

Reflexões sobre a justiça criminal dos povos indígenas no Brasil e nos Estados Unidos da América à luz do pluralismo jurídico

Reflexions on indigenous peoples' criminal justice in Brazil and in the United States of America in the light of legal pluralism

Fernanda Frizzo Bragato¹

¹ Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: fernandabragato@yahoo.com.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5398-4643>

Marco Antonio Delfino de Almeida²

² Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN), Dourados, Mato Grosso do Sul, Brasil. E-mail: marcoalmeida@mpf.mp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7105-6410>.

Lais Nardon Martins³

³ Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: laisnardonmartins@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5374-2719>.

Artigo recebido em 21/11/2022 e aceito em 18/04/2023.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



Resumo

Este artigo apresenta um estudo expositivo, por meio da técnica de revisão bibliográfica e estudo de caso, entre o sistema de Justiça Criminal dos Povos Indígenas no Brasil e nos Estados Unidos da América, a partir da análise de legislação e jurisprudência dos dois países, amparada em literatura especializada. A partir da matriz teórica do pluralismo jurídico, o estudo foca nas regras de competência para o exercício da jurisdição criminal, na forma como os Tribunais interpretam e aplicam essas regras e em como isso impacta no reconhecimento da autodeterminação desses povos. Por fim, considerando que nos Estados Unidos, o reconhecimento do direito à autodeterminação se apresenta mais consolidado, com a efetiva gestão de recursos destinados a políticas públicas, por exemplo, é possível se apontar um parâmetro de reflexão para o sistema de justiça criminal brasileiro. Isso porque, o direito brasileiro não apenas desconsidera o direito dos povos indígenas de solucionar seus próprios conflitos, como, ao administrar justiça, os Tribunais frequentemente violam direitos humanos dos acusados, a partir de uma visão assimilacionista ultrapassada pela Constituição de 1988 e pelo direito internacional.

Palavras-chave: Povos Indígenas; Brasil; Estados Unidos da América; Sistema de Justiça Criminal; Competência.

Abstract

This article brings an expository study, through the technique of bibliographic review and case study, between the Criminal Justice system of Indigenous Peoples in Brazil and the United States of America, based on the analysis of legislation and case law in both countries, backed by specialized literature. From the theoretical matrix of legal pluralism, the study focuses on the rules of competence for the exercise of criminal jurisdiction, on how the Courts interpret and apply these rules and how these impacts on the recognition of self-determination of these peoples. Finally, considering that in the United States, the recognition of the right to self-determination is more consolidated, with the effective management of resources destined to public policies, for example, it is possible to point out an evolutionary parameter for the Brazilian criminal justice system. This is because Brazilian law not only disregards the right of indigenous peoples to resolve their own conflicts, but when administering justice, the Courts often violate the human rights of the accused, based on an assimilationist view outdated by the 1988 Constitution and international law.

Keywords: Indigenous Peoples; Brazil; USA; Criminal Justice System; Competence.



I. Introdução

Os povos indígenas já habitavam o que hoje se conhece por Américas, antes mesmo da constituição de países soberanos resultantes de processos de independência de suas metrópoles europeias e, portanto, da conquista e da colonização do continente. 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.

A grande maioria dos povos indígenas 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 cujo território habitam, as possibilidades de exercer o autogoverno ainda são limitadas. No caso do exercício da jurisdição e da administração da justiça em casos criminais, o tratamento nos países do continente americano é bastante variado.

Nessa linha, o artigo parte do pluralismo jurídico, cuja tese principal é a negação de que o Estado seja a única e exclusiva fonte de todo o Direito, minimizando ou negando o monopólio de criação de normas jurídicas por parte do Estado (WOLKMER, 2015) para analisar o problema da jurisdição criminal dos povos indígenas no Brasil e nos Estados Unidos da América. A teoria do pluralismo jurídico faz referência à coexistência de diferentes sistemas, práticas ou ordenamentos jurídicos em um mesmo espaço social com processos de interação (CANO; FRANCO, 2022), estando os povos indígenas neste cenário de disputa política e jurídica pelas suas pautas e reivindicações (ROCHA; TRENTI, 2022). O pluralismo jurídico aceita que instâncias sociais e outros atores, providos de certa autonomia e identidade própria¹, produzam outras formas de regulamentação (WOLKMER, 2015). Assim, não é possível, por exemplo, compreender o Direito no Brasil

¹ Wolkmer (2015, p. 130) entende que os movimentos sociais como “sujeitos históricos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de institucionalização, imbuídos de princípios valorativos comuns, resistentes às estruturas oficiais de poder, e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais”. Categoria esta que se enquadram os povos indígenas.



sem atentar para o pluralismo e para os múltiplos atores sociais que promovem e animam as mudanças legais (BRAGATO, 2022).

O objeto deste artigo é um estudo reflexivo entre o sistema de Justiça Criminal dos Povos Indígenas no Brasil e nos Estados Unidos da América, uma vez que, em ambos os países, os povos nativos passaram por processos semelhantes de colonização e colonialismo, mas no Brasil praticamente não há estudos sobre o sistema norte-americano, o que pode aportar contribuições para se repensar essa questão no país. Assim, o problema que norteia a pesquisa é: quais as lições que o Estado brasileiro pode tirar da reflexão do seu sistema de jurisdição criminal indígena com o sistema estadunidense no sentido de efetivar o direito à autodeterminação dos diferentes povos indígenas que habitam o país?

Trata-se de trabalho descritivo e expositivo, cujo objetivo é destacar as diferenças entre os dois sistemas de justiça criminal e apontar caminhos que possam ser seguidos pelo Estado brasileiro em direção ao incremento do direito à autodeterminação dos povos indígenas e ao reconhecimento do pluralismo jurídico. O método utilizado no desenvolvimento da pesquisa será o de revisão bibliográfica e o de estudo de caso, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica, a documental e a jurisprudencial, com análise de dados de forma qualitativa.

II. Jurisdição Criminal para os Povos Indígenas nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América (EUA), predominam três denominações para pessoas indígenas, quais sejam: índio/indígena americano, “American Indian”; nativo do Alasca, “Alaska Native” (AI/AN); e o nativo americano, “Native American”. O “American Indian” são as pessoas pertencentes às nações tribais dos Estados Unidos continentais (índio/indígena americano), e o nativo do Alasca, “Alaska Native”, às nações tribais e aldeias do Alasca. Já os “Native Americans” são todos os nativos dos Estados Unidos e seus territórios e as pessoas dos povos originários canadenses e comunidades indígenas no México e América Central e do Sul que são Residentes nos EUA (BIA, 2017).

De acordo com os dados do Censo de 2020, a população de indígenas americanos e nativos do Alasca, isoladamente e em combinação, é de 9,7 milhões, representando um acréscimo de 86,5%, e conformando 2,9% da população dos EUA (U.S. CENSUS BUREAU,



2020). O governo federal estadunidense reconhece oficialmente 574 Nações Indígenas (também chamadas de tribos, nações, bandas, povos/*pueblos*, comunidades e aldeias nativas) naquele país (NCAI, 2020).

Destarte, quando os colonizadores europeus chegaram ao território em que hoje são os Estados Unidos da América, eles interagiram com nações indígenas originárias em assuntos de diplomacia, comércio, cultura e guerra, reconhecendo os seus sistemas de governança cultural, econômica e política (NCAI, 2020). Quando, em 1776, os Estados Unidos tornaram-se independentes, os fundadores reconheceram a soberania das nações indígenas, ao lado dos estados, nações estrangeiras e do governo federal na Constituição dos EUA (NCAI, 2020). A soberania das nações indígenas nos EUA sempre foi reconhecida, sendo consideradas comunidades políticas distintas e independentes, detentoras de seus direitos territoriais originários. Este entendimento foi consagrado em um dos três famosos casos da “trilogia Marshall”², julgados pelo Juiz da Suprema Corte, John Marshall, qual seja o caso *Worcester v. Georgia*, 31 US 515 (1832):

As nações indígenas sempre foram consideradas comunidades políticas distintas e independentes, mantendo seus direitos naturais originais como possuidoras indiscutíveis do solo, desde tempos imemoriais, com a única exceção daquela imposta pelo poder irresistível, que as excluía do intercâmbio com qualquer outra potência europeia que não a do primeiro descobridor da costa da região reivindicada, e esta foi uma restrição que aquelas potências europeias impuseram a si mesmos, bem como aos índios. 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 da terra, adotou e sancionou os tratados anteriores com as nações indígenas e, por conseguinte, admite a sua classificação entre os poderes capazes de fazer tratados (UNITED STATES, 1832)³.

Porém, o entendimento mantido atualmente, é aquele julgado no caso *Cherokee Nation v. Georgia* (1831). Neste caso, em que pese reconhecido que os Cherokee representassem uma sociedade distinta dos EUA, ainda estavam sob a proteção do

² Sobre o caso *Johnson v. McIntosh*, julgado em 1823, que compõe a trilogia, ver ROBERTSON, 2007.

³ 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 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. (UNITED STATES, 1832. Para outros casos envolvendo a Nação Cherokee, ver também: *Johnson v. McIntosh* (1823) e *Cherokee Nation v. Georgia* (1831) (ANDERSON et al., 2008, p. 53-73).



governo estadunidense. Entretanto, com base na tese das nações domésticas soberanas, às nações tribais ainda se conferiria um determinado grau de autonomia, pois enquanto entidades políticas e legais, podiam administrar assuntos internos e relações diretas com o governo federal (ANDERSON et al., 2008). O que lhes garantiu uma certa proteção quanto às ameaças das elites locais dos governos estaduais sobre a apropriação de seus territórios (LYTLE; DELORIA, 1983).

A seção 8 do artigo 1º da Constituição estadunidense confere ao Congresso o pleno poder de “regular o comércio com nações estrangeiras, entre os vários estados e com as tribos indígenas” (UNITED STATES, 1787)⁴. Centenas de tratados firmados, primeiro com a Coroa Britânica e depois com o governo federal dos Estados Unidos, além dos pronunciamentos da Suprema Corte, afirmaram repetidamente que as Nações Indígenas mantêm seus poderes inerentes de autogoverno. Esses tratados, ordens executivas e leis criaram um contrato fundamental entre as nações tribais e os Estados Unidos. As Nações Indígenas estão localizadas dentro das fronteiras geográficas dos Estados Unidos, enquanto cada uma exerce sua própria soberania interna em seus territórios (NCAI, 2020).

Muitas Nações Indígenas também criaram seus próprios sistemas judiciais que administram códigos aprovados pelo conselho tribal. Em muitas nações tribais, os juízes são eleitos pelo voto popular; em outros, o conselho tribal nomeia juízes. Cerca de 60% dos governos tribais são baseados nas constituições do “Indian Reorganization Act” (IRA) de 1934⁵.

ANDERSON et al. (2008) ensinam que as duas ideias básicas de “tribe” (Nação Indígena)⁶ e “Indian country” definem muito do escopo da lei federal indígena e das regras de jurisdição especial. O reconhecimento legal de um grupo como “tribe” 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

⁴ A consulta da Constituição Americana Anotada, a qual traz uma análise e interpretação da Constituição dos Estados Unidos a partir de casos da Suprema Corte, está disponível em: https://constitution.congress.gov/search//searchfacet/Article_I/Supreme_Court//100/1/1.

⁵ “Indian Reorganization Act” (IRA) de 1934, foi uma das grandes responsáveis pela promoção do exercício do autogoverno das tribos, especialmente pela influência que esta lei desempenhou na formalização das autoridades governamentais tribais, além da proibição de que as terras tribais fossem retiradas das tribos sem o consentimento de seus membros (ANDERSON et al., 2008; GETCHES et al., 2017; NCAI, 2020).

⁶ Neste artigo, optamos por traduzir “tribe” por Nação Indígena. Nos EUA, o uso da expressão “tribe” (tribo) para se referir ao que no Brasil chamamos de povo ou comunidade indígena (ou povo originário) é predominante, sendo inclusive a terminologia usada nos textos legais e nas decisões judiciais.



proteger seu território usando a “Non-Intercourse Act”, 25 U.S.C. “Tribe” significa qualquer tribo, bando, nação ou outro grupo ou comunidade indígena que seja reconhecido como elegível para o programa e serviços especiais fornecidos pelos Estados Unidos aos indígenas devido à sua condição indígena (ANDERSON et al., 2008 p. 247).⁷

“Indian country”, por sua vez, define o território tribal e a área dentro da qual se aplicam as regras jurisdicionais especiais da lei indígena (ANDERSON et al., 2008 p. 247). 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 Unidos⁸ (NCAI, 2020).

Em geral, os governos indígenas têm jurisdição sobre assuntos civis que surgem dentro do “Indian country” e estão sujeitos a inúmeras leis federais que definem os contornos da sua autoridade. Os governos das Nações Indígenas também têm jurisdição criminal, embora seja mais limitada (NCAI, 2020). A Nação Indígena com autoridade jurisdicional (25 U.S.C. 1302(c)(5)), determinada no “Tribal Law and Order Act” (TLOA), processa crimes cometidos por nativos em terras indígenas com sentenças de um até três anos ((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)). Cento e oito Nações Indígenas têm algum tipo de sistema judicial e cento e setenta e cinco delas têm um tribunal indígena formal. Porém, o governo federal tem jurisdição criminal sobre a maioria dos principais crimes cometidos no “Indian Country”, o que varia de acordo com o tipo e a gravidade do crime, se o ofensor ou a vítima é membro de uma tribo e a localização do crime. Os tribunais indígenas geralmente não têm jurisdição criminal sobre não-nativos, embora, em 2013, o Congresso a tenha restaurado sobre não-nativos que cometeram atos de violência doméstica⁹ contra nativos dentro do “Indian Country” (NCAI, 2020).

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,

⁷ 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).

⁸ “Hoje, as Nações Indígenas possuem mais de 56 milhões de acres de terra, aproximadamente 2% dos Estados Unidos. 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 são tão pequenas quanto alguns acres, e algumas nações tribais não possuem terra alguma.” (tradução nossa) (NCAI, 2020, p. 26).

⁹ Para maiores informações, consultar a “Violence Against Women Act” (VAWA).



entre os estados e com Nações Indígenas (*tribes*). Com base nessa linguagem, a Suprema Corte declarou que as Nações Indígenas são nações internas dependentes que estão sujeitas ao pleno poder do Congresso que, portanto, pode determinar, por meio de lei e tratado, quem tem jurisdição criminal sobre crimes cometidos lá dentro.¹⁰ De acordo com este poder, 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 Nações Indígenas motivaram algumas dessas leis; outras foram promulgadas em resposta a decisões da Suprema Corte sobre questões jurisdicionais (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020, p. 28).

Para a definição da competência para processar e julgar crimes envolvendo indígenas nos EUA, a primeira análise que necessita ser feita é se o crime foi cometido ou não em uma localidade reconhecida como “Indian country”. A partir daí se definirá se a competência de processamento e julgamento será da jurisdição indígena, estadual ou federal, a depender também do tipo de crime cometido, como nível de punibilidade daquele delito, além de quem é o réu e a vítima. 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 delimitam a competência (tribal, estadual ou federal) de processamento e julgamento de um crime envolvendo indígena, quais sejam: 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 réu indígena ou não-indígena; e, 4) se a vítima é indígena ou não-indígena (ANDERSON et al., 2008; GETCHES et al., 2017).

De acordo com Getches et al. (2017, p. 554), em geral, os estados não possuem jurisdição criminal sobre crimes cometidos no “Indian country”, sem a concessão de autoridade para fazê-lo pelos Estados Unidos. De forma *ad hoc*, em vários casos, os Estados Unidos autorizaram os Estados a exercer jurisdição criminal completa ou parcial (GETCHES et al., 2017, p. 554).

A primeira excepcionalidade para determinação de competência estadual é por 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

¹⁰ Ver: Johnson v. McIntosh (1823) e Cherokee Nation v. Georgia (1831) (ANDERSON et al., 2008, p. 53-73).



competência é estadual¹¹ (GETCHES et al., 2017). Ou seja, mesmo que a jurisdição estadual seja uma exceção, ela pode ser determinada seja por decisão judicial ou por determinação do governo federal, como sintetizado abaixo:

Autor não-indígena:

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

Fonte: (GETCHES et al., 2017, p. 557).

Já a segunda exceção é por autorização do governo federal para que os estados federados possam exercer sua jurisdição. É o caso da “Public Law 280” (PL-280) e outras autorizações federais para os estados exercerem sua jurisdição criminal no “Indian country” (GETCHES et al., 2017, p. 558).

A PL-280, foi originalmente promulgada em 1953 e promoveu duas alterações para a determinação da 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 USC 1152, “Indian Country Crimes Act”, e “General Crimes Act”, 18 USC 1153. Em segundo lugar, autorizou os estados do Alasca, Califórnia, Minnesota, Nebraska, Oregon e Wisconsin a processar a maioria dos crimes que ocorrem 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 reservas nos seis estados mencionados, a jurisdição criminal federal tornou-se extremamente limitada, enquanto a jurisdição estadual foi bastante expandida¹² (U.S. ATTORNEYS, [S.d.]).

¹¹ 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 et al., 2017, p. 555-556).

¹² 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, [S.d.]).



O governo federal tem jurisdição sobre crimes federais de aplicação nacional, não importa onde ele 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 do estado (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020).

A “Federal Enclaves Act” também é conhecida como “General Crimes Act” (18 U.S.C. § 1152) ou “Indian Country Crimes Act” (ICCA), de 1817, e aplica leis criminais federais específicas em terras pertencentes ao governo federal. Essas áreas são conhecidas como “federal enclaves” e incluem lugares como instalações e parques nacionais (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020). Sob a 18 U.S.C. § 1152, as leis gerais dos Estados Unidos quanto à punição de crimes cometidos em qualquer lugar dentro da jurisdição única e exclusiva dos Estados Unidos, exceto o Distrito de Colúmbia, se estendem ao “Indian Country” (UNITED STATES, 2020a). Porém, a lei em questão traz a seguinte exceção (GETCHES et al., 2017, p. 532):

Esta seção não se estenderá às ofensas cometidas por um índio contra a pessoa ou propriedade de outro índio, nem a qualquer índio que cometa qualquer delito no país indígena 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 são ou podem ser assegurada às tribos indígenas, respectivamente (UNITED STATES, 2020a).

Em 1825, o Congresso promulgou um segundo estatuto jurisdicional conhecido como “Assimilative Crimes Act”. Este ato incorpora 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, a Suprema Corte decidiu que esta lei se aplica no “Indian country”. Assim, as leis criminais aplicáveis ao “Indian country” e sujeitas à jurisdição federal incluem tanto crimes de “federal enclave” quanto crimes estaduais não incluídos de outra forma no código criminal federal (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020).

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 Nação Indígena particular 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, a justiça estadual é o fórum adequado para processar tal crime¹³ (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020).

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 vítima (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020).

Já a jurisdição criminal federal sobre crimes entre indígenas começou em 1885 com a aprovação do “Major Crimes Act”:

18 U.S.C. § 1153: Esta lei foi aprovada em resposta a uma decisão da Suprema Corte de que os tribunais federais não têm competência para processar um índio que já havia sido punido por sua tribo por matar outro índio. Ex Parte Crow Dog, 109 U.S. 556 (1883). A punição imposta pela tribo – restituição à família da vítima – foi vista por muitos não-índios como uma punição insuficiente para o crime de homicídio e o Congresso respondeu concedendo aos tribunais federais jurisdição sobre crimes violentos cometidos em reservas indígenas (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020, p. 35).

De acordo com esta lei federal, o governo federal 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: 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 roubo (GETCHES et al., 2017, p. 535).

Ao contrário das “Federal Enclaves Act” e a “Assimilative Crimes Act”, a jurisdição federal sob a “Major Crimes Act” não depende da condição da vítima; em vez disso, abrange os principais crimes cometidos no “Indian country” por um indígena contra a pessoa ou propriedade de outro indígena ou outra pessoa. Hoje, a “Major Crimes Act” é o principal estatuto jurisdicional federal para os principais delitos cometidos por indígenas em terras indígenas¹⁴ (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020).

Indígena autor no “Indian country”:

Vítima	Crime	Jurisdição
Indígena	Crimes puníveis de acordo com a “Major Crimes Act”, 18 U.S.C. § 1153	Federal

¹³ 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).

¹⁴ “Na medida em que a Lei de Crimes Graves abrange delitos cometidos por um índio contra a pessoa ou propriedade de um não-índio, ela se sobrepõe à jurisdição conferida aos tribunais federais pelas Leis de Enclave e Crimes Assimilativos. Esta sobreposição criou alguma confusão e incerteza jurídica, particularmente no que diz respeito à aplicabilidade da Lei de Crimes Assimilativos aos processos da Lei de Crimes Graves” (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020, p. 35).



Não Indígena	Crimes puníveis de acordo com a “Major Crimes Act”, 18 U.S.C. § 1153	Federal
	Outros crimes federais puníveis pela “Indian Country Crimes Act”, 18 U.S.C. § 1152, ou lei estadual punível sob “Assimilative Crimes Act”, 18 U.S.C. § 13	Federal

Fonte: (GETCHES et al., 2017, p. 577).

Não indígena autor de crime no “Indian country”:

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

Fonte: (GETCHES et al., 2017, p. 538).

Sobre a definição de uma pessoa como indígena, o caso *United States v. Zepeda* (2016) definiu um teste 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 Nação Indígena reconhecida pelo governo federal; e, 2) prova de pertencimento ou filiação a uma Nação Indígena reconhecida pelo governo federal (GETCHES et al., 2017, p. 577).

Por fim, ao que diz respeito à jurisdição criminal tribal, tem-se que as Nações Indígenas possuíam jurisdição exclusiva sobre os crimes cometidos por um membro tribal contra outro no “Indian country” - mesmo em caso de crime de homicídio, como no caso *Ex Parte Crow Dog U.S. 556* (1883). A jurisdição indígena criminal em um “Indian country” era oriunda da soberania inerente (GETCHES et al., 2017, p. 574). Entretanto muitas mudanças e limitações foram sendo impostas ao longo dos anos.

Atualmente, as Nações Indígenas mantêm uma jurisdição criminal concorrente sobre qualquer crime não coberto pela “Major Crimes Act” ou pela “Public Law 280”, as quais serão abordadas na sequência. Há várias exceções a isso, dependendo se o perpetrador e a vítima são membros da Nação Indígena ou indígenas não membros (por exemplo, se a terra indígena é Cherokee e o autor do crime é Choctaw). Se um povo indígena tem um código criminal próprio e suas disposições não se sobrepõem ao código criminal estadual ou federal, a Nação Indígena pode aplicar esse código em terras sobre as quais têm jurisdição. O perpetrador não precisa ser membro da Nação Indígena que



está reivindicando jurisdição; desde que ambas as partes sejam indígenas, podendo a tribo reivindicar jurisdição sobre crimes cometidos nas suas terras¹⁵ (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020, p. 33).

O “Indian Civil Rights Act” de 1968 (25 USCS § 1301(2) limita a punição que as 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 Nações Indígenas apenas processam crimes menores (contravenções e contravenções graves) cometidos em suas terras, como explanado acima no processamento dos Tribunais Indígenas através da “Tribal Law and Order Act” 25 U.S.C. 1302 (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020).

Em 1978, no caso *Oliphant*, a Suprema Corte limitou os poderes das Nações Indígenas e decidiu que, na ausência da autorização do Congresso, elas não poderiam 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 Nações Indígenas têm jurisdição sobre os indígenas não membros por meio de uma atualização da “Indian Civil Rights Act”, de 1968 (25 USCS § 1301(2) (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020, p. 34).

O “Bureau of Indian Affairs” (BIA) financia e administra as agências tribais de aplicação da lei nas reservas, bem como os policiais tribais são formados em uma academia de polícia indígena (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020, p. 34). Nesse sentido:

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

Fonte: (GETCHES et al., 2017, p. 599).

Ainda, em relação à violência contra a mulher, o Congresso aprovou o “Violence Against Women Reauthorization Act” (VAWA) de 2013 e concedeu às Nações Indígenas a

¹⁵ “O Congresso afirmou a autoridade tribal sobre crimes cometidos contra indígenas por indígenas não membros. O Congresso fez isso em resposta à decisão da Suprema Corte em *Duro v. Reina*, 495 U.S. 676 (1990), de que as Nações Indígenas não têm poder para processar esses casos. De acordo com seu pleno poder sobre as Nações Indígenas sob a Constituição, o Congresso emendou a Lei dos Direitos Civis Indígenas para afirmar o direito inerente das Nações Indígenas de reivindicar jurisdição criminal sobre este e outros tipos de ofensas intra-indígenas. 25 U.S.C. § 1301 (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020, p. 33).



opção de exercer jurisdição criminal, concorrente com a jurisdição federal e 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 tribo (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020).

De acordo com a 25 U.S.C. § 1304 (2013), a Nação Indígena não pode exercer jurisdição criminal especial de violência doméstica sobre um delito que ocorre fora do “Indian country” ou se nem o perpetrador nem a vítima for um indígena americano. Além disso, a jurisdição indígena sobre os perpetradores não indígenas é limitada àqueles com laços suficientes com a comunidade em questão — definido como um réu que reside ou trabalha na terra indígena ou em um relacionamento com um membro da comunidade ou indígena americano residindo na terra (DIEBEL; JOHNSON; MULLEN, 2020).

II.a. A jurisdição federal estabelecida pelo caso Jimcy McGirt v. Oklahoma

Jimcy McGirt v. Oklahoma¹⁶ (ROBERTSON, 2020; UNITED STATES, 2020b) foi um caso julgado pela Suprema Corte em 9 de julho de 2020 que, ao final, decidiu que metade do Estado de Oklahoma é um “Indian Country”. Jimcy McGirt, indígena da Nação Seminole, interpôs recurso contra o Estado de Oklahoma que processou e julgou um crime grave, por ele cometido, no território que ele alegava continuar sendo reserva da Nação Muscogee (Creek), por entender que a competência para processar o crime era federal (Major Crimes Act) e não da justiça estadual de Oklahoma (ROBERTSON, 2020; UNITED STATES, 2020b).

Nesse caso, a questão em discussão era se Jimcy McGirt estava certo ao dizer que a terra onde ele cometeu o crime era uma terra indígena ou se era parte do Estado de Oklahoma que, por sua vez, alegava que, embora o território tivesse sido uma reserva indígena no passado, ele havia sido desconstituído pelo Congresso Americano. O resultado foi favorável a McGirt, pois a maioria da Suprema Corte decidiu que “se o texto da lei de loteamento não desfez claramente a reserva, então não se trata de uma ex-reserva, independentemente das possíveis consequências” (ROBERTSON, 2020). Para a Suprema Corte, a reserva Muscogee (Creek) não foi desconstituída pelo “General

¹⁶ “[...] the McGirt decision was a victory for tribal sovereignty by showing that the Five Tribes are likely to exercise criminal jurisdiction over their historic reservation lands in the near future and are prepared to administer justice through tribal law enforcement and tribal courts” (GOODRUM, 2022, p. 202).



Allotment Act” (Dawes Act) de 1887, e, por isso, o estado de Oklahoma não tinha jurisdição para processar o caso, que é de jurisdição federal americana (UNITED STATES, 2020b).

A consequência da decisão foi a de que as regras de jurisdição criminal devem observar o fato de que a reserva Muscogee (Creek) e, possivelmente, as terras de outras quatro Nações Indígenas, que foram reduzidas e loteadas por meio do Daws Act de 1887 (e que, juntas, conformam aproximadamente a metade leste do Estado de Oklahoma), são consideradas “Indian country”. Isso afetará também a jurisdição civil, e incidirá nos casos em que for competente a jurisdição indígena para processar demandas civis internas de indígenas (ROBERTSON, 2020b).

III. A jurisdição criminal aplicada aos povos indígenas no Brasil

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 totalizam uma população de quase 900 mil pessoas (896.917), falantes de 274 línguas distintas e integrantes de 305 diferentes etnias (IBGE, 2021), o que representa aproximadamente 0,5% (meio por cento) da população total brasileira (CEPAL, 2014). No Brasil, o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro é a Fundação Nacional do Índio (Funai), criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal (FUNAI, 2020).

Em que pese a Constituição não tratar especificamente da questão penal indígena ou da jurisdição criminal dos povos indígenas, ela traz um marco regulatório plural de direitos e garantias diversas. O Capítulo VIII, inteiramente dedicado aos povos indígenas, garante-lhes o direito à diferença ao reconhecer suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições, além do direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam (NARDON MARTINS; SPAREMBERGER, 2021). Também, o direito ao exercício pluralismo jurídico dos povos indígenas pode ser encontrado na interpretação da Constituição (CURI, 2012).

Entretanto, 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” (BRASIL, 1995). Esse entendimento gera uma divisão de competências no tratamento penal dos indígenas, que ora cabe à Justiça comum dos Estados, ora à Justiça Federal.

A Justiça Federal só será competente quando o processo envolver a efetiva disputa de interesses indígenas. Na hipótese 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 STJ (BRASIL, 1995). A distinção entre uma situação e outra é objeto de frequentes controvérsias. Por exemplo, um processo sobre calúnia e difamação entre indígenas foi reconhecido como de competência da Justiça Federal pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). O Tribunal concluiu que o caso ocorreu no âmbito de uma disputa de terras entre caciques e pelo domínio da aldeia, em conflito relacionado à liderança que envolvia o interesse de toda a comunidade (BRASIL, 2013). O seguinte trecho da decisão do Ministro Relator esclarece os motivos da atribuição de competência federal nesse caso:

Segundo a doutrina e jurisprudência, esse dispositivo constitucional [art. 109] 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 ocupam. (BRASIL, 2013).

Por outro lado, em outro julgado envolvendo homicídio, em que indígenas figuravam tanto como autor e vítima, o STJ aplicou a Súmula 140 por entender que a situação não envolvia lesão a direitos indígenas coletivamente considerados. De acordo com a decisão, 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 furtos (BRASIL, 2010).

De igual forma, em outro caso analisado pelo STJ, em 2017, o Tribunal entendeu que o homicídio cometido sob a alegação de estar o autor dominado por feitiço não era elemento suficiente para atrair a competência da Justiça Federal (BRASIL, 2017). De acordo com o voto do Ministro Relator, o suposto homicídio não foi praticado para atingir a cultura indígena, mas, através da crença pessoal na prática religiosa de “feitiço”, o autor alegou ter cometido seu crime. (BRASIL, 2017, p. 5).



Também, segundo o STJ (2017), para crimes de exploração sexual de indígenas, a competência será da Justiça Estadual, pois “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”¹⁷.

Ou seja, ainda que pouco clara a expressão usada no art.109, XI, da Constituição, no Brasil o que define a competência criminal federal para processar e julgar um réu indígena ou um não-indígena, cuja vítima seja indígena, define-se pela configuração de lesão a direitos indígenas, como aqueles previstos no art. 231 da Constituição de 1988, que são, via de regra, de natureza coletiva. Em geral, os crimes praticados por indígenas ou contra indígenas e que não envolvam disputa sobre seus direitos coletivos, são de competência da Justiça Estadual.

Um dos principais instrumentos jurídicos do Direito Internacional dos Povos Indígenas é a Convenção nº 169 da OIT.¹⁸ Trata-se de norma com status supralegal, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).¹⁹ Dita Convenção, em seu artigo 10, estabelece que os tribunais chamados a se pronunciar sobre questões penais dos povos indígenas deverão levar em conta os seus costumes e, quando da imposição de uma pena, levar em consideração as características econômicas, sociais e culturais do indivíduo, dando preferência a tipos de sanção diferentes do encarceramento (BRASIL, 2019a).

A mesma Convenção, em seu artigo 12, determina que os Estados devem garantir, sem qualquer discriminação, o acesso a procedimentos legais aos membros das comunidades indígenas (BRASIL, 2019a). Isso implica, segundo a Convenção, que os Estados tomem medidas para garantir que os Povos Indígenas possam compreender e ser compreendidos no processo, com a presença, quando necessário, de intérpretes ou outros meios eficazes para possibilitar a compreensão dos procedimentos.

A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, endossada pelo Estado brasileiro, estabelece em seu art. 40, que os povos indígenas têm direito a procedimentos equitativos e justos para a resolução de litígios que surjam entre a

¹⁷ De acordo com o STJ (2017), não há a menção do número do processo em questão, pois trata-se de processo em segredo judicial.

¹⁸ 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, 2019a).

¹⁹ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.270.202, reafirmou que a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT é norma com status supralegal. (BRASIL, 2020)



comunidade e os Estados. Eles também têm direito a que as decisões judiciais relativas a essas disputas sejam adotadas prontamente e tenham em conta seus costumes e tradições, bem como as normas internacionais de direitos humanos (ONU, 2007). De igual sorte a Declaração da OEA sobre os direitos dos Povos Indígenas, de 2016, e também endossada pelo Brasil, reconhece, em seu art. VI, o direito coletivo dos Povos Indígenas aos seus sistemas ou instituições jurídicas (OEA, 2016).

No Brasil, os sistemas próprios de justiça, no caso de sanções penais, já eram reconhecidos no Estatuto do Índio desde 1973, mesmo que a linguagem utilizada pelo legislador seja de “tolerância da aplicação”, em consonância com o caráter assimilacionista desta legislação. Assim está redigido o art. 57: “Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte” (BRASIL, 1973).

A literatura sobre o Estatuto do Índio é praticamente unânime em considerá-lo uma legislação com propósitos assimilacionistas e não apenas integracionistas (SOUZA, 2022, p. 23). Uma das evidências seria o artigo 4º que, segundo Kayser (2010, p. 208), 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 cultural (SILVA, 2005, p. 852; FEIJÓ, 2011, p. 8).

Nesse sentido, a Resolução do CNJ²⁰ nº 287 de 2019, sobre os procedimentos das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade no processo criminal, estabelece, em seu art. 10, que a autoridade judiciária deverá sempre priorizar o regime de semiliberdade, em caso de não ser possível a aplicação dos mecanismos próprios de resolução de conflitos da Comunidade Indígena (CNJ, 2019b). A garantia de ter um intérprete, em todas as etapas do processo, no Brasil, encontra-se disposta em seu art. 5º (CNJ, 2019b). Além disso, dita Resolução estabelece que os juízes (sejam eles da Justiça estadual ou federal) devem considerar, primeiramente os mecanismos próprios da Comunidade Indígena, conforme determinam os artigos 7º e 8º.

²⁰ 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 (CNJ, [S.d.]).



Posteriormente à Resolução nº 287, o CNJ editou a Resolução nº 454/2022, regida pelos 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 voluntário (CNJ, 2022).

Em seu art. 14, pár. 4º, inciso IV, dita Resolução estabelece a necessidade de o Juízo, também em processos criminais, produzir exames técnicos por antropólogo com qualificação reconhecida, ao fim de descrever as especificidades socioculturais do povo indígena e esclarecer questões apresentadas no processo. Destaque importante é a vedação ao regime tutelar no art. 7º. da Resolução 454/2022, pois apoiada no direito à autodeterminação dos povos indígenas. Portanto, mesmo que haja a atuação do órgão indigenista, no caso, a Funai, ou do Ministério Público Federal, o povo interessado poderá se manifestar sobre os direitos posto em questão.

III.a. O exercício da jurisdição penal indígena nos Tribunais brasileiros

No que se refere à devida observância dos padrões culturais diferenciados dos povos indígenas na aplicação da lei penal a casos envolvendo indígenas na condição de réu ou vítima, ainda há um longo caminho a ser trilhado, apesar dos avanços promovidos pelo CNJ.

Tanto nos julgados da Justiça Estadual quanto nos da Justiça Federal, é comum os juízes e Tribunais continuarem a adotar o grau de integração do “silvícola” como um motivo para a não aplicação do art. 56²¹ do Estatuto do Índio, que permite o cumprimento da pena em regime de semiliberdade.

No âmbito da Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) entendeu, em julgado recente (2019) que o regime de semiliberdade para indígenas, como forma de sanção penal, é inaplicável àqueles já integrados à comunhão nacional. Vale a pena reproduzir longo trecho dessa decisão:

²¹ 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.



Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento. Na verdade, além de o conteúdo da norma supralegal ser genérico, a restrição à semiliberdade atenta justamente para as características individuais de cada membro de comunidade indígena, garantindo a fixação do regime àqueles que, por não estarem totalmente integrados à comunhão nacional, efetivamente necessitam da tutela especial. Ademais, o dispositivo traz comando preferencial, isto é, não torna obrigatória a aplicação de medida diversa do encarceramento, que dependerá de outros critérios legais, como o grau de integração do indígena. Superada esta questão, noto que a integração do recorrente é inquestionável, tanto que exerce direitos civis como os demais cidadãos. 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. Nada indica ou aponta para eventual dificuldade de compreensão das leis do país, mormente aquelas de conhecimento vulgar, como a que proíbe o roubo e/ou o uso desautorizado de força/ameaça contra outros cidadãos. (BRASIL, 2019b)

Embora atento à existência da Convenção 169 e do tratamento que a Constituição brinda aos povos indígenas, o Tribunal confere uma interpretação peculiar e totalmente dissociada do seu sentido, na medida em que é incorreto “classificar” uma pessoa indígena pelo seu maior ou menor grau de integração à sociedade envolvente. Segundo este julgado, se a pessoa indígena adquire hábitos da cultura envolvente, como seria o caso do réu, a consequência é a perda da condição de indígena, numa clara alusão à superada ideia do “índio” como “silvícola”.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posição semelhante é encontrada em julgado de 2021, já sob a égide da Resolução 287/2019 do CNJ. O Relator 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, não fazendo jus, portanto, ao cumprimento de pena em regime especial de semilib[er]dade” (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Além de 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 indígena.” (BRASIL, 2011)

Por outro lado, em uma análise constitucional integrada entre a Constituição de 1988, o art. 10 da Convenção nº 169 da OIT, o art. 56 do Estatuto do Índio e o Código Penal, o STF firmou jurisprudência no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.270.202, para o estabelecimento do regime de semiliberdade para cumprimento de pena de réu indígena. No voto da Ministra Cármen Lúcia, “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” (BRASIL, 2020).

Em relação à observância de mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, destaca-se o conhecido “caso Denilson” (RORAIMA, 2015). Após o indígena Denilson matar Alanderson, também indígena, na terra indígena Manoá/Pium, Roraima, o Conselho da Comunidade Indígena do Manoá se reuniu e deliberou sobre as punições ao acusado Denilson, conforme os mecanismos próprios de punição criminal do Povo Wai Wai. Com base 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 Tribunal de Justiça de Roraima deixou de apreciar o mérito da ação e declarou a ausência do direito estatal de punir, para evitar ofensa ao princípio *non bis in idem*, afastando a jurisdição estatal no caso (RORAIMA, 2015).

IV. Considerações finais

Enquanto no Brasil a competência para julgar e processar crimes envolvendo indígenas, via de regra, é da Justiça Estadual, exceto em caso de disputa de interesse de direitos indígenas, que será competência da Justiça Federal, por força da Súmula 140 do STJ (BRASIL, 1995), nos Estados Unidos as hipóteses de exercício de jurisdição pelo Estado são mais reduzidas e variam de acordo com vários fatores. Como visto, em atenção ao reconhecimento da autonomia inerente das Nações indígenas (“tribes”), elas mantêm



certo poder de processar e julgar crimes ocorridos dentro de seus territórios (“Indian Country”), sendo que os crimes mais graves são de competência federal e não estadual. Nos últimos anos, o Brasil avançou na criação de regras a serem observadas pelos magistrados em julgamentos e sentenças envolvendo réus indígenas (CNJ), porém sua devida implementação ainda é um desafio. Concepções ultrapassadas sobre a identidade e a cultura indígenas ainda formam o horizonte de sentido de grande parte dos magistrados e membros do Ministério Público brasileiros, o que impede a efetivação das novas regras estabelecidas a partir do paradigma constitucional da diferença cultural e do reconhecimento do pluralismo.

O fato de o Estado brasileiro exercer jurisdição em casos criminais envolvendo réus ou vítimas indígenas, com reduzido espaço para o exercício da jurisdição indígena, tem, assim, duas principais consequências. A primeira delas é que o Estado brasileiro assume quase total exclusividade da 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 Estado comete 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).

O “caso Denilson” (RORAIMA, 2015), que reconheceu a plena autonomia das comunidades indígenas no exercício da jurisdição penal, representa a efetivação do direito à diferença e do pluralismo jurídico dos povos indígenas. Entretanto, este caso é uma exceção e não a regra no Direito brasileiro. Todavia, o “caso Denilson” poderia, ao lado do exemplo americano, inspirar uma mudança de paradigma para o estado brasileiro, já que o reconhecimento do direito à autodeterminação na competência jurisdicional indígena nos EUA se apresenta mais consolidado. Isso porque o aparato jurisdicional e a prestação jurisdicional criminal estadunidense garantem, teoricamente, maior proteção que no Brasil aos direitos à diferença e ao pluralismo jurídico.

Ao estudar o modelo de jurisdição norte-americano, o propósito deste artigo não foi defender a sua inteira adoção no Brasil, já que o mesmo se apresenta limitado, mas chamar a atenção para o fato de que o sistema de justiça criminal brasileiro, ao ignorar o pluralismo jurídico, viola direitos básicos dos povos indígenas, que embora estejam



normatizados e internalizados, não estão efetivados, a saber: autodeterminação e respeito à condição cultural diversa à da sociedade envolvente, incluindo usos, costumes e tradições e formas próprias de resolução de conflitos.

Referências bibliográficas

ANDERSON, R. T. et al. **American Indian Law: Cases and Commentary** (American Casebook Series). St. Paul, MN: Thomson/West, 2008.

BRAGATO, F. F. Translegalidade e pluralismo jurídico: Uma crítica à compreensão colonial sobre a difusão e a constituição dos sistemas jurídicos. In: FERRAZZO, D.; LIXA, I. F. M.; FAGUNDES, L. M. (org.). **Teoria crítica e humanismo jurídico**. O pensamento de Antonio Carlos Wolkmer. 1ª ed. Aguascalientes-San Luis Potosí-Criciúma: CENEJUS-UASLP-UNESC, 2022. Tomo I. p. 225-243.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Brasília, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental do Conflito de Competência nº 149.964. Mato Grosso do Sul**, 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.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 101.569. Paraná**, 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.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 30.675. Amazonas.**, 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.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 123.016. Tocantins.**, 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.



_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 140**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1995]. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/743/Sumulas_e_enunciados#:~:text=S%C3%9AMULA%20140%20%2D%20COMPETE%20A%20JUSTI%C3%87A,FIGURE%20COMO%20AUTOR%20OU%20VITIMA. Acesso em: 25 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário nº 1270202 Paraná**. Relatora: Ministra Cármem Lúcia, 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154698943/recurso-extraordinario-re-1270202-pr-5002805-4020164047012/inteiro-teor-1154698948>. Acesso em: 25 maio 2022.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Relator João Pedro Gebran Neto, 17 de maio de 2019b. 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. BUREAU OF INDIAN AFFAIRS (BIA). **Bureau of Indian Affairs (BIA)**. Washington, D.C., 2022a. Disponível em: <https://www.bia.gov/bia>. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. **Featured Services**. Washington, D.C., 2022b. Disponível em: <https://www.bia.gov/#:~:text=Indian%20Affairs%20provides%20services%20directly,American%20Indian%20and%20Alaska%20Natives>. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. **Office of Federal Acknowledgment (OFA)**. Washington, D.C., 2022c. Disponível em: <https://www.bia.gov/as-ia/ofa>. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. **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.

CANO, N. V.; FRANCO, J. V. L. Los pueblos nasa y misak y su resistencia desde el pluralismo jurídico crítico en Colombia. In: FERRAZZO, D.; LIXA, I. F. M.; FAGUNDES, L. M. (org.). **Teoria crítica e humanismo jurídico**. O pensamento de Antonio Carlos Wolkmer. 1ª ed. Aguascalientes-San Luis Potosí-Criciuma: CENEJUS-UASLP-UNESC, 2022. Tomo II. p. 612-633.

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=. Acesso em: 14 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Manual Resolução 287/2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019a. 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.



- _____. **Quem somos**. Brasília, DF: CNJ, [S.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em: 4 out. 2022.
- _____. **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.
- _____. **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.
- _____. **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.
- CURI, M. V. O DIREITO CONSUETUDINÁRIO DOS POVOS INDÍGENAS E O PLURALISMO JURÍDICO. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230, 2012. DOI: 10.22456/1982-6524.32216.
- DIEBEL, J.; JOHNSON, B.; MULLEN, M. 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.
- FEIJÓ, J. H. 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).
- FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **A Funai**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/Institucional>. Acesso em: 10 set. 2022.
- 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.
- GETCHES, D. H. et al. **Cases and Materials on Federal Indian Law** (American Casebook Series). Seventh Edition. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.
- GOODRUM, A. 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.
- KAYSER, H. **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.



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

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, L.; SPAREMBERGER, R. F. L. **Povos Indígenas brasileiros**: dos direitos e garantias constitucionais na realidade jurídica da Constituição Federal de 1988. In: SPAREMBERGER, R. F. L. et al. (Coord.). **Direito Constitucional e Violência na Sociedade Contemporânea**. Recife: Editora Publius, 2021. *E-book*.

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.

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.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

SOUZA, R. C. **O PROCESSO COLETIVO INTERCULTURAL: O DIREITO DE ACESSO DOS POVOS INDÍGENAS À JUSTIÇA**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 70084262658**, 26 de junho de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 25 maio 2022.

ROCHA, A. G. M.; TRENTI, M. J. B. La lucha por la vida en Nuestra América: Una defensa del pluralismo jurídico. In: FERRAZZO, D.; LIXA, I. F. M.; FAGUNDES, L. M. (org.). **Teoria crítica e humanismo jurídico**. O pensamento de Antonio Carlos Wolkmer. 1ª ed. Aguascalientes-San Luis Potosí-Criciúma: CENEJUS-UASLP-UNESC, 2022. Tomo II. p. 492-511.

RORAIMA. **Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/index.xhtml?jsessionid=nn4ZGMUpZnZqCjxCdctFTlephv8t_XUAxz6RLUrl.prod-oraclelinux8-wildfly1-base. Acesso em: 13 nov. 2022.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Conflitos de competência e outras questões indígenas na pauta do STJ**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 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. Acesso em: 4 out. 2022.

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

_____. 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. Constitution (1787). **Constitution of the United States**. Washington, DC, 1787. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

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

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

_____. **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.

_____. **Supreme Court of the United States. Worcester v. Georgia**. March 3, 1832. <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. **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.

_____. **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. HOUSE OF REPRESENTATIVES. **United States Code**. Washington, DC, [S. d.]. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse.xhtml>. Acesso em: 13 nov. 2022.
WOLKMER, A. C. **Puralismo Jurídico**. fundamentos de uma nova cultura no direito. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Sobre os autores

Fernanda Frizzo Bragato

Pesquisadora do CNPq Nível 2. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Doutora em Direito pela UNISINOS, com período sanduíche no Birkbeck College da Universidade de Londres (2009). E-mail: fernandabragato@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5398-4643>.

Marco Antonio Delfino de Almeida

Especialista em Direito Constitucional. Mestre em Antropologia Social. Professor de Direitos Humanos da UNIGRAN. Procurador da República em Dourados/MS. E-mail: marcoalmeida@mpf.mp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7105-6410>.

Lais Nardon Martins

Pesquisadora para Povos Indígenas. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) (2021). Graduada em Direito pela FMP (2016). Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS. E-mail: laisnardonmartins@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5374-2719>.

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.

