais de cem nações tribais, foi um período em que a política federal enfatizou a realocação física dos indígenas das reservas para as áreas urbanas. A *Public Law 280* (PL-280), aprovada em 1953, impôs jurisdição criminal e civil estadual em muitas nações tribais na Califórnia, Minnesota, Nebraska, Oregon e Wisconsin. Essas políticas criaram um desastre econômico para muitas nações tribais, resultando na perda de milhões de acres de terras de recursos naturais valiosos por meio de vendas com confisco de impostos²⁴⁰.

Ultrapassado este período, de 1968-2000, os indígenas estadunidenses entram em uma era de autodeterminação, em que há o ressurgimento do envolvimento do governo tribal no desenvolvimento da política federal. Encerra-se a era da rescisão e leva-se ao desenvolvimento de uma política de autodeterminação e autogoverno. Surgiram políticas que favoreceram o controle tribal sobre seus destinos. Sob os atos de autodeterminação e autogoverno, os governos tribais administraram muitos programas federais que serviam aos interesses das pessoas indígenas²⁴¹. Esta fase, intitulada de fase de autodeterminação, serviu para, a partir dos anos 2000 até a

²³⁸ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²³⁹ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁴⁰ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁴¹ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

atualidade, iniciar-se a era de relacionamento de nação para nação, *Nation-to-Nation*, com o fortalecimento do autogoverno das nações indígenas²⁴².

Portanto, não há dúvidas de que as tribos indígenas nos EUA são nações internas, em que os indígenas americanos e os nativos do Alasca descendem dos Povos Indígenas originários da América do Norte. As nações tribais foram reconhecidas dentro de um grau de independência e soberania interna em seus territórios desde sua primeira interação com os colonos europeus. Os EUA continuam a reconhecer esse *status* e relacionamento político únicos. Povos e governos nativos têm direitos inerentes e uma relação política com o governo dos EUA. Cidadãos tribais são cidadãos de três entes soberanos: suas nações tribais, os Estados Unidos da América e o estado federado em que residem. É obrigação do governo federal proteger os Povos Indígenas em seu autogoverno, suas terras, seus ativos, seus recursos e seus direitos de tratados e executar as instruções de estatutos federais e processos judiciais²⁴³.

Como nações soberanas, os indígenas americanos reconhecidos federalmente e as nações tribais nativas do Alasca têm uma relação de governo a governo com os dois outros órgãos governantes soberanos dos Estados Unidos: os governos federal e estadual. Por meio dessas relações modernas e históricas, os governos tribais, o governo federal e os governos estaduais estão ligados em um relacionamento único delineado na Constituição dos EUA. Juntos, eles formam uma família americana de governos — interrelacionados, mas singularmente distintos uns dos outros. A lei tribal, a lei federal e as leis estaduais definem as responsabilidades, poderes, limitações e obrigações de (e entre) esses soberanos. Os governos tribais e os governos estaduais têm muito em comum, e as melhores práticas estabelecidas nas relações entre tribos e estados resultaram em esforços cooperativos contínuos que produzem benefícios em comunidades e regiões nos Estados Unidos. (tradução nossa)²⁴⁴

²⁴² NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁴³ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁴⁴ No original: “As sovereign nations, federally recognized American Indian and Alaska Native tribal nations have a government-to-government relationship with the two other sovereign governing bodies of the United States: the federal and state governments. Through these modern and historic relationships, tribal governments, the federal government, and state governments are linked together in a unique relationship outlined in the U.S. Constitution. Together, they form an American family of governments—interrelated yet uniquely distinct from each other. Tribal law, federal law,

Assim, de acordo com a diretriz de relações do Serviço de Política dos Índigenas Americanos – *The Service’s Native American Policy* –, do Serviço de Pesca e Vida Selvagem – *U.S. Fish and Wildlife Service* –, do governo federal estadunidense, na parte 510, em linhas gerais estabelece que, para as relações das nações tribais de governo a governo – *government-to-government*²⁴⁵.

As nações indígenas são nações dentro de uma nação, tendo a autoridade para se autogovernar. O apoio do governo federal baseia-se na doutrina da confiança, *the trust federal responsibility*. O propósito por trás da doutrina da confiança deve garantir a sobrevivência e o bem-estar das tribos e Povos Indígenas. Isso inclui a obrigação de fornecer os serviços necessários para proteger e melhorar as terras, recursos e autogoverno tribais, e também inclui os programas econômicos e sociais necessários para elevar o padrão de vida e o bem-estar social do povo indígena para um nível comparável à sociedade não-indígena²⁴⁶.

A responsabilidade fiduciária federal, uma das doutrinas mais importantes da lei federal indígena, deriva dos tratados entre as nações tribais e o governo dos Estados Unidos e da teoria jurídica europeia tradicional. É obrigação do governo federal — todos os ramos e agências — proteger o autogoverno tribal, as terras tribais, bens, recursos e direitos de tratados, e cumprir as orientações dos estatutos federais e processos judiciais. A Suprema Corte definiu essa responsabilidade de confiança como uma “obrigação moral da mais alta responsabilidade e confiança” (*Seminole Nation v. Estados Unidos*, 1942).

A responsabilidade da confiança pode ser amplamente dividida em duas áreas inter-relacionadas:

1. Proteção de propriedade

Obrigatório que o governo federal proteja a propriedade e os ativos tribais em que o título é mantido em custódia pelos Estados Unidos para o benefício da nação tribal

2. Autogoverno e preservação da terra

Obrigação federal de garantir terras e recursos tribais, como base para culturas tribais distintas (comunidade tribal permanente requer uma

and state laws define the responsibilities, powers, limitations, and obligations of (and between) these sovereigns. Tribal governments and state governments have a great deal in common and established best practices in tribal–state relationships have resulted in continuing cooperative efforts that produce benefits across communities and regions throughout the United States”.

NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. p. 22. Disponível em:

https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁴⁵ U.S. FISH AND WILDLIFE SERVICE. **The Service’s Native American Policy**. Part 510: Working with Native American Tribes. Supersedes NPI 94-10, 06/28/1994. Date: January 20, 2016. Disponível em: <https://www.fws.gov/policy/510fw1.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

²⁴⁶ UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Seminole Nation v. United States**. May 11, 1942. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/286/>. Acesso em: 10 set. 2022.

base de terra segura para governar e desenvolver, água para irrigar a terra, acesso a peixes e caça e renda do desenvolvimento de recursos naturais). (tradução nossa)²⁴⁷

Centenas de tratados, juntamente com a Suprema Corte, o Presidente e o Congresso, afirmaram repetidamente que as nações tribais mantêm seus poderes inerentes de autogoverno. Esses tratados, ordens executivas e leis criaram um contrato fundamental entre as nações tribais e os Estados Unidos da América. As nações tribais estão localizadas dentro das fronteiras geográficas dos Estados Unidos da América, enquanto cada nação tribal exerce sua própria soberania interna em seus territórios²⁴⁸.

Muitas nações tribais também criaram seus próprios sistemas judiciais que administram códigos passados pelo conselho tribal. Em muitas nações tribais, os juízes são eleitos pelo voto popular; em outras, o conselho tribal nomeia juízes. Cerca de 60% dos governos tribais são baseados nas constituições do *Indian Reorganization Act* (IRA) de 1934. As nações tribais que escolheram outras estruturas e constituições muitas vezes tomaram a decisão de fazê-lo em favor de um governo que é mais tradicional para a nação. Por exemplo, a Nação Navajo não tem constituição escrita, mas opera sob um código tribal detalhado e tem um conselho e presidente eleitos.

²⁴⁷ No original: “The federal trust responsibility, one of the most important doctrines in federal Indian law, derives from the treaties between tribal nations and the U.S. government and from traditional European legal theory. It is the obligation of the federal government—all branches and agencies—to protect tribal self-governance, tribal lands, assets, resources, and treaty rights, and to carry out the directions of federal statutes and court cases. The Supreme Court has defined this trust responsibility as a “moral obligation of the highest responsibility and trust” (*Seminole Nation v. United States*, 1942).

The trust responsibility can be broadly divided into two interrelated areas:

1. Property protection

Mandating that the federal government protect tribal property and assets where the title is held in trust by the United States for the benefit of the tribal nation.

2. Self-government and land preservation

Federal obligation to guarantee tribal lands and resources, as a base for distinct tribal cultures (permanent tribal community requires a secure land base to govern and develop, water to irrigate the land, access to fish and game, and income from natural resource development)”. NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States: an introduction**. Washington, DC, Feb. 2020. p. 23. Disponível em:

https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁴⁸ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United**

States: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. p. 23. Disponível em:

https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

Muitos dos *Pueblos* no Novo México operam inteiramente sob a lei consuetudinária não escrita, com liderança tradicional e uma estrutura governamental única²⁴⁹²⁵⁰.

3.3 Conceito de *Tribe* e *Indian country*

As duas ideias básicas de *tribe* e *Indian country* definem muito do que vai dar escopo para a lei federal indígena e para as regras de jurisdição especial que incidem principalmente sobre a jurisdição criminal, consoante os seguintes casos da Suprema Corte: *United States v. Sandoval* (1913), *Joint Tribal Council of The Passamaquoddy Tribe v. Morton* (1975) e *Mashpee Tribe v. Town of Mashpee* (1978)²⁵¹.

O fato de um grupo ser legalmente reconhecido como uma tribo determina se a lei protegerá seus poderes de autogoverno, se o grupo e seus membros terão direito a serviços indígenas federais, como assistência médica e educacional, e se será capaz de proteger seu território usando o “Non-Intercourse Federal Act”. “Indian Country” é um conceito igualmente importante, definindo o território tribal e a área dentro da qual as regras jurisdicionais especiais da lei indígena se aplicam. (tradução nossa)²⁵²

²⁴⁹ Esclarece-se que todas as nações tribais são únicas. Das 574 nações tribais reconhecidas pelo governo federal, 229 estão localizadas no Alasca. Cada uma das nações tribais nativas do Alasca é distintamente única das nações tribais localizadas nos 48 estados dos Estados Unidos da América. As nações tribais nativas do Alasca não têm tratados com o governo dos EUA, pois a celebração de tratados terminou em 1871, apenas alguns anos após o Tratado de Compra do Alasca de 1867 com a Rússia. Autoridade Governante os órgãos de governo das comunidades nativas do Alasca variam de “conselhos tradicionais” de tribo ou vila a “conselhos nativos”, “conselhos de aldeia”, “conselhos tribais ou “conselhos do IRA”. Em alguns casos, o termo “aldeia” é usado em vez de “tribo”, pois as nações tribais no Alasca eram frequentemente reconhecidas pelo termo “aldeia” sob a “Alaska Native Claims Settlement Act” (ANCSA) de 1971. NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States: an introduction**. Washington, DC, Feb. 2020. p. 23. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁵⁰ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States: an introduction**. Washington, DC, Feb. 2020. p. 23. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁵¹ ANDERSON, Robert T.; BERGER, Bethany; FRICKEY, Philip P.; KRAKOFF, Sarah. **American Indian Law: Cases and Commentary** (American Casebook Series). St. Paul, MN: Thomson/West, 2008.

²⁵² No original: “Whether a group is legally recognized as a tribe determines whether the law will protect its powers of self-government, whether the group and its members are entitled to federal Indian services such as health care and educational assistance, and whether it will be able to protect its territory using the federal Nonintercourse Act. “Indian country” is an equally important concept, defining the tribal territory and the area within which special Indian law jurisdictional rules apply”. ANDERSON, Robert T.; BERGER, Bethany; FRICKEY, Philip P.; KRAKOFF, Sarah. **American Indian Law: Cases and Commentary** (American Casebook Series). St. Paul, MN: Thomson/West, 2008. p. 247.

Para a legislação federal estadunidense, de acordo com o § 450b(e), da 25 U.S.C.²⁵³, *Non-Intercourse Federal Act*, tem-se que:

“Tribo indígena” significa qualquer tribo indígena, bando, nação ou outro grupo organizado ou comunidade que seja reconhecida como elegível para o programa especial e serviços prestados pelos Estados Unidos aos indígenas por causa de sua condição de indígenas. (tradução nossa)²⁵⁴²⁵⁵

Anderson *et al.* criticam esta diretriz legislativa, visto que tal denominação não está filiada ao conceito antropológico de determinado grupo indígena, podendo, por vezes, ser inconsistente²⁵⁶.

Ocorre que, atualmente, as terras das nações tribais correspondem a aproximadamente 2% do território dos Estados Unidos da América, possuindo mais de 56 milhões de acres. A maioria dessas terras está em regiões áridas e remotas. A maior reserva — a Nação Navajo — cobre uma área tão grande quanto a Virgínia Ocidental. Algumas reservas possuem pouco espaço territorial, e algumas nações tribais não possuem nenhuma terra²⁵⁷.

A terra é de grande significado espiritual e cultural para as nações tribais, e muitas comunidades nativas continuam a depender da terra para subsistência através da caça, pesca e coleta. A produção baseada na terra, como agricultura, silvicultura, mineração, produção de petróleo e gás e energia renovável, desempenha um papel

²⁵³ O *United States Code* (U.S.C.), Código dos Estados Unidos da América, publicado pela primeira vez em 1934, é a codificação por matéria das leis gerais e permanentes dos Estados Unidos da América. Divide-se por assuntos amplos em 54 títulos. Sua publicação é feita pelo *Office of the Law Revision Counsel of the U.S. House of Representatives*, em tradução literal: Escritório do Conselho de Revisão Jurídica da Câmara dos Representantes dos Estados Unidos da América. A versão *online* disponível é editada desde 1994 até o presente. O título 25 é reservado aos povos indígenas estadunidenses, o qual se organiza em 50 capítulos com 5.807 seções. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. **United States Code**. Washington, DC, [2022?]. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse.xhtml>. Acesso em: 13 nov. 2022.

²⁵⁴ No original: “Indian tribe” means any Indian tribe, band, nation, or other organized group or community *** which is recognized as eligible for the special program and services provided by the United States to Indians because of their status as Indians”. ANDERSON, Robert T.; BERGER, Bethany; FRICKEY, Philip P.; KRAKOFF, Sarah. **American Indian Law: Cases and Commentary** (American Casebook Series). St. Paul, MN: Thomson/West, 2008. p. 247.

²⁵⁵ Ver também: *United States v. Sandoval* (1913), *Joint Tribal Council of The Passamaquoddy Tribe v. Morton* (1975) e *Mashpee Tribe v. Town of Mashpee* (1978).

²⁵⁶ ANDERSON, Robert T.; BERGER, Bethany; FRICKEY, Philip P.; KRAKOFF, Sarah. **American Indian Law: Cases and Commentary** (American Casebook Series). St. Paul, MN: Thomson/West, 2008. p. 247.

²⁵⁷ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States: an introduction**. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

proeminente nas economias tribais. Além disso, as terras tribais são críticas para o exercício do autogoverno e autodeterminação tribal²⁵⁸.

Indian country é um termo legal definido para aquela área sobre a qual o governo federal e as nações tribais exercem jurisdição primária. A terra dentro das reservas indígenas existentes constitui a maioria do *indian country*. As reservas são áreas geográficas definidas com limites estabelecidos reconhecidos pelos Estados Unidos da América. Algumas reservas são feitas inteiramente de terras fiduciárias; outras incluem terras de confiança, bem como terras de taxa pertencentes a nações tribais, nativos individuais e não-indígenas²⁵⁹.

O termo *indian country* é o ponto de partida para a análise das questões jurisdicionais no direito indígena, pois define a área geográfica em que as leis tribais e federais normalmente se aplicam e as leis estaduais normalmente não se aplicam. A 18 U.S.C. § 1151, adotada em 1948, define o território indígena da seguinte forma:

[O] termo *indian country*, conforme usado neste capítulo, significa (a) toda a terra dentro dos limites de qualquer reserva indígena sob a jurisdição do Governo dos Estados Unidos, não obstante a emissão de qualquer patente, e incluindo direitos de passagem através da reserva, (b) todas as comunidades indígenas dependentes dentro das fronteiras dos Estados Unidos, seja dentro do território original ou adquirido posteriormente, e dentro ou fora dos limites de um estado, e (c) todos os loteamentos indígenas, cujos títulos indígenas não tenham sido extintos, incluindo direitos de passagem que os atravessam. (tradução nossa)²⁶⁰

Para fins de jurisdição criminal, o termo *indian country*, conforme definido legalmente, geralmente se refere a todas as terras dentro de uma reserva indígena,

²⁵⁸ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁵⁹ NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁶⁰ No original: “***[T]he term “Indian country”, as used in this chapter, means (a) all land within the limits of any Indian reservation under the jurisdiction of the United States Government, notwithstanding the issuance of any patent, and, including rights-of-way running through the reservation, (b) all dependent Indian communities within the borders of the United States whether within the original or subsequently acquired territory thereof, and whether within or without the limits of a state, and (c) all Indian allotments, the Indian titles to which have not been extinguished, including rights-of-way running through the same”. GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law (American Casebook Series)**. Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 510.

todas as comunidades indígenas dependentes e todas as parcelas de membros tribais.

116 Outros estatutos definem o *indian country* de maneiras semelhantes à definição de jurisdição criminal. 117 O termo *indian country* não é um *status* de terra [território] e é distinguível de propriedades tribais. A definição de *indian country* pode ajudar a determinar qual entidade — estadual, tribal ou federal — pode exercer jurisdição quando questões envolvem tribos, membros tribais e não-indígenas. 118 O termo considera limites de reserva e o *status* de terras, como confiança, taxa, ou terras taxadas, incluindo loteamentos. 119 Os componentes da definição de *Indian Country* têm sido frequentemente litigados. Uma análise aprofundada do exercício da jurisdição estadual, tribal ou federal, que pode incluir complexidades envolvendo a definição de *indian country*, está fora do escopo deste relatório. O *indian country* é mencionado aqui para ajudar a distinguir as diferenças e interdependências entre o exercício da jurisdição e as posses tribais de terras. (tradução nossa)²⁶¹

Em geral, os governos tribais têm jurisdição sobre assuntos civis que surgem dentro do *indian country* e estão sujeitos a inúmeras leis federais que definem os contornos da autoridade tribal. Os governos tribais também têm jurisdição criminal, embora seja mais limitada²⁶². A nação tribal com incursão jurisdicional (Tribunal de registro, 25 U.S.C. 1302(c)(5)) do *Tribal Law and Order Act* (TLOA) processa crimes cometidos por nativos em terras tribais com sentenças de um até três anos em caso de ofensas (25 U.S.C. 1302(a)(7)(C) e 25 U.S.C. 1302 (b)), podendo ser combinadas em até nove anos se se tratar de múltiplas ofensas (25 U.S.C. 1302(a)(7)(D)). 108 nações tribais têm algum tipo de sistema judicial e 175 têm um tribunal tribal formal. O governo federal também tem jurisdição criminal, especificamente sobre a maioria

²⁶¹ No original: “116 Other statutes define Indian Country in manners similar to the criminal jurisdiction definition. 117 The term Indian Country is not a land status and is distinguishable from tribal property holdings. The definition of Indian Country can assist in determining which entity—state, tribal, or federal—can exercise jurisdiction when matters involve tribes, tribal members, and nonIndians. 118 The term considers reservation boundaries and the status of lands, such as trust, restricted fee, or fee lands, including allotments. 119 The components of the definition of Indian Country have been litigated often. An in-depth look at the exercise of state, tribal, or federal jurisdiction, which can include complexities involving the definition of Indian Country, is outside the scope of this report. Indian Country is noted here to assist in distinguishing the differences and interdependencies between the exercise of jurisdiction and tribal land holdings”.
CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. **Tribal Land and Ownership Statutes: Overview and Selected Issues for Congress**, 2021. p. 18. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46647>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁶² NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States: an introduction**. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

dos principais crimes cometidos no *Indian Country*. Os tribunais tribais geralmente não têm jurisdição criminal sobre não nativos, embora, em 2013, o Congresso tenha restaurado a jurisdição criminal tribal sobre não-nativos que cometeram atos de violência doméstica contra nativos dentro do *Indian Country*²⁶³.

Conceituado o *Indian Country*, com o estabelecimento de seus preceitos jurídicos, históricos e legais, passa-se ao próximo item de análise desta dissertação que são as regras da jurisdição criminal nos EUA, a qual possui uma relação direta com os conceitos aqui firmados.

3.4 As regras especiais de jurisdição criminal

As terras tribais, *tribal lands*, são separadas por lei federal como territórios jurisdicionais para o exercício do autogoverno tribal e a preservação das culturas nativas. Entendendo-se que os Povos Indígenas nos EUA, em caso de violações criminais ou civis, de acordo com regra específica, estarão sujeitos à jurisdição tribal, federal ou estadual²⁶⁴. Para a definição da competência jurisdicional criminal, ponto que trata este tópico, faz-se necessário revisitar as bases constitucionais aqui já lançadas, e a delimitação de como se dá o estabelecimento da competência.

3.4.1 Base constitucional para determinação da jurisdição

A base legal fundamental para determinar qual nível de governo tem jurisdição sobre crimes cometidos no *indian country* está localizada no artigo I, seção 8, da Constituição dos EUA, já citado anteriormente. De acordo com esta disposição constitucional, o Congresso tem o poder de regular o comércio com nações estrangeiras, entre os estados e com tribos indígenas.

Com base nessa linguagem, a Suprema Corte declarou que as tribos indígenas são nações domésticas dependentes que estão sujeitas ao poder plênario do

²⁶³ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁶⁴ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

Congresso e que esse, portanto, tem o poder de determinar, por meio de lei e tratado, quem tem jurisdição criminal sobre crimes cometidos no *indian country*²⁶⁵.

De acordo com seu poder constitucional plenário, o Congresso promulgou uma série de estatutos definindo e redefinindo a jurisdição criminal no *Indian country*. Mudanças históricas na relação entre o governo federal e as tribos indígenas motivaram algumas dessas leis; outras foram promulgadas em resposta a decisões da Suprema Corte sobre questões jurisdicionais²⁶⁶.

É sob estes preceitos, delimitados pela base constitucional de independência interna do *indian country*, que vai se estabelecer a competência jurisdicional para processar e julgar, como segue.

3.4.2 Delimitando a competência para processar e julgar

Para a definição da competência para processar e julgar crimes envolvendo pessoas indígenas nos EUA, a primeira análise que necessita ser feita, para a atribuição de corte de julgamento, é se o crime foi cometido em uma localidade reconhecida como *Indian Country*. A partir daí se definirá se a competência de processamento e julgamento será da jurisdição tribal, da jurisdição estadual, ou da jurisdição federal, a depender também do tipo de crime cometido, como nível de punibilidade daquele delito, além de quem é o réu e a vítima, pois a competência jurisdicional criminal pode ser alterada em se tratando de réu indígena ou não-indígena, e vítima indígena ou não-indígena. Ou seja, para a jurisdição criminal nos EUA, quatro são os fatores que permeiam a delimitação da competência de processamento e julgamento de um crime: 1) o local onde o crime foi cometido; 2) o tipo de crime cometido pelo réu; 3) o agente da conduta delitativa, se o réu é indígena ou não-indígena; e, 4) se a vítima é indígena ou não-indígena²⁶⁷.

²⁶⁵ Para mais informações: *Johnson v. McIntosh* (1823) e *Cherokee Nation v. Georgia* (1831).

²⁶⁶ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. American Indians, Indian Tribes, and State Government*. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁶⁷ ANDERSON, Robert T.; BERGER, Bethany; FRICKEY, Philip P.; KRAKOFF, Sarah. *American Indian Law: Cases and Commentary* (American Casebook Series). St. Paul, MN: Thomson/West, 2008; GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. *Cases and Materials on Federal Indian Law (American Casebook Series)*. Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

As decisões da Suprema Corte pouco fizeram para dissipar a incerteza na definição de uma localidade como *Indian country*. No caso *Solem v. Bartlett* (1894)²⁶⁸, a Corte mais uma vez voltou à questão da redução de reservas e à busca judicial de evidências da intenção do Congresso de alterar os limites das reservas durante a era do loteamento do século XIX²⁶⁹.

No referido caso, a Suprema Corte, ao determinar se o estado da Dakota do Sul tinha autoridade criminal sobre um membro da tribo Sioux do Rio Cheyenne, considerou que a reserva foi “diminuída” por um ato subsequente do Congresso. A Suprema Corte desenvolveu a doutrina da diminuição em resposta à *General Allotment* (ou *Dawes*) *Act* de 1887 e às dificuldades decorrentes da interpretação dos

²⁶⁸ “Diminishment, moreover, will not be lightly inferred. Our analysis of surplus land Acts requires that Congress clearly evince an “intent . . . to change . . . boundaries” before diminishment will be found. *Rosebud Sioux Tribe v. Kneip*, supra, at 430 U. S. 615. The most probative evidence of congressional intent is the statutory language used to open the Indian lands. Explicit reference to cession or other language evidencing the present and total surrender of all tribal interests strongly suggests that Congress meant to divest from the reservation all unallotted opened lands. *DeCoteau v. District County Court*, supra, at 420 U. S. 444-445; *Seymour v. Superintendent*, supra, at 368 U. S. 355. When such language of cession is buttressed by an unconditional commitment from Congress to compensate the Indian tribe for its opened land, there is an almost insurmountable presumption that Congress meant for the tribe’s reservation to be diminished. See *DeCoteau v. District County Court*, supra, at 420 U. S. 447-448. As our opinion in *Rosebud Sioux Tribe* demonstrates, however, see n 10, supra, explicit language of cession and unconditional compensation are not prerequisites for a finding of diminishment. When events surrounding the passage of a surplus land Act -- particularly the manner in which the transaction was negotiated with the tribes involved and the tenor of legislative Reports presented to Congress -- unequivocally reveal a widely held, contemporaneous understanding that the affected reservation would shrink as a result of the proposed legislation, we have been willing to infer that Congress shared the understanding that its action would diminish the reservation, notwithstanding the presence of statutory language that would otherwise suggest reservation boundaries remained unchanged. To a lesser extent, we have also looked to events that occurred after the passage of a surplus land Act to decipher Congress’ intentions. Congress’ own treatment of the affected areas, particularly in the years immediately following the opening, has some evidentiary value, as does the manner in which the Bureau of Indian Affairs and local judicial authorities dealt with unallotted open lands. [...]

Also clear is the historical fact that the opening of the Cheyenne River Sioux Reservation was a failure. Few homesteaders perfected claims on the lands, due perhaps in part to the price of the land but probably more importantly to the fact that the opened area was much less fertile than the lands in southern South Dakota opened by other surplus land Acts. [Footnote 26] As a result of the small number of homesteaders who settled on the opened lands and the high percentage of tribal members who continue to live in the area, the population of the disputed area is now evenly divided between Indian and non-Indian residents. Under these circumstances, it is impossible to say that the opened areas of the Cheyenne River Sioux Reservation have lost their Indian character”.

UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. *Solem v. Bartlett***. February 22, 1984. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/463/>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁶⁹ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law (American Casebook Series)**. Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

“atos de terras excedentes, *surplus lands acts*, pós-tratados promulgados pelo Congresso para abrir certas reservas ao assentamento²⁷⁰”.

A redução da reserva por um ato do Congresso, de acordo com a Suprema Corte, não pode ser inferida levemente. O que ficou consolidado no caso *Solem v. Bartlett*, acima referido²⁷¹.

Feitos tais apontamentos sobre as regras especiais de jurisdição criminal para os Povos Indígenas, considerando os três níveis de jurisdição que podem ser aplicados – tribal, federal ou estadual –, expõem-se abaixo a *Tribal Criminal Jurisdiction*, em tradução livre Jurisdição Criminal Tribal.

3.5 Jurisdição Criminal Tribal – *Tribal Criminal Jurisdiction*

Mesmo após a constituição dos EUA como país, as tribos indígenas possuíam jurisdição exclusiva sobre os crimes cometidos por um membro tribal contra outro no *Indian country* - mesmo em caso de crime de assassinato, como no caso *Ex Parte Crow Dog U.S. 556* (1883). A jurisdição tribal criminal sobre Indígenas em um *Indian Country* era oriunda da autoridade interna inerente, de modo que as limitações constitucionais aos estados e ao governo federal não se aplicavam, como demonstra a decisão no caso *Talton v. Mayes 163 U.S. 376* (1896)²⁷². Entretanto muitas mudanças e limitações foram sendo impostas pelo Congresso e pela Suprema Corte.

Atualmente, as tribos mantêm uma jurisdição criminal concorrente. A tribo mantém jurisdição sobre qualquer crime não coberto pela *Major Crimes Act* (1885) ou pela *Public Law 280 (1953)*, as quais serão abordadas na sequência. Há várias exceções a isso, dependendo se o perpetrador e a vítima são membros da tribo ou indígenas não membros. Se um povo indígena tem um código criminal próprio e suas disposições não se sobrepõem ao código criminal estadual ou federal, a tribo pode aplicar esse código contra membros tribais em terras sobre as quais esta tem jurisdição. O perpetrador não precisa ser membro da tribo que está reivindicando

²⁷⁰ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law (American Casebook Series)**. Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

²⁷¹ UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Solem v. Bartlett**. February 22, 1984. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/463/>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁷² GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law (American Casebook Series)**. Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

jurisdição, desde que ambas as partes sejam indígenas, podendo a tribo reivindicar jurisdição sobre crimes cometidos nas terras da tribo²⁷³.

O Congresso afirmou a autoridade tribal sobre crimes cometidos contra indígenas por não membros indígenas. O Congresso fez isso em resposta à decisão da Suprema Corte em *Duro v. Reina*, 495 U.S. 676 (1990), de que as tribos não tinham poder para processar tais casos. De acordo com seu poder plenário sobre as tribos indígenas de acordo com a Constituição, o Congresso alterou a Indian Civil Rights Act para afirmar o direito inerente das tribos de fazer valer a jurisdição criminal sobre este e outros tipos de delitos intra-indígenas. 25 U.S.C. § 1301. (tradução nossa)²⁷⁴

Em segundo lugar, a *Indian Civil Rights Act* limita a punição que essas tribos podem impor a um máximo de um ano de prisão e/ou uma multa máxima de US\$ 5.000. Na prática, isso geralmente significa que as tribos apenas processam crimes menores (contravenções e contravenções graves) cometidos em suas terras, como explanado acima no processamento dos Tribunais Tribais através da *Tribal Law and Order Act* (TLOA) 25 U.S.C. 1302. A TLOA de 2010 permitiu que as tribos solicitassem maior capacidade de condenação²⁷⁵.

Ainda, importante constar que é a BIA (*Bureau of Indian Affairs*), além das funções já abordadas no início desse capítulo, a agência federal que financia e administra as agências tribais de aplicação da lei nas reservas, bem como os policiais tribais são formados em uma academia de polícia indígena²⁷⁶.

²⁷³ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁷⁴ No original: "Congress has affirmed tribal authority over crimes committed against Indians by nonmember Indians. Congress did so in response to the Supreme Court's ruling in *Duro v. Reina*, 495 U.S. 676 (1990), that tribes lack the power to prosecute such cases. Pursuant to its plenary power over the Indian tribes under the Constitution, Congress amended the Indian Civil Rights Act to affirm the inherent right of tribes to assert criminal jurisdiction over this and other types of intra-Indian offenses. 25 U.S.C. § 1301". DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. p. 33. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁷⁵ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁷⁶ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

3.5.1 *Tribal Criminal Jurisdiction* sobre indígenas não membros - Caso *United States v. Lara* (2004)

O costume de longa data era o de que uma tribo indígena mantinha poderes soberanos, a menos que especificamente removido por estatuto federal ou renunciado por tratado. Em 1978, no caso *Oliphant*, a Suprema Corte limitou os poderes tribais e decidiu que, na ausência da autorização do Congresso, as tribos não podiam exercer jurisdição criminal sobre crimes cometidos contra indígenas no *Indian Country* por não-indígenas. O efeito desta decisão é que a jurisdição sobre tais crimes é do governo federal ou, se for aplicável a *Public Law 280*, do governo estadual. Porém, as tribos têm jurisdição sobre os indígenas não membros por meio de uma atualização da *Indian Civil Rights Act*, de 1968 (25 USCS § 1301(2))²⁷⁷.

O caso *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe* (1978), após a passagem de 25 U.S.C. 1301, que reconheceu os “poderes inerentes” das tribos indígenas para exercer jurisdição sobre membros de outras tribos, foi questionado por *United States v. Lara*, 541 U.S. 193 (2004). O tribunal não considerou *Oliphant* no controle daquele caso, que tratava da questão de saber se era apto a julgar um réu indígena em um tribunal federal por agredir um policial, depois de ele já ter sido julgado em um tribunal tribal pelo mesmo crime, e se isso constituía dupla incriminação. O Tribunal considerou que não, porque, depois de 25 U.S.C. 1301, a autoridade da tribo e do governo federal para processar o crime veio de dois “soberanos separados”. Esta fixação foi considerada consistente com *Oliphant*, embora este tenha sustentado que a autoridade da tribo para processar não membros fazia parte da soberania tribal que foi despojada por tratados e pelo Congresso; Lara sustentou que, depois de 25 U.S.C. 1301, essa autoridade era inerente à tribo. A Corte considerou os dois casos persistentes porque 25 U.S.C. 1301 havia modificado o *status* da tribo, o que o Congresso tinha permissão constitucional para fazer²⁷⁸²⁷⁹.

²⁷⁷ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁷⁸ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁷⁹ Pois: 25 U.S.C. § 1301, in permitting a tribe to bring certain tribal prosecutions against nonmember Indians, does not purport to delegate the Federal Government's own federal power. Rather, it enlarges the tribes' own powers of self-government to include the inherent power of Indian tribes,

Com isso, pode-se esquematizar a *Tribal Criminal Jurisdiction* da seguinte forma:

Quadro 3 – *Tribal Criminal Jurisdiction*

Réu	Crime	Jurisdição e possibilidade de sentença
Indígena	Qualquer crime	Tribal
Indígena não membro	Qualquer crime	Tribal
Não-indígena	Qualquer crime Qualquer crime reconhecido dentro da 25 U.S.C. § 1904	Estadual ou Federal Estadual ou federal, ou a Tribo que cumpra o § 1904

Fonte: Adaptado de GETCHES *et al.*²⁸⁰

3.5.2 A Lei de Violência Contra a Mulher e a jurisdição tribal sobre crimes de violência doméstica - *Violence Against Women Reauthorization Act* (VAWA)

Como parte da *Violence Against Women Reauthorization Act* (VAWA) de 2013, o Congresso deu às tribos indígenas a opção de exercer jurisdição criminal, uma jurisdição concorrente com a federal e a estadual, sobre perpetradores indígenas ou não indígenas por atos de violência doméstica, violência no namoro e violações de ordem de proteção que ocorrem na terra da tribo²⁸¹.

De acordo com a 25 U.S.C. § 1304 (2013), a tribo não pode exercer jurisdição criminal especial de violência doméstica sobre um delito que ocorre fora da terra da tribo ou se nem o perpetrador nem a vítima for um indígena americano. Além disso, a jurisdição da tribo sobre os perpetradores não indígenas é limitada àqueles com laços

which the statute recognizes and affirms, to exercise criminal jurisdiction over all Indians, including nonmembers. (Act of 1968 (25 USCS § 1301(2)). DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. In: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁸⁰ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 599.

²⁸¹ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. In: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

suficientes com a tribo – definido como um réu que reside ou trabalha na tribo, terra ou em um relacionamento com um membro da tribo ou indígena americano residindo na terra da tribo²⁸².

Ainda, conforme a *Violence Against Women Reauthorization Act* de 2013, as tribos puderam começar a processar sob essa autoridade a partir de 7 de março de 2015, a menos que solicitassem e recebessem uma data de início anterior pelo Procurador-Geral dos EUA²⁸³.

Definidos os preceitos da jurisdição tribal criminal aplicável nos Estados Unidos da América, como parte do estudo, segue para análise de como se estabelece e em que casos e situações é aplicável a jurisdição criminal estadual envolvendo indígenas estadunidenses.

3.6 Jurisdição Criminal Estadual - *State Criminal Jurisdiction*

Via de regra, os estados federados, munidos de jurisdição estadual nos EUA, não possuem jurisdição criminal sobre crimes *Indian Country* sem a concessão de autoridade para fazê-lo pelos Estados Unidos da América, tendo em vista que a regra é a aplicação da jurisdição federal sobre a jurisdição criminal tribal indígena e jurisdição estadual. Ou seja, tanto a jurisdição tribal, acima trabalhada, quanto a jurisdição estadual, no caso de jurisdição criminal indígena, nos Estados Unidos da América, são excepcionais. No caso da jurisdição estadual, ela é mais residual que a jurisdição tribal. De forma *ad hoc*, em vários casos, os Estados Unidos da América autorizaram os Estados a exercer jurisdição criminal completa ou parcial^{284,285}.

²⁸² DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁸³ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁸⁴ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

²⁸⁵ Também, no caso *Bryan v. Itasca County*, 426 US 373 (1976), foi um caso no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que um estado não tinha o direito de cobrar um imposto sobre a propriedade de um nativo americano que vivia de terras tribais sem uma concessão específica do Congresso de autoridade para fazê-lo. Pois a “Public Law 280” não concedeu aos EUA a autoridade para impor impostos aos indígenas em Reservas. UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Bryan v. Itasca County**. June 14, 1976. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/426/373/>. Acesso em: 10 set. 2022. Ou seja: “The

A primeira excepcionalidade para esta determinação de competência estadual dá-se por meio das decisões da Suprema Corte, como nos casos especiais de crimes cometidos por não indígenas contra vítima não indígena no território do *Indian Country*, em que a competência é estadual²⁸⁶²⁸⁷. Ou seja, mesmo que a jurisdição estadual seja uma exceção, ela pode ser estabelecida, seja por decisão federal ou por determinação do governo federal, como sintetizado abaixo:

Quadro 4 – Jurisdição Estadual em caso de autor não-indígena

Vítima	Crime	Jurisdição
Indígena	Crimes puníveis de acordo com a <i>Indian Country Crimes Act</i> 18 U.S.C. § 1152, ou lei estadual punível sob a <i>Assimilative Crimes Act</i> 18 U.S.C. § 13, quando não aplicável o estatuto criminal federal	Federal
Não-indígena	Qualquer crime reconhecido pela lei estadual	Estadual

Court held that previous case law precluded any county authority to levy a personal property tax on the tribe member's mobile home in the absence of congressional consent. The Court concluded that 28 U.S.C.S. § 1360(a) did not constitute such consent. The Court added that the state court erred in determining that 28 U.S.C.S. § 1360 was a clear grant of the power to tax. The Court noted the total absence in the legislative history of mention of a congressional intent to confer upon the states an authority to tax Indians or Indian property. The Court held that the primary intent of the statute was, rather, to grant jurisdiction over private civil litigation involving reservation Indians in state court. The statute was to be liberally construed, with doubtful expressions being resolved in favor of the Indians". LEXISNEXIS. **Bryan v. Itasca Cty.** - 426 U.S. 373, 96 S. Ct. 2102 (1976). [S. l., S. d.]. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-bryan-v-itasca-cty#>. Acesso em: 10 nov. 2022.

²⁸⁶ No caso de crime cometido por não-indígena contra uma vítima não Indígena dentro de um *indian country* será competência de a jurisdição estadual processar e julgar o crime, conforme *United States v. McBratney* (1881) e *Draper v. United States* (1896). GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 555-556.

²⁸⁷ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

Fonte: Adaptado de GETCHES *et al.*²⁸⁸

Outra exceção é por autorização do governo federal para que os estados federados possam exercer sua jurisdição, como a criação da *Public Law 280* (PL-280)²⁸⁹ e outras autorizações federais para os estados exercerem sua jurisdição criminal no *Indian country*²⁹⁰.

A PL-280 foi originalmente promulgada em 1953 e fez duas coisas para alterar a alocação usual de jurisdição criminal no *Indian country*. Primeiro, nas reservas às quais se aplica, tirou a autoridade do governo federal para processar crimes no *Indian country* com base no *Indian Country Crimes Act* (18 U.S.C. 1152), e *General Crimes Act* (18 U.S.C. 1153). Também, autorizou os estados do Alasca, Califórnia, Minnesota, Nebraska, Oregon e Wisconsin a processarem a maioria dos crimes que ocorreram no *Indian country*. Exceções foram estabelecidas para algumas áreas temáticas e algumas reservas, mas o principal resultado da PL-280 é que, para a maioria das

²⁸⁸ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 557.

²⁸⁹ "What is Public Law 280?"

Public Law 83-280 (commonly referred to as "Public Law 280" or "PL-280"), was originally enacted in 1953 and did two things to alter the usual allocation of criminal jurisdiction in Indian country. First, on the reservations to which it applied, it took away the federal government's authority to prosecute Indian country crimes based on 18 USC 1152 (the Indian Country General Crimes Act) and 18 USC 1153 (the Major Crimes Act). Second, it authorized the states of Alaska, California, Minnesota, Nebraska, Oregon, and Wisconsin to prosecute most crimes that occurred in Indian country. Exceptions were set forth for a few topic areas and on a few reservations, but the main result of Public Law 280 is that for most reservations in the six named states, federal criminal jurisdiction became extremely limited while state jurisdiction was greatly expanded.

What is "mandatory PL-280" and "optional PL-280"?

The term "mandatory PL-280" refers to the six states which Congress mandatorily conferred Indian country criminal jurisdiction to: Alaska, California, Minnesota, Nebraska, Oregon and Wisconsin. Between 1953 and 1968, a number of states other than the original six, also exercised expanded criminal jurisdiction in Indian country. These jurisdictions are often referred to as "optional PL-280" jurisdictions; primarily, these include certain reservations in Florida, Idaho, and Washington". U.S. ATTORNEYS. **Frequently Asked Questions about Public Law 83-280**, [S.d.]. Disponível em: [https://www.justice.gov/usao-mn/Public-Law%2083-280#:~:text=What%20is%20%22mandatory%20PL%2D280,%2C%20Nebraska%2C%20Oregon%20and%20Wisconsin](https://www.justice.gov/usao-mn/Public-Law%2083-280#:~:text=What%20is%20%22mandatory%20PL%2D280,%2C%20Nebraska%2C%20Oregon%20and%20Wisconsin.). Acesso em: 13 nov. 2022.

²⁹⁰ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

reservas nos seis estados mencionados, a jurisdição criminal federal tornou-se extremamente limitada, enquanto a jurisdição estadual foi bastante expandida²⁹¹²⁹².

Finalizado os apontamentos da pesquisa sobre a competência dos estados federados, munidos de jurisdição estadual nos EUA, no caso de jurisdição criminal indígena, segue-se para o estudo da Jurisdição Federal Criminal para os Povos Indígenas estadunidenses.

3.7 Jurisdição Federal Criminal – *Federal Criminal Jurisdiction*

Tendo sido trazidos os aspectos que abrangem a competência jurisdicional tribal e estadual para o julgamento e processamento criminal de indígenas nos EUA, como delegações excepcionais da competência federal, sobrevém o estudo da Jurisdição Federal Criminal nos EUA, que é o ponto de partida, a regra, para o estabelecimento de tal competência.

Como regra, o governo federal tem jurisdição sobre crimes federais de aplicação nacional, não importa onde o incidente tenha ocorrido. A autoridade federal para investigar crimes federais relacionados ao tráfico de drogas ou terrorismo, por exemplo, é a mesma no *Indian country* e em qualquer outro lugar dos EUA²⁹³. Passa-se ao estudo das leis que definem e delimitam esta competência.

3.7.1 *Indian Country Crimes Act (ICCA) 18 U.S.C. § 1152*

A *Indian Country Crimes Act* (ICCA) de 1817 também é conhecida como *Federal Enclaves Act*, ou *General Crimes Act*, e trata das leis criminais federais

²⁹¹ U.S. ATTORNEYS. **Frequently Asked Questions about Public Law 83-280**, [S.d.]. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-mn/Public-Law%2083-280#:~:text=What%20is%20%22mandatory%20PL%2D280,%2C%20Nebraska%2C%20Oregon%20and%20Wisconsin>. Acesso em: 13 nov. 2022.

²⁹² Há também a questão do *Mandatory PL-280* que refere-se aos seis estados aos quais o Congresso conferiu obrigatoriamente jurisdição criminal do *Indian country*: Alasca, Califórnia, Minnesota, Nebraska, Oregon e Wisconsin. Entre 1953 e 1968, vários estados, além dos seis estados originais, outros estados federados também exercem jurisdição criminal expandida no *Indian country*, *optional PL-280*. Principalmente, incluem certas reservas na Flórida, Idaho e Washington. U.S. ATTORNEYS. **Frequently Asked Questions about Public Law 83-280**, [S.d.]. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-mn/Public-Law%2083-280#:~:text=What%20is%20%22mandatory%20PL%2D280,%2C%20Nebraska%2C%20Oregon%20and%20Wisconsin>. Acesso em: 13 nov. 2022.

²⁹³ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

específicas para as localidades pertencentes ao governo federal. Essas áreas são conhecidas como *federal enclaves* e incluem lugares como instalações e parques nacionais. Em 1816, o Congresso promulgou uma lei jurisdicional, por meio da 18 U.S.C. § 1152, estabelecendo, com certas exceções, que as leis criminais federais se aplicam ao *Indian country* na mesma medida em que se aplicam em outros *federal enclaves*²⁹⁴.

Sob a 18 U.S.C. § 1152, as leis gerais dos Estados Unidos da América quanto à punição de crimes cometidos em qualquer lugar dentro da jurisdição única e exclusiva dos Estados Unidos da América, exceto o Distrito de Colúmbia, estendia-se ao *Indian country*²⁹⁵. Porém, a lei em questão, 18 U.S.C. § 1152, traz a seguinte exceção²⁹⁶:

Esta seção não se estenderá às ofensas cometidas por um indígena contra a pessoa ou propriedade de outro indígena, nem a qualquer indígena que cometa qualquer delito no *Indian country* que tenha sido punido pela lei local da tribo, ou a qualquer caso em que, por estipulações do tratado, a jurisdição exclusiva sobre tais crimes é ou pode ser assegurada às tribos indígenas, respectivamente. (tradução nossa)²⁹⁷

Ou seja, primeiramente, o Congresso estabeleceu que nos EUA, dentro de áreas definidas como *federal enclaves*, só teria competência jurisdicional para processar e julgar a jurisdição federal e isso se aplicaria aos *Indian country*. Mas em 1825, com a promulgação de outra lei houve mudanças, sobre as quais se expõem a seguir.

²⁹⁴ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁹⁵ UNITED STATES. Department of Justice Archives. **Criminal Resource Manual**. The General Crimes Act—18 U.S.C. § 1152. Washington, DC, updated January 22, 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-678-general-crimes-act-18-usc-1152>. Acesso em: 13 nov. 2022.

²⁹⁶ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 532.

²⁹⁷ No original: “This section shall not extend [1] to offenses committed by one Indian against the person or property of another Indian, nor [2] to any Indian committing any offense in the Indian country who has been punished by the local law of the tribe, or [3] to any case where, by treaty stipulations, the exclusive jurisdiction over such offenses is or may be secured to the Indian tribes respectively”. UNITED STATES. Department of Justice Archives. **Criminal Resource Manual**. The General Crimes Act—18 U.S.C. § 1152. Washington, DC, updated January 22, 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-678-general-crimes-act-18-usc-1152>. Acesso em: 13 nov. 2022.

3.7.2 Assimilative Crimes Act 18 U.S.C. § 13

Em 1825, o Congresso promulgou um segundo estatuto jurisdicional conhecido como *Assimilative Crimes Act*. Este ato incorporou as leis criminais estaduais não incluídas no código penal federal na lei federal, o que significa que as leis estaduais e as penalidades criminais se aplicam em *federal enclaves*, 18 U.S.C. § 13. Muitos anos depois, o Supremo Tribunal decidiu que esta lei se aplica no *Indian country*. Assim, as leis criminais aplicáveis ao *Indian country* estariam sujeitas à jurisdição federal, incluídos tanto crimes de *federal enclaves* quanto estaduais não incluídos de outra forma no código criminal federal²⁹⁸.

No entanto, duas exceções legais e uma exceção criada judicialmente limitam drasticamente o escopo desses estatutos jurisdicionais. Primeiro, os estatutos isentam as ofensas cometidas por um indígena contra a pessoa ou propriedade de outro indígena, o que se modifica com *Major Crimes Act*, abordado na sequência. Em segundo lugar, os estatutos isentam delitos sobre os quais a jurisdição criminal foi conferida a uma tribo em específico por tratado. Terceiro, de acordo com casos da Suprema Corte, os estatutos não se aplicam a crimes cometidos no *Indian country* por um não-indígena contra outro não-indígena. Em vez disso, o tribunal estadual é o fórum adequado para processar tal crime²⁹⁹³⁰⁰.

Em suma, a jurisdição federal sob a *Federal Enclaves Act* e a *Assimilative Crimes Act* se estende apenas aos crimes em que um indígena está envolvido como réu ou como vítima³⁰¹.

²⁹⁸ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁹⁹ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

³⁰⁰ Conforme: *United States v. McBratney*, 104 U.S. 621 (1881); *Draper v. United States*, 164 U.S. 240 (1896); *New York ex rel. Ray v. Martin*, 326 U.S. 496 (1946).

³⁰¹ DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

3.7.3 Major Crimes Act (MCA) 18 U.S.C. § 1153

Os *Major Crimes* são crimes de maior gravidade, e são abordados na *Major Crimes Act* (MCA) U.S.C. § 1153. São os crimes em que o governo federal dos EUA tem competência para processar certos crimes enumerados quando cometido no *Indian Country* por um indígena, podendo a vítima ser um indígena ou pessoa não-indígena, em caso de: homicídio, homicídio culposo, sequestro, mutilação, incesto, diversos tipos de agressão, incluindo aquelas contra um indivíduo que não atingiu a idade de 16 anos, abuso ou negligência infantil, incêndio criminoso e roubo³⁰².

A jurisdição criminal federal sobre crimes intraindígenas começou em 1885 com a aprovação da *Major Crimes Act*.

18 U.S.C. § 1153. Essa lei foi aprovada em resposta a uma decisão da Suprema Corte de que os tribunais federais não têm competência para processar um indígena que já havia sido punido por sua tribo por matar outro indígena. *Ex Parte Crow Dog*, 109 U.S. 556 (1883). A punição aplicada pela tribo - restituição à família da vítima - foi vista por muitos não-indígenas como uma punição insuficiente para o crime de homicídio e o Congresso respondeu concedendo à Justiça Federal jurisdição sobre crimes violentos cometidos em reservas indígenas. (tradução nossa)³⁰³

³⁰² “18 U.S. Code § 1153 - Offenses committed within Indian country:

(a) Any Indian who commits against the person or property of another Indian or other person any of the following offenses, namely, murder, manslaughter, kidnapping, maiming, a felony under chapter 109A, incest, a felony assault under section 113, an assault against an individual who has not attained the age of 16 years, felony child abuse or neglect, arson, burglary, robbery, and a felony under section 661 of this title within the Indian country, shall be subject to the same law and penalties as all other persons committing any of the above offenses, within the exclusive jurisdiction of the United States.

(b) Any offense referred to in subsection (a) of this section that is not defined and punished by Federal law in force within the exclusive jurisdiction of the United States shall be defined and punished in accordance with the laws of the State in which such offense was committed as are in force at the time of such offense”. GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 535.

³⁰³ No original: “18 U.S.C. § 1153. This law was passed in response to a Supreme Court ruling that the federal courts lack jurisdiction to prosecute an Indian who had already been punished by his tribe for killing another Indian. *Ex Parte Crow Dog*, 109 U.S. 556 (1883). The punishment meted out by the tribe—restitution to the victim’s family—was viewed by many non-Indians as an insufficient punishment for the crime of murder and Congress responded by granting the federal courts jurisdiction over violent crimes committed on Indian reservations”. DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. *Criminal Jurisdiction in Indian Country*. In: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. p. 35. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

Ao contrário das *Federal Enclaves Act* ou a *ICCA* e a *Assimilative Crimes Act*, a jurisdição federal sob a *Major Crimes Act* não depende da raça ou etnia da vítima. De acordo com esta lei federal, o governo federal tem competência para processar certos crimes enumerados quando cometidos em terra indígena por um indígena, sendo a vítima um indígena ou não-indígena.

Quadro 5 – Autor indígena que cometa crime no *Indian Country*

Vítima	Crime	Jurisdição
Indígena	Crimes puníveis de acordo com a <i>Major Crimes Act</i> 18 U.S.C. § 1153	Federal
Não-indígena	Crimes puníveis de acordo com a <i>Major Crimes Act</i> 18 U.S.C. § 1153 Outros crimes federais puníveis pela <i>Indian Country Crimes Act</i> 18 U.S.C. § 1152, ou lei estadual punível sob <i>Assimilative Crimes Act</i> 18 U.S.C. § 13	Federal Federal

Fonte: Adaptado de GETCHES *et al.*³⁰⁴

Quadro 6 - Autor não-indígena que cometa crime no *Indian Country*

Vítima	Crime	Jurisdição
Indígena	Crimes puníveis de acordo com a <i>Indian Country Act</i> 18 U.S.C. § 1152, ou lei estadual punível sob a <i>Assimilative Crimes Act</i> , 18 U.S.C. § 13, quando não	Federal

³⁰⁴ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 577.

	aplicável o estatuto criminal federal	
Não-indígena	Qualquer crime reconhecido pela lei estadual	Estadual

Fonte: Adaptado de GETCHES *et al.*³⁰⁵

Ainda, mesmo havendo a previsão legal de quem é indígena, no U.S.C, para fins de aplicação da lei, cumpre aos tribunais definir o termo. Pois, embora seja uma simples questão determinar se a pessoa é membro de uma tribo indígena reconhecida federalmente, há agressores e ou vítimas que são indígenas sob o estatuto, mas que não são membros da tribo³⁰⁶. Entretanto, o caso *United States v. Zepeda* (2016) estabeleceu um teste para definir se a pessoa é indígena, com base em dois requisitos: 1) prova de alguma quantidade de sangue indígena, e se esse sangue deriva ou não de um membro de uma tribo reconhecida pelo governo federal; e, 2) prova de pertencimento ou afiliação a uma tribo reconhecida pelo governo federal³⁰⁷.

Tecidas estas considerações, com a abordagem e análise do estudo de como se estabelece a competência jurisdicional para o processamento criminal para Povos Indígenas estadunidenses, passa-se ao estudo do caso, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 2020, *Jimcy McGirt v. Oklahoma*.

Com esta decisão criminal, estabeleceu-se que localidades do estado federado de Oklahoma eram consideradas como território tribal, e nelas as regras de jurisdição indígena devem incidir, conforme delimitado. Sua análise consiste em importante impacto para o problema de pesquisa aqui proposto.

³⁰⁵ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 538.

³⁰⁶ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

³⁰⁷ GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

3.8 Paradigma estadunidense: caso *Jimcy McGirt v. Oklahoma* (2020)

*Jimcy McGirt v. Oklahoma*³⁰⁸ é um caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no ano de 2020, de bastante repercussão, pois ao final decidiu-se que metade do Estado de Oklahoma é um *Indian country*, para fins de estabelecimento de jurisdição, pois o crime estava enquadrado na *Major Crimes Act*. Na provocação, Jimcy McGirt, indígena pertencente à Nação Seminole, contra o Estado de Oklahoma, “[...] em decorrência do cometimento de um crime ocorrido no território que era reserva da tribo Nação Muscogee (Creek)”, por entender que Oklahoma (Justiça Estadual) não tinha jurisdição para julgar crimes graves e, assim, o crime deveria ser processado e julgado pela jurisdição criminal federal dos Estados Unidos da América³⁰⁹.

Nesse caso, o enfoque da questão era a dúvida se Jimcy McGirt estaria certo ao dizer que a terra era uma reserva da sua tribo ou se o Estado de Oklahoma era quem tinha razão, alegando que, embora o território tenha sido uma reserva indígena, ela havia sido desfeita pelo Congresso Americano. O resultado paradigmático do caso em tela resultou em favor dos Povos Indígenas, pois a maioria da Suprema Corte decidiu que “[...] as circunstâncias circundantes eram irrelevantes e se o texto da lei de repartição não desfazia claramente a reserva, então não se trata de uma ex-reserva, independentemente das possíveis consequências”³¹⁰. Ainda, conforme os Juízes da Suprema Corte, McGirt estava certo em suas alegações, para os propósitos da MCA, tendo em vista que a reserva Muscogee (Creek) não havia sido desfeita,

³⁰⁸ ROBERTSON, Lindsay. Decisão da Suprema Corte dos EUA abre precedente para retomada de territórios indígenas. Entrevista especial com Lindsay Robertson. **Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 7 set. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/602605-decisao-da-supremacorte-dos-eua-abre-precedente-para-retomada-de-territorios-indigenas-entrevistaespecial-com-lindsay-robertson>. Acesso em: 25 maio 2022; UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Jimcy McGirt v. Oklahoma**. July 9, 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁰⁹ UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Jimcy McGirt v. Oklahoma**. July 9, 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³¹⁰ ROBERTSON, Lindsay. Decisão da Suprema Corte dos EUA abre precedente para retomada de territórios indígenas. Entrevista especial com Lindsay Robertson. **Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 7 set. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/602605-decisao-da-supremacorte-dos-eua-abre-precedente-para-retomada-de-territorios-indigenas-entrevistaespecial-com-lindsay-robertson>. Acesso em: 25 maio 2022.

tendo sido demarcada no século XIX e, por isso, Oklahoma não tinha jurisdição para processar o caso que devia ser julgado pela Justiça Federal Americana³¹¹.

Isso porque, de acordo com os fatos do caso, o qual envolvia crimes de ordem de abuso sexual, tinha-se que, conforme a *Major Crimes Act* 18 U.S.C § 1153(a), dentro do *Indian country*, qualquer indígena que cometa os delitos previstos como *Major crimes* — homicídio, homicídio culposo, sequestro, mutilação, incesto, diversos tipos de agressão, incluindo aqueles contra um indivíduo que não atingiu a idade de 16 anos, abuso ou negligência infantil, incêndio criminoso e roubo³¹² — estará sujeito à lei e penalidades da mesma forma que todas as outras pessoas que cometem qualquer um desses delitos. Além de que, segundo o § 1151, o *Indian country* corresponde a todas as terras dentro dos limites de qualquer reserva indígena sob a jurisdição do governo dos Estados Unidos da América³¹³.

Entendendo-se então que as regras de jurisdição criminal federais dos EUA irão ser aplicadas à reserva Muscogee (Creek), já que estas áreas permanecem como *Indian country* desde o século XIX para fins da MCA e, possivelmente, as terras de outras quatro tribos que, juntas, compõem aproximadamente metade do leste de Oklahoma, definidas então como *indian country*³¹⁴. Ademais, quando crimes

³¹¹ UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Jimcy McGirt v. Oklahoma.** July 9, 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³¹² “18 U.S. Code § 1153 - Offenses committed within Indian country:
 (a) Any Indian who commits against the person or property of another Indian or other person any of the following offenses, namely, murder, manslaughter, kidnapping, maiming, a felony under chapter 109A, incest, a felony assault under section 113, an assault against an individual who has not attained the age of 16 years, felony child abuse or neglect, arson, burglary, robbery, and a felony under section 661 of this title within the Indian country, shall be subject to the same law and penalties as all other persons committing any of the above offenses, within the exclusive jurisdiction of the United States.
 (b) Any offense referred to in subsection (a) of this section that is not defined and punished by Federal law in force within the exclusive jurisdiction of the United States shall be defined and punished in accordance with the laws of the State in which such offense was committed as are in force at the time of such offense”. GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 535.

³¹³ 18 U.S.C. § 1151: “Except as otherwise provided in sections 1154 and 1156 of this title, the term “Indian country”, as used in this chapter, means (a) all land within the limits of any Indian reservation under the jurisdiction of the United States Government, notwithstanding the issuance of any patent, and, including rights-of-way running through the reservation, (b) all dependent Indian communities within the borders of the United States whether within the original or subsequently acquired territory thereof, and whether within or without the limits of a state, and (c) all Indian allotments, the Indian titles to which have not been extinguished, including rights-of-way running through the same”.

³¹⁴ “For MCA purposes, land reserved for the Creek Nation since the 19th century remains “Indian country.” Pp. 3–42.

(a) Congress established a reservation for the Creek Nation. An 1833 Treaty fixed borders for a “permanent home to the whole Creek Nation of Indians,” 7 Stat. 418, and promised [that the United States would “grant a patent, in fee simple, to the Creek nation of Indians for the [assigned] land” to continue “so long as they shall exist as a nation, and continue to occupy the country hereby assigned to them,” *id.*, at 419. The patent formally issued in 1852. Though the early treaties did not refer to the Creek lands as a “reservation,” similar language in treaties from the same era has been held sufficient to create a reservation, see, e.g., *Menominee Tribe v. United States*, 391 U. S. 404, 405, and later Acts of Congress—referring to the “Creek reservation”—leave no room for doubt, see, e.g., 17 Stat. 626. In addition, an 1856 Treaty promised that “no portion” of Creek lands “would ever be embraced or included within, or annexed to, any Territory or State,” 11 Stat. 700, and that the Creeks would have the “unrestricted right of self-government,” with “full jurisdiction” over enrolled Tribe members and their property, *id.*, at 704. Pp. 3–6.

(b) Congress has since broken more than a few promises to the Tribe. Nevertheless, the Creek Reservation persists today. Pp. 6–28.

(1) Once a federal reservation is established, only Congress can diminish or disestablish it. Doing so requires a clear expression of congressional intent. Pp. 6–8.

(2) Oklahoma claims that Congress ended the Creek Reservation during the so-called “allotment era”—a period when Congress sought to pressure many tribes to abandon their communal lifestyles and parcel their lands into smaller lots owned by individual tribal members. Missing from the allotment-era agreement with the Creek, see 31 Stat. 862–864, however, is any statute evincing anything like the “present and total surrender of all tribal interests” in the affected lands. And this Court has already rejected the argument that allotments automatically ended reservations. Pp. 8–13.

(3) Oklahoma points to other ways Congress intruded on the Creeks’ promised right to self-governance during the allotment era, including abolishing the Creeks’ tribal courts, 30 Stat. 504–505, and requiring Presidential approval for certain tribal ordinances, 31 Stat. 872. But these laws fall short of eliminating all tribal interest in the contested lands. Pp. 13–17.

(4) Oklahoma ultimately claims that historical practice and demographics are enough by themselves to prove disestablishment. This Court has consulted contemporaneous usages, customs, and practices to the extent they shed light on the meaning of ambiguous statutory terms, but Oklahoma points to no ambiguous language in any of the relevant statutes that could plausibly be read as an act of cession. Such extratextual considerations are of “‘limited interpretive value,’” *Nebraska v. Parker*, 577 U. S. 481, ___, and the “least compelling” form of evidence, *South Dakota v. Yankton Sioux Tribe*, 522 U. S. 329, 356. In the end, Oklahoma resorts to the State’s long historical practice of prosecuting Indians in state court for serious crimes on the contested lands, various statements made during the allotment era, and the speedy and persistent movement of white settlers into the area. But these supply little help with the law’s meaning and much potential for mischief. Pp. 17–28.

(c) In the alternative, Oklahoma contends that Congress never established a reservation but instead created a “dependent Indian community.” To hold that the Creek never had a reservation would require willful blindness to the statutory language and a belief that the land patent the Creek received somehow made their tribal sovereignty easier to divest. Congress established a reservation, not a dependent Indian community, for the Creek Nation. Pp. 28–31.

(d) Even assuming that the Creek land is a reservation, Oklahoma argues that the MCA has never applied in eastern Oklahoma. It claims that the Oklahoma Enabling Act, which transferred all nonfederal cases pending in the territorial courts to Oklahoma’s state courts, made the State’s courts the successors to the federal territorial courts’ sweeping authority to try Indians for crimes committed on reservations. That argument, however, rests on state prosecutorial practices that defy the MCA, rather than on the law’s plain terms. Pp. 32–36.

(e) Finally, Oklahoma warns of the potential consequences that will follow a ruling against it, such as unsettling an untold number of convictions and frustrating the State’s ability to prosecute crimes in the future. This Court is aware of the potential for cost and conflict around jurisdictional boundaries. But Oklahoma and its tribes have proven time and again that they can work successfully together as partners, and Congress remains free to supplement its statutory directions about the lands in question at any time. Pp. 36–42.

UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Jimcy McGirt v. Oklahoma.** July 9, 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

ocorrerem nestas terras e forem crimes graves, regidos pela MCA praticados contra ou por pessoas indígenas, incidirá a jurisdição criminal federal dos EUA e, em alguns casos, até mesmo as tribos passarão a ter jurisdição para processar as lides, e não mais a Justiça Estadual do Estado de Oklahoma, a depender do crime praticado, como demonstrada a competência de cada situação anteriormente.

Isso afetará também a jurisdição civil e incidirá nos casos em que for competente a jurisdição tribal para processar demandas civis internas de indígenas³¹⁵, conforme demonstrado anteriormente. O caso é tido como paradigmático, pois:

[...] a decisão de *McGirt* foi uma vitória para a soberania tribal ao mostrar que as Cinco Tribos provavelmente exercerão jurisdição criminal sobre suas reservas históricas em breve e estão preparadas para administrar a justiça por meio da aplicação da lei tribal e dos tribunais tribais³¹⁶.

Entretanto, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, com base no julgamento do caso *Oklahoma v. Castro-Huerta* (2022)³¹⁷, houve a imposição de limitações, retrocessos parciais, ao caso *McGirt v. Oklahoma*. Em *Oklahoma v. Castro-Huerta* (2022) ficou decidido que tanto o governo federal possui jurisdição simultânea para processar crimes cometidos por não-indígenas contra indígenas no *Indian country*, quanto a jurisdição tribal. Com base no caso *McGirt*, os tribunais estaduais de Oklahoma começaram a desocupar casos criminais anteriores para entregá-los aos tribunais federais. No entanto, o Tribunal de Apelações Criminais de Oklahoma decidiu que isso incluiria crimes em que o réu não era um nativo americano, mas o crime foi cometido contra nativos americanos em terras nativas americanas. A Suprema Corte concordou em ouvir a contestação do estado a esta regra, mas apenas investigando as questões de amplitude de *McGirt*, e não revisará o próprio caso *McGirt v. Oklahoma*. Ou seja, vigorando a jurisdição conjunta para processar não nativos

³¹⁵ ROBERTSON, Lindsay. Decisão da Suprema Corte dos EUA abre precedente para retomada de territórios indígenas. Entrevista especial com Lindsay Robertson. **Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 7 set. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/602605-decisao-da-supremacorte-dos-eua-abre-precedente-para-retomada-de-territorios-indigenas-entrevistaespecial-com-lindsay-robertson>. Acesso em: 25 maio 2022.

³¹⁶ GOODRUM Adam. Meeting the *McGirt* Moment: The Five Tribes, Sovereignty & Criminal Jurisdiction in Oklahoma's New Indian Country. **American Indian Law Review**, v. 46, n.1, p. 201-237, 2022. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ou.edu/ailr/vol46/iss1/7>. Acesso em: 10 set. 2022.

³¹⁷ UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Oklahoma v. Castro-Huerta**. June 29, 2022. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-429_8o6a.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

americanos por crimes em *Indian country* contra indígenas. A decisão foi tomada em maioria, 5 votos contra 4, e emitida em 29 de junho de 2022³¹⁸.

Nos EUA, as nações tribais estadunidenses são nações domésticas dependentes e, dentro do sistema de jurisdição criminal dos Povos Indígenas nos EUA, a competência para processar e julgar crimes cometidos no *Indian Country* pode ser tribal, estadual ou federal. A jurisdição federal é a regra, e a tribal e a estadual as exceções. No estudo do caso paradigmático *Jimcy McGirt v. Oklahoma* (2020), a Suprema Corte entendeu que metade do ente federado de Oklahoma é território indígena, *Indian Country* e, portanto, em determinados casos haverá a incidência de jurisdição tribal, conforme as regras de competência jurisdicional elencadas. Ou seja, mesmo com esta decisão única, ela demonstra um maior exercício do reconhecimento da autonomia indígena como um exercício da autodeterminação nos EUA. O que não exclui a secular política colonial imposta aos indígenas estadunidenses, nem o fato de os EUA não terem ratificado nem a Convenção n. 169, ou a DU ou a DA. Mas o reconhecimento do *Indian Country* e da *Tribal Jurisdiction* são reconhecimentos importantes para os direitos humanos dos Povos Indígenas.

³¹⁸ O Julgamento em 5 votos a 4, na decisão do caso *Oklahoma v. Castro-Huerta* (2022), é entendido como um reflexo da atual composição mais conservadora da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Resultado político do legado do governo do ex-presidente Donald Trump. Donald Trump nomeou três juízes para compor a Suprema Corte: Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett. Os quais se juntam aos outros conservadores – o presidente do tribunal John G. Roberts e os juízes Clarence Thomas e Samuel A. Alito – para uma maioria de 6 a 3 na corte. O que pode demonstrar um momento desfavorável para o direito indígena nos Estados Unidos da América. Considerando também que está sob julgamento da Suprema Corte o caso *Brackeen v. Haaland*. Tal caso questiona a constitucionalidade da *Indian Child Welfare Act* (ICWA), questionando a seção 8 do artigo 1º da Constituição. Caso a Suprema Corte decida que a ICWA é inconstitucional, tal decisão declararia que o Congresso não tem poder para aprovar leis como a ICWA, questionando assim décadas de suas decisões na lei indiana, além da legitimidade da soberania tribal dentro do *Indian country*. PEMBER, Mary Annete. Supreme Court takes up the Indian Child Welfare Act: ICWA faces broad constitutional challenges in an unfriendly court. **Indian Country Today (ICT)**, [S. l.], Nov. 9, 2022. Disponível em: <https://ictnews.org/news/supreme-court-takes-up-the-indian-child-welfare-act>. Acesso em: 10 nov. 2022.

4 JURISDIÇÃO CRIMINAL PARA OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

Realizado o estudo da competência jurisdicional criminal para Povos Indígenas estadunidenses, nas linhas seguintes, será descrita e analisada a Jurisdição Criminal envolvendo indígenas brasileiros (vítimas ou réus), examinando a legislação e a jurisprudência domésticas. Através deste estudo, pode-se traçar balizas para comparar com o tratamento da competência jurisdicional criminal nos EUA. Serão examinados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988³¹⁹, as regras previstas no Estatuto do Índio³²⁰ e o direito penal brasileiro, bem como as Resoluções n. 287/2019 e 454/2022 do CNJ³²¹, e a súmula 140 do STJ³²². Além disso, julgados dos tribunais brasileiros serão trazidos para a discussão, com destaque para o caso Denilson Trindade Douglas.

4.1 Dados iniciais e demográficos

De acordo com o último censo estatístico populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do ano de 2010, os Povos Indígenas no Brasil contabilizam uma população de quase 900 mil pessoas (896.917)³²³. Esse contingente populacional representa aproximadamente 0,5% da população total brasileira³²⁴.

³¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

³²⁰ BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõem sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

³²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019**.

Brasília, DF: CNJ, 2019b. Disponível em:

https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 25 maio 2022; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 454, de 22 de abril de 2022**.

Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em:

<https://apiboficial.org/files/2022/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CNJ-454.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 140**. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1995]. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³²³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Conheça o Brasil –**

População: indígenas. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em:

<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20506-indigenas.html>. Acesso em: 19 mar. 2021.

³²⁴ COMISSION ECONOMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). **Los pueblos**

indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago/Chile: Naciones Unidas, 2014. Disponível em:

Desse total de pessoas indígenas, o IBGE quantifica que 57,7% vivem em terras indígenas oficialmente reconhecidas – somando um total 517.383 indígenas – e os outros 379.534 (42,3%) encontram-se fora de terras indígenas.

Nesse contingente populacional, há a contabilização de 305 diferentes etnias indígenas no Brasil. Os principais troncos étnicos e suas ramificações são: i) tronco étnico Macro-Jê, o qual se ramifica, principalmente, em Boróro, Guató, Jê, Karajá, Krenák, Maxakali, Ofayé, Rikbaktsa, Yatê; ii) tronco étnico Tupi, ramificado principalmente em Arikém, Awetí, Jurúna, Mawé, Mondé, Mundurukú, Puroborá, Ramaráma, Tuparí, Tupi- Guarani³²⁵.

O Censo aponta que 76,6% dos indígenas são alfabetizados, inclusive os que vivem em Terras Indígenas, somando o percentual de 67,7%. Com relação à língua falada, foram identificadas 274 línguas indígenas no Brasil, sendo que 57,1% dos indígenas não falam a língua indígena, já 76,9% deles falam a Língua Portuguesa. Entre os indígenas que vivem em Terras Indígenas, esses percentuais se alteram, 57,3% falam alguma língua indígena e 28,8% não falam a Língua Portuguesa³²⁶.

Os Povos Indígenas encontram-se presentes nas cinco regiões do Brasil, sendo que a Região Norte é aquela que concentra o maior número de indivíduos, 305.873, sendo aproximadamente 37,4% do total. O Amazonas é o estado com o maior número de indígenas, 55% do total da região. Já a Região Nordeste conta com cerca de 25,5% da população e possui no estado da Bahia a maior concentração de indígenas. O Centro-Oeste ocupa o terceiro lugar, tendo o Mato Grosso do Sul uma concentração de 56% de indivíduos indígenas³²⁷.

Os Tikuna, residentes no Amazonas, em números absolutos, apresentaram o maior número de falantes e conseqüentemente a maior população indígena brasileira.

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521_es.pdf?sequence=1. Acesso em: 14 abr. 2021.

³²⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Conheça o Brasil** – População: indígenas. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20506-indigenas.html>. Acesso em: 19 mar. 2021.

³²⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Conheça o Brasil** – População: indígenas. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20506-indigenas.html>. Acesso em: 19 mar. 2021.

³²⁷ FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS (FUNAI). **Quem São**. Brasília: Funai, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>. Acesso em: 19 mar. 2021.

Em segundo lugar, em número de indígenas, ficou o povo Guarani Kaiowá do Mato Grosso do Sul, e em terceiro lugar os Kaingang da região Sul do Brasil³²⁸.

No que diz respeito à política estatal brasileira para os Povos Indígenas, tem-se que em 20 de junho de 1910 foi criado o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), Decreto n. 8.072, o qual visava a enquadrar os Povos Indígenas numa perspectiva de trabalhador nacional. Após, o órgão passou a ser denominado de Serviço de Proteção ao Índio (SPI), perpetuando as políticas integracionistas, até a sua extinção em 1966. Assim, o SPI foi substituído pela Fundação Nacional do Índio — desde 2023, Fundação Nacional dos Povos Indígenas —, sendo, no século XX, mais uma organização que visava à integração dos Povos Indígenas à sociedade não indígena nacional³²⁹.

Atualmente, o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro é a Fundação Nacional do Índio, atualmente Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai)³³⁰. A Funai foi criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, e vinculava-se ao Ministério da Justiça e Segurança Pública até a entrada em 1º de janeiro de 2023 da Medida Provisória n. 1.154. Sob o mandato do atual Presidente da República, Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, a Funai, além de passar a se chamar Fundação Nacional dos Povos Indígenas, passa a vincular-se ao atual e primeiro Ministério dos Povos Indígenas³³¹.

A partir de 2023, a Fundação Nacional dos Povos Indígenas tem como presidenta, pela primeira vez, a advogada indígena e ex-deputada federal pelo Estado de Roraima — primeira deputada federal mulher indígena eleita no Brasil e primeira

³²⁸ FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS (FUNAI). **Quem São**. Brasília: Funai, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>. Acesso em: 19 mar. 2021.

³²⁹ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indígena**. Curitiba: Juruá, 2012.

³³⁰ BRASIL. **Medida Provisória nº 1.154, de 1º de janeiro de 2023**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1154.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.154%2C%20DE,da%20Rep%C3%BAblica%20e%20dos%20Minist%C3%A9rios. Acesso em: 10 jan. 2023.

³³¹ BRASIL. **Medida Provisória nº 1.154, de 1º de janeiro de 2023**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1154.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.154%2C%20DE,da%20Rep%C3%BAblica%20e%20dos%20Minist%C3%A9rios. Acesso em: 10 jan. 2023.

mulher advogada indígena no Brasil —, Joênia Wapichana³³². Além disto, o atual Ministério dos Povos Indígenas tem como Ministra a líder indígena brasileira Sônia Guajajara³³³.

Segundo informações do sítio oficial da Fundação Nacional dos Povos Indígenas, a Funai é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Sua missão institucional é proteger e promover os direitos dos Povos Indígenas no Brasil, além da promoção de estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários, além de monitorar e fiscalizar as terras indígenas³³⁴.

Com a criação do Ministério dos Povos Indígenas, ficou estabelecido que constituem áreas de sua competência:

Seção XXV

Do Ministério dos Povos Indígenas

Art. 42. Constituem áreas de competência do Ministério dos Povos Indígenas:

I - política indigenista;

II - reconhecimento, garantia e promoção dos direitos dos Povos Indígenas;

III - reconhecimento, demarcação, defesa, usufruto exclusivo e gestão das terras e dos territórios indígenas;

IV - bem viver dos Povos Indígenas;

V - proteção dos Povos Indígenas isolados e de recente contato; e

VI - acordos e tratados internacionais, em especial a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, quando relacionados aos Povos Indígenas³³⁵.

³³² FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS (FUNAI). **Funai passa a se chamar Fundação Nacional dos Povos Indígenas**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2023/funai-passa-a-se-chamar-fundacao-nacional-dos-povos-indigenas>. Acesso em: 10 jan. 2023.

³³³ SONIA Guajajara é a 1ª ministra dos Povos Indígenas. **Amazônia Real**, [S. l.], 29 dez. 2022. Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/sonia-guajajara-e-a-1a-ministra-dos-povos-indigenas/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

³³⁴ FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS (FUNAI). **A Funai**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/Institucional>. Acesso em: 10 set. 2022.

³³⁵ BRASIL. **Medida Provisória nº 1.154, de 1º de janeiro de 2023**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1154.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.154%20DE,da%20Rep%C3%BAblica%20e%20dos%20Minist%C3%A9rios. Acesso em: 10 jan. 2023.

Em que pese pouquíssimos dias de sua implementação até o fechamento escrita, um importantíssimo salto para a efetivação dos direitos e garantias dos Povos Indígenas no Brasil. Pela primeira vez na história brasileira, “nunca antes na história deste país”, os Povos Indígenas possuem um ministério próprio para tratar de suas pautas e demandas. Pela primeira vez, uma mulher e indígena é a presidenta da Funai, que passa a se denominar Fundação Nacional dos Povos Indígenas. Os Povos Indígenas finalmente assumiram o protagonismo para reivindicar seus próprios direitos, sob os preceitos da autodeterminação e livre determinação. É um importante passo para desencobrir os 523 anos de genocídio, estupro, saque, escravização, racismo, colonialidade, encobrimento, transfiguração étnica, dominação civilizatória, integração, fragmentação, assimilacionismo, entre outros.

4.2 Definindo a Competência: marco Constitucional e Súmula 140 do STJ

A Carta Magna brasileira de 1988 representa uma mudança paradigmática do assimilacionismo, presente nas Constituições anteriores do Brasil, reconhecendo aos Povos Indígenas o direito à diferença, uma vez que admite a pluralidade com a coexistência de outros sistemas sociojurídicos dentro do Estado brasileiro. A diferença de identidade, de cultura, de língua, de costume, de modo de viver e de práticas tradicionais. Uma diferença de cosmovisão de existir, de ser e de se relacionar com o mundo e a terra que habitam, presentes em cada uma das 305 etnias indígenas brasileiras³³⁶.

É na Constituição brasileira que os principais direitos dos Povos Indígenas se encontram consagrados. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é um dos marcos mais importantes para a defesa das garantias e dos direitos dos Povos Indígenas do Brasil, pois ficou, indubitavelmente, reconhecido o direito à diferença, à autodeterminação e o direito ao seu território e a suas terras tradicionalmente ocupadas, dentre outros³³⁷.

³³⁶ NARDON MARTINS, Lais; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Povos Indígenas brasileiros: dos direitos e garantias constitucionais na realidade jurídica da Constituição Federal de 1988. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes et al. (coord.). **Direito Constitucional e Violência na Sociedade Contemporânea**. Recife: Editora Publius, 2021. *E-book*.

³³⁷ NARDON MARTINS, Lais; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Povos Indígenas brasileiros: dos direitos e garantias constitucionais na realidade jurídica da Constituição Federal de 1988. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes et al. (coord.). **Direito Constitucional e Violência na Sociedade Contemporânea**. Recife: Editora Publius, 2021. *E-book*.

Em que pese a Constituição Federal brasileira não trate especificamente da questão penal indígena ou da jurisdição criminal dos Povos Indígenas, a Carta Constitucional traz um marco regulatório plural de direitos e garantias diversas. O Capítulo VIII, inteiramente dedicado aos Povos Indígenas, o qual lhes garante o direito à diferença ao reconhecer que a estes são garantidas suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições, além do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231 da CF/88)³³⁸.

No Título IV, no capítulo III, que trata do Poder Judiciário, a Constituição estabelece, em seu art. 109, a competência da Justiça Federal para processar e julgar as disputas jurídicas que versem sobre direitos indígenas³³⁹. Nessa sequência, no Título IV, no capítulo das funções essenciais à justiça, o qual dispõe sobre o Ministério Público, a Constituição estabelece, em seu art. 129, V, a defesa judicial dos direitos e interesses dos Povos Indígenas brasileiros como uma função institucional do Ministério Público³⁴⁰.

Entretanto, mesmo estando estabelecido no art. 109, inc. XI, que nas demandas que envolvam direitos indígenas a competência é da Justiça Federal, a Súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) determina que “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”³⁴¹. O que gera uma divisão no direito brasileiro a respeito do tratamento penal aos indígenas, cabendo à Justiça Federal julgar somente aquilo que for de natureza coletiva³⁴².

³³⁸ NARDON MARTINS, Lais; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Povos Indígenas brasileiros: dos direitos e garantias constitucionais na realidade jurídica da Constituição Federal de 1988. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes et al. (coord.). **Direito Constitucional e Violência na Sociedade Contemporânea**. Recife: Editora Publius, 2021. *E-book*.

³³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 140**. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1995]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁴² ALMEIDA, Joanderson Gomes de; MENDES, Diego José Dias. O TRATAMENTO PENAL DO INDÍGENA NO BRASIL. **Revista Rios**, Paulo Afonso, v. 11, n. 14, p. 254-266, 2017. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2017/14/o_tratamento_penal_do_indigena_no_brasil.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

Esse fenômeno gera relevantes consequências práticas. Porque na Justiça Federal no âmbito coletivo, normalmente os acusados de crimes são avaliados por um laudo antropológico de constatação. E na Justiça Estadual em que a identidade indígena não é discutida e nem levada em consideração, a possibilidade de realização de um laudo antropológico é simplesmente ignorada.

Na prática, hoje os presos da Justiça Federal que cometem crimes no âmbito coletivo são submetidos a julgamento por uma justiça mais afeita à matéria. Pois pela Constituição Federal de 1988 cabe à Justiça Federal e ao Ministério Público Federal tratar sobre questões indígenas. O artigo 109, XI, da Constituição Federal de 1988 dispõe que compete aos juízes federais processar e julgar as disputas sobre direitos indígenas. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: XI - a disputa sobre direitos indígenas. Mas quando o indígena comete um crime de forma que seja compreendido como individual, ou seja, que não afeta a coletividade, ele vai para uma Justiça Estadual, sem nenhuma "expertise", infelizmente na questão indígena. Não desmerecendo o trabalho exercido pela Justiça Estadual, contudo é o que acontece na prática hoje em dia³⁴³.

Sob uma análise crítica, observa-se preconceito e discriminação no trato da matéria jurisdicional penal pelo Poder Judiciário brasileiro:

Desta feita, acerca do preconceito, sem dúvida, o maior óbice na resolução dos crimes meramente individuais que tenham envolvimento de indígenas (autor ou réu), o preconceito se vê presente no âmbito do judiciário, estende-se além da lei, afeta o órgão julgador da matéria e, fazendo analogia à teoria da árvore dos frutos envenenados (não em relação às provas, e sim do preconceito da sociedade com a justiça estadual, que aparenta estar mais próxima da sociedade), afeta a pessoa do julgador³⁴⁴.

Ou seja, a Justiça Federal só será competente quando o processo envolver a efetiva disputa de interesses indígenas. Em hipóteses gerais de crime em que o indígena for autor ou vítima, o caso deverá ser julgado pela Justiça estadual, de acordo com a Súmula 140 do STJ³⁴⁵. A distinção entre uma situação e outra é objeto

³⁴³ ALMEIDA, Joanderson Gomes de; MENDES, Diego José Dias. O TRATAMENTO PENAL DO INDÍGENA NO BRASIL. **Revista Rios**, Paulo Afonso, v. 11, n. 14, p. 254-266, 2017. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2017/14/o_tratamento_penal_do_indigena_no_brasil.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

³⁴⁴ ALMEIDA, Joanderson Gomes de; MENDES, Diego José Dias. O TRATAMENTO PENAL DO INDÍGENA NO BRASIL. **Revista Rios**, Paulo Afonso, v. 11, n. 14, p. 254-266, 2017. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2017/14/o_tratamento_penal_do_indigena_no_brasil.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

³⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 140**. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1995]. Disponível em:

de frequentes controvérsias. Por exemplo, um processo sobre calúnia e difamação entre indígenas foi reconhecido como de competência da Justiça Federal pela Terceira Seção do STJ ao julgar o Conflito de Competência nº 123.016, pois se concluiu que o caso ocorreu no âmbito de uma disputa entre caciques por terras e pelo domínio da aldeia, em conflito relacionado à liderança que envolvia o interesse de toda a comunidade³⁴⁶.

Destaque à seguinte parte do Voto do Ministro Relator, Marco Aurélio Bellizze do STJ, no julgamento do Conflito de Competência nº 123.016:

Em regra, a competência para processar e julgar crime que envolva índio, na condição de réu ou vítima, é da Justiça Estadual, conforme preceitua o enunciado nº 140 da Súmula desta Corte, o qual dispõe que: "Compete à Justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima."

Entretanto, a Constituição da República de 1988 faz uma ressalva, em seu art. 109, inciso XI, estabelecendo a competência dos Juízes Federais para processar e julgar "disputa sobre direitos indígenas".

Segundo a doutrina e jurisprudência, esse dispositivo constitucional deve ser interpretado de acordo com a redação prevista no art. 231 da Constituição Federal, a qual estabelece que "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".

Assim, o conceito de "direitos indígenas", previsto no art. 109, XI, da CF/88, a fim de verificar a competência da Justiça Federal, é aquele referente às matérias que envolvam a organização social dos índios, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam³⁴⁷.

https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Conflito de Competência nº 123.016-TO**. Conflito Negativo de Competência. Crimes de calúnia e difamação entre índios. Súmula 140/STJ. Não incidência. Disputa relacionada à liderança e ocupação da Aldeia Wahuri, do Povo Javaé, na Ilha do Bananal. Interesse de toda a comunidade indígena. Art. 109, XI, e art. 231 da Constituição da República. Competência da Justiça Federal. 1. Em regra, a competência para processar e julgar crime que envolva índio, na condição de réu ou vítima, é da Justiça Estadual, conforme preceitua o enunciado nº 140 da Súmula desta Corte, segundo o qual: "Compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima." [...]. Suscitante: Juízo Federal de Gurupi-SJ/TO. Suscitado: Juízo de Direito da Vara Criminal de Formoso do Araguaia-TO. Interessado: Ibederi Javaé. Interessado: Karnascócia Werehararika Javaé. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 26 de junho de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1248290&num_registro=201201190136&data=20130801&formato=PDF. Acesso em: 4 out. 2022.

³⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Conflito de Competência nº 123.016-TO**. Conflito Negativo de Competência. Crimes de calúnia e difamação entre índios. Súmula 140/STJ. Não incidência. Disputa relacionada à liderança e ocupação da Aldeia Wahuri, do Povo Javaé, na Ilha do Bananal. Interesse de toda a comunidade indígena. Art. 109, XI, e art. 231 da Constituição da República. Competência da Justiça Federal. 1. Em regra, a competência para processar e

Por outro lado, no julgamento do Conflito de Competência nº 101.569, em que figuravam tanto como autor e vítima indígenas, pela acusação de homicídio, houve a aplicação da Súmula 140 pelo STJ por entender que a situação não envolvia lesão a direitos indígenas coletivamente considerados, pois, de acordo com o processo, o mandante, autor intelectual, da morte do chefe da tribo teria agido por vingança, por ter sido expulso da comunidade em razão da suspeita de seu envolvimento em furtos³⁴⁸.

De igual forma, em outro caso analisado pela Terceira Seção do STJ, em 2017, no Agravo Regimental do Conflito de Competência nº 149.964, os ministros entenderam que o homicídio cometido sob a alegação de estar o autor dominado por feitiço não era elemento suficiente para atrair a competência da Justiça Federal³⁴⁹. No voto do Ministro Relator Felix Fischer, o suposto homicídio não foi praticado para atingir a cultura indígena, foi através da crença pessoal, pela prática religiosa de “feitiço” que o autor alegou ter cometido seu crime, extraíndo-se a seguinte passagem do voto:

julgar crime que envolva índio, na condição de réu ou vítima, é da Justiça Estadual, conforme preceitua o enunciado nº 140 da Súmula desta Corte, segundo o qual: "Compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima." [...]. Suscitante: Juízo Federal de Gurupi-SJ/TO. Suscitado: Juízo de Direito da Vara Criminal de Formoso do Araguaia-TO. Interessado: Ibederi Javaé. Interessado: Karnascócia Werehararika Javaé. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 26 de junho de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1248290&num_registro=201201190136&data=20130801&formato=PDF. Acesso em: 4 out. 2022.

³⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Conflito de Competência nº 101.569-PR**. Conflito negativo de competência. Homicídio. Vítima e autor indígenas. Motivação. Vingança. Inexistência de lesão a direitos indígenas. Motivação estritamente pessoal. Súmula 140/STJ. Incidência. Competência da justiça comum estadual. 1. Compete à Justiça Federal processar e julgar delitos relacionados à disputa de direitos indígenas, conforme a dicção do art. 109, XI da CF, exigindo-se lesão direta à organização social e cultural dos índios [...]. Autor: Justiça Pública. Réu: Em apuração. Suscitante: Juízo Federal e Juizado Especial Adjunto de Apucarana-SJ/PR. Suscitado: Juízo de Direito da Vara Criminal de Ortigueira - PR. Relator: Ministro Jorge Mussi, 25 de agosto de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=999225&num_registro=200802706309&data=20100906&formato=PDF. Acesso em: 4 out. 2022.

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Agravo Regimental do Conflito de Competência nº 149.964-MS**. Processual Penal. Agravo Regimental. Conflito negativo de competência. Suposto crime de homicídio praticado por índio contra índio. Inexistência de disputa sobre direitos indígenas. Aplicabilidade súmula 140/STJ. Precedentes. Agravo Regimental desprovido. I - Nos termos do artigo 109, XI, da Constituição Federal, será da competência da Justiça Federal processar e julgar "disputa sobre direitos indígenas" [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Caarapó – MS. Interessado: Mario Vera. Interessado: Ministério Público Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Relator: Ministro Felix Fischer, 22 de março de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1584573&num_registro=201603096312&data=20170329&formato=PDF. Acesso em: 4 out. 2022.

Concordo com a alusão do recorrente de que a afronta aos costumes indígenas deve ser processado pela Justiça Federal, contudo, *in casu*, não há qualquer violação aos costumes, crenças ou tradições.

Tem-se suposto homicídio praticado por índio contra outro, cuja motivação foi acreditar que a vítima lhe faria um "*feitico*", fato que não ofende em nada a cultura indígena, mas foi apenas o suposto móvel da prática delitiva.

Inexiste, na hipótese dos autos, violação aos direitos indígenas, previsto na Constituição Federal ou Estatuto do Índio, de cunho coletivo que incorra em interesse da União, capaz de acarretar o deslocamento da competência para a Justiça Federal³⁵⁰.

De igual sorte, segundo o STJ³⁵¹, para crimes de exploração sexual a competência será da Justiça Estadual:

A extensão do que se considera violação de direitos coletivos indígenas não abarca, por exemplo, crimes de exploração sexual de índios. Ao tratar dessa matéria, a Quinta Turma do STJ declarou competente a Justiça do Amazonas, já que se tratava de crime contra a dignidade sexual. Para os ministros, era um caso de aplicação da Súmula 140.

"A exploração sexual de indígenas não atrai a competência da Justiça Federal, pois não se trata de violação à cultura dos indígenas, e sim contra a dignidade sexual", destacou o ministro Moura Ribeiro (*O número do processo não é divulgado em razão de segredo judicial*)³⁵².

Ou seja, no Brasil, o que define a competência para processar e julgar réu e/ou vítima indígena é dada pela matéria. Se há lesão a direitos indígenas, como aqueles

³⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Agravo Regimental do Conflito de Competência nº 149.964-MS**. Processual Penal. Agravo Regimental. Conflito negativo de competência. Suposto crime de homicídio praticado por índio contra índio. Inexistência de disputa sobre direitos indígenas. Aplicabilidade súmula 140/STJ. Precedentes. Agravo Regimental desprovido. I - Nos termos do artigo 109, XI, da Constituição Federal, será da competência da Justiça Federal processar e julgar "disputa sobre direitos indígenas" [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Caarapó – MS. Interessado: Mario Vera. Interessado: Ministério Público Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Relator: Ministro Felix Fischer, 22 de março de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1584573&num_registro=201603096312&data=20170329&formato=PDF. Acesso em: 4 out. 2022.

³⁵¹ CONFLITOS de competência e outras questões indígenas na pauta do STJ. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, Brasília, 24 set. 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-24_08-00_Conflitos-de-competencia-e-outras-questoes-indigenas-na-pauta-do-STJ.aspx#:~:text=A%20extens%C3%A3o%20do%20que%20se,crime%20contra%20a%20dignidade%20sexual. Acesso em: 10 set. 2022.

³⁵² CONFLITOS de competência e outras questões indígenas na pauta do STJ. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, Brasília, 24 set. 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-24_08-00_Conflitos-de-competencia-e-outras-questoes-indigenas-na-pauta-do-STJ.aspx#:~:text=A%20extens%C3%A3o%20do%20que%20se,crime%20contra%20a%20dignidade%20sexual. Acesso em: 10 set. 2022.

previstos no art. 231 da CF, a competência para processar e julgar será da Justiça Federal. Enquanto, em caso de uma lesão a direito sob a proteção da jurisdição penal que envolva réu e/ou vítima indígena, como por exemplo em um processo criminal envolvendo um crime de homicídio, a princípio a competência será da Justiça Estadual, já, se verificada uma lesão específica a direito indígena, a competência será da Justiça Federal. Assim, via de regra:

Quadro 7 - Competência jurisdicional criminal para indígenas no Brasil

	Lesão a Direito Indígena (exemplo: lesão a uma ou mais das garantias do art. 231, CF/88)	Lesão Criminal (exemplo: crime de homicídio, art. 121, CP)
Réu e/ou Vítima Indígena	Competência da Justiça Federal	Competência da Justiça Estadual

Fonte: Elaborado pela autora.

Segundo Oliveira Filho, a respeito do tratamento penal dos indígenas brasileiros, a interpretação brasileira da competência a partir do tipo crime contraria a Constituição Federal e as normativas internacionais³⁵³. Entende o autor que:

A observação dos tratados internacionais e dos direitos constitucionais não abre margem para essa interpretação da competência a partir do tipo de crime, cabendo ao tribunal definir apenas se há identificação do acusado com um grupo indígena para confirmar-se o interesse da União, e da FUNAI, na tutela da defesa dos indígenas (SANTOS FILHO, 2005, p. 93-103). Por estar permeada pela lógica integracionista e pela necessidade da construção de uma jurisprudência uniforme sobre os direitos indígenas, faz-se necessária a revisão da Súmula 140 do STJ para acompanhar as mudanças nos direitos indígenas já assegurados³⁵⁴.

Assim, diferentemente dos EUA, apresentado no capítulo anterior, para o estabelecimento da competência jurisdicional para processar e julgar crimes envolvendo indígenas no Brasil, via de regra, a competência será exercida pela

³⁵³ OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Panorama do tratamento penal dos Povos Indígenas no Brasil. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 237-256. *E-book*.

³⁵⁴ OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Panorama do tratamento penal dos Povos Indígenas no Brasil. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 252. *E-book*.

Justiça Estadual, exceto em caso de disputa de interesse de direitos indígenas, que será competência da Justiça Federal, por força da Súmula 140 do STJ³⁵⁵. Em que pese o Brasil reconheça a pluralidade étnica, cultural e social dos Povos Indígenas, não há a prevalência nem a instituição de um sistema indígena criminal para o processamento de crimes por eles cometidos ou vítimas no Brasil.

Na próxima seção, porém, serão apresentadas algumas exceções a essa regra, em que o Poder Judiciário entendeu pela prevalência da condenação feita por comunidades indígenas para tratarem de crimes ocorridos em seus territórios. Ou seja, nos EUA há um reconhecimento de uma certa autonomia das Nações indígenas (*tribes*), pois elas mantêm determinados poderes de processar e julgar crimes ocorridos dentro de seus territórios (*Indian Country*), o que ainda não é uma realidade brasileira.

Posto isto, serão analisados outros fatores, expostos a seguir, que ainda impedem um reconhecimento de uma maior autonomia interna das comunidades indígenas no Brasil, mas que não são de ordem legal ou constitucional.

4.3 Revisitando o marco internacional dos direitos dos Povos Indígenas em conjunto com as Resoluções nº 287/2019 e 454/2022 do CNJ

A Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 10, estabelece que os tribunais chamados a se pronunciarem sobre se deverão levar em conta os costumes desses povos e, quando da imposição de uma pena, deverão levar em consideração as características econômicas, sociais e culturais do indivíduo, dando preferência a tipos de sanção diferentes do encarceramento³⁵⁶. O que também é reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.270.202³⁵⁷, analisado adiante.

³⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 140**. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1995]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁵⁶ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.270.202 Paraná**. Recurso Extraordinário. Penal. Processo Penal. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Crime

Segundo Oliveira Filho, é direito dos Povos Indígenas manter e desenvolver suas próprias instituições, o que está amparado pelo direito nacional, através da Constituição Federal e da Convenção n. 169 da OIT (art. 9), da DU e da DA³⁵⁸.

Os direitos dos Povos Indígenas em manter e desenvolver suas próprias instituições é um direito fundamental assegurado pelas legislações internacionais de direitos humanos. Para este fim, considera-se que o termo instituições dos Povos Indígenas abrange as instituições propriamente ditas e, também, as práticas, costumes e padrões culturais. Entre essas práticas e costumes tradicionais indígenas, que resultam de um acúmulo coletivo dessas sociedades, há aquelas que se configuram como parte de um sistema jurídico próprio, que alguns autores atribuem o nome de direito consuetudinário³⁵⁹.

Nesse sentido, através da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁶⁰, este editou a Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 287 de 2019, a qual estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário³⁶¹. O art. 10 da referida resolução

praticado por indígena. Inobservância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho: afronta o § 2º do art. 5º da Constituição da República. Direito ao regime especial de semiliberdade. Precedente. Dosimetria: pedido prejudicado. Revisão de causa de inexigibilidade de conduta diversa: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de Prequestionamento: inc. LVII do art. 5º e arts. 231 e 232 da Constituição da República. Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário parcialmente provido. Recorrente: Fundação Nacional do Índio. Recorrido: Ministério Público Federal. Interessado: Valdir José Kokoj dos Santos. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344735793&ext=.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁵⁸ OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Panorama do tratamento penal dos Povos Indígenas no Brasil. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 237-256. *E-book*.

³⁵⁹ OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Panorama do tratamento penal dos Povos Indígenas no Brasil. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 237-256. p. 238. *E-book*.

³⁶⁰ O Conselho Nacional de Justiça é uma instituição pública que visa a aperfeiçoar o trabalho do Judiciário brasileiro e, para tanto, emite atos instrutivos e resolutivos para aperfeiçoar o trabalho do Judiciário no Brasil. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Quem somos**. Brasília, DF: CNJ, [S. d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em: 4 out. 2022. Tal qual foi seu papel durante o auge da pandemia de Covid-19, com a Recomendação CNJ 62/2020, que possibilitou a concessão da liberdade aos presos que se enquadravam no grupo de risco, detidos em prazo superior a 90 dias, em crimes praticados sem violência ou grave ameaça. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 4 out. 2022.

³⁶¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

determina que, em caso de não ser possível a aplicação dos mecanismos próprios da Comunidade Indígena, sempre que possível e mediante consulta à comunidade indígena, deve-se priorizar pela aplicação do regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), para condenação a penas de reclusão e de detenção³⁶².

Frente ao artigo 40, da DU, os Povos Indígenas têm direito a procedimentos equitativos e justos para a resolução de litígios que surjam entre a comunidade e os Estados. Eles também têm direito a que as decisões judiciais relativas a essas disputas sejam adotadas prontamente, considerando seus costumes e tradições, bem como a normas internacionais de direitos humanos³⁶³. De igual sorte a DA, no artigo VI, reconhece, como direito coletivo dos Povos Indígenas, o direito aos seus sistemas ou instituições jurídicas³⁶⁴.

No Brasil, a Resolução do CNJ nº 287 de 2019, sobre os procedimentos das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, deve considerar, primeiramente os mecanismos próprios da Comunidade Indígena, mediante consulta prévia (art. 7º). As autoridades judiciárias do caso poderão adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) (parágrafo único do art. 7º). Já o art. 8º determina que, em casos de imposição de qualquer medida cautelar alternativa à prisão, a autoridade judicial deverá adaptá-la às condições e aos prazos que sejam compatíveis com os costumes, local de residência e tradições da pessoa indígena, observando o Protocolo I da Resolução CNJ nº 213/2015³⁶⁵. Para tanto, não sendo o

³⁶² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁶³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

³⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

caso de aplicação de mecanismos próprios de jurisdição, de acordo com o art. 7º, a autoridade judicial deverá atender:

Art. 9º Excepcionalmente, não sendo o caso do art. 7º, quando da definição da pena e do regime de cumprimento a serem impostos à pessoa indígena, a autoridade judicial deverá considerar as características culturais, sociais e econômicas, suas declarações e a perícia antropológica, de modo a:

I - aplicar penas restritivas de direitos adaptadas às condições e prazos compatíveis com os costumes, local de residência e tradições da pessoa indígena;

II - considerar a conversão da multa pecuniária em prestação de serviços à comunidade, nos termos previstos em lei; e

III - determinar o cumprimento da prestação de serviços à comunidade, sempre que possível e mediante consulta prévia, em comunidade indígena³⁶⁶

A Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 12, determina que sobre a relação dos Povos Indígenas com sistemas de justiça estaduais, os Estados devem garantir, sem qualquer discriminação, o acesso a procedimentos legais aos membros das comunidades indígenas³⁶⁷. Dessa forma, deverão tomar medidas para garantir que os Povos Indígenas possam compreender e serem compreendidos no processo. Para isso, facilitarão, quando necessário, intérpretes ou outros meios eficazes para possibilitar a compreensão dos procedimentos. A garantia de ter um intérprete, em todas as etapas do processo, no Brasil, encontra-se disposta no art. 5º, da Resolução do CNJ nº 287 de 2019, sobre os procedimentos das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade no processo criminal³⁶⁸.

Neste sentido, também reconhece o CNJ:

³⁶⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁶⁷ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁶⁸ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

O reconhecimento da organização social dos Povos Indígenas e de suas práticas de justiça não afasta o dever de garantir aos indígenas o acesso à justiça estatal em condições de igualdade com os demais cidadãos. Nesse sentido, o relatório da visita oficial ao Brasil da Relatora Especial da ONU sobre Povos Indígenas, de 2016, recomendou a eliminação das barreiras que impedem os Povos Indígenas de realizarem seu direito à justiça.

Ademais, é preciso que o Estado tenha postura ativa na adoção de medidas para reverter a discriminação contra pessoas indígenas. Para isso, um mecanismo fundamental é a produção de dados que auxiliem a identificar onde estão os principais obstáculos e como superá-los. Por esse motivo, o art. 4º da Resolução CNJ nº 287/2019 estabelece que a autoridade judicial deve incluir no registro de todos os atos processuais a identificação da pessoa como indígena e informações sobre sua língua e etnia, especialmente na ata da audiência de custódia. Em sentido análogo, os tribunais devem garantir que informações sobre identidade indígena, língua e etnia constem nos sistemas informatizados do Poder Judiciário³⁶⁹.

Já a Resolução nº 454/2022 do CNJ estabelece as diretrizes e os procedimentos para efetivar a garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e Povos Indígenas, reafirmando a necessidade de o Juízo, como no caso de processos criminais, observar os requisitos previstos no art. 6º da Resolução CNJ nº 287/2019, da produção de exames técnicos por antropólogo ou antropóloga com qualificação reconhecida, a fim de descrever as especificidades socioculturais do povo indígena e esclarecer questões apresentadas no processo, conforme art. 14, § 4º, inciso IV³⁷⁰.

Além disso, o art. 2º da Resolução nº 454/2022 do CNJ estabelece os princípios da autoidentificação dos povos, do diálogo interétnico e intercultural, da territorialidade indígena, do reconhecimento da organização social e das formas próprias de cada povo indígena para resolução de conflitos, da vedação da aplicação do regime tutelar, e da autodeterminação dos Povos Indígenas, especialmente dos povos em isolamento voluntário³⁷¹.

³⁶⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Manual Resolução 287/2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/ManualResolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁷⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 454, de 22 de abril de 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2022/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CNJ-454.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 454, de 22 de abril de 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2022/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CNJ-454.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

Em atenção aos princípios que a regem, o art. 3º da Resolução nº 454/2022 do CNJ reafirma que, para o pleno exercício dos direitos dos Povos Indígenas, competirá aos órgãos do Poder Judiciário: i) assegurar a autoidentificação em qualquer fase do processo judicial, esclarecendo sobre seu cabimento e suas consequências jurídicas, em linguagem clara e acessível; ii) buscar a especificação do povo, do idioma falado e do conhecimento da língua portuguesa; iii) registrar as informações decorrentes da autoidentificação em seus sistemas informatizados; iv) assegurar ao indígena que assim se identifique completa compreensão dos atos processuais, mediante a nomeação de intérprete, escolhido preferencialmente dentre os membros de sua comunidade; v) viabilizar, quando necessária, a realização de perícias antropológicas, as quais devem respeitar as peculiaridades do processo intercultural; vi) garantir a intervenção indígena nos processos que afetem seus direitos, bens ou interesses, em respeito à autonomia e à organização social do respectivo povo ou comunidade, promovendo a intimação do povo ou comunidade afetada para que manifeste eventual interesse de intervir na causa, observado o disposto no Capítulo II da presente Resolução; vii) promover a intimação da Fundação Nacional do Índio (Funai) e do Ministério Público Federal nas demandas envolvendo direitos de pessoas ou comunidades indígenas, assim como intimar a União, a depender da matéria, para que manifestem eventual interesse de intervirem na causa; e viii) assegurar, quando necessária, a adequada assistência jurídica à pessoa ou comunidade indígena afetada, mediante a intimação da Defensoria Pública³⁷².

Destaca-se a vedação ao regime tutelar expressamente estabelecido pelo CNJ na Resolução 454/2022, pois apoiada na guarida da autodeterminação dos Povos Indígenas, em que mesmo que haja a atuação do órgão indigenista, Funai, ou do Ministério Público Federal, o povo interessado deverá se manifestar sobre seus direitos posto em debate³⁷³. No trato dos procedimentos em que figurem como partes os Povos Indígenas, o CNJ estabelece que se deve dar prioridade para atos processuais presenciais e o direito de os indígenas prestarem depoimento em seu

³⁷² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 454, de 22 de abril de 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2022/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CNJ-454.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁷³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 454, de 22 de abril de 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2022/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CNJ-454.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

próprio idioma, sendo-lhes assegurado o direito a intérprete e de que o depoente esteja compreendendo o idioma.

Ainda, no caso de mulheres indígenas submetidas à justiça criminal, o CNJ adverte para uma atenção redobrada de Magistrados e Tribunais, pois acusadas, réis ou condenadas por crimes exigem da autoridade judicial o reconhecimento de que elas sofrem múltiplas formas de discriminação que ocasionam, via de regra, uma maior dificuldade de ter acesso a direitos. Devendo a perspectiva de gênero sempre ser considerada na tomada de decisão, através do cuidado para que, nos atos processuais, não estejam presentes somente homens, além da importância da perícia antropológica. Pois só assim o juízo terá elementos para compreender os sentidos específicos que a conduta considerada criminosa assume dentro dos costumes e da organização social da comunidade específica e, assim, adequar dentro da perspectiva de gênero o procedimento de consulta à comunidade que irá definir o modo de responsabilização no caso concreto³⁷⁴.

Como já trazido na análise da Convenção n. 169 da OIT, tanto a perícia e o laudo antropológico quanto o direito ao intérprete são direitos dos Povos Indígenas em todos os procedimentos jurídicos. Direitos estes que representam o respeito à sua pluralidade-étnica cultural³⁷⁵. Para tanto, no Brasil, as modificações trazidas pelo CNJ em suas resoluções, e por meio da ratificação ocorrida pela Convenção n. 169 da OIT, podem ser a possibilidade de uma ruptura no tratamento jurídico dos Povos Indígenas, em que a coletividade do direito indígena acarrete pluralismo jurídico. Com o respeito e reconhecimento de suas próprias formas de soluções alternativas de conflitos internos³⁷⁶.

³⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Manual Resolução 287/2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. p. 33. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/ManualResolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁷⁵ MOREIRA DA SILVA, Tédney. A necessidade de perícia antropológica de indígenas no processo penal. *In*: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 9-27. *E-book*.; SILVA, Julia Izabelle da Silva. Língua e racismo na CPI do Genocídio/MS: o caso Paulino Terena e o direito dos Povos Indígenas ao uso da língua tradicional em procedimentos judiciais. *In*: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 47-73. *E-book*.

³⁷⁶ OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Panorama do tratamento penal dos Povos Indígenas no Brasil. *In*: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 237-256. *E-book*.

4.4 Rediscutindo a Lei n. 6.001/1973, “Estatuto do Índio”: assimilacionismo e integração nacional

A literatura sobre a Lei n. 6.001/1973, conhecida como “Estatuto do Índio”, é praticamente unânime em considerá-lo uma legislação com propósitos assimilacionistas³⁷⁷ e não apenas integracionistas³⁷⁸. Uma das evidências seria o artigo 4º que, segundo Kayser³⁷⁹, demonstra que a condição de indígena era considerada “um estágio necessário de transição” e as comunidades indígenas “um fenômeno cultural em extinção”. Ocorre que, apesar de o Estatuto continuar vigente, a promulgação da Constituição de 1988 substituiu o paradigma da assimilação pelo paradigma do respeito à diferença cultural³⁸⁰.

Em que pese mais abordado no tópico anterior, o direito aos sistemas próprios de justiça, no caso de sanções penais, já era reconhecido no “Estatuto do Índio” desde 1973, por força do artigo 57, mesmo que a linguagem utilizada pelo legislador seja de “tolerância da aplicação”, como uma benesse que implica hierarquia e submissão dos Povos Indígenas à sociedade não-indígena, uma previsão que traz a carga assimilatória e integracionista. A norma assim está redigida:

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os

³⁷⁷ KAYZER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010. p. 208.

³⁷⁸ Segundo Raffaella Cassia de Souza, “para se referir a esse período anterior à Constituição de 1988, é comum encontrar escritos referindo-se ao integracionismo e ao assimilacionismo, conceitos que não são sinônimos”. Explica a autora que a semelhança entre eles está na “pretensão de aproximar um grupo dominante de outro dominado”, porém diferem a assimilação pretende uma “mudança ou imposição da cultura de um grupo pelo outro em direção à aculturação”. Já a integração seria a “inclusão dos indígenas na sociedade, podendo permanecer com seus traços culturais”, conceito que, segundo a autora, estaria presente no art. 1º. do Estatuto do Índio. SOUZA, Raffaella Cássia de. **O PROCESSO COLETIVO INTERCULTURAL: O DIREITO DE ACESSO DOS POVOS INDÍGENAS À JUSTIÇA**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2022. p. 23.

³⁷⁹ KAYZER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010.

³⁸⁰ CURI, Melissa Volpato. Os direitos indígenas e a Constituição Federal. **Consilium - Revista Eletrônica de Direito**, Brasília, n.4, v.1, maio/ago. de 2010; FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. O DIREITO PENAL E O ÍNDIO: DESAFIOS HISTÓRICOS SOB A NOVA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 6, n. 1, 2015; NARDON MARTINS, Lais; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Povos Indígenas brasileiros: dos direitos e garantias constitucionais na realidade jurídica da Constituição Federal de 1988. *In*: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes et al. (coord.). **Direito Constitucional e Violência na Sociedade Contemporânea**. Recife: Editora Publius, 2021. *E-book*.

seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte³⁸¹.

Ao que diz respeito à integração, o Estatuto assim considera:

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 cultura³⁸².

Ocorre que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e toda a gama de direitos e garantias com ela publicadas, os Povos Indígenas possuem direito à diferença, ao respeito aos seus costumes e suas práticas culturais, art. 231, da CF/88³⁸³. Em que a assimilação e a integração são heranças de uma longínqua história de passado calcada pela colonização e colonialidade. A partir da CF/88, houve uma brusca mudança de paradigma constitucional no Brasil, especialmente no cenário dos direitos indígenas, promulgando uma gama de direitos e garantias³⁸⁴.

³⁸¹ BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõem sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁸² BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõem sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁸³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁸⁴ “Por oportuno, registre-se que a atual Carta assegurou ao índio o direito a reproduzir seus costumes e tradições, abandonando definitivamente o fantasma da civilização forçada, ao qual o Estado brasileiro lhes impingiu por séculos. O índio não precisa mais se integrar, se civilizar, a fim de gozar qualquer direito extensível aos demais membros do povo brasileiro, de modo que os termos índio integrado e não-integrado, além de desagregador e preconceituoso, ficaram no passado, não recepcionados pela atual Ordem Constitucional, não fazendo qualquer sentido sua utilização.

A nossa Carta constitucional, inspirada em valores plurais e multiculturais, estruturou uma seção dedicada à cultura (arts. 215 e 216), estendendo sua proteção às manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos formadores do processo civilizatório nacional, reconhecendo expressamente que as formas de expressão e manifestação cultural desses grupos consubstanciam o patrimônio cultural brasileiro, merecedor de proteção pelo Estado brasileiro. A Constituição ainda foi a primeira a destinar um capítulo exclusivamente

Além de o assimilacionismo e a integração não serem compatíveis com a nova ordem constitucional estabelecida em 1988, em que não há espaços para o regime tutelar, com a Resolução nº 454/2022, art. 7º, do CNJ, há uma vedação no procedimento jurídico de aplicação do regime tutelar, o que deve ser mais cuidadosamente observado pelo Poder Judiciário brasileiro. Pois tanto na jurisprudência da Justiça Estadual quanto da Justiça Federal, o grau de integração do indígena ainda é considerado pelos julgadores como um mecanismo de não aplicação do art. 56 do Estatuto do Índio, para o cumprimento da pena em regime de semiliberdade³⁸⁵, em atenção também ao art. 10 da Convenção nº 169 da OIT, que aos Povos Indígenas devem ser adotadas medidas que não o encarceramento³⁸⁶.

Traçadas tais compreensões, do que ainda se encontra previsto no direito brasileiro, importante se faz o estudo de como os tribunais brasileiros compreendem o exercício da jurisdição penal dos Povos Indígenas no Brasil.

4.5 O exercício da jurisdição penal indígena nos Tribunais brasileiros

No âmbito da Justiça Federal, no julgamento do Agravo de Execução nº 5000407-12.2019.4.04.7208/SC, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), há a consideração do grau de integração do réu indígena para a negativa do regime de semiliberdade para o cumprimento da pena, uma vez que, no entendimento do TRF4, a edição da Lei n. 6.001/1973 tem o propósito “de preservar a cultura dos indígenas, os seus direitos e viabilizar a integração à comunhão nacional, sem violar

voltado para a disciplina dos direitos indígenas e a que mais se alongou sobre o tema, construindo um sólido sistema de proteção à identidade cultural dos autóctones. Assim, a Constituição Federal estipulou uma série de direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural indígena (SILVA, 2005, pag 852), perfilhando em seu art. 231 e parágrafos, o direito dos índios em manter sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, colocando fim ao vetusto paradigma da integração cultural do índio à sociedade envolvente, presente na legislação brasileira desde a época colonial, para solidificar a proteção da diversidade cultural brasileira”. FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. O DIREITO PENAL E O ÍNDIO: DESAFIOS HISTÓRICOS SOB A NOVA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 6, n. 1, 2015. p. 8.

³⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁸⁶ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

os hábitos e tradições”³⁸⁷. O Relator Desembargador Federal João Gebran Neto estabelece os seguintes critérios para determinar que o réu indígena está “integrado à comunhão nacional”: “Consta da sentença que DANIEL está integrado à chamada comunhão nacional, havendo sido instruído na cultura comum até a 4ª série do ensino fundamental (ev. 49, doc3). Já trabalhou fora da aldeia. Possui título de eleitor”³⁸⁸.

Ou seja, para o TRF4, em razão de o réu indígena ter estudos primários, título de eleitor e já ter trabalhado fora da aldeia, constituíram argumentos hábeis para se estabelecer a integração do réu, negando o direito ao regime de semiliberdade de indígenas em sanções penais. No voto do Relator, ainda há o acréscimo de que o art. 10 da Convenção n. 169 não é obrigatório, mas que depende de alguns requisitos, como, por exemplo, o grau de integração do réu indígena.

Ocorre que, diferentemente do entendimento do TRF4, o referido artigo faz parte de uma normativa específica para os Povos Indígenas, logo seu propósito é ser mais benéfico e justo com a realidade e as especificidades das necessidades dos Povos Indígenas. A Convenção n. 169 estabelece critérios diferenciados para a situação específica de acusados indígenas, mas jamais para fomentar o encarceramento. Tanto é que a letra da norma é clara em estabelecer que deve se

³⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Execução n. 5000407-12.2019.4.04.7208/SC**. Processo Penal. Agravo de Execução. Regime especial de semiliberdade. Art. 56, Parágrafo Único, da Lei Nº 6.001/73. Índio totalmente integrado à sociedade. Inaplicabilidade do benefício. 1. O Estatuto do Índio foi editado com o propósito de preservar a cultura dos indígenas, os seus direitos e viabilizar a integração à comunhão nacional, sem violar os hábitos e tradições, como dispõe o art. 1º. 2. A essência da proteção especial, aliada à interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 6.001/73, permite concluir que o regime diferenciado previsto no art. 56, parágrafo único, é inaplicável ao indígena totalmente integrado à comunhão nacional. 3. Agravo de execução penal improvido. 8. Turma. Agravante: Daniel Pereira e outros. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, 15 de maio de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000985790&versao_gproc=4&crc_gproc=abb010ca. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Execução n. 5000407-12.2019.4.04.7208/SC**. Processo Penal. Agravo de Execução. Regime especial de semiliberdade. Art. 56, Parágrafo Único, da Lei Nº 6.001/73. Índio totalmente integrado à sociedade. Inaplicabilidade do benefício. 1. O Estatuto do Índio foi editado com o propósito de preservar a cultura dos indígenas, os seus direitos e viabilizar a integração à comunhão nacional, sem violar os hábitos e tradições, como dispõe o art. 1º. 2. A essência da proteção especial, aliada à interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 6.001/73, permite concluir que o regime diferenciado previsto no art. 56, parágrafo único, é inaplicável ao indígena totalmente integrado à comunhão nacional. 3. Agravo de execução penal improvido. 8. Turma. Agravante: Daniel Pereira e outros. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, 15 de maio de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000985790&versao_gproc=4&crc_gproc=abb010ca. Acesso em: 25 maio 2022.

dar preferência a outros tipos de punição que não o encarceramento³⁸⁹. Constatando-se uma inversão e transgressão da letra da Convenção e dos valores nela inseridos por parte da referida decisão.

Observa-se como bastante problemática e inconstitucional a referida decisão, pois a Constituição Federal não recepcionou o critério da integração nacional, e sim as garantias e direitos constitucionais de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consagrado no art. 231, *caput*, da CF/88³⁹⁰.

Semelhante entendimento ao do TRF4 é encontrado em outros julgados. No Tribunal do Rio Grande do Sul (TJ/RS), em Embargos de Declaração julgados em 23 de setembro de 2021, portanto, após a edição da Resolução 287/2019 do CNJ, ainda houve a consideração da integração do “índio” para a negativa do regime de semiliberdade para o réu indígena no cumprimento da pena³⁹¹. O Relator Desembargador considerou o embargante como “índio integrado à sociedade”, pois “apesar de residir em comunidade indígena, relaciona-se diretamente com a sociedade civil, além de falar fluentemente a língua portuguesa e possuir RG”³⁹².

³⁸⁹ BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022; BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Execução n. 5000407-12.2019.4.04.7208/SC**. Processo Penal. Agravo de Execução. Regime especial de semiliberdade. Art. 56, Parágrafo Único, da Lei Nº 6.001/73. Índio totalmente integrado à sociedade. Inaplicabilidade do benefício. 1. O Estatuto do Índio foi editado com o propósito de preservar a cultura dos indígenas, os seus direitos e viabilizar a integração à comunhão nacional, sem violar os hábitos e tradições, como dispõe o art. 1º. 2. A essência da proteção especial, aliada à interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 6.001/73, permite concluir que o regime diferenciado previsto no art. 56, parágrafo único, é inaplicável ao indígena totalmente integrado à comunhão nacional. 3. Agravo de execução penal improvido. 8. Turma. Agravante: Daniel Pereira e outros. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, 15 de maio de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000985790&versao_gproc=4&crc_gproc=abb010ca. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 5043906-13.2021.8.21.7000/RS**. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Desembargador-Relator: Luciano Andre Losekann, 30 de julho de 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁹² RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 5043906-13.2021.8.21.7000/RS**. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Desembargador-Relator: Luciano Andre Losekann, 30 de julho de 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 25 maio 2022.

Ou seja, para o Tribunal do Rio Grande do Sul, o fato de um acusado indígena falar a língua portuguesa e possuir documento de Registro Civil, é possível o estabelecimento de que o indígena está “integrado à comunhão nacional”. Ocorre que, além de ilegal, inconstitucional e discricionário, tais critérios não se mostram razoáveis, aceitáveis ou plausíveis dentro das garantias de direitos humanos de que o Brasil é signatário, e da guarida constitucional brasileira.

Além de o TJRS ter aplicado um critério de definição de pessoa indígena que não encontra respaldo na Constituição e no direito internacional, as conclusões do Tribunal ressentem-se da necessária verificação pericial antropológica. Sobre a condição de indígena, julgado do STJ datado de 2011, já esclarecia que, diante da recepção da Convenção 169, o critério de definição é a autoidentificação:

Adotado o normativo da Convenção OIT n 169, o estado brasileiro acolheu, formalmente, como critério de identificação a autoidentificação, de tal modo que, para fins legais, é indígena quem se sente, comporta-se ou afirma-se como tal, de acordo com os costumes, organizações, usos, língua, crenças e tradições indígenas da comunidade a que pertença. Por sua vez, consignou o min. relator que não cabe ao juiz criminal aferir a capacidade civil do recorrente uma vez que se trata de questão prejudicial heterogênea de exame exclusivo na jurisdição civil. Ao final, reconheceu-se a competência da Justiça Federal para análise e julgamento da causa, tendo em vista a presença da autarquia federal o feito na qualidade de assistente de indígena³⁹³.

Em relação aos Povos Indígenas no Brasil, a pandemia de Covid-19 demonstrou a vulnerabilidade biológica e jurídica em que os Povos Indígenas se encontram no país³⁹⁴, além de que os números dos casos de óbitos entre a população indígena brasileira podem levar a considerações de um genocídio a estes povos³⁹⁵.

³⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso em Mandado de Segurança nº 30.675-AM**. Mandado de segurança. Recurso. Ação penal. Indígena. Assistência da FUNAI. I. Índio denunciado por crime de tóxico que pede assistência da FUNAI, todavia recusada pelo Juiz ao entendimento de que por possuir documentos e viver na cidade o indígena está integrado [...]. Recorrente: Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Recorrido: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Gilson Dipp, 22 de novembro de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902007962&dt_publicacao=01/12/2011. Acesso em: 13 nov. 2022.

³⁹⁴ NARDON MARTINS, Lais; DAMASCENO, Gabriel Pedro Moreira; SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da. **POVOS INDÍGENAS NO BRASIL PANDÊMICO: Uma fotografia tecida em palavras escritas**. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; JAQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner (org.). **Políticas Públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos Direitos Humanos**. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2022. *E-book*.

³⁹⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo; DELFINO DE ALMEIDA, Marco Antônio; KESTENBAUM, Jocelyn Getgen. **POVOS INDÍGENAS, GENOCÍDIO E PANDEMIA NO BRASIL/INDIGENOUS PEOPLES, GENOCIDE AND PANDEMICS IN BRAZIL/PUEBLOS INDÍGENAS, GENOCIDIO Y PANDEMIA**

Asseverado pelo fato histórico de que, segundo a Antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, “as epidemias são normalmente tidas como o principal agente de depopulação indígena [...]”³⁹⁶.

Entretanto, mesmo com este cenário pandêmico e com a Recomendação nº 62/2020 do CNJ³⁹⁷ em vigor, a qual estabelecia que determinados grupos, incluído indígenas, pela sua vulnerabilidade biológica, faziam parte do grupo de risco de contágio da Covid-19, o TJRS, no julgamento do Habeas Corpus Criminal nº 70084262658, não acatou a recomendação do CNJ. No julgamento deste Habeas Corpus, não houve o acolhimento da Recomendação do CNJ, pelo entendimento de que seria uma mera recomendação, não haveria uma previsão específica constitucional no art. 231, da CF/88, e não existiria qualquer vedação em relação ao recolhimento de indígena a estabelecimento prisional. Neste caso, prevaleceu que o bem penal violado era mais relevante para a manutenção do decreto prisional, do que o risco biológico, pois não bastava que o réu fosse indígena³⁹⁸.

EN EL BRASIL. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 7, n. 17, p. 80-109, mai./ago., 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44623/25660>. Acesso em: 12 nov. 2020.

³⁹⁶ CUNHA, Manuela da Cunha. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 14.

³⁹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 4 out. 2022.

³⁹⁸ Inteiro teor da Ementa do Julgado: “HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. DESCABIMENTO. 1. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. Paciente que, supostamente, ceifou a vida da vítima, após deferir-lhe um soco e efetuar disparos de arma de fogo contra a parte ofendida, em decorrência de discussão envolvendo assuntos políticos, sendo o paciente apontado como autor do homicídio pelas testemunhas presenciais do crime. Há indícios, ainda, de que o coacto, após a prática do fato que levou a primeira vítima a óbito, a fim de evadir-se de culpa e obstar a atuação policial, subtraiu a motocicleta de outro ofendido, mediante o emprego de arma de fogo. Gravidade concreta das condutas que evidenciam a necessidade de manutenção da prisão preventiva, a fim de resguardar a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal. *Fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* presentes. Requisitos do artigo 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, atendidos. Constrangimento ilegal não evidenciado. 2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. Encarceramento provisório que não malferir o princípio constitucional da presunção de inocência quando presentes os requisitos autorizadores, como ocorre na espécie. 3. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. Uma vez demonstrada a necessidade da prisão cautelar, nos termos da legislação processual penal, as condições pessoais favoráveis não impedem a custódia cautelar. 4. EXAME DE PROVAS. Descabido, na via estreita do writ, o exame de provas, a impetração devendo se limitar a matérias de direito que não demandem incursão no pavilhão probatório, de modo que a presença do animus necandi traduz questão a ser avaliada pelo juízo processante do Tribunal do Júri. 5. PANDEMIA DE COVID-19. Orientação do Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Recomendação CNJ 62/2020, que consignou a possibilidade de concessão da liberdade aos presos que se enquadrem no grupo de risco, que tenham excedido o prazo de 90 dias por crimes, praticados sem violência ou grave ameaça. Entretanto, trata-se de mera recomendação, cabendo ao Juízo singular a análise de cada caso. Hipótese em que o só fato de o paciente ser indígena não é elemento a enquadrá-lo como integrante de grupo de risco,

Por outro lado, recentes decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal vão em sentido contrário às decisões inferiores. Em uma análise constitucional integrada entre a Constituição Federal, a Convenção nº 169 da OIT, o Estatuto do Índio e o Código Penal, o STF firma jurisprudência no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.270.202, em atenção ao disposto no parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973, “Estatuto do Índio”, e o art. 10 da Convenção n. 169 da OIT, para o estabelecimento do regime de cumprimento da pena de réu indígena. Ficou estabelecido, no voto da Ministra Cármen Lúcia, que impor pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) com regime de cumprimento de pena que for diverso do regime especial de semiliberdade, acarreta descumprimento ao § 2º do art. 5º da Constituição da República, pois incompatível com a Convenção nº 169 da OIT, da qual a República Federativa do Brasil é parte³⁹⁹. Ou seja, para o STF, em caso de réus ou acusados

não se podendo deixar de considerar que o réu já se encontra integrado na comunidade civil, possuindo, a princípio, imunidade necessária. Não obstante, tratam-se de crimes cometidos com violência contra a pessoa, não fazendo jus o paciente às medidas de combate à propagação do novo coronavírus. 6. CONDIÇÃO DE INDÍGENA. RECOLHIMENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. O artigo 231 da Constituição Federal não trata acerca da impossibilidade de custódia preventiva dos indígenas, mas reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Assim, é garantido aos Povos Indígenas o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que estes sejam compatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional, não sendo defeso o decreto preventivo quando por sua própria ação o indivíduo viola o direito fundamental de outro, no caso, o direito à vida. Não existe qualquer vedação em relação ao recolhimento de indígena a estabelecimento prisional. ORDEM DENEGADA”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70084262658**. Habeas Corpus. Homicídio triplamente qualificado. Manutenção da prisão preventiva. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Prisão domiciliar. Descabimento. 1. Prisão Preventiva. Garantia da Ordem Pública. Fundamentação Idônea. Paciente que, supostamente, ceifou a vida da vítima, após deferir-lhe um soco e efetuar disparos de arma de fogo contra a parte ofendida, em decorrência de discussão envolvendo assuntos políticos, sendo o paciente apontado como autor do homicídio pelas testemunhas presenciais do crime. Há indícios, ainda, de que o coacto, após a prática do fato que levou a primeira vítima a óbito, a fim de evadir-se de culpa e obstar a atuação policial, subtraiu a motocicleta de outro ofendido, mediante o emprego de arma de fogo. Gravidade concreta das condutas que evidenciam a necessidade de manutenção da prisão preventiva, a fim de resguardar a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal. Fumus commissi delicti e periculum libertatis presentes. Requisitos do artigo 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, atendidos. Constrangimento ilegal não evidenciado [...]. 3. Câmara Criminal. Paciente: Denilson Sales Joaquim. Coator: Juiz de Direito da Vara Judicial da Comarca de Tenente Portela. Desembargadora-Relatora: Viviane de Faria Miranda, 19 de junho de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 25 maio 2022.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.270.202 Paraná**. Recurso Extraordinário. Penal. Processo Penal. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Crime praticado por indígena. Inobservância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho: afronta ao § 2º do art. 5º da Constituição da República. Direito ao regime especial de semiliberdade. Precedente. Dosimetria: pedido prejudicado. Revisão de causa de inexigibilidade de conduta diversa: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de Prequestionamento: inc. LVII do art. 5º e arts. 231 e 232 da Constituição da República. Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário parcialmente provido. Recorrente: Fundação Nacional do Índio. Recorrido: Ministério Público Federal. Interessado: Valdir José Kokoj dos Santos. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 29 de julho de 2020. Disponível em:

indígenas, somente é possível a aplicação do regime de semiliberdade, sendo inaplicável qualquer regime diverso⁴⁰⁰.

Consoante o apresentado, resumidamente, é trazido as garantias fundamentais que devem ser consideradas pelo Poder Judiciário em caso de acusados ou réus indígenas no Brasil:

Quadro 8 – Garantias fundamentais de indígenas no Brasil

Garantia Fundamental	Fundamento Legal
Intérprete	Artigo 12 – Convenção 169 da OIT Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação 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, intérpretes ou outros meios eficazes.

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344735793&ext=.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

⁴⁰⁰ Segundo a Relatora Ministra Carmém Lúcia: “A conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade é compatível com o disposto no art. 10, item 2, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (fl. 111, vol. 5), portanto não configura contrariedade ao § 2º do art. 5º da Constituição da República. A imposição de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) com regime de cumprimento de pena diverso do regime especial de semiliberdade descumpra o § 2º do art. 5º da Constituição da República, pois incompatível com a Convenção n. 169 da OIT, da qual a República Federativa do Brasil é parte. 16. Pelo exposto, considerando-se a definição legal de regime especial de semiliberdade (parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973) e o art. 10 da Convenção n. 169 da OIT), dou parcial provimento ao recurso extraordinário (art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) para declarar a inaplicabilidade de regime diverso daquele especial de semiliberdade pela condição de indígena do paciente, sendo aquele o único regime possível de ser definido, se for o caso de descumprimento da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, a ser decidido pelo juízo da execução penal. À Secretaria Judiciária para retificar a autuação e alterar o nome do recorrente para Valdir José Kokoj dos Santos e da interessada para Fundação Nacional do Índio – Funai”. BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.270.202 Paraná**. Recurso Extraordinário. Penal. Processo Penal. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Crime praticado por indígena. Inobservância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho: afronta ao § 2º do art. 5º da Constituição da República. Direito ao regime especial de semiliberdade. Precedente. Dosimetria: pedido prejudicado. Revisão de causa de inexigibilidade de conduta diversa: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de Prequestionamento: inc. LVII do art. 5º e arts. 231 e 232 da Constituição da República. Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário parcialmente provido. Recorrente: Fundação Nacional do Índio. Recorrido: Ministério Público Federal. Interessado: Valdir José Kokoj dos Santos. Relatora: Ministra Carmém Lúcia, 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344735793&ext=.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

Resolução de conflito segundo o costume	Artigo 9º - Convenção 169 da OIT 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.
Preferência pelo não encarceramento	Artigo 10 - Convenção 169 da OIT 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.
Regime de cumprimento especial de pena	"Estatuto do Índio" – Lei 6.001/73 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. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Fonte: Adaptado de Luiz Henrique Eloy Amado e Anderson de Souza Santos⁴⁰¹.

De igual sorte, além da observância do desígnio de laudo ou perícia antropológica em processos ou procedimentos envolvendo pessoas indígenas, o direito ao intérprete constitui direito, garantia e respeito à pluralidade étnico-cultural dos Povos Indígenas, estando previsto no art. 14 do PIDCP; art. 8º da CDAH; art. 5º da CF/88; arts. 193, 233 (testemunhas terão direito à intérprete) e 236 (documentos serão traduzidos), do CPP; bem como, de modo implícito, nos arts. 12 e 30 da

⁴⁰¹ AMADO, Luiz Henrique Eloy; SANTOS, Anderson de Souza. Corpos indígenas e justiça criminal no contexto social do Mato Grosso do Sul. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 257-270. *E-book*. p. 269-270.

Convenção n. 169 da OIT⁴⁰². Também os dispositivos constantes das Resoluções do CNJ aqui trabalhadas, na DU, art. 13.2⁴⁰³ e na DA, arts. XIV.3 e XXII.3⁴⁰⁴.

Ademais, em caso de processos ou procedimentos que envolvam indígenas no Brasil, é imprescindível a compreensão e o entendimento da violência estrutural e institucional sofrida pelos Povos Indígenas no Brasil. Pois, somente com esta compreensão histórica, factual e permanente da violência enfrentada cotidianamente pelos Povos Indígenas, pode-se entender os danos a eles em perspectivas. Entender a violência por eles sofrida, seja dentro ou fora das comunidades indígenas, permite a possibilidade, tanto do desenvolvimento de uma criminologia apta a conhecer os danos sofridos por estes povos secularmente, quanto o enfrentamento individualizado, humanizado, protetivo, da ciência penal⁴⁰⁵. Entende-se isto como caminhos para o respeito da pluralidade-étnica cultural, através da efetivação dos direitos e garantias constitucionais e dos direitos humanos do Direito Internacional, bem como dos caminhos para o pensamento descolonial e intercultural.

Conforme Amado e Santos, muitos dos indígenas presos no Mato Grosso do Sul sequer sabem por que estão encarcerados, haja vista que o sistema brasileiro não atende às especificidades dos Povos Indígenas, e o direito penal ignora a pluralidade étnica destes povos, uma vez que o estado brasileiro construiu-se sobre os preceitos da colonização, em que a questão indígena segue sendo um “ponto doloroso”⁴⁰⁶.

Tecidas tais considerações, cumpre analisar o paradigmático caso do indígena Denilson Trindade Douglas, uma vez que, como já apresentado, é direito dos Povos Indígenas o direito a suas próprias instituições.

⁴⁰² SILVA, Julia Izabelle da Silva. Língua e racismo na CPI do Genocídio/MS: o caso Paulino Terena e o direito dos Povos Indígenas ao uso da língua tradicional em procedimentos judiciais. *In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 47-73. *E-book*.

⁴⁰³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁴⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁴⁰⁵ CARVALHO, Salo de; GOYES, David R.; WEIS, Valeria Vegh. Politics and Indigenous Victimization: The Case of Brazil. **British Journal of Criminology**, v. 61, p. 251-271, 2020.

⁴⁰⁶ AMADO, Luiz Henrique Eloy; SANTOS, Anderson de Souza. Corpos indígenas e justiça criminal no contexto social do Mato Grosso do Sul. *In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 257-270. *E-book*.

4.6 Paradigma brasileiro: caso Denilson Trindade Douglas

O caso do indígena Denilson Trindade de Souza é um dos poucos paradigmas no Brasil, em que a punição conferida pela comunidade indígena prevaleceu à punição estatal. Porém, um dos primeiros casos de observância de mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada que há notícia, é o caso Basílio (Ação Penal n. 92.0001334-1), processado e julgado pela Justiça Federal de Roraima. Ambos os casos provêm do Estado de Roraima⁴⁰⁷.

Basílio Alves Salomão, indígena Macuxi, foi denunciado pelo Ministério Público de Roraima em março de 1986 por homicídio contra o indígena Valdenísio da Silva, também Macuxi, na aldeia em que viviam. Houve prevalência da jurisdição federal, com o pronunciamento de Basílio, que foi a júri em maio de 2000⁴⁰⁸.

Nesse caso, o júri entendeu que mesmo que Basílio tenha desferido a facada na vítima, ele já havia sido julgado e condenado pela sua comunidade indígena de acordo com os costumes de seu povo, pelo conselho dos *Tuxaua*. A pena imposta foi o desterro durante o qual Basílio ficaria privado da companhia de seus familiares e privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de

⁴⁰⁷ De acordo com o Professor, Doutor e Pesquisador Stephen Grant Baines, “o estado de Roraima é um dos estados brasileiros em que o movimento político indígena teve maior projeção nacional e é bem organizado, sendo um movimento pioneiro na formulação de regimentos internos indígenas. Esse estado, localizado no extremo norte da Amazônia brasileira, faz fronteira com a Venezuela e a Guiana, e tem a maior proporção de população indígena entre todos os estados brasileiros. Segundo o Censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), eram 49.637 pessoas que se declararam indígenas no estado, que possuía 450.479 habitantes”. BAINES, Stephen Grant. Protagonismo indígena em Roraima para efetivar os direitos indígenas diferenciados: rumo a um pluralismo jurídico. **Revista Latino-Americana de Criminologia**, [S. l.], v. 2, n. 02, p. 13–33, 2022. p. 16. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/relac/article/view/45784>. Acesso em: 10 jan. 2023. Sendo justamente o local em que se encontra a Terra Indígena (TI) Raposa Serra do Sol, local em que há instalado o primeiro Polo de Conciliação Indígena no Brasil, na comunidade Maturuca na referida TI. BAINES, Stephen Grant. Protagonismo indígena em Roraima para efetivar os direitos indígenas diferenciados: rumo a um pluralismo jurídico. **Revista Latino-Americana de Criminologia**, [S. l.], v. 2, n. 02, p. 13–33, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/relac/article/view/45784>. Acesso em: 10 jan. 2023; FRITSCH, Diovanna Vitória; NARDON MARTINS, Lais. Justiça Restaurativa e povos indígenas brasileiros: perspectivas de cultura de paz. In: ALMEIDA, Vânia Hack de; PINTO, Catarina Volkart; SILVA, Marcelo Cardozo; NASCIMENTO, Paula Cristina Piazeria (org.). **Justiça restaurativa: perspectivas a partir da Justiça Federal**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2022. p. 102-125. *E-book*. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2023/kkf21_livro_jr_trf4_atualizado_120123_0.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁴⁰⁸ BAINES, Stephen Grant. Protagonismo indígena em Roraima para efetivar os direitos indígenas diferenciados: rumo a um pluralismo jurídico. **Revista Latino-Americana de Criminologia**, [S. l.], v. 2, n. 02, p. 13–33, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/relac/article/view/45784>. Acesso em: 10 jan. 2023.

trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo⁴⁰⁹.

Em relação ao “caso Denilson”⁴¹⁰, o Tribunal do Estado de Roraima, no julgamento da Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, deixou de apreciar o mérito da ação e afastou o *jus puniendi* estatal para evitar ofensa ao princípio *non bis in idem*, considerando que, após o indígena Denilson Trindade Douglas, na terra indígena de Manoá/Pium, em Bonfim/RR, cometer o homicídio de Alanderson, também indígena, o Conselho da comunidade indígena do Manoá, *Tuxaua*, reuniu-se e deliberou sobre as punições dele, o qual foi penalizado conforme os mecanismos próprios de punição criminal do Povo Wai Wai.

O fato ocorreu em 20 de junho de 2009, na comunidade indígena do Manoá, terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, município de Bonfim/RR, em que o indígena Denilson Trindade Douglas, após ingerir bebida alcoólica, desferiu facadas no indígena Alanderson, seu irmão, o qual evoluiu a óbito⁴¹¹.

⁴⁰⁹ BAINES, Stephen Grant. Protagonismo indígena em Roraima para efetivar os direitos indígenas diferenciados: rumo a um pluralismo jurídico. **Revista Latino-Americana de Criminologia**, [S. /], v. 2, n. 02, p. 13–33, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/relac/article/view/45784>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴¹⁰ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Hígidez do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml;jsessionid=nn4ZGMUpZNzqCjxCdctFTIephv8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

⁴¹¹ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Hígidez do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml;jsessionid=nn4ZGMUpZNzqCjxCdctFTIephv8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

A primeira decisão indígena ocorreu no dia 26 de junho 2009, data em que os membros do Conselho Manoá deliberaram pela punição de Denilson. A pena aplicada ao indígena por *Tuxaua* e membros da comunidade Manoá, inicialmente, era a de construir uma casa para a esposa da vítima e a proibição de ausentar-se da comunidade Manoá sem permissão dos *Tuxauas*, conforme exposto pelo juiz da sentença de primeiro grau, Aluízio Ferreira Vieira⁴¹².

Após esta decisão, as lideranças indígenas reuniram-se novamente em 06 de abril de 2013, com *Tuxaua* de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá e Wai Wai⁴¹³, bem como servidores da FUNAI, estes apenas para prestar apoio às lideranças no decorrer do procedimento. Na decisão, não houve citação da jurisdição ou leis estatais, conforme segue:

1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região do 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 o tuxaua;

⁴¹² RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Higiene do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=nn4ZGMUpZnZqCjxCdctFTIephv8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

⁴¹³ Os Wai Wai possuem um sistema de autoridade bastante elaborado, diferenciado e uma determinada funcionalidade hierárquica. Identifica-se entre os Wai Wai ao menos três tipos de liderança: o *kayaritomo* ou chefe de aldeia; *antomañe komo*, o líder de trabalho, que muitas vezes coincide com o chefe de parentela; bem como, *yaasi komo* (pajé ou xamã), antes da chegada dos missionários, e, depois, *kaan min yenñe komo* (pastor), o líder religioso. Segundo a antropóloga Catherine Howard, esses membros Wai Wai são enñe komo, algo similar “aos que tomam conta”, os que promovem a convivialidade. HOWARD, Catherine. **Wrought identities: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia**. 2001. Dissertation (Doctor of Philosophy) – Department of Anthropology, University of Chicago, Chicago, 2001. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/tesesdissertacoes/wrought-identities-waiwai-expeditions-search-unseen-tribes-northern>. Acesso em: 10 jan. 2023.

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 (sic) outra decisão⁴¹⁴.

Mesmo com a condenação da comunidade indígena, o Ministério Público do Roraima denunciou o indígena Denilson pelo crime de homicídio qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, II, do CP. Sua Defesa pautou-se, principalmente, pela incompetência do juízo penal, pois Denilson já havia sido condenado pela própria comunidade. Como já apontado, a decisão de primeiro grau deixou de apreciar o mérito por entender *duplo jus puniendi*, pela ausência de punir estatal. Segue o dispositivo:

Ante ao exposto, deixo de apreciar o mérito da denúncia do Órgão Ministerial, representante do Estado, para DECLARAR A AUSÊNCIA IN CASU DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, relativo ao acusado DENILSON TRINDADE DOUGLAS, brasileiro, solteiro, agricultor, nascido aos 13/03/89, filho de Alan Douglas e Demilza da Silva Trindade, com fundamento no art. 57, da Lei no 6.001/73 e art. 231, da Constituição da República⁴¹⁵.

⁴¹⁴ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Hígidez do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=nn4ZGMUpZNZqCjxCdctFTIlephv8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

⁴¹⁵ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Hígidez do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de

Não obstante, o Ministério Público recorreu da decisão. Entretanto, por maioria de votos, houve a manutenção da sentença de origem, somente com a modificação ao que diz respeito ao duplo *ius puniendi*. Segundo o Desembargador Mauro Campello o caso tratava-se da vedação do princípio *non bis in idem*. Conforme ele, em seu voto:

Se o que denomina o Juiz sentenciante de "Duplo Jus Puniendi" significa que há dois entes juridicamente legitimados a punir uma infração penal, e julgando um deles um certo crime, não poderá se imiscuir o outro no mesmo fato, arrogando para si o direito de examinar a culpabilidade do agente e eventualmente responsabilizá-lo também, pois isto seria se outro modo, justamente, aquilo que veda o brocardo "Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa" (Ninguém deve ser sancionado mais de uma vez por um e mesmo fato), cuja contração corresponde ao *non bis in idem*. Este princípio não implica [apenas] que um mesmo ente não pode punir duas vezes o mesmo fato, e sim, como garantia processual penal ampla do indivíduo, que este não pode ser punido duas vezes por um/pelo mesmo fato, qualquer que seja o ente que o pune⁴¹⁶.

Portanto, com base, e após o devido juízo de convencionalidade, nos artigos 9.1 e 2 e 10.2 da Convenção 169 da OIT, no art. 231 da CF e no art. 4º da LINDB, o Relator Desembargador Mauro Campello afastou a jurisdição estatal com o julgamento do fato pela comunidade indígena concernida, sob pena de se acarretar *bis in idem* ao indígena Denilson. Nos seguintes termos:

Firme na Convenção 169 da OIT, bem assim no conhecido art. 231 da Constituição Federal, e tomando por base a experiência comparada (conforme o permite o art. 4º da LINDB), entendo como correta a decisão em 1ª instância, ressalvadas as considerações sobre parte da

dezembro de 2015. Disponível em:

https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml;jsessionid=nn4ZGMUpZNZqCjxCdctFTIepvh8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

⁴¹⁶ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. *non bis in idem*. Questão de Direitos Humanos. Higiene do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml;jsessionid=nn4ZGMUpZNZqCjxCdctFTIepvh8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

justificativa nela adotada, como anotei, o que, em todo caso, nos leva à mesma conclusão.

Ante o exposto, considerando afastada a jurisdição estatal com o julgamento do fato pela comunidade indígena concernida, sob pena de se acarretar bis in idem, voto pelo desprovemento do recurso de apelação ministerial, mantendo inalterada a sentença⁴¹⁷.

A rigor, a decisão do caso Denilson, do TJ/RR, observa a autonomia dos Povos Indígenas de uma maneira mais ampla, apesar de, além do exposto, trazer casos da jurisprudência internacional, e ter como um dos fundamentos o direito estadunidense.

Nos Estados Unidos, onde as comunidades indígenas nativas, habitantes em reservas autogovernadas (Indian country), possuem ampla autonomia sobre suas terras, a questão há anos suscita um rico debate jurídico. Em artigo de 2004, Terrill Pollman destacava:

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

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

No mesmo texto, esclarece que há o entendimento dominante de que a jurisdição comunitária, uma vez implementada, torna desnecessária a atuação do Estado-Juiz: "O tribunal tribal tem competência concorrente ao abrigo da Lei de Crimes Graves (Major Crimes Act), e, portanto, se a tribo inicia a persecução do réu antes de que a instância federal o faça, aqueles que cometem crimes graves podem escapar à punição [federal]" (POLLMAN, op. cit, p. 933). E, note-se, nesse texto o autor está falando de situações em que o crime foi cometido por não-índio nas terras indígenas dos EUA. Neste caso, como ponderou o

⁴¹⁷ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Higiene do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=nn4ZGMUpZnZqCjxCdctFTIephv8t_XU_Axz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

Juiz a quo, além do fato de que o crime ocorreu em terra indígena, tanto a vítima quanto o autor são indígenas.

Nesse sentido, Cardoso e Conci referem que tal decisão se mostrou adequada ao problema enfrentado, além de uma interpretação que não colocou o direito estatal na supremacia decisória, produzindo um resultado de integração, ou segundo os autores, de “interlegalidade”, conectando o sistema de justiça estatal e o indígena⁴¹⁸.

Por outro lado, nas atuais circunstâncias de constante ameaça de mineradoras, a juridicidade não oficial pode ser um dos poucos instrumentos que esses agrupamentos têm à mão, para maximizar as possibilidades de resistência contra a intervenção do Estado e que faz aumentar o custo político de uma eventual intervenção.

Nesse sentido, o reconhecimento pelos agentes do Estado da autonomia do direito e da jurisdição indígenas irradia da Constituição e do direito internacional dos direitos humanos aos quais o Brasil se submete. A posição firmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima merece aplauso pela leitura intercultural feita da ordem jurídica brasileira, sem que o olhar colonizador do direito estatal se some à falsa supremacia de sua imposição sobre outra ordem tão legítima quanto⁴¹⁹.

O problema é que a decisão no caso Denilson é uma exceção. Ela não representa um sistema de jurisdição penal própria autônoma aplicável por cada um dos Povos Indígenas brasileiros. Tanto é que, recentemente uma decisão do TJ/RR, sobre o mesmo tema, teve a “soberania do tribunal do júri” como fundamento para desconsiderar a decisão da comunidade indígena, no recurso em sentido estrito (RESE) interposto pelo indígena Valdecir da Silva pela impronúncia, pois já foi condenado por sua comunidade indígena⁴²⁰.

⁴¹⁸ CARDOSO, João Vitor; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, n. 2, v. 9, p. 558-576, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6058.

⁴¹⁹ CARDOSO, João Vitor; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, n. 2, v. 9, p. 558-576, ago. 2019. p. 571. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6058.

⁴²⁰ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito nº 0800305-63.2017.8.23.0090**. Recurso em Sentido Estrito. Pronúncia. Homicídio qualificado tentado. Ameaça. Pretensa absolvição ante a violação ao princípio do non bis in idem. Possibilidade de dupla punição em virtude da repreensão aplicada ao acusado pelo conselho de lideranças indígenas a qual pertence. 1. Deve ser mantida a decisão de pronúncia, diante da comprovação da materialidade e da presença dos indícios da autoria do crime de homicídio qualificado, na forma tentada, cabendo ao Tribunal do Júri, órgão judicial constitucionalmente competente, analisar a necessidade ou não da punição estatal, além da ocorrência ou não de bis in idem, considerando a alegação da DEFESA de que o acusado, indígena, teria recebido a adequada punição pelo Conselho de lideranças indígenas a qual pertence. 2. A apreciação da eventual responsabilidade penal deve ser feita pelo E. Tribunal do Júri, de que não pode ser afastada a competência, sob pena de grave violação do

Não obstante, ao fundamentar seu voto, o Juiz Esdras Silva Pinto alegou que, neste momento processual, o reconhecimento se a decisão comunitária foi suficiente ou não significaria usurpar a competência do Conselho de Sentença, em flagrante violação ao instituto constitucional do Tribunal do Júri e soberania de suas decisões.

No caso, como visto, a apreciação da eventual responsabilidade penal deve ser feita pelo Tribunal do Júri, de que não pode ser afastada a competência, sob pena de grave violação do mandamento constitucional, garantia fundamental insculpida no artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal. A decisão de pronúncia é somente um juízo de admissibilidade da acusação, para o que basta a demonstração da prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria ou da participação do acusado (CPP, arts. 413 e 414). Havendo suspeita fundamentada quanto à autoria, imperiosa a admissão da acusação para que seja realizado o julgamento pelo Tribunal do Júri, que é o órgão judicial constitucionalmente competente, que analisará a necessidade ou não da punição estatal, além da ocorrência ou não de bis in idem.

[...]

Portanto, decisão sobre eventual afastamento da jurisdição estatal, mantendo a decisão do Conselho de lideranças indígenas, caberá ao Tribunal do Júri, que possui competência constitucional para tanto. Assim, nada a reparar na decisão de pronúncia, que determinou a submissão do recorrente a julgamento pelo Tribunal do Júri, demonstrando a prova da materialidade do crime e os indícios de autoria⁴²¹.

mandamento constitucional, garantia fundamental insculpida no artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal. 3. Recurso em sentido estrito desprovido, em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça. Câmara Criminal. Recorrente: Valdecir da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Roraima. Relator: Juiz Esdras Silva Pinto, 02 setembro de 2022. Disponível em:

<https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=DMnRu336KMEJDuAbFvINyczjBKKuslQvzhVt-fOM.prod-oraclelinux8-wildfly1-base>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴²¹ RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito nº 0800305-63.2017.8.23.0090**. Recurso em Sentido Estrito. Pronúncia. Homicídio qualificado tentado. Ameaça. Pretensa absolvição ante a violação ao princípio do non bis in idem. Possibilidade de dupla punição em virtude da repreensão aplicada ao acusado pelo conselho de lideranças indígenas a qual pertence. 1. Deve ser mantida a decisão de pronúncia, diante da comprovação da materialidade e da presença dos indícios da autoria do crime de homicídio qualificado, na forma tentada, cabendo ao Tribunal do Júri, órgão judicial constitucionalmente competente, analisar a necessidade ou não da punição estatal, além da ocorrência ou não de bis in idem, considerando a alegação da DEFESA de que o acusado, indígena, teria recebido a adequada punição pelo Conselho de lideranças indígenas a qual pertence. 2. A apreciação da eventual responsabilidade penal deve ser feita pelo E. Tribunal do Júri, de que não pode ser afastada a competência, sob pena de grave violação do mandamento constitucional, garantia fundamental insculpida no artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal. 3. Recurso em sentido estrito desprovido, em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça. Câmara Criminal. Recorrente: Valdecir da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Roraima. Relator: Juiz Esdras Silva Pinto, 02 setembro de 2022. Disponível em:

<https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=DMnRu336KMEJDuAbFvINyczjBKKuslQvzhVt-fOM.prod-oraclelinux8-wildfly1-base>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Assim, não houve a prevalência da decisão tomada pela comunidade indígena, haja vista que, no entendimento decisório, haveria violação constitucional ao direito estatal, caso se mantivesse a impronúncia de Valdecir, pelo fato de ele já ter sido punido pelo direito indígena de seu Povo.

Destarte, vê-se que o caso Denilson Trindade Douglas é raro e não encontraria similitudes no Direito estadunidense, uma vez que a autonomia dos *Indian Country*, como nações domésticas dependentes, não representa um exercício de pluralismo jurídico. Ao menos a título de exercício da competência jurisdicional penal indígena nos Estados Unidos da América.

Assim como o caso Denilson Trindade Douglas⁴²² é uma exceção à regra, o caso *Jimcy McGirt v. Oklahoma*, que reconheceu que metade do estado de Oklahoma é território indígena para efeitos jurisdicionais⁴²³ também o é, tanto que ambas as decisões não foram consideradas em julgados subsequentes submetidos ao Tribunal que os julgou.

O Direito, assim como o Estado, sob a égide fundacional da colonialidade e do racismo institucional, acaba por desenhar muitas formas de violências contra os Povos Indígenas⁴²⁴. Racismo e violência contra os Povos Indígenas, seja no norte ou no sul de *Abya Yala*, impedem a efetivação dos direitos e garantias dos direitos humanos.

Portanto, para uma efetivação do direito à autodeterminação dos Povos Indígenas, e do direito aos seus próprios sistemas de jurisdição, faz-se urgente, a partir do pensamento descolonial e dos direitos humanos, uma reinvenção do Direito estatal. A violência, o racismo, o genocídio e a “autorização para matar” não

⁴²² RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Hígidez do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=nn4ZGMUpZNzqCjxCdctFTIephv8t_XU Axz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

⁴²³ UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Jimcy McGirt v. Oklahoma**. July 9, 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

⁴²⁴ CARVALHO, Salo de; GOYES, David R.; WEIS, Valeria Vegh. Politics and Indigenous Victimization: The Case of Brazil. **British Journal of Criminology**, v. 61, p. 251-271, 2020.

encontram lugar na construção de sociedades plurais, democráticas e multiétnicas. Sendo papel do Estado e de suas Instituições o combate à violência, ao racismo e ao genocídio é, também, papel do Estado e de suas Instituições o fortalecimento, construção e efetivação dos direitos humanos, dos direitos constitucionais, da democracia e da pluralidade. Com isso, passa-se às considerações finais desta dissertação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colonização europeia em *Abya Yala* dizimou milhares de povos nativos que viviam nesses territórios. Através da empreitada do colonialismo, houve a categorização, objetificação, escravidão e universalização de diferentes povos em seres selvagens, desalmados e destituídos de humanidade, com a invenção da categoria “índio”. No paradigma da colonialidade, o “índio”, o selvagem e primitivo, foi considerado não-ser. Tendo em vista que o não-ser não é humano, por não possuir alma, estes se viram à mercê dos desejos e realizações de seus “superiores” — os europeus.

Partindo destas construções ideológicas coloniais, as nações europeias puderam destituir os territórios dos povos originários de *Abya Yala*, expropriar seus bens e suas terras, escravizá-los, estuprá-los, exterminá-los fisicamente — genocídio e etnocídio —, através da dominação civilizatória. Todo o paradigma de sistema mundo que estes povos detinham, antes de 1492, ou foi destruído, ou alterado pela violência do moinho do colonialismo, onde o *status quo* jamais poderá ser recuperado. Violências coloniais estas que, ressalvadas suas particularidades, foram a base histórica fundante da relação com o Poder Colonial, e depois estatal, tanto dos Povos Indígenas estadunidenses quanto dos Povos Indígenas brasileiros.

Após a independência das colônias e após a formação dos Estados, os Povos Indígenas se mantiveram na exclusão das tomadas diretivas do poder, inclusive nos assuntos que lhe afetam. Sendo que, por meio de suas lutas de resistência e suas mobilizações, conquistaram uma maior visibilidade e promulgação de seus direitos. Embora a efetivação, ainda constitua um grande ato de resistência, e necessite de maior articulação política e jurídica, pois se fabula no imaginário social e nas políticas dos estados que os Povos Indígenas são um entrave para o desenvolvimento econômico.

Ou seja, a fábula criada pelo colonialismo, em que o europeu é sinônimo de superioridade, civilização e progresso, com a inferiorização do “índio”, primitivo, atrasado e selvagem, ainda permanece. O “índio” ainda é visto pelo poder estatal como alguém que deve se integrar e se assimilar à sociedade não-indígena. Pois, nesta lógica da colonialidade, somente há “luz”/progresso, na égide uniforme e homogeneizadora do desenvolvimento econômico capitalista.

Situações estas que, ao longo desta pesquisa, observaram-se como um grande entrave para a efetivação do direito à autodeterminação dos Povos Indígenas, tendo em vista que a diferença e a pluralidade são assuntos desconhecidos dos operadores do Estado, sobretudo de boa parte do judiciário brasileiro. Mas a pedra de toque do óbice para a efetivação da autodeterminação dos Povos Indígenas é na colonialidade do Poder, em que o Estado ainda mantém o controle das rédeas do que é e não é dever e direito dos Povos Indígenas em sua jurisdição.

Neste trabalho, foi analisado um ponto da autodeterminação: o exercício da jurisdição criminal indígena, especificamente comparando seus contornos em dois países de *Abya Yala*, com processos históricos do colonialismo semelhantes, Brasil e Estados Unidos da América. Buscou-se responder: em que medida o sistema estadunidense de jurisdição criminal para os Povos Indígenas pode contribuir para repensar o sistema de jurisdição criminal indígena brasileiro no sentido de efetivar o direito à autodeterminação dos diferentes Povos Indígenas que habitam o Brasil?

Importante esclarecer novamente que, por se tratar de uma pesquisa de matriz teórica descolonial, esta dissertação não pretendeu a imposição do trato da jurisdição criminal dos Povos Indígenas estadunidenses no Brasil. O paradigma descolonial foi utilizado justamente para não se deslumbrar uma situação como superior à outra, mas como uma, em seus pontos aceitáveis, poderia contribuir para a outra, objetivando a garantia dos direitos dos Povos Indígenas, considerando a secular opressão da colonialidade do poder.

O que se observou é que, em ambos os países, considerando o histórico similar do colonialismo e da colonialidade na formação dos estados, tanto os Povos Indígenas estadunidenses quanto brasileiros não detêm a autonomia da jurisdição criminal quando há indígenas envolvidos. Nos EUA, as nações tribais possuíam o controle da jurisdição criminal, mas, por exemplo, com a implementação da *Major Crimes Act* em 1885, aqueles crimes considerados mais graves passaram a ser processados e julgados pela justiça federal dos EUA. Atualmente nos EUA, em casos criminais que envolvam acusados ou vítimas indígenas, ou crimes ocorridos em seus territórios, há a sujeição de três possíveis jurisdições: tribal, federal e estadual.

No Brasil, não há um sistema de jurisdição criminal indígena, há uma decisão julgada no Caso do indígena Denilson Trindade Douglas, pelo Tribunal de Justiça de Roraima, que é única e emblemática até para a jurisdição indígena estadunidense. Pois, neste julgado, mesmo se tratando de um homicídio, houve o entendimento de

que o indígena não poderia ser condenado pelo Estado brasileiro, pois as lideranças e os *Tuxaua* de seu Povo já haviam lhe imposto a condenação pelo crime praticado. Assim, como no julgamento do caso estadunidense *Jimcy McGirt v. Oklahoma*. Decisão esta que mostrou que a Suprema Corte dos EUA entendeu que metade do ente federado de Oklahoma é território indígena, *Indian Country*, portanto, em determinados casos, haverá a incidência de jurisdição tribal. Estas decisões não encontram semelhanças em seus aparatos jurisdicionais e não continuaram a ser seguidas pelos tribunais que as proferiram.

Sendo o reconhecimento e o estabelecimento jurídico do *Indian Country* um dos principais pontos para se pensar o exercício do direito à autodeterminação dos Povos Indígenas no Estado. Pois, mesmo os EUA não sendo signatários das normativas internacionais sobre os direitos dos Povos Indígenas e Tribais, em decorrência da trilogia Marshall, as nações indígenas são nações domésticas dependentes. Ou seja, não se constituem como países independentes dos EUA, mas mantêm uma relação de dependência — em que pese questionável, considerando a relação de autonomia pensada na Constituição Federal estadunidense —, em que podem exercer algumas autonomias dos assuntos internos, como é o caso do exercício da jurisdição tribal, mesmo que a punição que essas tribos podem impor seja semelhante ao caso do Brasil aos crimes de menor potencial ofensivo ou contravenções. E é no estabelecimento do território tribal como *Indian Country* que há o exercício desta fagulha de autodeterminação. Entende-se que ali é território indígena/tribal, após há o estabelecimento do *Indian Country* e ali aqueles povos podem decidir autonomamente alguns de seus assuntos internos.

Criticamente isto ainda não é suficiente para uma efetiva reparação histórica aos Povos Indígenas ou o gozo de sua pluralidade, autonomia, diferença ou autodeterminação. Outrossim, analisando-se a história do colonialismo que funda a relação dos Povos Indígenas com os Estados, apresenta-se como um caminho a efetivação de direitos básicos, como: território e autonomia no processo de tomada de decisão de assunto que os afetem. Se são suficientes, a resposta é não, mas podem ser um caminho de diálogo e reflexão para Ciência Jurídica e Política no Brasil, por exemplo.

Frisa-se, mais uma vez, que a finalidade desta pesquisa não é sugerir um transplante do modelo de jurisdição criminal indígena estadunidense para o Brasil, mas pensar a partir das experiências mais compatíveis com o exercício da

autodeterminação, partindo da efetivação de direitos básicos. O foco foi pensar em possibilidades e caminhos para a efetivação do direito à autodeterminação dos Povos Indígenas através de outras experiências.

Nessa toada, o reconhecimento de certa autonomia para assuntos internos nos *Indian Country* nos EUA não se apresentou como uma realidade nos territórios indígenas brasileiros. Mas, para os casos de crimes de menor potencial ofensivo ou contravenções penais, poderia ser pensado, com a devida participação e consulta dos Povos Indígenas, tanto como um exercício de autodeterminação e reconhecimento dos territórios dos Povos Indígenas quanto uma alternativa para desafogar o volume de trabalho do Poder Judiciário.

Ademais, em caso de processos ou procedimentos que envolvam indígenas no Brasil, é imprescindível a compreensão e o entendimento da violência estrutural e institucional sofrida pelos Povos Indígenas no Brasil, pois, somente com esta compreensão histórica, factual e permanente da violência enfrentada cotidianamente pelos Povos Indígenas, pode-se entender os danos a eles em perspectivas. Entendendo-se como outros caminhos para o respeito da pluralidade étnico-cultural, através da efetivação dos direitos e garantias constitucionais e dos direitos humanos, do Direito Internacional, bem como dos caminhos para o pensamento descolonial e intercultural.

Nos últimos anos, mesmo com o avanço brasileiro na criação de regras a serem observadas pelos magistrados em julgamentos e sentenças envolvendo réus indígenas, porém, sua devida implementação ainda é um desafio. Concepções ultrapassadas sobre a identidade e a cultura indígena ainda formam o horizonte do imaginário social e processo de tomada de decisões de boa parte dos magistrados e membros do Ministério Público brasileiro, impedindo a efetivação do paradigma constitucional da diferença cultural.

O fato de o Estado brasileiro exercer jurisdição em casos criminais envolvendo réus ou vítimas indígenas, com reduzidíssimo espaço para o exercício da jurisdição indígena, tem, assim, duas principais consequências. A primeira delas é que o Estado brasileiro assume com quase total exclusividade a administração da justiça entre comunidades que, a exemplo do que ocorre nos EUA, poderia dar conta de seus assuntos internos, especialmente em relação a crimes de menor potencial ofensivo que não requerem uma estrutura jurisdicional tão complexa (Tribunais, presídios, polícia etc.). A segunda é que, quando toma para si a administração da justiça, o

sistema de justiça criminal comete, reiteradamente, violação de vários direitos coletivos e individuais dos Povos Indígenas enunciados na Constituição, nos Tratados internacionais e até mesmo no superado “Estatuto do Índio” (como, por exemplo, o regime de semiliberdade).

Ao apresentar o modelo de jurisdição estadunidense, o propósito desta dissertação não foi defender a sua inteira adoção no Brasil. Até porque são países com sistemas distintos, e as relações que cada Estado estabelece com os Povos Indígenas são bem distintas. Mas, além de chamar a atenção para mostrar que o sistema de justiça criminal brasileiro é muito insuficiente em comparação com outros países, apresentar outras experiências em que há o reconhecimento da autonomia dos Povos Indígenas.

Ponto fundamental que pode emergir para novas contribuições são os estudos das jurisdições criminais para os Povos Indígenas em outros países da América. Pois, como levantado brevemente, as cartas constitucionais de México, Bolívia, Equador e Colômbia garantem o direito à autodeterminação dos Povos Indígenas. Portanto, uma investigação futura do sistema criminal dos Povos Indígenas nestes países poderia contribuir para os estudos aqui no Brasil. Sem falar que são países de tradição de *civil law*, assim como o Brasil, e todos eles assinaram a Convenção n. 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Assim, propõe-se ao Estado brasileiro uma urgente remodelação da legislação criminal e da atuação dos sistemas de justiça aos preceitos que garantem aos Povos Indígenas o respeito à sua autodeterminação, à sua condição étnica cultural diversa e plural à da sociedade envolvente. Através da participação e consulta ampla destes povos, o que envolve respeito (e não apenas tolerância) aos seus usos, costumes e tradições, e às suas formas próprias de resolução de conflitos, como um meio não só de efetivar direitos, buscando repará-los historicamente, pois o Brasil é terra indígena. De norte a sul de *Abya Yala*, também.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joanderson Gomes de; MENDES, Diego José Dias. O TRATAMENTO PENAL DO INDÍGENA NO BRASIL. **Revista Rios**, Paulo Afonso, v. 11, n. 14, p. 254-266, 2017. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2017/14/o_tratamento_penal_d_o_indigena_no_brasil.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.
- ALVES, Raysa Antônia Alves. Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 55-78. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.
- AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. *E-book*.
- AMADO, Luiz Henrique Eloy; ALFINITO VIEIRA, Ana Carolina. **Criminalização e reconhecimento incompleto: obstáculos legais à mobilização indígena no Brasil**. Rio de Janeiro: Autografia, 2021.
- AMADO, Luiz Henrique Eloy; SANTOS, Anderson de Souza. Corpos indígenas e justiça criminal no contexto social do Mato Grosso do Sul. *In*: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 257-270. *E-book*.
- ANAYA, Stephen James. **Indigenous Peoples in International Law**. New York: Oxford University Press, 1996.
- ANAYA, Stephen James. International Human Rights and Indigenous Peoples: the move toward the Multicultural State. **Arizona Journal of International & Comparative Law**, v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004.
- ANAYA, Stephen James. Os Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Tradução Bias Arrudão. *In*: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* (org.). **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 167-203. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004373.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.
- ANDERSON, Robert T.; BERGER, Bethany; FRICKEY, Philip P.; KRAKOFF, Sarah. **American Indian Law: Cases and Commentary (American Casebook Series)**. St. Paul, MN: Thomson/West, 2008.
- ANDRIGHETTO, Aline; NARDON MARTINS, Lais. Ka’ahẽ guarani: a (des)proteção jurídica da biodiversidade e dos etnossaberes dos povos indígenas brasileiros. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 19, n. 45, p. 37-61, set/dez. 2022. Disponível

em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2412>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BAINES, Stephen Grant. Protagonismo indígena em Roraima para efetivar os direitos indígenas diferenciados: rumo a um pluralismo jurídico. **Revista Latino-Americana de Criminologia**, [S. l.], v. 2, n. 02, p. 13–33, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/relac/article/view/45784>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BARRETO, Jose-Manuel. **Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History**. Disponível em: https://www.academia.edu/8791746/Imperialism_and_Decolonization_as_Scenarios_of_Human_Rights_History. Acesso em: 12 fev. 2021.

BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; LEMOS, Walter Gustavo. **Das tradições ortodoxas e heterodoxas nos direitos humanos**: uma antologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BONFIL BATALLA, Guillermo. El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial. **Anales de Antropología**, [S. l.], v. 9, p. 105-124, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/antropologia/article/view/23077>. Acesso em: 18 jul. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ia.24486221e.1972.0.23077>.

BONFIL BATALLA, Guillermo. **Utopia y revolución**: El pensamiento Político de los Indios en América Latina: Etnodesarrollo y Etnocídio. Ciudad de México: Nueva Imagen, 1981.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Os Yanomami e o genocídio. **Zero Hora**, Porto Alegre, 04 fev. 2023. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/ultimas-noticias/tag/terras-indigenas/>. Acesso em: 03 mar. 2023.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Sobre o conceito de minorias: uma análise sobre racionalidade moderna, direitos humanos e não discriminação. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado: n. 14. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. The responsibility of the Brazilian State for the right to life in the context of the COVID-19 pandemic. **IHU Unisinos**, [São Leopoldo?], 28 abr. 2020. Disponível em: https://www.ihu.unisinos.br/images/ihu/2020/04/28_04_artigo_direito_vida_estado_covid_bragato_ingles.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo Bragato; BIGOLIN NETO, Pedro. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. Indigenous land conflicts in Brazil: between risk and prevention. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, p. 156-195, 2017. p. 165. DOI: 10.12957/dep.2017.21350.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; DELFINO DE ALMEIDA, Marco Antônio; KESTENBAUM, Jocelyn Getgen. POVOS INDÍGENAS, GENOCÍDIO E PANDEMIA NO BRASIL/INDIGENOUS PEOPLES, GENOCIDE AND PANDEMICS IN BRAZIL/PUEBLOS INDÍGENAS, GENOCIDIO Y PANDEMIA EN EL BRASIL. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 7, n. 17, p. 80-109, mai./ago., 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44623/25660>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.154, de 1º de janeiro de 2023**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1154.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.154%2C%20DE,da%20Rep%C3%BAblica%20e%20dos%20Minist%C3%A9rios. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Agravo Regimental do Conflito de Competência nº 149.964-MS**. Processual Penal. Agravo Regimental. Conflito negativo de competência. Suposto crime de homicídio praticado por índio contra índio. Inexistência de disputa sobre direitos indígenas. Aplicabilidade súmula 140/STJ. Precedentes. Agravo Regimental desprovido. I - Nos termos do artigo 109, XI, da Constituição Federal, será da competência da Justiça Federal processar e julgar "disputa sobre direitos indígenas" [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Caarapó – MS. Interessado: Mario Vera. Interessado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Felix Fischer, 22 de março de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1584573&num_registro=201603096312&data=20170329&formato=PDF. Acesso em: 4 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Conflito de Competência nº 101.569-PR**. Conflito negativo de competência. Homicídio. Vítima e autor indígenas. Motivação. Vingança. Inexistência de lesão a direitos indígenas. Motivação estritamente pessoal. Súmula 140/STJ. Incidência. Competência da justiça comum estadual. 1. Compete à Justiça Federal processar e julgar delitos relacionados à disputa de direitos indígenas, conforme a dicção do art. 109, XI da CF, exigindo-se lesão direta à organização social e cultural dos índios [...]. Autor: Justiça Pública. Réu: Em apuração. Suscitante: Juízo Federal e Juizado Especial Adjunto de Apucarana-SJ/PR. Suscitado: Juízo de Direito da Vara Criminal de Ortigueira - PR. Relator: Ministro Jorge Mussi, 25 de agosto de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1584573&num_registro=201603096312&data=20170329&formato=PDF

equencial=999225&num_registro=200802706309&data=20100906&formato=PDF.
Acesso em: 4 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso em Mandado de Segurança nº 30.675-AM**. Mandado de segurança. Recurso. Ação penal. Indígena. Assistência da FUNAI. I. Índio denunciado por crime de tóxico que pede assistência da FUNAI, todavia recusada pelo Juiz ao entendimento de que por possuir documentos e viver na cidade o indígena está integrado [...]. Recorrente: Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Recorrido: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Gilson Dipp, 22 de novembro de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902007962&dt_publicacao=01/12/2011. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Conflito de Competência nº 123.016-TO**. Conflito Negativo de Competência. Crimes de calúnia e difamação entre índios. Súmula 140/STJ. Não incidência. Disputa relacionada à liderança e ocupação da Aldeia Wahuri, do Povo Javaé, na Ilha do Bananal. Interesse de toda a comunidade indígena. Art. 109, XI, e art. 231 da Constituição da República. Competência da Justiça Federal. 1. Em regra, a competência para processar e julgar crime que envolva índio, na condição de réu ou vítima, é da Justiça Estadual, conforme preceitua o enunciado nº 140 da Súmula desta Corte, segundo o qual: "Compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima." [...]. Suscitante: Juízo Federal de Gurupi-SJ/TO. Suscitado: Juízo de Direito da Vara Criminal de Formoso do Araguaia-TO. Interessado: Ibederi Javaé. Interessado: Karnascócia Werehararika Javaé. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 26 de junho de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1248290&num_registro=201201190136&data=20130801&formato=PDF. Acesso em: 4 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 140**. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1995]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.270.202 Paraná**. Recurso Extraordinário. Penal. Processo Penal. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Crime praticado por indígena. Inobservância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho: afronta ao § 2º do art. 5º da Constituição da República. Direito ao regime especial de semiliberdade. Precedente. Dosimetria: pedido prejudicado. Revisão de causa de inexigibilidade de conduta diversa: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de Prequestionamento: inc. LVII do art. 5º e arts. 231 e 232 da Constituição da República. Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário parcialmente provido. Recorrente: Fundação Nacional do Índio. Recorrido: Ministério Público Federal. Interessado: Valdir José Kokoj dos Santos. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344735793&ext=.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Execução n. 5000407-12.2019.4.04.7208/SC**. Processo Penal. Agravo de Execução. Regime especial de semiliberdade. Art. 56, Parágrafo Único, da Lei Nº 6.001/73. Índio totalmente integrado à sociedade. Inaplicabilidade do benefício. 1. O Estatuto do Índio foi editado com o propósito de preservar a cultura dos indígenas, os seus direitos e viabilizar a integração à comunhão nacional, sem violar os hábitos e tradições, como dispõe o art. 1º. 2. A essência da proteção especial, aliada à interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 6.001/73, permite concluir que o regime diferenciado previsto no art. 56, parágrafo único, é inaplicável ao indígena totalmente integrado à comunhão nacional. 3. Agravo de execução penal improvido. 8. Turma. Agravante: Daniel Pereira e outros. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, 15 de maio de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000985790&versao_gproc=4&crc_gproc=abb010ca. Acesso em: 25 maio 2022.

BOLIVIA. [Constitución (2009)]. **Constitución Política del Estado de 2009**. Ciudad de El Alto de La Paz: Presidencia Constitucional de la República, 2009. Disponível em: <http://www.diputados.bo/sites/default/files/cpe2014.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Bureau of Indian Affairs (BIA)**. Washington, D.C., 2022. Disponível em: <https://www.bia.gov/bia>. Acesso em: 10 set. 2022.

BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Featured Services**. Washington, D.C., 2022. Disponível em: <https://www.bia.gov/#:~:text=Indian%20Affairs%20provides%20services%20directly,American%20Indian%20and%20Alaska%20Natives>. Acesso em: 10 set. 2022.

BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Office of Federal Acknowledgment (OFA)**. Washington, D.C., 2022. Disponível em: <https://www.bia.gov/as-ia/ofa>. Acesso em: 10 set. 2022.

BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Why are American Indians and Alaska Natives also referred to as Native Americans?** Washington, D.C., 2017. Disponível em: <https://www.bia.gov/faqs/why-are-american-indians-and-alaska-natives-also-referred-native-americans>. Acesso em: 10 set. 2022.

BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA); U.S. DEPARTMENT OF THE INTERIOR. **Guidelines, Precedent Manual, and Sample Narrative**. Disponível em: <https://www.bia.gov/as-ia/ofa/guidelinesprecedent-manual-and-sample-narrative>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CARDOSO, João Vitor; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 558-576, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6058.

CARTOLA. O mundo é um moinho. *In*: LETRAS. Belo Horizonte, [2023?]. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/cartola/44901/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CARVALHO, Salo de; GOYES, David R.; WEIS, Valeria Vegh. Politics and Indigenous Victimization: The Case of Brazil. **British Journal of Criminology**, v. 61, p. 251-271, 2020.

CLAVERO, Bartolomé. Cultural Supremacy, Domestic Constitutions, and the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *In*: CHARTERS, Claire; STAVENHAGEN, Rodolfo (ed.). **Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**. Copenhagen: IWGIA, 2009. p. 344-351. Disponível em: https://www.iwgia.org/images/publications/making_the_declaration_work.pdf. Acesso em: 4 out. 2022.

COLOMBIA. [Constitución (1991)]. **Constitución Política de Colombia 1991**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

COLOMBIA'S support for UN Declaration on Indigenous People welcomed. **UNHCR The UN Refugee Agency**, [S. l.], 24 April 2009. Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/briefing/2009/4/49f1bc356/colombias-support-un-declaration-indigenous-people-welcomed.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 29 de septiembre de 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2021.

CONFLITOS de competência e outras questões indígenas na pauta do STJ. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, Brasília, 24 set. 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-24_08-00_Conflitos-de-competencia-e-outras-questoes-indigenas-na-pauta-do-STJ.aspx#:~:text=A%20extens%C3%A3o%20do%20que%20se,crime%20contra%20a%20dignidade%20sexual. Acesso em: 10 set. 2022.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. **Tribal Land and Ownership Statuses: Overview and Selected Issues for Congress**, 2021. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46647>. Acesso em: 10 set. 2022.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Relatório: Violência contra os povos indígenas no Brasil. Dados 2021**. Brasília: Cimi, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Manual Resolução 287/2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/ManualResolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Quem somos**. Brasília, DF: CNJ, [S. d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em: 4 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 4 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 454, de 22 de abril de 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2022/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CNJ-454.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos No. 36: Jurisprudência sobre o Brasil**. San José: Corte IDH, 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo36_2022_port1.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=pt>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2018, Série C, N. 353. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021.

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

CURI, Melissa Volpato. Os direitos indígenas e a Constituição Federal. **Consilium - Revista Eletrônica de Direito**, Brasília, n.4, v.1, maio/ago. de 2010.

DAES, Erica-Irene A. An overview of the history of indigenous peoples: self-determination and the United Nations. **Cambridge Review of International Affairs**, v. 21, n. 1, p. 7-26, March 2008. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09557570701828386?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 30 abr. 2021.

DAUDT, Gabriel Pithan. **Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**: o conflito entre a eficácia e a promoção dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (DESA). **State of the World's Indigenous Peoples**. New York: United Nations, 2009. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/en/SOWIP_web.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

DIEBEL, Jeffrey; JOHNSON, Ben; MULLEN, Mary. Criminal Jurisdiction in Indian Country. *In*: MINNESOTA HOUSE OF REPRESENTATIVES. **American Indians, Indian Tribes, and State Government**. St. Paul: Minnesota House Research Department, 2020. Disponível em: <https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/indiangb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF). **La protección de los derechos de los Pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal**: Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero. Washington, D.C.: DPLF, 2012.

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF). **Manual para defender os direitos dos Povos Indígenas e tradicionais**. Washington, D.C.: DPLF, 2018.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.

ECUADOR. [Constitución (2008)]. **Constitución de la República del Ecuador 2008**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación Modernidad/Colonialidad latinoamericano. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 1, p. 51-86, enero-diciembre 2003. Disponível em: <http://www.revistatabularasa.org/numero-1/escobar.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. *In*: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (coord.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**. Barcelona: Red de Derechos

Humanos y Educación Superior, 2014. p. 301-336. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39779.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

FEIJÓ, Julianne Holder da C. S. O DIREITO PENAL E O ÍNDIO: DESAFIOS HISTÓRICOS SOB A NOVA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 6, n. 1, 2015.

FOCARELLI, Carlo. Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects. **Nordic Journal of International Law**, v. 77, n. 4, p. 429-459, 2008. DOI: 10.1163/157181008X374906. Acesso em: 03 mar. 2023.

FRITSCH, Diovanna Vitória; NARDON MARTINS, Lais. Justiça Restaurativa e povos indígenas brasileiros: perspectivas de cultura de paz. *In*: ALMEIDA, Vânia Hack de; PINTO, Catarina Volkart; SILVA, Marcelo Cardozo; NASCIMENTO, Paula Cristina Piazero (org.). **Justiça restaurativa: perspectivas a partir da Justiça Federal**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2022. p. 102-125. *E-book*. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2023/kkf21_livro_jr_trf4_atualizado_120123_0.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS (FUNAI). **A Funai**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/Institucional>. Acesso em: 10 set. 2022.

FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS (FUNAI). **Funai passa a se chamar Fundação Nacional dos Povos Indígenas**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2023/funai-passa-a-se-chamar-fundacao-nacional-dos-povos-indigenas>. Acesso em: 10 jan. 2023.

FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS (FUNAI). **Quem São**. Brasília: Funai, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>. Acesso em: 19 mar. 2021.

GETCHES, David H.; WILKINSON, Charles F.; JR. WILLIAMS, Robert A.; FLETCHER, Matthew L. M.; CARPENTER, Kristen A. **Cases and Materials on Federal Indian Law (American Casebook Series)**. Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

GIEGERICH, Thomas. Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts? *In*: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean Marc (ed.). **The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**. Leiden, Boston: Brill, 2006. p. 203-238. *E-book*.

GILROY, Paul. **Entre campos: nações, cultura e o fascínio da raça**. São Paulo: Annablume, 2007.

GÓMEZ, Magdalena. Derecho indígena y constitucionalidad. *In*: KROTZ, Esteban (org.). **Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho**.

Barcelona: Anthropos; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2002. p. 235-277.

GOODRUM Adam. Meeting the McGirt Moment: The Five Tribes, Sovereignty & Criminal Jurisdiction in Oklahoma’s New Indian Country. **American Indian Law Review**, v. 46, n.1, p. 201-237, 2022. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ou.edu/ailr/vol46/iss1/7>. Acesso em: 10 set. 2022.

GUARANY, Vilmar Martins Moura. Desafios e perspectiva para a construção e o exercício da cidadania indígena. In: ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* (org.). **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 146-166. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004373.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

HOISLER SALLET, Bruna; BONATO GOMES, Thais; ROTTA ALMEIDA, Bruno. RACISMO INSTITUCIONAL E POVOS INDÍGENAS: DAS PRÁTICAS ASSIMILADAS ÀS ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 153–182, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36496>. Acesso em: 27 jan. 2023.

HOWARD, Catherine. **Wrought identities**: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia. 2001. Dissertation (Doctor of Philosophy) – Department of Anthropology, University of Chicago, Chicago, 2001. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/tesesdissertacoes/wrought-identities-waiwai-expeditions-search-unseen-tribes-northern>. Acesso em: 10 jan. 2023.

INDIAN COUNTRY TODAY (ICT). **2020 Census**: Native population increased by 86.5 percent. Disponível em: <https://indiancountrytoday.com/news/2020-census-native-population-increased-by-86-5-percent>. Acesso em: 10 set. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Conheça o Brasil** – População: indígenas. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20506-indigenas.html>. Acesso em: 19 mar. 2021.

INSTITUTO DE ESTUDOS LATINO-AMERICANOS (IELA). **Abya Yala**. Florianópolis: IELA, [S. d.]. Disponível em: <https://iela.ufsc.br/projeto/povos-originaarios/abya-yala/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Countries that have not ratified this Convention**. C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169). [S. l.]: ILO, [2022?]. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312314:NO. Acesso em: 10 dez. 2022.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Indigenous and Tribal Peoples Convention**, 1989 (No. 169). Geneva: ILO, 76th ILC session, 27 Jun 1989. Disponível em:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C169:NO. Acesso em: 10 dez. 2022.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Ratifications of C169**. [S. l.]: ILO, [2022?]. Disponível em:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:8175802763002:::P11300_INSTUMENT_SORT:1. Acesso em: 10 dez. 2022.

KAYZER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010.

LAS CASAS, Bartolomé de. **Apología o Declaración y Defensa Universal de los derechos del hombre y de los pueblos**. Salamanca: Junta de Castilla y León. Consejería de Educación y Cultura, 2000. Disponível em:
<https://www.saavedrafajardo.org/Archivos/LIBROS/Libro0054.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.

LEXISNEXIS. **Bryan v. Itasca Cty.** - 426 U.S. 373, 96 S. Ct. 2102 (1976). [S. l., S. d.]. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-bryan-v-itasca-cty#>. Acesso em: 10 nov. 2022.

LYTLE, Clifford M.; DELORIA, Vine. **American Indians, American Justice**. Austin. Austin: University of Texas Press, 1983. *E-book*.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. *In*: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUÉL, Ramón. (ed.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MÉXICO. [Constitución]. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em:
https://www.senado.gob.mx/64/app/documentos_de_apoyo/Doc_Apoyo_Agosto/files/Constitucion_28092022.pdf. Acesso em: 30 nov. 2023.

MIGNOLO, Walter. La opción de-colonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 8, p. 243-281, enero-junio 2008. Disponível em:
<http://www.revistatabularasa.org/numero-8/mignolo1.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

MILHOMENS, Heitor Antunes. DA JURISPRUDÊNCIA À DECLARAÇÃO: A TRAJETÓRIA INVERSA DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de *et al.* (org.). *Indígenas, Quilombolas e outros Povos Tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2018. p. 213-231. Disponível em: <http://direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2019/10/Indi%CC%81genas-Quilombolas-e-outros-povos-tradicionais.pdf#page=186>. Acesso em: 10 jan. 2023.

MILLER, Robert J.; D'ANGELIS, Micheline. Brazil, Indigenous Peoples, and the International Law of Discovery. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 37, n. 1, 2011. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol37/iss1/1/>. Acesso em: 15 set. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **CARTILHA DIREITOS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS**. Disponível em: <https://bioeconomia.fea.usp.br/wp-content/uploads/2022/03/DIREITOS-DOS-POVOS-E-COMUNIDADES-TRADICIONAIS.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

MOREIRA DA SILVA; Tédney. A necessidade de perícia antropológica de indígenas no processo penal. *In*: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 9-27. *E-book*.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes**. Agenda para 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

NATIONAL CONGRESS OF AMERICAN INDIANS (NCAI). **Tribal Nations and The United States**: an introduction. Washington, DC, Feb. 2020. Disponível em: https://www.ncai.org/tribalnations/introduction/Indian_Country_101_Updated_February_2019.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

NARDON MARTINS, Lais; DAMASCENO, Gabriel Pedro Moreira; SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da. POVOS INDÍGENAS NO BRASIL PANDÊMICO: Uma fotografia tecida em palavras escritas. *In*: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; JAQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner (org.). **Políticas Públicas no Brasil**: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos Direitos Humanos. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2022. *E-book*.

NARDON MARTINS, Lais; SARTORI JUNIOR, Dailor; THEWES, Gabriela da Cunha. Direitos humanos coletivos dos povos indígenas. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos**: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais. Brasília: ENADPU, 2022. p. 629-690. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

NARDON MARTINS, Lais; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Povos Indígenas brasileiros: dos direitos e garantias constitucionais na realidade jurídica da Constituição Federal de 1988. *In*: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes et al. (coord.). **Direito Constitucional e Violência na Sociedade Contemporânea**. Recife: Editora Publius, 2021. *E-book*.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DO_S_POVOS_IND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO. Acesso em: 03 mar. 2023.

O'DONNELL, Daniel. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano**. 2ª ed. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Panorama do tratamento penal dos Povos Indígenas no Brasil. *In*: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 237-256. *E-book*.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>. Acesso em: 26 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (107ª sessão) em 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral (3ª sessão) realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

PANZIRONI, Francesca. **Indigenous peoples' right to self-determination and development policy**. 2006. Thesis (Doctor of Philosophy) – Faculty of Law, University of Sydney, Sydney, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/41230579.pdf>. Acesso em: 4 out. 2022.

PEMBER, Mary Annete. Supreme Court takes up the Indian Child Welfare Act: ICWA faces broad constitutional challenges in an unfriendly court. **Indian Country Today**

(ICT), [S. l.], Nov. 9, 2022. Disponível em: <https://ictnews.org/news/supreme-court-takes-up-the-indian-child-welfare-act>. Acesso em: 10 nov. 2022.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. As normas de jus cogens e os direitos humanos. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S. l.], v. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/11>. Acesso em: 3 mar. 2023.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9-31, dez. 2005.

RIBEIRO, Bernard Constantino. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. OS DIREITOS HUMANOS E AS PERSPECTIVAS DECOLONIAIS: A CONDIÇÃO DO SUJEITO SUBALTERNO NO BRASIL. **Amicus Curiae**. Criciúma, v. 11, 2014. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5182/Os%20direitos%20humanos%20e%20as%20perspectivas%20decoloniais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 nov. 2021.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 5043906-13.2021.8.21.7000/RS**. Agravo em execução penal. Apenado indígena. inaplicabilidade dos benefícios do art. 56 do estatuto do índio. Índio integrado à sociedade civil. Ausência de prova em contrário. Ônus da defesa. Matéria coberta pela preclusão. Tratando-se de indivíduo indígena integrado à sociedade civil, já que domina fluentemente a língua portuguesa e possui RG, a exercer atos da vida civil, caberia à defesa o ônus de demonstrar o contrário para fins de aplicação dos benefícios previstos no art. 56 do Estatuto do Índio, notadamente a possibilidade de cumprimento da pena em regime especial de semiliberdade. Ônus defensivo não comprovado. Precedentes do STJ e de Cortes estaduais. 2. Impossibilidade, por outra, de realização de laudo antropológico durante a execução da pena a fim de comprovar que o recorrente não preenche a condição de índio integrado, pois questão que deveria ter sido suscitada no decorrer do processo de conhecimento e, mais, foi objeto de expressa decisão do juízo federal durante o processo de conhecimento, que entendeu e qualificou o agravante como índio integrado à sociedade [...]. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça. Desembargador-Relator: Luciano Andre Losekann, 30 de julho de 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 25 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70084262658**. Habeas Corpus. Homicídio triplamente qualificado. Manutenção da prisão preventiva. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Prisão domiciliar. Descabimento. 1. Prisão Preventiva. Garantia Da Ordem Pública. Fundamentação Idônea. Paciente que, supostamente, ceifou a vida da vítima, após deferir-lhe um soco e efetuar

disparos de arma de fogo contra a parte ofendida, em decorrência de discussão envolvendo assuntos políticos, sendo o paciente apontado como autor do homicídio pelas testemunhas presenciais do crime. Há indícios, ainda, de que o coacto, após a prática do fato que levou a primeira vítima a óbito, a fim de evadir-se de culpa e obstar a atuação policial, subtraiu a motocicleta de outro ofendido, mediante o emprego de arma de fogo. Gravidade concreta das condutas que evidenciam a necessidade de manutenção da prisão preventiva, a fim de resguardar a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal. Fumus comissi delicti e periculum libertatis presentes. Requisitos do artigo 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, atendidos. Constrangimento ilegal não evidenciado [...]. 3. Câmara Criminal. Paciente: Denilson Sales Joaquim. Coator: Juiz de Direito da Vara Judicial da Comarca de Tenente Portela. Desembargadora-Relatora: Viviane de Faria Miranda, 19 de junho de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 25 maio 2022.

ROBERTSON, Lindsay. **Conquest by Law**: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands. Oxford University Press, 2007.

ROBERTSON, Lindsay. Decisão da Suprema Corte dos EUA abre precedente para retomada de territórios indígenas. Entrevista especial com Lindsay Robertson. **Instituto Humanitas Unisinos (IHU)**, São Leopoldo, 7 set. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/602605-decisao-da-supremacorte-dos-eua-abre-precedente-para-retomada-de-territorios-indigenas-entrevistaespecial-com-lindsay-robertson>. Acesso em: 25 maio 2022.

RODAS, João Grandino. Ius cogens em direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 69, 1974.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Apelação Criminal. Homicídio. Crime praticado entre indígenas na Terra Indígena Manoá/Pium. Região Serra da Lua, Município de Bonfim-RR. Homicídio entre parentes. Crime punido pela própria comunidade (Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá). Penas alternativas impostas, sem previsão na lei estatal. limites do art. 57 do Estatuto do Índio observados. Denúncia do Ministério Público. Impossibilidade de Persecução Penal. Jus puniendi estatal a ser afastado. non bis in idem. Questão de Direitos Humanos. Higiene do sistema de responsabilização penal pela própria comunidade. Legitimidade fundada em leis e tratados. Convenção 169 da OIT. Lições do Direito Comparado. Declaração de ausência do direito de punir estatal que deve ser mantida. Apelo Ministerial Desprovido [...]. Câmara única. Apelante: Ministério Público do Estado de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Desembargador Mauro Campello, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=nn4ZGMUpZNzqCjxCdctFTIephv8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito nº 0800305-63.2017.8.23.0090**. Recurso em Sentido Estrito. Pronúncia. Homicídio qualificado tentado. Ameaça. Pretensa absolvição ante a violação ao princípio do non bis in idem. Possibilidade de dupla punição em virtude da repreensão aplicada ao acusado

pelo conselho de lideranças indígenas a qual pertence. 1. Deve ser mantida a decisão de pronúncia, diante da comprovação da materialidade e da presença dos indícios da autoria do crime de homicídio qualificado, na forma tentada, cabendo ao Tribunal do Júri, órgão judicial constitucionalmente competente, analisar a necessidade ou não da punição estatal, além da ocorrência ou não de bis in idem, considerando a alegação da DEFESA de que o acusado, indígena, teria recebido a adequada punição pelo Conselho de lideranças indígenas a qual pertence. 2. A apreciação da eventual responsabilidade penal deve ser feita pelo E. Tribunal do Júri, de que não pode ser afastada a competência, sob pena de grave violação do mandamento constitucional, garantia fundamental insculpida no artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal. 3. Recurso em sentido estrito desprovido, em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça. Câmara Criminal. Recorrente: Valdecir da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Roraima. Relator: Juiz Esdras Silva Pinto, 02 setembro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml;jsessionid=DMnRu336KMEJDAbFvINyczjBKkuslQvzhVt-fOM.prod-oraclelinux8-wildfly1-base>. Acesso em: 10 jan. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 78, p. 3-46, Outubro 2007.

SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA SOB A ÉGIDE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 185-206, jun. 2014. DOI: <http://dx-doi.ez101.periodicos.capes.gov.br/10.12957/rqi.2014.10687>.

SANTOS, João Vitor. Demarcações de terras indígenas são prioridade no atual governo federal. Entrevista especial com Eloy Terena Secretário-executivo do Ministério recém-criado para atender os povos originários destaca que estas demarcações têm estreita relação com os compromissos assumidos como a preservação ambiental e tentativas de minimizar o caos climático. **Instituto Humanitas Unisinos (IHU)**, [S. l.], 18 jan. 2023. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/159-entrevistas/625635-demarcacoes-de-terras-indigenas-e-prioridade-no-atual-governo-federal-entrevista-especial-com-eloy-terena>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SANTOS, José Carlos dos. A Declaração Universal dos Direitos dos povos indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; BERGOLD, Raul Cezar (org.). **Os direitos dos povos indígenas brasileiros: desafios do século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 35-58. p. 40. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55993370/Os_direitos_dos_povos_indigenas_no_Brasil_-_desafios_no_seculo_XXI.pdf?1520444100=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DOs_direitos_dos_povos_indigenas_no_Bras.pdf&Expires=1618757232&Signature=II9jR~xjqBJ2pxq0xEg~mNIXHSbpL3DEtq9HY9oLU9Yq4DKuPCOiEpsLizeQABCMkfzRMjWSMwT5f9OkNGTbianWyWlaG154K7RsKn7WY3YQ0EvAUI8qldbnwTj6B5lnK0vmW1Cq7N5Gd3CMbFUhP5zYJWSAgZ~y~THgR9uznkbKbagmEWSYIyRktHRpaT6x0SPXpsBd3XkU5QnDonicUAGCUMQ5IOSwAaxqajh70uFcjIVKV9ZwWPIHkwM9w9RMmrMf~xnY6ODOP60Sy7dmTIONAauSA~q

1ChllwKLeAUqcCOqqNvyil0b66HrVuGz7XyeBkz00ZKavsOJAAYvtuQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=13. Acesso em: 18 abr. 2021.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indígena**. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHÄFER, Gilberto; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Controle de convencionalidade: reflexões para uma práxis brasileira. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo (ed.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais**. Brasília: ENADPU, 2022. p. 79-97. p. 86-87. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/thumbnails/escola/ConteudoJuridico_DH.pdf. Acesso em: 6 dez. 2022.

SCHWARTZ, Mainon A. The 574 Federally Recognized Indian Tribes in the United States. **Congressional Research Service (CRS)**, [S. l.], February 8, 2023. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47414>. Acesso em: 06 mar. 2023.

SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle. Treaties, peoplehood, and self-determination: understanding the language of indigenous rights. *In*: PULITANO, Elvira (ed.). **Indigenous rights in the age of the UN Declaration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

SEATTLE TIMES. **Washington Indian Tribes Today: Culture Protecting the Environment and Natural Resources, Enriching People, Building Communities**. Seattle, 2016. Disponível em: http://nie.seattletimes.com/wpcontent/uploads/sites/12/2016/10/WIGA_10-1616_8PageTab_final.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 65–92, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623>. Acesso em: 06 mar. 2023.

SILVA, Julia Izabelle da Silva. Língua e racismo na CPI do Genocídio/MS: o caso Paulino Terena e o direito dos Povos Indígenas ao uso da língua tradicional em procedimentos judiciais. *In*: AMADO, Luiz Henrique Eloy (o). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020. p. 47-73. *E-book*.

SONIA Guajajara é a 1ª ministra dos Povos Indígenas. **Amazônia Real**, [S. l.], 29 dez. 2022. Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/sonia-guajajara-e-a-1a-ministra-dos-povos-indigenas/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

SOUZA, Raffaella Cássia de. **O PROCESSO COLETIVO INTERCULTURAL: O DIREITO DE ACESSO DOS POVOS INDÍGENAS À JUSTIÇA**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito envergonhado (O Direito e os índios no Brasil). **Revista IIDH**, San José, n. 1, v. 15, p. 145-164, Enero - Junio

1992. p. 164. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1638/revista-iidh-15.pdf>. Acesso em 10 nov. 2022.

TARSO RODRIGUES, Saulo. Interculturalidade, Autodeterminação e Cidadania dos Povos Indígenas. **Espaço Jurídico**, v. 16, n. 1, p. 41–64, 2015.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução Beatriz Perrone Moi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Tzvetan-Todorov-A-Conquista-da-America.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2022.

UNITED Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **United Nations**, [S. l.], [2023?]. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

UNITED NATIONS (UN). Human Rights Committee. **General Comment 12**: Article 1 (right to selfdetermination), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.1 at 12 (13 March 1984).

UNITED NATIONS (UN). Committee on the Elimination of Racial Discrimination. **General Recommendation 21**: The right to selfdetermination, UN Doc A/51/18 Annex VIII at 125 (8 March 1996).

UNITED STATES. [U.S. Constitution (1787)]. **Constitution of the United States**. Washington, DC: United States Congress, 1787. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/>. Acesso em: 05 mar. 2023.

UNITED STATES. Department of Justice Archives. **Criminal Resource Manual**. The General Crimes Act—18 U.S.C. § 1152. Washington, DC, updated January 22, 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-678-general-crimes-act-18-usc-1152>. Acesso em: 13 nov. 2022.

UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Bryan v. Itasca County**. June 14, 1976. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/426/373/>. Acesso em: 10 set. 2022.

UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Jimcy McGirt v. Oklahoma**. July 9, 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Oklahoma v. Castro-Huerta**. June 29, 2022. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-429_8o6a.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Solem v. Bartlett**. February 22, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/463/>. Acesso em: 10 set. 2022.

UNITED STATES. **Supreme Court of the United States. Worcester v. Georgia.** March 3, 1832. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/31/515/>. Acesso em: 10 set. 2022.

U.S. ATTORNEYS. **Frequently Asked Questions about Public Law 83-280**, [S.d.]. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-mn/Public-Law%2083-280#:~:text=What%20is%20%22mandatory%20PL%2D280,%2C%20Nebraska%2C%20Oregon%20and%20Wisconsin>. Acesso em: 13 nov. 2022.

U.S. CENSUS BUREAU. **2020 Census Results on Race and Ethnicity**, 2020. Disponível em: <https://www.census.gov/content/dam/Census/newsroom/press-kits/2021/redistricting/20210812-presentation-redistricting-jones.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

U.S. CENSUS BUREAU. **The American Indian and Alaska Native Population: 2010**, Jan. 2012. Disponível em: <https://www.census.gov/history/pdf/c2010br-10.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

U.S. FISH AND WILDLIFE SERVICE. **The Service's Native American Policy**. Part 510: Working with Native American Tribes. Supersedes NPI 94-10, 06/28/1994. Date: January 20, 2016. Disponível em: <https://www.fws.gov/policy/510fw1.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. **United States Code**. Washington, DC, [2022?]. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse.xhtml>. Acesso em: 13 nov. 2022.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. Tradução Beatriz Medina. São Paulo: Editorial Boitempo, 2011.

WHO we are. OAS, [Washington, D.C.?], [2023?]. Disponível em: https://www.oas.org/en/about/who_we_are.asp. Acesso em: 10 jan. 2023.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. 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, 2009. p. 9-62.

ZIMMERMANN, Roque. **América Latina o não-ser: uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel (1962-1976)**. Petrópolis: Vozes, 1987.