



Justiça restaurativa indígena: uma janela da jusdiversidade?

Indigenous restorative justice: a window jusdiversity?

 **Luana Rodrigues Meneses de Sá**

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)
Mestra em Direito
Campo Grande, MS – Brasil
luanarodriguesmsa@gmail.com

 **Andréa Flores**

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)
Doutora em Direito
Campo Grande, MS – Brasil
andreaflores.adv@gmail.com

Resumo: O presente artigo versa sobre a justiça restaurativa como um modelo de justiça em construção. A problemática enfrentada é a seguinte: a justiça restaurativa indígena é uma manifestação da jusdiversidade? O objetivo é verificar a hipótese de desenvolvimento de mecanismos próprios da comunidade indígena com a justiça restaurativa indígena, enquanto uma forma de propiciar a harmonia entre o sistema de justiça estatal e indígena, mediante consulta prévia. Para tanto, utilizou-se do método hipotético dedutivo e a pesquisa bibliográfica, com base em aportes teóricos da criminologia crítica sob a perspectiva intercultural. Os resultados consistem na análise da potencialidade da justiça restaurativa indígena em contextos em que as práticas restaurativas voluntárias e dialógicas são recepcionadas pelas comunidades indígenas e favorecem manifestações da jusdiversidade.

Palavras-chave: justiça restaurativa indígena; jusdiversidade; interculturalidade.

Abstract: The present article deals with restorative justice as a model of justice under construction. The problem addressed is the following: is indigenous restorative justice a manifestation of jusdiversity? The objective is to verify the hypothesis of the development of indigenous community's own mechanisms with indigenous restorative justice, as a way to promote harmony between the state and indigenous justice system, through prior consultation. To this end, the hypothetical deductive method and bibliographical research were used, based on the theoretical contributions of critical criminology from an intercultural perspective. The results consist of an analysis of the potentiality of indigenous restorative justice in contexts in which voluntary and dialogical restorative practices are welcomed by indigenous communities and favor manifestations of jusdiversity.

Keywords: indigenous restorative justice; jusdiversity; interculturality.

Para citar este artigo (ABNT NBR 6023:2018)

SÁ, Luana Rodrigues Meneses de; FLORES, Andréa. Justiça restaurativa indígena: uma janela da jusdiversidade? **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 349-370, jul./dez. 2022.
<http://doi.org/10.5585/rtj.v11i2.20041>

Introdução

Inicialmente cabe pontuar as razões da nomenclatura “Justiça Restaurativa Indígena”¹, a saber, a primeira decorre do fato das origens empíricas das práticas restaurativas estarem ligadas às tradições indígenas, ressalta-se a diversidade dos povos indígenas. Não compartilhamos de uma visão homogeneizadora, objetivamos desconstruir a falácia do “mito de origem”, pois tais métodos de solução de conflitos eram adotados pelas tribos aborígenes ou indígenas, antes da apropriação pelo Estado.

Nesse sentido, a premissa de que o único saber com rigor é o científico desconsidera erroneamente outras formas de conhecimento porque não estão alicerçadas em critérios, ditos científicos. O que Boaventura de S. Santos (2007, p. 29) denomina “monocultura do saber e do rigor”, na qual as práticas sociais baseadas em conhecimentos populares, indígenas, camponeses, por exemplo, ficam excluídas do saber, porque são desconsideradas sob o pretexto de rigor científico.

Tais práticas indígenas além de excluídas, costumam, de imediato, ser taxadas de violentas. Contudo, sob o ângulo da justiça restaurativa, a conclusão positivista de que o “atavismo” (caráter regressivo do tipo “criminoso”) é característico de “tribos selvagens” e de civilizações indígenas, é equivocada, em direção contrária a este dado, é nelas que reside a gênese do ideal pacificador inspirador das práticas restaurativas, pois em realidade não se demonstrou a existência de índices de criminalidade superiores nos “povos primitivos” em comparação com a população em geral (TIVERON, 2017).

Outra razão para a designação ‘Justiça Restaurativa Indígena’ é oriunda do termo empregado na elaboração do projeto-piloto lançado no ano de 2011², em Amambai, Mato Grosso do Sul, idealizado pelo Juiz de Direito Thiago Tanaka Nagasawa, no qual houve diálogo com lideranças indígenas, treinamento de facilitadores indígenas e aplicação de práticas restaurativas nas aldeias, incentivadas e coordenadas pelo Poder Judiciário, resultado da ação conjunta de órgãos públicos com a comunidade indígena (o referido projeto será objeto de comentários posteriormente). Quanto à abordagem da justiça restaurativa:

¹ Albert Eglash (1977) é tido como autor da denominação Justiça Restaurativa, ele quem escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado numa obra de Joe Hudson e Burt Gallaway, chamada “*Restitution in Criminal Justice*”. Dentre outras denominações, o termo justiça restaurativa é mais usual na língua portuguesa. Há outras designações, como “justiça restauradora”, “Justiça relacional”, “comunal”, “comunitária”, “recuperativa” e “participativa”.

² AMAMSUL. Ações e projeto inédito no Brasil aproximam a justiça da comunidade. 2012. **Amamsul**. [Jornal Informativo da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul]. Disponível em: <http://www.amamsul.com.br/index.php/imprensa/noticias/39-aco-es-e-projeto-inedito-no-brasil-aproximam-justica-da-comunidade>. 2012. Acesso em: 10 abr. 2021.

Esta não é uma nova abordagem. A justiça restaurativa tem raízes históricas que podem ser traçadas na maioria das sociedades antes do desenvolvimento de sistemas modernos de justiça criminal. Continua a ser praticado através de abordagens indígenas e habituais à justiça e resolução de conflitos. Processos de justiça restaurativa podem ser adaptados a vários contextos culturais e às necessidades variadas de diferentes comunidades. Há um crescente apoio à gestão e resolução do conflito social por meio do diálogo e mecanismos de participação da comunidade, inclusive promovendo a justiça restaurativa. (UNODC, 2020, p. 3)³.

Na contramão do sistema tradicional, estruturas de justiça comunitária na América Latina, buscam ser flexíveis e receptivas às necessidades particulares das comunidades e dos envolvidos em conflitos, crimes ou ainda situações problemáticas⁴. Estas estruturas são reconhecidas nas constituições de países como a Colômbia, Equador, Peru e Bolívia. A previsão de um foro para os indivíduos solucionarem conflitos de modo mais satisfatório que os procedimentos estatais formais é característica das mencionadas estruturas. Estas estruturas de justiça de comunidade também olham além do incidente específico para o conjunto, pessoa, comunidade, e circunstâncias que cercam o evento para identificar causas e soluções (UNGAR apud PARKER, 2005, p. 251).

A implantação da Justiça Restaurativa no Brasil por si só é pertinente diante do contexto mais agravado de crise de legitimidade do paradigma punitivo. Contudo, a aplicação em comunidades indígenas deve considerar que as pessoas integrantes das comunidades indígenas se encontram em condição de vulnerabilidade quando exercitam os seus direitos ante o sistema de justiça estatal. Assim, qualquer intervenção ocasionada através de sua expansão estará sujeita à observância dos princípios da justiça restaurativa, em conjunto com respeito à língua, aos costumes, às crenças e tradições dos povos indígenas, bem como à organização social e às estruturas políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais indígenas.

As intervenções estatais nas comunidades indígenas, no âmbito da justiça criminal, carecem de consulta prévia⁵ e efetiva participação da comunidade indígena nos processos de tomada de decisão que afetem suas vidas, desta forma a defesa do reconhecimento de tradições indígenas na construção de projetos que se denomina “Justiça Restaurativa Indígena”, pode representar uma das iniciativas introdutórias de reconhecimento de sistemas jurídicos indígenas e, formas de coordenação e regulação com o sistema jurídico estatal, ações importantes

³ This is not a new approach. Restorative justice has historic roots that can be traced in most societies prior to the development of modern criminal justice systems. It continues to be practised through indigenous and customary approaches to justice and conflict resolution. Restorative justice processes can be adapted to various cultural contexts and the varying needs of different communities. There is growing support for the management and resolution of social conflict through dialogue and community participation mechanisms, including by promoting restorative justice. (UNODOC, 2020, p. 3, tradução nossa).

⁴ Termo sugerido por Louk Hulsman para substituir o que entendemos como crime e linguagem utilizada na justiça restaurativa. HULSMAN, Louk. **Contemporary Crisis: Law, Crime and Social Policy**, 10, 1986, pp. 63-80.

⁵ Conforme a Convenção n. 169, o direito à consulta prévia é um direito fundamental dos povos indígenas, quilombolas e tradicionais e está intrinsecamente ligado ao direito ao consentimento prévio, livre e informado e à livre determinação.

principalmente em contextos em que há “dificuldades” de desenvolvimento dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos operarem devido aos efeitos da desorganização social ocasionada pelo processo histórico de marginalização e violação de direitos indígenas, isto é, adota-se formas de coordenação com o intuito de olhar para a jusdiversidade reconhecendo a existência dos povos indígenas, de modo contrário à proposta colonizadora.

No tocante aos sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais, o presente artigo não ignora os avanços do constitucionalismo latino-americano no que se refere ao Estado plurinacional. No entanto, o enfoque reside em formas de coordenação de práticas indígenas de resoluções de conflitos com o sistema jurídico estatal, de modo que as já existentes intervenções estatais sejam inócuas aos povos indígenas. Questiona-se, seria a justiça restaurativa um caminho para o diálogo intercultural entre sistema de justiça estatal e sistema jurídico indígena?

Desta forma, a análise sobre as normas, teorias, práticas e experiências quanto à atuação e aos conflitos das jurisdições indígenas e estatais, é fundamental para buscar avanços na eficácia, do preceito da Constituição Federal, especificamente o art. 231, cuja redação aduz 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”.

O presente artigo tem por objetivo a verificação da hipótese da viabilidade da justiça restaurativa indígena, condicionada a efetiva participação das comunidades indígenas nas decisões que a afetem. A análise parte da crítica ao modelo de justiça vigente, da proposta de Justiça Restaurativa, bem como propõe alterações na elaboração e execução do processo de expansão da Justiça Restaurativa Indígena em comunidades indígenas, como uma forma de regulamentação de procedimentos jurídicos que considerem a pluralidade de concepções de justiça, no contexto da crise de legitimidade do paradigma punitivo. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se do método hipotético dedutivo, através de pesquisa bibliográfica com literatura especializada, tanto internacional e nacional, referente ao modelo de justiça restaurativa e a análise crítica no que se refere ao modelo de justiça vigente, com base em aportes da criminologia crítica sob a perspectiva intercultural.

1 Justiça restaurativa: a construção de um modelo de justiça plural

As práticas restaurativas têm sua origem nos modelos de organização das sociedades comunais pré-estatais europeias e nas coletividades nativas, que, no que lhe concerne, exerciam a regulamentação social embasadas na manutenção da coesão do grupo, privilegiando os

interesses coletivos em detrimento dos individuais. Vera Regina Pereira de Andrade (2012), escreve:

A justiça restaurativa é um modelo e um conceito em construção cuja origem está associada a uma base simultaneamente teórica e empírica que reúne conhecimento e experiência de práticas consideradas restaurativas em países como Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Argentina, Colômbia, Bolívia e também no Brasil, entre outros. (ANDRADE, 2012, p. 334).

Acerca da origem, Zehr reforça:

Dois povos fizeram contribuições profundas e muito específicas às práticas nesse campo: os povos das primeiras nações do Canadá e dos Estados Unidos e os maori da Nova Zelândia. Mas de muitas maneiras a justiça restaurativa representa a validação de valores e práticas que são característicos de muitos grupos indígenas. Enquanto alguns tentam desqualificar essa alegação como um "mito de origem", verifiquei que a justiça restaurativa tem eco em muitas tradições indígenas com as quais tive contato nas minhas aulas e viagens. Braithwaite⁶ escreveu que ele ainda está para encontrar uma tradição indígena que não tenha elementos de justiça restaurativa e retributiva, e isso confere também com a minha experiência. (ZEHR, 2008, p. 256).

Como Vera de Andrade (2012) aduz, a justiça restaurativa não é um modelo monolítico, mas plural, que assume diversas faces a depender das especificidades do contexto de produção. Assim, há de se considerar os contextos locais e a diversidade encontrada, visando um procedimento voluntário, dialógico, consensual, relativamente informal, no qual são as partes que devem voluntariamente decidir pela resolução restaurativa, por meio de diálogos ocorridos nos círculos, câmaras ou encontros restaurativos, de preferência em espaços comunitários, sem os ritos hierárquicos e solenes da justiça tradicional (ANDRADE, 2012, p. 335).

Nas comunidades, a aplicabilidade da justiça restaurativa prioriza a restauração das relações individuais e comunitárias, a transgressão de uma norma implicava o restabelecimento do equilíbrio quebrado, procurando encontrar uma solução para o problema causado. Nas sociedades ocidentais, a Justiça restaurativa é implementada utilizando os modelos de tradições indígenas do Canadá, dos Estados Unidos e da Nova Zelândia. A Irlanda é o primeiro país a empregar práticas restaurativas, especialmente na resolução de conflitos envolvendo adolescentes (CUSTÓDIO; COSTA; PORTO, 2010, p. 53).

A popularidade e alcance considerável da Justiça Restaurativa pelo mundo se explica por inúmeros fatores, entre os quais a crise de legitimidade do sistema de justiça, às reivindicações dos *lobbys* indígenas, movimento das vítimas e abolicionistas, a desagregação do Estado Providência, a ascensão do neoliberalismo, a emergência da sociedade civil, o

⁶ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

movimento de tolerância zero, a gestão dos riscos e a luta contra criminalidade, a política de redução das despesas públicas no que diz respeito à justiça. (JACCOUD, 2005, p. 179). Vera de Andrade (2012, p. 334), reforça “[...] resposta à grave crise de legitimidade que afeta o sistema penal e a prisão (incapacitados de dar respostas satisfatórias a vítimas e infratores? Em antítese superadora do modelo retributivo-punitivo [...]”.

Em âmbito mundial, a Organização das Nações Unidas – ONU, a partir da Resolução n. 1999/26, de 28 de julho de 1999, passou a regulamentar as práticas restaurativas na Justiça Criminal. Posteriormente, outras duas resoluções foram editadas por este organismo internacional sobre esta forma alternativa de resolução de conflitos: a Resolução n. 2000/14 e a n. 2002/12. Ambas estabelecem princípios básicos para utilização de programas restaurativos em matérias criminais. Com relação aos princípios da Justiça Restaurativa, estes são fornecidos pela Resolução n. 2002/12, emitida pelo Conselho Social e Econômico, responsável por instituir os “princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”, sendo eles: imparcialidade do facilitador, confidencialidade, voluntariedade das partes, presunção de inocência, razoabilidade e proporcionalidade.

Os conceitos oriundos dos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa, são os seguintes:

1. Programa Restaurativo se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos.
2. Processo Restaurativo - significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença
3. Resultado Restaurativo - significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002).

A Resolução n. 2002/12, como referido, apresenta apenas princípios básicos, que podem ou não ser observados pelos Estados-membros da ONU nos processos de implementação da justiça restaurativa ou nos seus programas já em andamento, e que estabelecem diretrizes estruturais a serem seguidas. Isso não significa que exista um procedimento prévio a ser adotado, antes pelo contrário: a flexibilidade oriunda dos valores e princípios acima conduz a uma enorme gama de processos restaurativos possíveis, denominadas práticas restaurativas. (ACHUTTI, 2016, p. 91).

De acordo com Raquel Tiveron (2017) é curioso perceber que na maioria dos países que já adotam a justiça restaurativa ou a mediação penal em seus sistemas, estes procedimentos são executados fora do Poder Judiciário, geralmente, a cargo do Ministério Público (como no

modelo português), das comunidades autônomas, de universidades ou de outras instituições. Há notícias da execução dentro da Defensoria Pública (como no Uruguai) e de associações de advogados, ONG's, etc.

Quanto à Justiça Restaurativa brasileira, o protagonismo da sua expansão consiste na atuação do Poder Judiciário, em que pese os tenha feito avanços significativos, o país ainda se encontra no início da jornada, pois tal protagonismo é personalizado e sua sustentabilidade é um desafio. O uso dos processos circulares, círculos restaurativos, mediação ofensor-vítima como mecanismos de aproximação e diálogo, tem se mostrado um importante instrumento para construção de um modelo de justiça plural.

Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, durante os meses de fevereiro a abril de 2019, com a abrangência da limitada à Justiça Comum, seja estadual ou Federal. Dos 32 tribunais demandados, somente um, o TJAC, não encaminhou resposta. Dos 31 tribunais que responderam aos questionários enviados pelo CNJ, somente três responderam não possuir nenhum tipo de iniciativa sobre Justiça Restaurativa, sendo eles:

TJRR, TRF-2ª e TRF-5ª, Portanto, 25 Tribunais de Justiça, 96% do total de respondentes, e três Tribunais Regionais Federais, 60% dos existentes, possuem algum tipo de iniciativa em Justiça Restaurativa. Dentre os tribunais que possuem algum tipo de iniciativa, 17 (61%), responderam possuir pelo menos um programa em Justiça Restaurativa, sendo eles: TJAP, TJBA, TJDFT, TJES, TJMS, TJMT, TJPA, TJPE, TJPI, TJPR, TJRN, TJRS, TJSC, TJSP, TJTO, TRF-1ª e TRF-4ª. Dentre estes, o TJSC informou possuir quatro programas, os demais possuem apenas um. (CNJ, 2019a, p. 8).

A expansão justiça restaurativa, enquanto resposta à crise de legitimidade do sistema penal é da prisão sob a perspectiva do pensamento criminológico crítico está ligada a uma insatisfação crescente com o sistema tradicional de justiça criminal e recomenda, em contrapartida, um sistema dialogal de abordagem dos conflitos, o qual se contrapõe à utilização da prisão como remédio para todos os males. Segundo Olívar (1995) o papel da criminologia crítica está em assegurar os direitos fundamentais dos povos indígenas:

Siendo entonces que la Criminología Crítica corresponde, desde el punto de vista político e ideológico, a un programa de defensa de los Derechos Humanos que pretende "desaparecer" la función punitiva del sistema de justicia penal formal mediante la búsqueda de diversas alternativas a la solución de los conflictos, la misma debe estar dirigida a resguardar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos frente al Estado nacional, sin pretender reemplazar su propia dinámica y desarrollo. (OLÍVAR, 1995, p. 278).

Nesse sentido, Daniel Achutti (2016) defende que a justiça restaurativa, antes de tudo, deve ser pautada pelos seus propósitos mais importantes: reduzir, sempre que possível, o uso

do sistema penal e os efeitos das interpretações criminalizantes por ele geradas, e incrementar a democracia através de um maior protagonismo das partes na administração de seus conflitos.

2 Justiça restaurativa indígena: relação entre sistema de justiça estatal e sistemas jurídicos indígenas

A promulgação da Resolução n. 215/2016, do CNJ, que instituiu uma Política Nacional de Justiça Restaurativa no Brasil. Antes da resolução, no ano de 2005 implantou-se através de três projetos-pilotos decorrentes de uma parceria entre os Poderes Judiciários locais e a então Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Durante mais de treze anos de execução, a Justiça Restaurativa espalhou-se pelo país, com experiências bem-sucedidas em vários Estados da Federação, cada um observando e respeitando, no decorrer do processo de implementação, os potenciais e desafios locais, bem como os contextos institucionais e comunitários próprios (CNJ, 2019a, p. 5).

Em termos globais, segundo Relatório de Pesquisa apresentado pelo CNJ (2018, p. 56), o universo teórico da Justiça Restaurativa é bastante plural e criativo, fundamentado em diferentes epistemologias. Ao longo dos anos de debates e vastas experiências concretas, os pesquisadores optaram por uma única definição ou um conceito fechado de justiça restaurativa.

Zehr (2012) explica que a Justiça Restaurativa surgiu do cotidiano, de experiências práticas, e não de abstrações. Em razão disto, pesquisadores questionam se a Justiça Restaurativa, essencialmente empírica, poderia ser instrumentalizada teórica e metodologicamente.

De acordo com Pallamolla (2009, p. 54), diante da dificuldade conceitual, os autores que trabalham com o tema utilizam a definição apresentada por Tony Marshall, no qual a justiça restaurativa é considerada um processo em que todas as partes têm interesse em determinada ofensa, assim juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas repercussões futuras (MARSHALL, 1999).

A pesquisa tendo como objeto a condução da Justiça Restaurativa pelo Poder Judiciário intitulada: “Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário”, coordenada pela Prof.^a Doutora Vera Regina Pereira de Andrade, cujo lapso temporal é de 2004 a 2017, teve como objetivo conhecer o “estado da arte”, o rosto dos programas de Justiça Restaurativa, além de promover um processo reflexivo sobre a teoria, a prática e o sentido da mesma no Brasil.

Dentre as principais recomendações para as políticas judiciárias, a pesquisa citada ressalta a libertação do paradigma punitivo e da mitologia: nesse sentido, é importante a

constante revisão e adequação dos próprios conceitos-chaves, dos princípios e dos objetivos da Justiça Restaurativa. A necessária superação dos conceitos positivistas e punitivistas, está entre as condições para a consolidação da justiça restaurativa, as barreiras positivistas serão ultrapassadas por escolhas epistemológicas e políticas. Ressalta-se que, o restaurativismo não é concebido ingenuamente como à alternativa totalizadora sem a qual não há superação da crise do sistema de justiça, antes há de se entrar um revisionismo do paradigma punitivo (CNJ, 2018, p. 165; ANDRADE, 2012, p. 337).

No Brasil há uma tendência predominante de uso de círculos restaurativos e processos de cultura de paz (PALLAMOLLA, 2017, p. 232-249). Os círculos de Construção de Paz, cujo marco teórico é a teoria de Howard Zehr, e cujo marco metodológico destacou-se a prática de Kay Pranis com os Círculos da Paz, assim como Dominic Barter e Marshall Rosenberg sustentando a base da comunicação não-violenta. Quanto ao contexto histórico dos círculos de Construção de paz:

Os Círculos de Construção de Paz descendem diretamente dos tradicionais Círculos de Diálogo comuns aos povos indígenas da América do Norte. Reunir-se numa roda para discutir questões comunitárias importantes é algo que faz parte das raízes tribais da maioria dos povos. Essas práticas ainda são cultivadas entre povos indígenas do mundo todo e temos em relação a eles uma imensa dívida de gratidão, pois mantiveram vivas práticas que vieram a ser fonte de sabedoria e inspiração para as nossas culturas ocidentais modernas. (PRANIS, 2010, p. 19).

Os usos e práticas de círculos se espalharam pelo mundo, assumindo diversas finalidades. No contexto da disseminação de práticas restaurativas, é oportuno pontuar o que o pesquisador Daniel Achutti (2016) sugere como alternativas para minimizar as hipóteses de uma implantação ineficaz da Justiça Restaurativa, assim eventual sistema legal de justiça restaurativa poderá ser estruturado no Brasil a partir de determinadas características.

As características são as seguintes: regulamentação legal do sistema, para lidar com o legalismo da cultura jurídica brasileira; autonomia dos núcleos ou serviços de justiça restaurativa, a serem instituídos com uma nova linguagem, diminuindo as oportunidades de colonização das suas práticas pelas noções tradicionais e criminalizantes da justiça criminal; percepção da singularidade de cada caso, evitando classificações legais apriorísticas (ilícito civil ou. Ilícito penal) e a massificação dos conflitos; participação ativa das partes, tanto na decisão sobre o encaminhamento dos casos quanto na resolução dos conflitos, enquanto principais interessados no desdobramento da situação e fomentando a observação da decisão coletiva a ser tomada.

Em continuidade, atribuem-se também as características a seguir: refutação de estereótipos que possam ser atribuídos às partes, impedindo os efeitos indesejados da revitimização e da estigmatização do ofensor; presença obrigatória de profissionais metajurídicos na condução dos procedimentos, mesmo que paralelamente aos operadores jurídicos, para agregar os benefícios da interdisciplinaridade na administração dos conflitos; atenção à busca da satisfação das necessidades das partes (vítima, ofensor e suas comunidades de apoio), com o envolvimento coletivo para o adimplemento das condições estipuladas em acordo eventualmente realizado; elo com a justiça criminal tradicional, para poder ser capaz de provocar a redução do uso deste sistema e não ser relegada a mera possibilidade suplementar expansionista do controle penal (ACHUTTI, 2016).

A partir destas características, destaca-se que a autonomia dos núcleos ou serviços, o que pode fomentar núcleos indígenas, presentes nas aldeias e com a participação efetiva da comunidade indígena. Verifica-se que as características traçam um mapa para a aplicação no caso brasileiro, e podem dialogar através da promoção de mecanismos próprios da comunidade indígena.

A justiça restaurativa indígena pode impulsionar a aplicação concreta das normas constitucionais, internacionais (Convenção n. 169 da OIT e convenções internacionais de direitos humanos). O que pode ser feito considerando a resolução n. 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a resolução n.º 287 do CNJ⁷ (2019b), conforme a última:

Art. 7º A responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, mediante consulta prévia. Parágrafo único. A autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).

A Resolução n.º 287/2019 do CNJ deu um passo importante para a incorporação pelo poder judiciário dos ditames da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Declaração da Organização das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, ao propor a superação da invisibilidade dos povos indígenas no processo penal por meio do registro dessa informação nos sistemas informatizados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019b, p. 7). Antes da publicação da resolução, as pesquisadoras Moreira e Zema afirmavam:

⁷ Resolução do Conselho Nacional de Justiça n.º 287, de junho de 2019, a qual estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 287, de 25 de junho de 2019. Estabelece procedimentos ao tratamento de pessoas indígenas acusadas, réis ou privadas de liberdade. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2959>. Acesso em: 17 mar. 2021.

No Brasil, ainda não houve a adoção de medidas regulamentadoras do acesso à justiça para as comunidades indígenas. Apenas um grupo de trabalho constituído no âmbito da XIV Conferência Judicial Iberoamericana, ocorrido em 2008, entre as 100 Regras de Brasília de acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, destacando nas regras 48 e 49⁸ a importância de estimular as formas próprias de justiça, para resolução de conflitos internos surgidos nas comunidades indígenas, bem como a necessidade de harmonizar o sistema de justiça estatal e indígena, baseado nos princípios de respeito mútuo e de convivência com as normas internacionais de direitos humanos. (MOREIRA; ZEMA, 2019, pp. 54-55).

A mencionada harmonização do sistema de justiça estatal e indígena deve corresponder a uma manifestação da jusdiversidade⁹. Deste modo, os equívocos da implantação da justiça restaurativa necessitam ser reduzidos ou, até mesmo, evitados, caso a opção brasileira seja a edição de uma lei sobre o assunto, na referida lei deve-se destacar a priorização do respeito pelas práticas dos povos indígenas e seus métodos tradicionais quando houver aplicação da Justiça Restaurativa em comunidades indígenas. Assim, a justiça restaurativa indígena pode permitir o avanço no caminho do reconhecimento do pluralismo jurídico e da proteção da jurisdição indígena.

A pretensão de incentivar e expandir projetos incipientes capazes de propiciar a harmonização dos sistemas de administração de justiça estatal e indígena colabora para o respeito mútuo consoante as normas internacionais de direitos humanos. Tal qual o projeto-piloto criado na comunidade Guarani, em 2011, na cidade de Amambai/Mato Grosso do Sul, promovido para lidar com crianças e adolescentes indígenas em conflitos com a lei. Ribeiro (2019) escreveu em sua tese sobre a execução do referido projeto:

Foram realizadas muitas reuniões com as principais lideranças indígenas, para o completo esclarecimento sobre o projeto, inclusive na Câmara Municipal de Amambai/MS, para que a sociedade tomasse conhecimento dos propósitos da Justiça Restaurativa. Algumas modificações precisaram ocorrer, visto que, as técnicas utilizadas eram semelhantes às da prática restaurativa “tradicional”, mas não podiam ser iguais, por se tratar de uma cultura comunitária própria. Foi priorizada a diminuição ao máximo de participação de não indígenas. Foi fomentada a participação de profissionais indígenas ou aqueles bastante envolvidos com a cultura e o modo de vida das comunidades originárias locais, como uma busca pela valorização da cultura e dos costumes Guarani/Kaiowá, principalmente para que o diálogo fosse capaz de restaurar os relacionamentos, a pacificação social e a harmonia dentro das aldeias. (RIBEIRO, 2019, p. 102).

As práticas restaurativas descritas acima correspondem com o marco normativo de proteção aos povos indígenas, no qual identificamos alguns princípios que os tribunais e

⁸ Regra 48. Com fundamento nos instrumentos internacionais na matéria, é conveniente estimular as formas próprias de justiça na resolução de conflitos surgidos no âmbito da comunidade indígena, assim como propiciar a harmonização dos sistemas de administração de justiça estatal e indígena baseada no princípio de respeito mútuo e de conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. Regra 49. Além disso, serão de aplicação as restantes medidas previstas nestas Regras nos casos de resolução de conflitos fora da comunidade indígena por parte do sistema de administração de justiça estatal, onde é conveniente abordar os temas relativos à peritagem cultural e ao direito a expressar-se no próprio idioma.

⁹ O conceito da categoria jusdiversidade é explicado na seção 3.

magistrados devem considerar em todos os atos processuais envolvendo pessoas indígena, sobretudo, nas sentenças dos casos. Estes princípios foram citados no Manual da Resolução n. 287 do Conselho Nacional Justiça (2019b):

Diversidade dos povos indígenas; dever de consultar as comunidades indígenas; respeito à língua, aos costumes, às crenças e tradições dos povos Indígenas, bem como à organização social e às estruturas políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais indígenas; Importância do direito ao território; direito de acesso à justiça dos povos indígenas e excepcionalidade extrema do encarceramento indígena (CNJ, 2019b, p.16 - 19).

Os princípios elencados estão segundo o status jurídico dos indígenas após a Constituição de 1988, pois houve, em tese, a superação da condição de tutelados pelo Estado para sujeitos de direitos, plenamente capazes, livres e aptos a tomar decisões conforme seus modos de vida. Nesse contexto, é interessante expor os apontamentos do Cacique da Aldeia Jaguapiru, Izael Morales (2019):

Como líder da comunidade, a gente vê as dificuldades do nosso povo. Eles têm uma dificuldade muito grande para ir atrás de uma ajuda jurídica, às vezes não tem como ir por conta do transporte e muitos não entendem as informações passadas. Um atendimento dentro da Aldeia facilitaria muito, pois nós vamos estar junto com eles ajudando (informação verbal).¹⁰

A fala realizada em uma reunião solicitada pelas lideranças da Aldeia Jaguapiru com apoio dos alunos indígenas da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul/Dourados demonstra a vulnerabilidade da comunidade indígena da aldeia Jaguapiru ante o sistema de justiça estatal e a iniciativa da comunidade Indígena Jaguapiru para superá-la. Cabe lembrar que o princípio de acesso à justiça, no artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, aduz ser assegurado um acesso qualificado que propicie aos indivíduos uma ordem jurídica justa.

A Justiça restaurativa indígena não é a única iniciativa implantada com o objetivo possibilitar a harmonia e coordenação dos sistemas jurídicos indígenas com o sistema jurídico estatal, outras experiências foram implantadas:

¹⁰ Na data de 05.07.2019 lideranças da Aldeia Jaguapiru, localizada em Dourados/MS, se reuniram com o vice-reitor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), representantes do Programa "Rede de Saberes" e com os Pró-reitores de Extensão, Cultura e Assuntos Comunitários, para discutir a elaboração de um Projeto Piloto para prestar Atendimento Jurídico na comunidade indígena. A proposta discute o oferecimento de serviços feitos por acadêmicos e professores para suprir as demandas dos moradores da Aldeia Jaguapiru. MORALES, Izael. Entrevista com líder da comunidade acerca do projeto da UEMS que vai levar atendimento jurídico para Aldeia Jaguapiru. Entrevistadora: Liziane Zarpelon. Dourados, 2019. Disponível em: <http://www.uems.br/noticias/detalhes/reuniao-na-uemsdourados-discute-a-elaboracao-de-um-projeto-piloto-para-atendimento-juridico-na-aldeia-jaguapiru-173443>. Acesso em: 12 mar. 2022.

Em 2015, com base na Resolução n. 125/2010 do CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima criou quatro Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), estabelecendo um deles em Pacaraima, a partir do qual se criou o primeiro Polo de conciliação indígena do Brasil, dentro da Terra Indígena Raposa Serra Sol, especificamente na comunidade indígena do Maturuca. Desta forma, as próprias comunidades indígenas, ali localizadas, passaram a realizar sessões de conciliação e mediação, aplicando os próprios costumes e tradições na resolução de seus conflitos internos. (MODERNELL; ROSA; SILVEIRA, 2017, p. 1).

Diante de intervenções estatais, uma prática que se tornou comum em comunidades indígenas no estado de Mato Grosso do Sul é o encaminhamento de conflitos por parte de lideranças indígenas para serem dirimidos no âmbito do sistema de justiça estatal quando estes não são resolvidos nas aldeias. Importante frisar o contexto cultural em que os diferentes povos indígenas estão situados. No caso de Dourados - MS:

A construção das Reservas Indígenas, tal qual foi proposta pela política indigenista, apresenta-se, além do conflito entre indígenas e não indígenas, o conflito entre indígenas de várias etnias. A política das reservas não respeitou as diferenças e colocou em uma mesma Terra Indígena, no caso da área de Dourados, três etnias indígenas distintas. Isso se deve ao fato de que o senso comum vê o indígena como um “índio genérico”, e coloca todos os indivíduos sob o mesmo rótulo, transformando uma categoria social tão diversa em algo homogêneo. (PACHECO; DO PRADO; KADWÉU, 2011, p. 479).

Nesse contexto de notável “desorganização social” ocasionada pela ingerência estatal, cabe destacar uma das conclusões do relatório “Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil” (SILVA, 2008), fruto de um convênio entre a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e a Procuradoria-Geral da República (PGR), que é a seguinte: os crimes cometidos por indígenas são decorrentes, principalmente, da baixa qualidade de vida nas aldeias de origem e das dificuldades de exercício de formas tradicionais de resolução de conflito se desenvolverem em contextos de desorganização social, como resultado do impacto de frentes de expansão econômica da sociedade em âmbito nacional, regiões de fronteira internacional ou na periferia de grandes cidades (SILVA, 2008).

A proposta restaurativa é contrária ao projeto de encarceramento, ela é condicionada a voluntariedade das partes e demais princípios, altera a dinâmica que pode ocorrer de modo diferenciado através de núcleos indígenas de justiça restaurativa. A pesquisadora Andréa Flores (2008), participante do projeto intitulado “Situação dos detentos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul”, no qual foi realizada pesquisa em 2008, pelo Centro de Trabalho Indigenista (CTI) e Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) com recursos da União Européia (UE), comenta a práticas comuns no campo da criminalização e suas circunstâncias:

Nos processos que analisamos, há, desde a fase policial, o apontamento do autor do fato como indígena, mas isto porque os crimes geralmente são praticados dentro da aldeia. Sendo assim, a própria autoridade indígena conduz o suposto autor do fato até a Delegacia de Polícia. Mas é necessário ressaltar que, nos documentos preenchidos nas delegacias, como, por exemplo, a “ficha de vida pregressa” não há campo para o preenchimento desta informação. (FLORES, 2008, p. 216).

Em entrevistas com pessoas da comunidade obtiveram informações de que outros crimes também são praticados nas aldeias, porém os demais delitos são resolvidos internamente, por meio da atuação das lideranças indígenas. (FLORES, 2008, p. 217).

As intervenções estatais nas aldeias em coordenação com lideranças indígenas, com finalidade de reduzir a “criminalidade” estão são pautas recorrentes em Mato Grosso do Sul, o que é perceptível diante da implantação dos recentes conselhos comunitários indígenas de segurança (resoluções da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública - SEJUSP/MS)¹¹, a saber, conselho comunitário de segurança da Aldeia Urbana Água Bonita - Município de Campo Grande - MS, triênio 2020/2023; conselho comunitário de segurança da aldeia Indígena Bororó do Município de Dourados - MS, 2019; conselho comunitário de segurança da aldeia Indígena Jaguapiru do Município de Dourados, 2019; conselho comunitário de Segurança da Aldeia Indígena Te'yikue do Município de Caarapó – MS, 2020.

As práticas e experiências das formas de coordenação do sistema jurídico indígena e estatal indicam caminhos para a jusdiversidade, os sistemas jurídicos indígenas podem existir com outras fontes e métodos jurídicos estatais de cunho restaurativo. A proposta de abarcar o sistema jurídico indígena (chamado também de Direito Consuetudinário) não impõe a substituição de um sistema pelo outro, mas o reconhecimento da existência de diferentes sistemas jurídicos para permitir o respeito a práticas tradicionais e aceitas, com a possibilidade de serem recepcionada pelas comunidades indígenas, sem que isso signifique abertura para “anarquismo jurídico” (FLORES; RIBEIRO, 2016, p. 500).

O processo histórico de expropriação a que foram submetidos os povos indígenas, por conseguinte a usurpação dos seus direitos, requerem ações, diante disso, a implementação e fortalecimento de políticas públicas para o fortalecimento da cultura indígena, de suas

¹¹ RESOLUÇÃO SEJUSP/MS/Nº 873 – de 11 de julho de 2019. **Institui o Conselho Comunitário de Segurança da Aldeia Indígena Jaguapiru do Município de Dourados - MS**, e dá outras providências. Disponível em: https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO10003_08_10_2019. Acesso em: 20 out. 2022. RESOLUÇÃO SEJUSP/MS/Nº 874 – de 11 de julho de 2019. **Institui o Conselho Comunitário de Segurança da Aldeia Indígena Bororó do Município de Dourados - MS**, e dá outras providências. Disponível em: https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO10003_08_10_2019. Acesso em: 20 out. 2022. RESOLUÇÃO SEJUSP/MS/Nº 887 – de 06 de fevereiro de 2020. **Institui o Conselho Comunitário de Segurança da Aldeia Urbana Água Bonita - Município de Campo Grande - MS**, triênio 2020/2023, e dá outras providências. https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO10093_13_02_2020. Acesso em: 20 out. 2022. RESOLUÇÃO SEJUSP/MS/Nº 885 – de 21 de janeiro de 2020. **Institui o Conselho Comunitário de Segurança da Aldeia Indígena Te'yikue do Município de Caarapó - MS**, e dá outras providências. Disponível em: https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO10079_27_01_2020. Acesso em: 10 jul. 2020.

autoridades, instituições e procedimentos consensuais e participativos se faz necessária. Políticas que devem ser pensadas com a participação dos indígenas e com um diálogo intercultural amplo (PACHECO; DO PRADO; KADWÉU, 2011, p. 491).

A execução da Justiça Restaurativa Indígena pode tornar-se viável nos municípios com as maiores populações indígenas do país, se efetuada de forma residual, principalmente onde há dificuldades para desenvolvimento de mecanismos próprios de resoluções de conflitos dos povos indígenas e incidência do sistema de justiça estatal, ponderando também o intercâmbio da comunidade indígena com a comunidade acadêmica (como, por exemplo, via Faculdades Interculturais Indígenas ou Programa Rede de Saberes¹²), os órgãos públicos e a sociedade civil, abrangendo os movimentos sociais de lutas indígenas.

O intercâmbio desenvolvido pela universidade deve construir pontes entre a realidade social e a academia. A universidade deverá estar aberta para acolher indígenas, disposta ao diálogo intercultural, ou melhor, o *diálogo de saberes*, em que um dos eixos é o redimensionamento curricular, para recepcionar a diversidade, os saberes diversos, aqueles tidos como subalternos, oriundos dos segmentos sub-representados (AGUILERA URQUIZA, 2014, p. 151).

A interação e o diálogo, que estão em desenvolvimento, mesmo que de forma incipiente, entre Judiciário e universidade, envolvem um conjunto de atividades relativas ao ensino, pesquisa e extensão. Dentre essas atividades destaca-se: a criação de disciplinas de Justiça Restaurativa ao nível de graduação e pós-graduação; criação de centros, núcleos ou espaços de pesquisa e extensão contemplando pesquisas ao nível de monografias, dissertações e teses em Justiça Restaurativa; oferecimento de cursos específicos de formação em Justiça Restaurativa, em caráter de extensão, associados aos regulares; parcerias conveniadas para a coparticipação da universidade nos programas restaurativos, realização de estágios de estudantes nos programas de Justiça Restaurativa. (CNJ, 2018, p. 122).

O desenvolvimento da Justiça Restaurativa Indígena possui potencial de ensejar formas de coordenação do sistema jurídico estatal com o sistema jurídico indígena, sem representar um obstáculo para o reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, de caráter residual, aplicada

¹² As parcerias podem ser realizadas com as universidades, especialmente quando existentes faculdades com representantes indígenas, como a Faculdade Intercultural Indígena criada no ano de 2012 após mobilização da Universidade Federal da Grande Dourados/MS e do Movimento dos Professores Guarani, consoante a publicação da Portaria n.º 435 de 21 de maio de 2012, publicado no Diário Oficial da União em 29/05/2012. Outrossim, a Rede de Saberes trata-se de uma ação afirmativa realizada por quatro universidades do estado Mato Grosso do Sul, no caso a Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), a Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS), a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) e a Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), cujo objetivo é apoiar em especial a permanência na educação superior de estudantes indígenas da região. UEMS. Projeto da UEMS de atendimento jurídico na Aldeia Jaguapiru já tem local definido. Dourados, 2019. Disponível em: <http://www.uems.br/noticias/detalhes/projeto-da-uems-de-atendimento-juridico-na-aldeia-jaguapiru-ja-tem-local-definido-124359>. Acesso em: 20 jan. 2021

nas hipóteses de dificuldades de responsabilização pessoas indígenas através de mecanismos próprios da comunidade indígena, e nas hipóteses de incidência do sistema de justiça estatal.

O diálogo do Poder Judiciário com lideranças e a comunidade indígena, sendo fundamental que as intervenções estatais ocorram mediante consulta prévia, livre e informada, preferencialmente nas aldeias, com abertura para elaboração de projeto pedagógico de capacitadores indígenas¹³, capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores/pacificadores indígenas, observação de orientações e princípios culturais indígenas, tradução de materiais utilizados na formação para a línguas indígenas, além da atuação de intérpretes e antropólogos.

Segundo Wolkmer (2003) os critérios que expressam práticas alternativas de regulação denotam informalidade, descentralização e democratização dos procedimentos, elementos que, quando incentivados e explorados adequadamente, representam um meio apto para operacionalizar as demandas por acesso à justiça e tratamento dos conflitos coletivos de espaços societários, caracterizados por instabilidades e profundas mudanças sociais. Tratando-se da questão indígena no âmbito criminal, desde que objetivando a excepcionalidade do encarceramento indígena pode fomentar alternativas reguladoras benéficas para as comunidades indígenas.

3 Excepcionalidade do encarceramento indígena e a janela da jusdiversidade

Os projetos de Justiça Restaurativa podem representar formas não prejudiciais de existência de sistemas jurídicos indígenas e estatais, primando pelo respeito ao princípio da excepcionalidade do encarceramento indígena. O diálogo dos diferentes sistemas (indígena e estatal) pode ocorrer na perspectiva mencionada por Krohling (2009, p. 72), “[...] a ‘práxis’ intercultural do diálogo diatópico entre várias culturas dispostas na busca da fecundação recíproca.” Considerada a autodeterminação dos diferentes povos indígenas, principalmente, no que se refere às decisões que afetem sua organização de vida própria, ainda que em relação aos projetos já implantados ou em desenvolvimento deve-se observar os protocolos (inclusive os autônomos e comunitários) de consulta prévia e contar com a participação da população indígena nos processos de tomada de decisão que a afetem, o dever de consultar comunidades indígenas, abarca a elaboração, o desenvolvimento e a execução.

¹³ Considerando que a proposta vai além do que dispõe o art. 17, parágrafo único da Resolução 225 do CNJ, o qual prevê que será admitida a capacitação de facilitadores voluntários não técnicos oriundos das comunidades, inclusive indicados por instituições parceiras, possibilitando maior participação social no procedimento restaurativo e acentuando como mecanismo de acesso à Justiça. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010), existem 896 mil pessoas autodeclaradas indígenas no Brasil, distribuídas em 305 etnias e com 274 idiomas mapeados. Sendo que desses, 36,2% localizados em área urbana e 63,8% na área rural. Os indígenas correspondem a cerca de 0,47% da população total do país.

Quanto ao encarceramento indígena, o desconhecimento e a inobservância da preferência ao não encarceramento na definição da pena. (Art. 10 da Convenção 169) são notáveis, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de dezembro de 2019, há no sistema prisional brasileiro 1.390 indígenas presos, sendo: a) 1.325 homens; e b) 65 mulheres¹⁴.

Contudo, esse percentual pode ser maior, tendo em vista que muitos não são registrados como indígenas quando presos, e esse desrespeito à autodeterminação inviabiliza uma defesa adequada. Nesse contexto, se insere as disposições da resolução n. 287 do CNJ, com o reconhecimento da pessoa indígena através de autodeclaração.

No que se refere à autodeterminação, assim como o protocolo próprio de consulta e consentimento, isto é, o protocolo comunitário é apontado pela pesquisadora Silva (2019), como exercício da jusdiversidade e autodeterminação, a justiça restaurativa indígena, sem prejuízo da realização da consulta prévia pode significar uma manifestação da jusdiversidade. Segundo Liana Silva (2019, p. 105), “a livre determinação conduz à noção de jusdiversidade”. Consoante Silva (2019, p. 105-106): “Compreendemos jusdiversidade a partir da noção de diversidade cultural, diversidade de sistemas jurídicos próprios, que, por sua vez, se vincula a determinado território e territorialidade, conformando a jurisdição indígena ou tradicional.”

Souza Filho (2010, p. 195), explica a definição de jusdiversidade como “os princípios universais de reconhecimento integral dos valores de cada povo somente podem ser formulados como liberdade de agir segundo suas próprias leis, o que significa o seu direito e sua jurisdição.”

Para viabilizar a justiça restaurativa indígena enquanto uma janela jusdiversa, se faz necessário o que Krohling (2009, p. 117) cita ao escrever sobre a metodologia da hermenêutica diatópica a partir de Panikkar: “A abertura mútua para o diálogo intercultural supõe a criação de espaços para intercâmbio das visões homeomórficas dos dois parceiros”.

A conhecida comparação com as janelas, feita por Panikkar, ilustra o equivalente homomórfico:

[...] os Direitos Humanos são uma janela através da qual uma cultura determinada concebe uma ordem justa para seus indivíduos, mas os que vivem naquela cultura não

¹⁴ Atualmente o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) é sistematizado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepen). Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 25 out. 2022.

enxergam a janela; para isso, precisam da ajuda de outra cultura, que, por sua vez, enxerga através de outra janela. Eu creio que a paisagem humana vista através de uma janela é, a um só tempo, semelhante e diferente da visão de outra. Se for este o caso, deveríamos estilhaçar a janela e transformar os diversos portais em uma única abertura, com o conseqüente risco de colapso estrutural, ou deveríamos antes ampliar os pontos de vista tanto quanto possível e, acima de tudo, tornar as pessoas cientes de que existe, e deve existir, uma pluralidade de janelas? A última opção favoreceria um pluralismo saudável. (PANIKKAR, 2004, p. 2010).

A justiça restaurativa indígena sob a lente intercultural, possibilita a abertura de uma não tão “nova” janela (pois, com raízes nas tradições indígenas), apta a visualizar e promover o intercâmbio entre os sistemas jurídicos indígenas e estatais.

As disposições previstas no ordenamento jurídico, especificamente no que se refere aos indígenas acusados, réus, condenados ou privados de liberdade não asseguram os direitos dessa população no âmbito criminal. Para que os procedimentos de tratamento elencados na Resolução n. 287 do CNJ não se limitem a aspectos formais, com a mesma utilidade de uma mera tarja colorida de identificação, presente nos processos eletrônicos¹⁵ será necessária a efetiva proteção da jusdiversidade, para tanto o Estado não deve se eximir do seu papel na concretização de direitos dos povos indígenas.

Os povos indígenas ficam expostos diante de uma condição de vulnerabilidade em face do sistema de justiça estatal, o dever de lhes assegurar tratamento diferenciado cumpre com os preceitos constitucionais, considerando sua diversidade, cultura, sua forma de vida e, principalmente, a necessidade de os povos indígenas compreenderem e vice-versa. Após a promulgação da Constituição de 1988, não se questiona que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, portanto, os direitos, desde sua elaboração até a aplicação, têm a Constituição como norte inafastável (PACHECO; DO PRADO; KADWÉU, 2011, p. 492).

A Justiça Restaurativa Indígena pode instituir avanços ao pautar a redução do sistema penal, em respeito ao encarceramento excepcional de indígenas. Para tanto, requer a superação da vulnerabilidade dos povos indígena ante o sistema de justiça estatal, através de um diálogo intercultural amplo. O diálogo intercultural está condicionado à confiança “outros qua outros” (KROHLING, 2009, p. 84). Portanto, a superação da vulnerabilidade indígena em face da justiça estatal deve figurar entre os princípios da justiça restaurativa indígena, resultando em um instrumento de autodeterminação e não dominação.

Conclusão

¹⁵TJMS. Conselho Superior da Magistratura. Provimento n. 70, de 9 de janeiro de 2012.

Estabelece regras procedimentais para o sistema eletrônico de tramitação de processos. Provimento n. 148, de 16 de abril de 2008 do CSM.

A execução de um modelo de justiça restaurativo, que priorize os métodos e mecanismo próprios de solução indígenas, bem como a harmonia e coordenação de sistemas jurídicos indígenas e estatais dentro de um sistema de justiça punitivo, seletivo, e formal certamente constitui um desafio.

Contudo, trata-se de defender direitos historicamente violados, no que se refere à criminalização, a defesa de tais direitos perpassa pela redução do uso do sistema penal, objetivando a excepcionalidade extrema do encarceramento indígena, primando pela autodeterminação, pelo aumento do protagonismo dos envolvidos na administração de seus conflitos, prioritariamente, segundo seus mecanismos próprios de resolução de conflitos e residualmente através da justiça restaurativa indígena, sobretudo, em realidade em que há dificuldades para desenvolvimento dos mecanismos próprios de resolução, nos casos em que há a incidência do sistema de justiça estatal e quando as práticas restaurativas voluntárias, dialógicas e consensuais são recepcionados pelas comunidades indígenas e favorecem manifestações da jusdiversidade.

Dentre as práticas e experiências relacionadas às intervenções estatais no sentido de concretizar direitos dos povos indígenas na seara criminal, a justiça restaurativa indígena se apresenta como um caminho para o diálogo intercultural entre sistema de justiça estatal e sistema jurídico indígena, são práticas restaurativas com raízes nas tradições indígenas, em respeito a diversidade dos povos indígenas, a justiça restaurativa indígena é apta ser considerada uma manifestação da jusdiversidade.

Em virtude disso, nota-se a viabilidade do fomento de projetos de Justiça Restaurativa, especialmente a configuração da “Justiça Restaurativa Indígena” em comunidades dos povos indígenas que são receptivos ao citado modelo de justiça, desde que a execução dos projetos possibilite a busca pelo reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, além do reconhecimento da existência de formas de coordenação com o sistema jurídico estatal que não sejam prejudiciais para os povos indígenas. Para tanto, é necessário desenvolver um olhar crítico, interpretado sob a perspectiva intercultural, bem como a necessidade de pesquisas empíricas sobre os rumos da justiça restaurativa brasileira, com abertura para um amplo diálogo intercultural. Essa visão, guiada pelo pensamento criminológico crítico no que se refere ao uso do sistema penal, permitirá a observância do princípio da excepcionalidade do encarceramento indígena e o enfrentamento de desafios na expansão da justiça restaurativa, explorando sua potencialidade para abertura de uma janela da jusdiversidade.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

AGUILERA URQUIZA, Antonio H. Direitos humanos e educação intercultural: as fronteiras da exclusão e as minorias sub-representadas – os indígenas no ensino superior. **Série-Estudos - Periódico do Programa de Pós-Graduação em Educação da UCDB**, p. 141–154, 1 jul. 2014. DOI: <https://doi.org/10.20435/serie-estudos.v0i37.774>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. **Direitos e Garantias fundamentais pilotando a Justiça Restaurativa**: o papel do Poder Judiciário. Brasília: Secretaria de Comunicação, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mapeamento dos programas de justiça restaurativa**, 2019a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974fb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual Resolução 287/2019. **Procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade**. Orientações a Tribunais e Magistrados para cumprimento da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Secretaria de Comunicação, 2019b.

CUSTÓDIO, André V.; COSTA, Marli M. M.; PORTO, Rosane T. C. P. **Justiça restaurativa e políticas públicas**: uma análise a partir da teoria da proteção integral. Curitiba: Multideia, 2010.

FLORES, Andréa. Situação dos detentos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul. **Tellus**, p. 215–222, 2008. DOI: <https://doi.org/10.20435/tellus.v0i14.156>. Acesso em: 11 mar. 2021.

FLORES, Andrea; RIBEIRO, Lamartine Santos. Crime e Castigo: o Sistema Penal Positivista e o Direito Consuetudinário Indígena. **Revista Thesis Juris - RTJ**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 481–504, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5585/rtj.v5i2.462>. Acesso em: 24 abr. 2021.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

KROHLING, A. **Direitos humanos fundamentais**: diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009.

MARSHALL, Tony F. **Restorative Justice**: an overview. Home Office Research Development and Statistics Directorate, London, 1999.

MODERNELL, Bárbara D. Lago; ROSA, Vanessa de Castro; SILVEIRA, Edson Damas. Formas alternativas de solução de conflitos na terra indígena raposa serra do sol: o primeiro

polo de conciliação e mediação indígena do Brasil. **Anais eletrônicos**. Enadir, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/5xm7rjw3>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MOREIRA, Erika Macedo; ZEMA; Ana Catarina. Proteção Constitucional da Jurisdição Indígena no Brasil. In: CASTILHO, E. W. V; OLIVEIRA, A. C. (coord.). **Lei do Índio ou Lei do Branco-Quem decide?** Sistemas jurídicos Indígenas e Intervenções Estatais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

OIT. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais** e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=3764>. Acesso em: 04 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolução 2002/12**. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoi o/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

OLÍVAR, Ricardo Colmenares. El papel de la criminología crítica en la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. **Capítulo criminológico: Revista de las disciplinas del control social**, Maracaibo, v. 23, 1-2, p. 275-292, jan./dez. 1995.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos; PRADO, Rafael Clemente Oliveira do; KADWÉU, Ezequias Vergilio. População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do município de Dourados, MS. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 2, p. 469–500, dez. 2011. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322011000200005>.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

PARKER, L. Lynette. Justiça restaurativa: um veículo para a reforma? In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça Restaurativa. Coletânea de artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

RIBEIRO, Lamartine Santos. **Os Direitos Humanos como determinante do Desenvolvimento Local para nações indígenas na América do Sul**. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Local em Contexto de Territorialidade). Orientador: Heitor Romero Marques. Campo Grande – MS: Universidade Católica Dom Bosco, 2019, 140 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SILVA, Cristhian Teófilo da. **Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: http://www.portal.abant.org.br/wp-content/uploads/2013/04/www.abant_.org_.br_conteudo_001DOCUMENTOS_Relatorios_relatorio_final_2007.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

SILVA, Liana Amin Lima da. Sujeitos da convenção n.169 da organização internacional do trabalho (OIT) e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI). *In: Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação*. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, CEPEDIS, 2019.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 7.reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa: emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma da justiça criminal**. Brasília: Trampolim, 2017.

UNODC. **Handbook on restorative justice programmes**. 2 ed. United Nations: Vienna, 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: Novo Marco Emancipatório na Historicidade Latino-Americana. **Cadernos de Direito**, v. 2, n. 4, 2003, não paginado. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistasunimep/index.php/direito/article/viewArticle/717>. DOI: <https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v2n4p11-23> Acesso em: 11 mar. 2022.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: teoria e prática**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.