

O ESTUDO DO DIREITO INDÍGENA: DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO À JURISDIÇÃO INDÍGENA

Luís Brandão Bárrios¹
Universidade Lusófona

Mónica Gonçalves Mendonça²
Universidade Lusófona

Valentina Fontes Peçanha³
Universidade Lusófona

DOI: <https://doi.org/10.62140/LBMMVP3112024>

Resumo: Assim como todo o cidadão, os povos indígenas devem ter acesso a todas as políticas públicas, bem como, conhecer quais são essas políticas e como funcionam. O estudo do Direito Indígena consiste na capacidade que os povos indígenas têm de aplicar as suas próprias normas de controlo social, sendo fundamental para garantir a proteção e o respeito aos direitos dessas comunidades, além de contribuir para a conservação ambiental e a valorização da *sociobiodiversidade*. O direito consuetudinário indígena manifesta a autonomia política e social que os povos indígenas que alguns países da América Latina exigem, com o objetivo de resolver conflitos entre os seus membros de acordo com os seus costumes e tradições. Este direito constitui o segundo componente essencial da jurisdição indígena, que é constituída pelo conjunto de normas de tipo tradicional com valor cultural, não escritas, nem codificadas. O reconhecimento do direito consuetudinário e da jurisdição indígena nas diversas Constituições permitirá consolidar o processo de democratização da justiça, incluindo “o indígena”. Os Tribunais Constitucionais dos Estados, deverão controlar as violações aos direitos fundamentais e às garantias individuais dos indígenas na aplicação do direito consuetudinário.

Palavras – chave: Direito Indígena; Direito Consuetudinário; Jurisdição indígena; Povos indígenas.

Abstract: Just like every citizen, indigenous peoples should have access to all public policies, as well as know what these policies are and how they work. The study of Indigenous Law consists of the ability that indigenous peoples must apply their own social control norms, being fundamental to guarantee the protection and respect for the rights of these communities, in addition to contributing to environmental conservation and the appreciation of sociobiodiversity. Indigenous customary law manifests the political and social autonomy that indigenous peoples demand in some Latin American countries, with the aim of resolving conflicts among their members according to their customs and traditions. This right constitutes the second essential component of indigenous jurisdiction, which is constituted by the set of traditional type norms with cultural value, not written, nor codified. The recognition of customary law and indigenous jurisdiction in the various Constitutions will consolidate the process of democratizing justice, including “the indigenous”. The Constitutional Courts of the States should control violations of fundamental rights and individual guarantees of indigenous people in the application of customary law.

Keywords: Indigenous Law; Customary Law; Indigenous Jurisdiction; Indigenous Peoples

¹ Licenciada em Direito em Portugal; Doutora, com menção de Pós-Doutoramento, na Universidade de Salamanca; Advogada; Docente Auxiliar de Direito Administrativo I, e de Mestrado na vertente Jurídico – Publicísticas na Universidade Lusófona; Autora da monografia: *Vítima y Justicia Internacional* bem como de artigos jurídicos de Revistas jurídicas nacionais e internacionais; Conferencista Nacional e internacional; Investigadora Associada do CEAD.

² Estudante Universitária de Direito na Universidade Lusófona; participou em congressos como ouvinte, e co-autora; frequentou o curso técnico de serviços jurídicos, realizando o estágio do curso, no Juízo Central Criminal do Funchal (2 meses).

³ Estudante Universitária de Direito na Universidade Lusófona (CUP).

A luta dos povos indígenas pelo reconhecimento e pela preservação das suas culturas jurídicas não é nova, pois desde o início da colonização, têm resistido às tentativas de desestruturação social e aniquilação da sua capacidade de autogoverno em matéria de justiça, mas conseguiram conservar os seus sistemas jurídicos próprios. No entanto, a coexistência entre as 2 culturas permanece problemática, uma vez que, muitos povos indígenas, ainda hoje, devem mobilizar - se para obter dos Estados onde vivem o reconhecimento de seu direito à autodeterminação, quanto à aplicação da sua ordem normativa. Em relação aos debates sobre o “Novo Constitucionalismo” Latino-americano, o tema do reconhecimento da jurisdição indígena foi central, e desde então, muitas pesquisas foram realizadas sobre a questão do pluralismo jurídico e das jurisdições indígenas. Não obstante, é possível constatar que os sistemas jurídicos desses povos permanecem desconhecidos e invisibilizados aos olhos da grande maioria, devido às imensas dúvidas sobre as especificidades das jurisdições indígenas, que acabam por dificultar a sua compreensão, e uma abertura para o diálogo com as culturas jurídicas ocidentais.

Ainda que a Constituição Federal de 1988 do Brasil esteja situada, por muitos, no primeiro ciclo das reformas constitucionais pluralistas, entendemos que, por ser um instrumento formal de materialização de direitos, o seu marco normativo dialoga com conteúdos expressos nos debates internacionais atuais com plena efetividade no sistema jurídico nacional, devendo ser interpretados enquanto conceitos dinâmicos que reconhecem o valor da diversidade cultural e de procura pela emancipação social.

As novas Constituições latino-americanas trazem para o sistema jurídico formal o reconhecimento de outra instância de resolução de conflitos que se pauta na ancestralidade e na competência das suas autoridades locais, com base nos princípios, valores, práticas culturais, normas e procedimentos jurídicos próprios de seus povos.

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

A Constituição Federal de 1988 é comemorada por instituir uma nova relação entre Estado e povos indígenas, uma vez que reconhece aos índios o direito de ser índio, e manter-se como índio, rompendo com toda a legislação indigenista anterior de caráter eminentemente integracionista, e atribuindo o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas. Desta forma, na busca pela garantia dos direitos étnicos e efetivação das políticas interculturais, diante do histórico conflito com o Estado, os povos indígenas acabam

por recolocar em debate questões estruturantes, como democracia, governo e direito. Neste contexto, as reformas constitucionais do Brasil (1988), Colômbia (1991), Peru (1993), Equador (1998 e 2008), Venezuela (1999) e Bolívia (2009) são celebradas.

Com a comemoração dos 35 anos da Constituição Federal do Brasil, o governo federal promoveu uma tradução, da mesma, para a língua indígena, e o supremo arcou com as despesas desta tradução, foi incluída a primeira tradução oficial para uma língua indígena, o *Nheengatu*. A tradução foi realizada por um grupo de 15 indígenas que falam as 2 línguas, são da região do Alto Rio Negro e Médio Tapajós. O lançamento da tradução ocorreu no dia 19 de julho de 2023, em São Gabriel da Cachoeira, considerado o município com a maior população indígena do país. Essa iniciativa representa um passo importante para o reconhecimento e proteção dos direitos dos povos indígenas no Brasil.

Num caso inédito na federação brasileira, foram reconhecidas, como línguas oficiais no município, ao lado do português, 3 idiomas indígenas, após a aprovação da *Lei Municipal 145, de 22 de novembro de 2002: o nheengatu, o tucano e o baníua*, línguas tradicionais faladas pela maioria dos habitantes do município, dos quais 74% são indígenas. São Gabriel da Cachoeira é um município do estado do Amazonas, Região Norte do Brasil, sendo o 3º maior município em extensão territorial. A sua população, é a 12ª maior do estado do Amazonas, e está localizado na fronteira com a Colômbia e Venezuela, no extremo noroeste do Brasil, o município também é conhecido como “Cabeça do Cachorro”, pelo facto do seu território ter a forma semelhante à da cabeça desse animal. Em São Gabriel da Cachoeira, 9 entre 10 habitantes são indígenas, sendo o município com maior predominância de indígenas no Brasil. A cidade também é conhecida por possuir cerca de 5,5 bilhões de toneladas de nióbio em sua região, sendo a maior reserva deste minério em todo o mundo. O nióbio é um elemento químico, de símbolo Nb, número atômico 41. É um metal refratário, ou seja, muito resistente ao calor e ao desgaste - brilhante, de baixa dureza, condutor de eletricidade e resistente à corrosão, e por causa dessas propriedades, o nióbio tem muitas aplicações que vão desde a produção do aço até a fabricação de foguetes.

A principal vantagem de utilizar o nióbio é que apenas uma pequena quantidade pode modificar uma tonelada de ferro, que faz com que o metal se torne mais leve, resistente à corrosão e mais eficiente. A grande quantidade de minérios que contém o nióbio está localizada no Brasil, maior produtor mundial, que detém mais de 90% das reservas do metal. As reservas exploradas estão localizadas nos estados de Minas Gerais, Amazonas, Goiás e Rondônia, no Canadá, na Austrália, no Egito, na República Democrática do Congo, na

Groenlândia, na Rússia, na Finlândia, no Gabão e na Tanzânia, são apenas exemplos de países que também apresentam minerais com nióbio.

O direito consuetudinário é o sistema jurídico tradicional usado pelas comunidades indígenas há séculos, baseado em normas, costumes e tradições transmitidos oralmente de geração em geração, e que regem aspetos importantes da vida comunitária, como a organização social, o uso da terra, a resolução de conflitos e a proteção do meio ambiente, que não devemos esquecer. Todas estas normas, estão profundamente enraizadas na cultura, na história e na identidade das comunidades indígenas, e têm como objetivo manter a harmonia e o equilíbrio na sociedade, e com isto pretende-se que a pluralidade, os direitos constitucionais, de acordo com a doutrina internacional nesta matéria, sejam lembrados. Há que mencionar que, com a evolução dos direitos humanos, e a luta pelo reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, houve uma maior valorização do direito consuetudinário e uma procura pelo seu reconhecimento legal e institucional, garantindo, a diversidade cultural e os direitos coletivos das comunidades indígenas. Exemplos como, o Brasil, a Bolívia, a Colômbia; bem como, o Canadá e a Austrália, onde foram estabelecidos mecanismos de reconhecimento e proteção dos direitos indígenas, incluindo a possibilidade de aplicação da jurisdição indígena. Sendo esta, a capacidade das comunidades indígenas de poderem decidir e julgar questões internas, de acordo com suas normas e procedimentos tradicionais.

A jurisdição indígena é um conceito que se refere à capacidade dos povos indígenas de aplicar suas próprias leis e regulamentos, baseados em suas tradições ancestrais, dentro de seu território, é parte integrante do pluralismo jurídico, que reconhece a coexistência de múltiplos sistemas jurídicos dentro de um mesmo estado.

Falar em pluralismo jurídico consiste em compreender que o Estado não detém as fontes do Direito e que tal pluralidade decorreria da existência e reconhecimento de 2 ou mais sistemas jurídicos concomitantes, todos dotados de eficácia. Trata-se de uma definição relativamente simples, contudo, há, ainda, grande controvérsia acerca do conceito de pluralismo jurídico face à ausência de consenso concernente ao que é direito e, portanto, de quais regras devam ser consideradas em determinados contextos em razão da complexidade das relações humanas. O pluralismo jurídico nasce a partir da tentativa de superação da ideia unitária e centralizadora do direito diante da existência de várias realidades sociais que se comunicam com o mundo jurídico, demandando ações práticas e eficazes, evidenciando a complexidade de suas características particulares. Da perspectiva sociológica, o pluralismo jurídico evidencia um conceito de direito bastante amplo, para além de uma identificação legal – estatal.

Predomina a visão de um conjunto de regras acompanhadas de sanções, observadas nas mais diversas esferas sociais, onde os conflitos são resolvidos baseados na lógica interna de cada comunidade. No campo sociológico, o pluralismo jurídico verifica - se na medida em que a sociedade exige uma diversificação das atribuições de cada indivíduo em relação ao surgimento da divisão de classes e associações profissionais, procurando - se a defesa dos seus interesses. Filosoficamente falando, o pluralismo jurídico surge contra o individualismo materialista que determina o idealismo moderno devido à complexidade das relações sociais. Admite-se, assim, a racionalidade humana associada a valores, verdades e interesses diversos, não podendo, dessa forma, restringir - se ao individualismo. No campo político, o pluralismo jurídico idealiza acabar com a ligação entre o Estado e o monopólio do poder, admitindo - se a existência de um corpo social formado pela diversidade de partidos, movimentos políticos e organizações sociais. O pluralismo jurídico não admite a ingerência totalitária do Estado, que muitas vezes desconsidera o interesse das minorias e desrespeita a diversidade fruto da evolução social. Tal conceito visa priorizar as diversas formas de produção normativa geradas por movimentos organizados que compõem a vida social, sem se reduzir a um único poder político centralizador.

Da forma como foram postos, o princípio da segurança jurídica e o pluralismo jurídico, parecem ter naturezas jurídicas conflitantes, ideias e postulados próprios os quais não permitiriam, em tese, a coexistência harmoniosa num mesmo ordenamento jurídico. Neste sentido, é oportuno lembrar que a sujeição ao império da lei é um parâmetro para a administração e para os administrados, todos, sem exceção, estão sujeitos à lei, contudo, esta trata - se de normas ou regras emanadas do poder público, o qual tem uma competência típica formalmente prevista, no caso, o legislativo, que por sua vez, deve ser legitimado pelo povo, mediante escolha. Portanto, a segurança jurídica é inerente ao Estado de Direito e adequa-se perfeitamente às suas características, especialmente, do império da lei.

No mesmo sentido a segurança jurídica também tem características que a definem: a igualdade (formal); a boa-fé nos atos do estado; a sujeição à lei; a estabilidade das relações e a previsibilidade dos comportamentos. Pode concluir - se que ambos, segurança jurídica e Estado de Direito, primam pela previsibilidade dos comportamentos, mediante um parâmetro legal, proveniente de uma única fonte legítima, enquanto poder do Estado. O pluralismo jurídico questiona as bases características da segurança jurídica uma vez que determina o reconhecimento das forças vivas do estado, sejam elas, os grupos sociais integrantes, indígenas, sindicatos, sociedades, grupos de moradores, que seriam os legítimos produtores do direito.

Na verdade, o pluralismo jurídico, que pode ser encontrado em vários níveis sociais e estatais ao longo da história, foi inteiramente diminuído com a consolidação de um direito uno, comum para todos, igual, ainda que não materialmente fruto do Estado de Direito. Nesta perspectiva, fala – se em centralização das fontes normativas, onde o Estado se movimenta de forma paulatina, fortalece o direito, formulando ideias isoladas, com direito igual e comum a todos, com base no princípio da igualdade, ainda que na sua dimensão formal.

Daqui para a frente, tal perspectiva não aniquila a desigualdade, de outro modo a sustenta, pois deixa de reconhecer o que legitimamente foi construído socialmente a título de direito, ainda que consuetudinariamente, para falsificar uma hipótese legal, proveniente única e exclusivamente de fonte estatal. De facto, aparece a contraposição entre o pluralismo jurídico e a segurança jurídica, desenhadas a partir de características intrínsecas, enquanto no primeiro cobra uma igualdade material, em relação à segunda, preocupa – se com uma igualdade meramente formal. Estas diferenças parecem ser exortadas quando alcançam o tema da legitimidade da produção normativa, a principal discórdia entre os temas, sendo certo que o reconhecimento da legitimidade de um, parece anular o outro, situação que inversamente também se repete.

A Corte Suprema Colombiana reconheceu a validade do pluralismo jurídico através de uma decisão, tomada na jurisdição indígena, no caso Feliciano Valencia Medina vs. Jairo Danilo Chaparral Santiago. No Brasil, o caso de Denílson Trindade, um indígena da comunidade *Manoá -Pium* que foi “condenado a *waiwaiçar*” (é um termo que se refere a uma forma específica de justiça praticada pela comunidade indígena *Waiwai*) após ser denunciado pelo Ministério Público por ter assassinado o seu irmão, a justiça indígena foi aplicada, em vez da justiça estatal, o que é um exemplo de como o pluralismo jurídico pode funcionar na prática. Este caso também levanta questões importantes sobre o reconhecimento da legitimidade das jurisdições indígenas. O pluralismo jurídico é um conceito-chave e parte integrante do acervo comum do constitucionalismo latino-americano. Os exemplos apresentados, demonstram a busca pelo reconhecimento de direitos inerentes às minorias, ainda que de fonte não estatal, os quais assumem especial relevância no movimento denominado de Novo Constitucionalismo Latino Americano.

A justiça estatal e a justiça indígena são 2 sistemas de justiça que podem coexistir dentro de uma sociedade, cada um com suas próprias características e princípios: a justiça estatal é o sistema de justiça formal, baseado nas leis e regulamentos estabelecidos pelo Estado, é um sistema caracterizado por processos formais e hierárquicos, e aplicado de

maneira uniforme a todos os cidadãos; a justiça indígena é um sistema de justiça baseado nas tradições, costumes e normas de uma comunidade indígena específica, é muitas vezes mais flexível e adaptável, refletindo as necessidades e valores da comunidade, pode incluir práticas restaurativas, que são voluntárias e recebidas pelas comunidades indígenas. O pluralismo jurídico reconhece a existência e a legitimidade de ambos os sistemas de justiça, e procura formas de permitir que coexistam e interajam de maneira produtiva. No entanto, a relação entre a justiça estatal e a justiça indígena deve ser pensada a partir do pluralismo jurídico e da horizontalidade entre Direito e instituições.

A justiça indígena, como qualquer sistema de justiça, conhece algumas críticas, tais como: as diferenças culturais, a justiça indígena é baseada nas tradições e costumes de uma comunidade indígena específica - pode levar a diferenças significativas na forma como a justiça é administrada, o que pode ser difícil de entender ou aceitar para aqueles que estão acostumados com a justiça estatal; a falta de uniformidade, como a justiça indígena é baseada nos costumes e tradições de comunidades específicas, pode haver uma falta de uniformidade entre diferentes comunidades; os direitos humanos, alguns críticos argumentam que a justiça indígena pode não estar em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos. Por exemplo, algumas práticas tradicionais podem ser vistas como violações dos direitos humanos por aqueles que estão fora da comunidade; o acesso à justiça - pode haver barreiras ao acesso à justiça para alguns membros da comunidade, especialmente aqueles que são marginalizados ou vulneráveis - pode incluir mulheres, crianças e pessoas com deficiência; o reconhecimento legal - em alguns países, a justiça indígena pode não ser reconhecida ou protegida por lei, o que pode levar a conflitos entre a justiça indígena e a justiça estatal.

A pesquisa sobre o Direito indígena enfrenta desafios, tais como, a falta de documentos escritos sobre o direito consuetudinário e a necessidade de uma abordagem intercultural na pesquisa jurídica. Além da pesquisa, a própria aplicação da jurisdição indígena apresenta desafios, pois torna - se necessário que ocorram determinados factos, em conformidade com os princípios do Estado de Direito e será importante, nessa altura, respeitar os direitos individuais. No entanto, o estudo do Direito indígena e a pertinência deste tema, é fundamental para a compreensão das dinâmicas sociais, culturais e jurídicas dos povos indígenas. A valorização da diversidade jurídica promove a justiça intercultural e contribui para a construção de sociedades mais justas e inclusivas.

O desafio está lançado: pensar em estratégias de superar a prática de racismo institucional e a construção de modelos de justiça que realmente se proponham a superar todas as barreiras colocadas pela forma tradicional de se conceber o direito, em especial dos

povos indígenas (como o monismo, o dogmatismo, o formalismo e a descontextualização) e caminhar para o estabelecimento de diálogos interdisciplinares que permitam a diluição das fronteiras acadêmicas e o exercício da interpretação intercultural dos direitos dos povos indígenas. É necessário resgatar a dimensão comunitária, vitoriosa nos debates da Assembleia Nacional Constituinte, e estabelecer novos parâmetros para a construção da decisão, especialmente quando os conflitos jurídicos estão relacionados à garantia dos direitos coletivos, *transindividuais* e plurais. Em suma, o estudo do Direito indígena abrange desde o direito consuetudinário até à constituição da jurisdição indígena, procurando sempre, compreender e valorizar os sistemas jurídicos dos povos indígenas, a sua história e as suas lutas pelo reconhecimento e proteção de seus próprios direitos, ou seja, o reconhecimento do direito ao seu próprio Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

COÊLHO, M. 2015. Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica. Belo Horizonte: Fórum.

CLAVERO, B., 2015. Consulta indígena Colômbia (e Espanha) entre o Direito Constitucional e Direitos Humanos. Convenção n.169 da OIT os Estados Nacionais, ESMPU, Brasília.

KAYSER, H-E. 2010. Os direitos dos povos indígenas. Desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Safe.

SOUSA SANTOS, B. d., 1998. O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

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

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

VICIANO PASTOR, Roberto; DALMAU, Rubén Martínez (Org.). 2001. Cambio político y proceso constituyente em Venezuela (1998-2000). Valencia: Tirant lo Blanch.

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

WOLKMER A.C., 2001. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa Omega.

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

YRIGOYEN FAJARDO, R. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. El otro derecho, n.30, jun. 2004.

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