

OS DIREITOS DOS ACUSADOS INDÍGENAS NO PROCESSO PENAL SOB O PARADIGMA DA INTERCULTURALIDADE

*Elaine Moreira*¹

*Ela Wiecko V. de Castilho*²

 *Tédney Moreira da Silva*³

Palavras-Chave

processo penal/ laudo pericial/ perícia antropológica/ acusado indígena/ interculturalidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO;
2. A (IN)CRIMINALIZAÇÃO DE INDÍGENAS NO BRASIL;
3. O direito à diversidade étnica e à identidade étnica em matéria penal;
4. Obstáculos da lei processual penal ao direito à identidade étnica e a questão da perícia antropológica;
5. A Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça;
6. Apontamentos acerca da adoção do paradigma da interculturalidade;
7. Considerações finais;
8. Referências.

¹ Doutora em Antropologia Social pela École des hautes études sciences sociales, Paris, França – EHESS-Paris. Pós-Doc em Bioética pela Universidade de Brasília – UnB. Professora do Instituto de Ciências Sociais e da subunidade acadêmica ELA – Estudos Latino-Americanos – UnB. elainemoreiralau@gmail.com.

² Professora Doutora na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, onde coordena o Grupo de Pesquisa de Direitos Étnicos Moitará e o Projeto de Extensão JUSDIV - Escritório Jurídico para a Diversidade Étnica e Cultural-. Subprocuradora-geral da República, coordenadora do Comitê Gestor de Gênero e Raça do MPF - wiecko@unb.br

³ Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Membro do Grupo de Pesquisa em Direitos Étnicos MOITARÁ, cadastrado no CNPq. Professor do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e advogado. tedney.silva@gmail.com

Resumo

Este artigo tem por objetivo abordar os direitos processuais penais relativos aos acusados indígenas, bem como empreender crítica a esta área do Direito, já que não visibiliza as diferenças étnico-culturais no ato de atribuição de responsabilidade penal, isto é, em descompasso com diretrizes constitucionais e supraconstitucionais, de tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é signatário. A identidade étnica desses acusados impõe que o fato imputado seja examinado e decidido sob a perspectiva intercultural. Entretanto, na prática judicial brasileira predomina a interpretação etnocêntrica e eurocêntrica dos fatos e dos conflitos interétnicos, que nega ou suprime, discursivamente, a existência de uma alteridade, por meio da aplicação exclusiva do direito estatal. O artigo enfoca, dentre outros mecanismos, na necessidade de exame pericial antropológico, consubstanciado num laudo, para compreensão da conduta em julgamento. Neste contexto, situa-se a Resolução do Conselho Nacional de Justiça - CNJ nº 287, de 25 de junho de 2019.

THE RIGHTS OF INDIGENOUS ACCIDENTS IN THE CRIMINAL PROCESS UNDER THE PARADIGM OF INTERCULTURALITY

*Elaine Moreira*¹

*Ela Wiecko V. de Castilho*²



*Tédney Moreira da Silva*³

Palavras-Chave

criminal process / expert report
/ anthropological expertise
/ indigenous accused /
interculturality.

SUMÁRIO

1. INTRODUCTION;
2. THE (IN) CRIMINALIZATION OF INDIGENOUS PEOPLE IN BRAZIL;
3. THE RIGHT TO ETHNIC DIVERSITY AND ETHNIC IDENTITY IN CRIMINAL MATTERS;
4. OBSTACLES OF THE CRIMINAL PROCEDURAL LAW TO THE RIGHT TO ETHNIC IDENTITY AND THE QUESTION OF ANTHROPOLOGICAL EXPERTISE;
5. RESOLUTION No. 287, OF JUNE 25, 2019, OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE;
6. NOTES ABOUT THE ADOPTION OF THE INTERCULTURALITY PARADIGM;
7. FINAL CONSIDERATIONS;
8. REFERENCES.

¹ Doutora em Antropologia Social pela École des hautes études en sciences sociales, Paris, França – EHESS-Paris. Pós-Doc em Bioética pela Universidade de Brasília – UnB. Professora do Instituto de Ciências Sociais e da subunidade acadêmica ELA – Estudos Latino-Americanos – UnB. elainemoreiralau@gmail.com.

² Professora Doutora na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, onde coordena o Grupo de Pesquisa de Direitos Étnicos Moitará e o Projeto de Extensão JUSDIV - Escritório Jurídico para a Diversidade Étnica e Cultural-. Subprocuradora-geral da República, coordenadora do Comitê Gestor de Gênero e Raça do MPF - wiecko@unb.br

³ Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Membro do Grupo de Pesquisa em Direitos Étnicos MOITARÁ, cadastrado no CNPq. Professor do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e advogado. tedney.silva@gmail.com

Abstract

This article aims to address criminal procedural rights related to indigenous defendants, as well as undertake criticism of this area of law, since it does not make ethnic-cultural differences visible in the act of attributing criminal responsibility, that is, out of step with constitutional guidelines. and supraconstitutional, of international human rights treaties to which Brazil is a signatory. The ethnic identity of these defendants requires that the imputed fact be examined and decided from an intercultural perspective. However, in Brazilian judicial practice there is a predominance of ethnocentric and Eurocentric interpretation of facts and interethnic conflicts, which denies or discursively suppresses the existence of otherness through the exclusive application of state law. The article focuses, among other mechanisms, on the need for anthropological expert examination, embodied in a report, to understand the conduct at trial. In this context, the Resolution of the National Council of Justice - CNJ nº 287, of June 25, 2019 is located.

1. INTRODUÇÃO

O direito penal e o direito processual penal servem de instrumentos para o exercício do poder punitivo do Estado que, como regra, tem o monopólio dessa atividade e a aplicação guiada pelo princípio da igualdade. Sob tal ideologia ocultadora (ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*, 2005, Rio de Janeiro, p. 55) acerca da igualdade, suprimem-se não somente as diferenças étnico-raciais, mas também os mecanismos do aparato estatal que atingem de forma seletiva grupos sociais, estigmatizados pela criminologia etiológica – ainda remanescente no imaginário das instituições do sistema de justiça e de segurança pública. Ao ratificarem a igualdade no tratamento jurídico-penal de acusados, esses conjuntos de normas estatais retiram a necessária observância da diferença.

Diante disso, acusados indígenas são considerados da mesma forma que os não-indígenas e, portanto, têm sua identidade étnica negada, discursivamente, pelo próprio judiciário que, a despeito de outras áreas do conhecimento afins; como a antropologia, chama para si a tarefa exclusiva de definir identidades e subjetividades, assim como estabelecer existências sociais, culturais, econômicas e políticas *sui generis* como válidas ou inválidas.

Sem laudos antropológicos, os juízes ficam definem identidades étnicas a partir de preconceitos e estereótipos acerca dos indígenas brasileiros para, a partir de seu olhar etnocêntrico, reconhecer ou negar a existência deles como sujeitos de direitos diferenciados. Assim, no que tange ao exercício do poder de punitivo veem-se os “[e]feitos sociais não declarados da pena (estigmatização, controle do exército industrial de re-

serva, criação de bodes expiatórios, retroalimentação de autoritarismos, etc.) [que] também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’” do direito penal” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2013, Rio de Janeiro, p. 113).

Visando empreender a crítica do etnocentrismo que marca o sistema jurídico-penal brasileiro quanto à (in)observância de direitos e garantias processuais de acusados indígenas, este artigo aponta as normas estatais e internacionais aplicáveis ao tema, bem como os desafios à sua concretização nos atos de criminalização secundária. Nesse sentido, examina a Resolução do Conselho Nacional de Justiça - CNJ n.º 287, de 25 de junho de 2019, que “[e]stabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade e oferta diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário” (BRASIL, CNJ, 2019).

Faz-se necessário abordar também que as buscas pela superação do monismo jurídico e decisões judiciais recentes podem, eventualmente, ampliar a dimensão da diversidade étnica dentro do direito penal e, em especial, do direito processual penal.

Menciona-se, por fim, que o artigo é fruto de debates acadêmicos empreendidos pelos autores no âmbito do Moitará – Grupo de Pesquisas em Direitos Étnicos da Universidade de Brasília – UnB, certificado pelo CNPq, desde 2010, e coordenado pela Professora Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho. A criminalização e a prisionalização de indígenas constituem objetos de pesquisas empreendidas pelo grupo, que periodicamente, organiza seminários e outras

atividades acadêmicas para a comunidade interna e externa à UnB. Para a confecção deste artigo, em especial, valemo-nos do método bibliográfico qualitativo, pelo exame de referenciais teóricos da criminologia, em especial. Empreendeu-se também a análise de discurso das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça, detalhadas no corpo do trabalho, com o intuito de desvelar os argumentos para a (não) realização de laudo pericial antropológico de acusados indígenas.

2. A (IN)CRIMINALIZAÇÃO DE INDÍGENAS NO BRASIL

Em relação ao tratamento jurídico-penal dos indígenas, a Constituição da República Federativa do Brasil foi silente, muito embora, em seu artigo 231, caput, reconheça aos indígenas, dentre outros, o direito aos costumes e tradições. Como norma infraconstitucional, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973) prevê, em seu artigo 56, a determinação de atenuação da pena em caso de condenação por infração penal, devendo o juiz atender ao grau de integração do *silvícola* para tanto – termo utilizado pelo legislador e que evoca o pensamento do evolucionismo social reafirmado pelo positivismo filosófico.

Também o Estatuto do Índio determina que as penas de reclusão e de detenção sejam cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios, mais próximo da habitação do condenado – regime prisional que não se pode confundir com o regime prisional semiaberto, previsto pelo Código Penal, cabível à pena cumprida em estabelecimento penal agrícola, industrial ou similar. A lei, contudo, não esclarece qual procedimento deve ser adotado para a

execução da pena: se aquele previsto pela Lei de Execução Penal ou outro, de regulamentação própria. Inclusive, não há precisão quanto ao número de presos indígenas no Brasil, às etnias e povos aos quais se vinculam ou às línguas, costumes e tradições que, porventura, tenham influenciado, justificado, quando não eximido seus agentes da responsabilidade criminal.

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), atualizado em junho de 2016, a população prisional era de 726.712 pessoas dentro do sistema penitenciário, nas carceragens de delegacias e no sistema penitenciário federal. Desse total 40% não haviam sido ainda julgadas e condenadas. A informação sobre a raça, cor ou etnia da população prisional estava disponível para 493.145 pessoas (ou 72% da população prisional total). A partir da análise da amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia, pode-se afirmar que 1% da população prisional é composta por pessoas de cor amarela, etnia indígena e outras.

A tabela relativa à distribuição da população prisional de acordo com a raça, cor ou etnia por Unidade da Federação, se destaca pela baixa disponibilidade de informações acerca da raça, cor ou etnia da população presa nos Estados do Maranhão, Pernambuco e Mato Grosso. Comprometendo, dessa forma, a análise da distribuição da população prisional em âmbito estadual. Diante de tal omissão ou insuficiência de dados, constam indígenas presos apenas nos Estados do Mato Grosso do Sul (1%) e Roraima (3%) e nenhum indígena preso em penitenciária federal.

O CNJ publicou, em 2014, um diagnóstico sobre o número de presos, somando ao nú-

mero informado, à época pelo Infopen, o número de pessoas em prisão domiciliar, o que totalizou 711.463 pessoas submetidas à prisão definitiva ou provisória. Cita-se que não foi informado o perfil dos presos. Em agosto de 2018, porém, o CNJ publicou relatório estatístico do cadastro nacional de presos do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, apontando 244 indígenas presos, o que correspondia a 0,12% da população prisional. Pessoas de cor amarela alcançavam 0,43% e outras 2,47%. Essas três categorias somam 3%, o triplo do que coletado pelo Infopen, em 2016.

Nesse sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP vem publicando os resultados das inspeções do sistema prisional realizadas pelos Ministérios Públicos estaduais, distrital e federal. Em publicação de 2016, o quadro abaixo (Tabela 1) mostra a quantidade de presos/internos indígenas e estrangeiros por região nos anos de 2014 e 2015.

Tabela 1

Presos e internos indígenas e estrangeiros por região do país

Regiões	2014	2015
Centro-oeste	159	199
Nordeste	19	44
Norte	155	178
Sudeste	14	14
Sul	56	44
Total	403	479

Fonte: CNMP (2016).

Em consulta à Agência de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN), órgão da Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, sobre o quantitativo de indígenas pre-

sos e sobre quais crimes respondem, bem como a qual etnia vinculam-se, o órgão informou só possuir quantitativo numérico e que, em março de 2019, 308 indígenas cumpriam pena privativa de liberdade, concentrados na Penitenciária Estadual de Dourados a maior parte de presos provisórios (43) e de condenados (108).

Note-se que não há números sobre mulheres indígenas presas, embora elas existam como verificado por Léia da Silva Ramos, doutoranda em Antropologia Social, em sua pesquisa de campo sobre “os indígenas na cadeia em Roraima”. A invisibilidade imposta aos indígenas encarcerados nas demais unidades federativas denota, para Wallace Coelho Souza (2018), a presença do racismo institucional.

A par da variação das informações sobre o número de indígenas presos no Brasil e tendo em vista a invisibilidade de tais sujeitos de direitos em relatórios estatais, a Relatora Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, que visitou o Brasil em março de 2016, concluiu haver uma conexão entre o processo de criminalização de indígenas e as tentativas de desmobilização da luta por direitos originários. Tauli-Corpuz preconizou:

The failure to ensure access to justice for indigenous peoples in a context where historical violence against them has gone unaddressed, alongside the increasing criminalization of indigenous peoples and violent attacks and killings with impunity, sends a message to those responsible that there will be no repercussion for their actions. For indigenous peoples, it signals that the State institutions, including the law enforcement and justice systems, lack

both the will to ensure that their rights are protected and any genuine concern about their plight (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016, Nova Iorque, p. 17).

Os números apresentam divergências e são pouco precisos para responder inúmeras indagações como as que coloca Ela Wiecko (2019): A que etnias pertencem os/as indígenas? Que crimes lhes são imputados? Ocorrem na terra indígena ou fora dela? Qual o perfil dos/as autores/as e das vítimas? Como os casos chegam ao conhecimento das autoridades policiais? Há relação com os conflitos fundiários? Qual a taxa de absolvição e de condenação? Quais as penas aplicadas? Quais as condições do encarceramento?

3. O DIREITO À DIVERSIDADE ÉTNICA E À IDENTIDADE ÉTNICA EM MATÉRIA PENAL

O tema da punição e do encarceramento de indígenas tem sido objeto de preocupação do sistema global e regional de direitos humanos na perspectiva de assegurar o protótipo da diversidade étnica e afastar o paradigma assimilacionista que perdurou por séculos.

Sendo assim, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 13 de setembro de 2007 e assinada pela República Federativa do Brasil, reconhece aos povos indígenas o direito à promoção, desenvolvimento e manutenção de suas estruturas institucionais, costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando houver, costumes ou sistemas jurídicos que estiverem em conformidade às normas internacionais de direitos humanos. Têm os povos indígenas o direito de determinar as responsabilidades de indivíduos para com suas comunidades.

Nas Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras – Regras de Bangkok, adotadas por meio da Resolução n.º 2010/16, de 22 de julho de 2010, recomendam-se formas adequadas de tratamento a ser admitido pelo sistema carcerário quanto às mulheres indígenas e de outros grupos étnico-raciais. Segundo a Regra n.º 54, as autoridades prisionais deverão elaborar políticas específicas que atendam às distintas necessidades que mulheres presas de diferentes culturas e tradições religiosas possuam, reconhecendo-as como forma de garantir a igualdade no acesso aos serviços prestados. Do mesmo modo, nos termos da Regra n.º 55, tais serviços de atenção deverão ser revisados para se garantir a adequação e a acessibilidade às presas de origem indígena e de grupos étnicos e raciais, em consulta com os grupos correspondentes.

No mesmo sentido, a Convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pela República Federativa do Brasil, e promulgada pelo Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, dispõe que as características econômicas, sociais e culturais dos povos indígenas devem ser levadas em consideração quando houver a imposição de sanções penais pela legislação geral, dando-se preferência a tipos de punição diversos do encarceramento. No que concerne às questões penais, as autoridades e os tribunais do Estado que forem solicitados a se pronunciarem sobre tais crimes, quando envolverem indígenas, deverão levar em conta os costumes dos povos correlatos e, quando compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, também adotar os

métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão de delitos cometidos por seus membros.

No sistema regional interamericano, a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), aos 15 de junho de 2016, prevê o direito ao reconhecimento e respeito aos sistemas jurídicos indígenas pela ordem jurídica nacional, regional e internacional, assim como o direito à plena representação com dignidade e igualdade perante a lei na condução pelo Estado de assuntos relativos aos seus direitos ou interesses, cabendo aos Estados tomar medidas eficazes em conjunto com os povos indígenas para asseverar a implantação de todas estas recomendações. Menciona-se que as informações suprarrelatadas estão ratificadas nos artigos doze e trinta e quatro da Declaração das Nações.

O conjunto de direitos e garantias fundamentais aplicáveis aos povos indígenas, no que tange à matéria penal, aponta um descompasso entre a atuação do Estado brasileiro e seu próprio embasamento teórico-normativo. Ao passo que reconhece a diversidade étnica e a aplicação de tratamento especializado, na prática o sistema de justiça e de segurança pública reafirmam a supremacia do direito penal estatal sobre as práticas punitivas de cada povo, evidenciando a dificuldade em superar a colonialidade do saber e do poder implantada na modernidade. Nesse viés, comentou Evandro Duarte (1988) sobre a tendência criminológica de transposição acrítica do arcabouço teórico eurocêntrico para explicação de fenômenos criminais próprios da diversidade étnica latino-americana, com a conseqüente reafirmação, de um lado, da superioridade da matriz jurídica europeia e, de outro, a na-

turalização da 'Conquista', ou seja, da forma violenta de implantação do Estado colonial português, que é substituída pela imagem do 'Descobrimento', comemorando-se a chegada da civilização ao 'novo mundo'.

Veja-se, também, Giselle Moura Schnorr:

[a] colonialidade diz respeito a histórias, formas de vida, saberes e subjetividades colonizadas, a partir dos quais podem surgir respostas descoloniais. A perspectiva de superioridade/inferioridade, além de estar na base do conceito de superioridade étnica, também implica a superioridade epistêmica. O conhecimento produzido pelo homem europeu, branco, é geralmente qualificado como científico, objetivo e racional, verdadeiro, enquanto que aquele produzido por homens de cor (ou mulheres) é mágico, subjetivo e irracional. Sob essa matriz epistemológica colonial, a historiografia oficial tem desconsiderado inúmeras formas de manifestações culturais, sociais e políticas. Os estudos sobre colonialidade e descolonialidade objetivam contribuir para ultrapassar a negligência do pensamento moderno que nega a diversidade de povos e culturas, situando-se na defesa de uma releitura da história de modo que a contribuir para que os povos colonizados se libertarem do jugo da modernidade eurocêntrica (SCHNORR, Giselle Moura. *A filosofia intercultural de Raúl Fornet-Betancourt: práxis dialógica e reaprendizagem do pensar*, 2015, São Paulo, pp. 184-185).

A própria construção de subjetividade dos indígenas é ditada pelo saber epistêmico eurocêntrico, que enxerga na identidade indígena parâmetros de um atraso arcaico ou de qualidades utópicas de seres hiperinte-

grados à natureza, em contraposição ao hegemônico modelo de produção e consumo do capitalismo. Em suma, o indígena é visto como um sujeito a-histórico, alheio às interferências culturais externas e inconsciente de si e do mundo que o cerca. Indígenas são seres da desmedida que carregam no corpo e na identidade carências e excessos – ambos definidos pelo olhar julgador do não-indígena. Um espelho invertido, por meio do qual podemos afirmar o sucesso ou insucesso das práticas assimilacionistas que focam em forçosamente retirar do indígena seu direito à diversidade étnica.

Por tais motivos, falar em *indígenas* já pressupõe apagamentos e aproximações imprecisas: o termo não abrange a totalidade dos povos e suas idiossincráticas existências culturais, sociais, econômicas e políticas. Os indígenas são vistos como um todo coeso, o que já é, em si, um erro conceitual que exerce, contudo, uma finalidade política específica para o definidor destas identidades.

Nas palavras de Alejandro:

[t]he term Indigenous in the sense that it is presently used has its origin in colonialism. As colonialism has had different histories in different areas of the colonized world, the categories that designate the colonial identities are also diverse (HABER, Alejandro F. *This is not an answer to the question “who is indigenous?”*. 2007, Suíça, p. 215).

Em que pese a contradição ínsita ao próprio movimento de reconhecimento da diversidade em termos tão genéricos, a afirmação de identidades étnicas tem o condão, ainda assim, de garantir direitos especiais. Não há que se falar em direitos indígenas sem o reconhecimento da existência de seus sujeitos. Portanto, invisibilizar investigados,

acusados e condenados indígenas, sob o pretexto de sua inexistência por aculturação ou assimilação à sociedade nacional, atende à finalidade política de recusar seus direitos.

O racismo institucional que oculta a diversidade étnico-racial em nossa sociedade alimenta, como consequência, parcos parâmetros legais, jurisprudenciais e doutrinários adequados para o tratamento jurídico-penal de indígenas no Brasil e retroalimenta-se de tais ausências normativas. Acentuando-se, assim, de tal modo a nunca ser capaz de compreender as circunstâncias provenientes do contato interétnico conflituoso. No centro desse movimento se encontra uma estratégia política etnocida que nega à diversidade étnica seu papel de fundamentação social. Esta passa a ser vista como um desvio, um erro a ser corrigido.

O direito penal contém a matéria de proibição e as diretrizes que a delimitam na conduta, tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade dos agentes, enquanto o direito processual penal instrumentaliza a realização do poder punitivo – *jus puniendi* – e mecanismos de defesa técnica e pessoal dos acusados, para fins de determinação da pena, se o caso. Logo, formulam e aplicam conceitos, sem espaço para a diversidade étnica.

Considerando não haver exercício punitivo alheio às funções políticas que pugna cumprir, o silêncio acerca de direitos processuais penais de acusados indígenas não é sem motivo. A lei não contempla a diversidade étnica, primeiramente, por negar-lhe o reconhecimento e, em segundo lugar, porque atua como método de imposição de uma visão singular e hegemônica à coletividade, permitindo, de tal modo, o exercício incontestado do poder de punir. Como ensina Au-

gusto Sánchez Sandoval:

Si se imagina una sociedad con estructura horizontal, donde todos se respetaran reciprocamente, en la que existiera homogeneidad y consenso de todos sus miembros, la realidad y la ley serían una construcción “social” porque expresarían la conciencia de lo común generalizado.

Pero como se vive en una sociedad de estructura vertical, heterogénea y fundamentada en un sistema de producción desigual, entonces, aquí la realidad y la ley, son una construcción “particular”, de la voluntad capaz de imponer a los demás su propia razón, como la razón de todos. En consecuencia, la realidad y la norma jurídica son “subjetividades”, “artificialidades”, que han sido ideológicamente construídas como “objetividades” (SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto. Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional, 2000, Tlalpan, p. 15).

4. OBSTÁCULOS DA LEI PROCESSUAL PENAL AO DIREITO À IDENTIDADE ÉTNICA E A QUESTÃO DA PERÍCIA ANTROPOLÓGICA

Na horizontalidade ou na padronização do tratamento jurídico-penal de indígenas, diversos direitos inerentes ao exercício da ampla defesa e, assim, do contraditório são recusados pelo discurso oficial. Por exemplo está previsto no artigo 193 do Código de Processo Penal que o acusado não-falante da língua nacional poderá valer-se de um intérprete para a realização de seu interrogatório, mesmo direito extensível às testemunhas nesta condição, no que toca à interpretação das perguntas e respostas e na

mesma circunstância que abarca o exame de documentos juntados em língua estrangeira e de cartas rogatórias, elaborado por tradutores públicos ou autoridades idôneas. Não se faz menção à necessidade, por vezes apontada pela defesa, de garantia de intérpretes a indígenas em sua língua original, ainda que falantes da língua portuguesa. Do mesmo modo, quanto à definição de responsabilização de indígenas, o exame de sua culpabilidade continua sendo feito, predominantemente, segundo o critério de inimputabilidade, por uma assunção envergonhada da alteridade étnica indígena (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil*, 1992, São Paulo, p. 155).

Sobre o tema, Ela Wiecko e Paula Bajer (2009) analisam o Capítulo V do Título IV do Código de Processo Civil (artigos 139-153), que trata dos auxiliares de justiça, aplicável ao processo penal. O artigo 139 prevê como auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete. Quando um integrante de comunidade indígena comparece em juízo para depor como parte ou como testemunha e não se expressa na língua portuguesa, o juiz considera necessário nomear um intérprete.

Todavia, para compreender o contexto cultural do depoente ou da demanda, quando posta em favor ou contra indígenas, individual ou coletivamente, é necessário o auxílio de alguém que conheça a organização sociopolítica e cultural do grupo étnico. Em geral, será um/a antropólogo/a com especialização naquele grupo étnico. A ausência de profissional capaz de estabelecer o diálogo intercultural faz com que o sistema ju-

dicial ignore a diversidade étnica e cultural e aplique o direito sempre do ponto de vista étnico/cultural dominante.

Inclusive, o profissional a quem as referidas autoras denominam de “tradutor cultural” não deve ser confundido com o intérprete, pois este tem a função de tirar dúvidas no entendimento de documento redigido em língua estrangeira ou de verter em português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional. Avançando, também não deve ser confundido com o perito, isto é, aquele que auxilia o juiz a esclarecer a prova do fato que dependa de conhecimento técnico ou científico.

Afirmam que a carência de tradução cultural, constatada nos processos penais contra indígenas, tem suscitado requerimentos de perícia antropológica que, à míngua de previsão legal e ao argumento da desnecessidade no caso concreto, sistematicamente vêm sendo indeferidos.

Com efeito, nem o Código de Processo Penal no Capítulo II do Título VII (relativo à prova processual), composto por 26 artigos (artigos 158 a 184) que versam sobre o exame de corpo de delito e as perícias em geral, nem a Lei n.º 12.030, de 17 de setembro de 2009, que dispõe sobre as perícias oficiais, se ocupam de exame pericial antropológico.

Contudo, ainda que objeto de contestação, a perícia antropológica existe. O sistema de justiça tem contato com dois tipos de laudos antropológicos (que consistem nos documentos que descrevem a metodologia e as conclusões de um exame pericial antropológico). O mais conhecido é aquele vinculado a demarcações das terras indígenas, fruto de um trabalho multidisciplinar, com destaque para os dados etnográficos do grupo e a sua relação com o território, por-

tanto, é uma peça obrigatória. O outro tipo é aquele produzido no campo dos processos cíveis ou criminais, sobretudo nestes últimos, a requerimento do Ministério Público ou da defesa, logo, não se trata de peça jurídica obrigatória.

O juízo que o deferir estabelece os quesitos que deverão ser respondidos pelo/a perito/a em antropologia. Muitos quesitos revelam a desinformação sobre os povos indígenas no Brasil e sobre identidade étnica, sendo comum o quesito sobre o grau de aculturação do indivíduo. Logo, não se trata apenas de instituir a obrigatoriedade da perícia, mas de colocá-la no contexto maior da necessidade do judiciário de adotar o paradigma constitucional da diversidade étnica e cultural. A importância deste tema levou à criação de um Comitê de Laudos no interior da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), em um simpósio realizado em 2018, pois:

Os laudos antropológicos revelam-se peças fundamentais nos processos de reconhecimento de direitos individuais e/ou coletivos, social ou etnicamente diferenciados. Longe de serem meros trabalhos técnicos (em âmbito administrativo ou judicial), eles representam um gênero específico de produção antropológica, requerendo cada vez mais atenção da disciplina (ABA, 2018).

Nesta discussão a questão penal é reveladora da distância entre o sistema de justiça e os direitos dos povos indígenas. O trabalho pioneiro realizado pela ABA em 2008 revelou que os sistemas informáticos não estão programados para a identificação dos povos indígenas, apresentam lacunas e a produção da invisibilização desta população no sistema carcerário. Se por um lado reconhece-se que tal invisibilidade possa ser uma

estratégia frente ao racismo vivido por estes povos ao longo dos anos, por outro lado indica-se o desinteresse por abordar este tema no campo da aplicação dos direitos diferenciados. O estudo realizado por Cristhian da Silva afirma que:

O primeiro resultado comparativo a ser observado refere-se à incongruência das informações oficiais com relação ao perfil étnico indígena da população carcerária, bem como sobre o número de índios residentes em áreas urbanas. O desconhecimento de autoridades policiais, judiciais, políticas e acadêmicas sobre o contingente de índios presos em diferentes estados, revela um problema mais amplo de desinformação e desinteresse sobre a situação da população carcerária de modo geral e indígena em particular, e sobre os processos sociais que geram criminalização nas comunidades indígenas aldeadas ou não (SILVA, Cristhian Teófilo da. *Criminalização e situação prisional de indígenas no Brasil*, 2008, p. 37).

Assim, o simples pedido do exame/parecer antropológico não pode resolver a questão se ele não for incorporado ao sistema de justiça como uma ferramenta no campo da interculturalidade, na ampliação de um conhecimento, por parte do sistema sobre o contexto histórico e contemporâneo da diversidade. Se o exame pode com certeza contribuir como um indicador na visibilidade dos indígenas no sistema prisional, deve servir para ampliar uma relação mais equânime no acesso aos direitos diferenciados.

Importante faz-se ressaltar que o exame antropológico não serve para a atribuição da identidade étnica do sujeito (uma vez que é direito seu a autodeterminação, conforme a Convenção n.º 169, da OIT), mas para situá-

-la, uma vez declarada, na ordem de manifestações da vontade do agente, verificar sua influência na determinação da conduta ilícita e, portanto, fornecer ao juiz um quadro mais completo de todas as variáveis que compõem o mosaico da ação ou omissão humana e a responsabilidade penal eventualmente atribuída. Mesmo porque o ato de atribuição de uma identidade étnica feito à revelia do próprio sujeito identificado é apenas o reforço de imagens e paradigmas que, por vezes, são desconexos da realidade, já que tendem a partir de sedimentações colonizadoras do saber. Nesse sentido,

The question ‘Who is Indigenous?’ is not about the person who answers, but about the person who asks. It cannot be asked from archaeology or any other academic discipline. It is a matter of self-determination in the context of struggle for liberation from oppression (SILVA, Cristhian Teófilo da. *Criminalização e situação prisional de indígenas no Brasil*, 2008, p. 37.).

No ato da definição de uma identidade étnica entrelaçam-se múltiplas finalidades, tanto pragmáticas quanto políticas: dizer quem é *índio* é dizer quem tem direitos indígenas – e, portanto, seu oposto também se pode afirmar: dizer quem *não é índio* é dizer quem não tem direitos indígenas. Do ponto de vista pragmático, isso indica maior celeridade processual dada a menor interferência de agentes externos e, do ponto de vista político, a medida atende à “penalidade civilizatória” (SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil*, 2016, p. 57) de ratificação do ideal integracionista não de todo superado.

Reitera-se, dessa forma, a aparente con-

tradição existente entre o reconhecimento constitucional da diversidade étnico-cultural brasileira e a permanência da política assimilacionista relativa aos povos originários, uma vez que esta, de fato, sempre fora a lógica então perseguida pelo indigenismo brasileiro, como apontou Alcida Rita Ramos:

What appeared to be contradictory in the official indigenist rhetoric was so only in appearance. If, on the one hand, the state brought upon itself the duty to defend Indian lives and cultures against the greed and brutality of the dominant society, it also proposed the termination in due course of indigenous special status. By declaring Indianness to be a transitory condition, the government expected to convert Indians to Brazilianness and thus proceeded to push the Indians into integration.⁹ As full citizens, the native peoples would lose the right to exclusive usufruct of their lands. The pseudo-contradiction resolved itself in the long-term project of eliminating Indianness. Attempts at forced emancipation during the military regime were aborted because of public protests against the obvious maneuver of state officials, pressured by the Strong lobby of private economic interests, to turn indigenous territories into marketable commodities (RAMOS, Alcida Rita. *Indigenism: ethnic politics in Brazil*, 1998, p. 161).

Atendendo ambas as finalidades e amparados pela ausência de previsão legal no Código de Processo Penal, os juízes criminais tendem a abdicar da produção do laudo antropológico para arvorarem-se desta competência. Todavia, vinculada a critérios objetivos e subjetivos sem suporte conceitual, a definição da identidade étnica dos acusados por não especialistas passa ao lar-

go de um paradigma intercultural, deixando de promover o diálogo entre as culturas em jogo e reforçando lugares comuns sobre o Outro.

La subjetivación en el nos-otros es una experiencia existencial de cara al otro con quien se convive a los efectos de una recreación de las existencias en común.⁹ La aparición intersubjetiva y postsubjetiva es concomitante con la presencia del universo de voces implícitas en los diálogos donde el mundo se instituye como mundo de vida intercultural para todos. Por esta razón la condición sine qua non es que el diálogo en sí mismo es una praxis ético-política que orienta la esfera hermenéutica del discurso hacia consensos que se relegitiman a través de la interacción de todos (MÁRQUEZ-FERNÁNDEZ, Luz A.B.; DIAZ MONTIEL. Zulay C. Raúl Fornet-Betancourt: intersubjetividad, diálogo y ética intercultural. 2007, p.106).

5. A RESOLUÇÃO Nº 287, DE 25 DE JUNHO DE 2019, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Com fulcro em atender à crescente demanda de indígenas encarcerados e consideradas as lacunas normativas sobre o tema de criminalização dos acusados, o CNJ elaborou e publicou a Resolução n.º 287, que contém orientações aos juízes e tribunais sobre como proceder ao tratamento destas pessoas. Diversos são os pontos abordados pelo documento, passando desde o reconhecimento da autodeclaração dos investigados ou acusados indígenas à sua identidade étnica, até ao reconhecimento de seus direitos especiais, no âmbito do processo penal.

Para a completa aferição de responsabilidade criminal dos indígenas, segundo a Re-

solução, cabe aos magistrados, a compreensão acerca de princípios específicos, tais como: o reconhecimento da diversidade de povos indígenas (vedando-se interpretação genérica aplicável a diferentes povos); o dever de consulta às comunidades indígenas (averiguando-se os efeitos da decisão sobre toda a comunidade e o modo como conduzem a resolução de um conflito); o necessário 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; o reconhecimento da importância do direito ao território; a imprescindibilidade de garantia do acesso à justiça e, por fim, a excepcionalidade extrema do encarceramento indígena que não pode, portanto, ser a meta jurídica sem detida reflexão sobre os efeitos da prisionalização.

De acordo com o artigo 6º, parágrafo único, uma vez oferecida a denúncia ou a queixa e recebida esta pelo juízo, caberá à autoridade judicial determinar de ofício ou a requerimento, sempre que possível, a realização de perícia antropológica, realizada por antropólogo, cientista social ou outro profissional que tenha conhecimento do caso em análise. O laudo deverá conter informações que possam esclarecer o juízo sobre a qualificação, a etnia e língua falada pela pessoa acusada, além de mencionar circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas que possam correlacionar-se à conduta ilícita em julgamento, abordando-se, em especial, os usos, os costumes e as tradições da comunidade indígena a qual se vincula a pessoa acusada. Além disso, o laudo deverá traduzir o entendimento da comunidade indígena sobre a conduta típica imputada, assim como descrever os mecanismos próprios de julgamento e punição adotados

para seus membros. Outras informações que o perito julgar pertinentes para a elucidação dos fatos também poderão ser juntadas.

Como recomenda o CNJ, em relação ao chamamento de especialistas para confecção dos laudos periciais antropológicos:

Devem também ser cadastrados profissionais especializados nas etnias indígenas da região e aptos a elaborar laudo pericial antropológico. Tais profissionais devem ter sólido conhecimento sobre a cultura, as tradições e a forma de organização social de determinada comunidade indígena e podem ser antropólogos de formação, cientistas sociais, linguistas ou ainda outros profissionais especialistas na temática. Para a realização desse cadastro, os tribunais podem abrir editais para inscrição de profissionais, solicitando que no momento da inscrição sejam fornecidos documentos pessoais, um minicurrículo destacando a experiência de trabalho com povos indígenas, a descrição da área de atuação, a disponibilidade para exercer a função de intérprete ou perito, e a(s) comarca(s) em que pode atuar. Os procedimentos adotados para o cadastro de advogados dativos podem ser usados como referência quanto à melhor forma de proceder para recrutar os profissionais pertinentes para os casos de acusados e réus indígenas. Recomenda-se que haja ampla divulgação desses editais, especialmente junto a universidades públicas estaduais e federais (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 24).

Recentemente, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a produção de laudo antropológico para julgamento de 19 indígenas da etnia *Kaingang* (acusados de

homicídio de dois agricultores) era medida necessária para melhor compreensão acerca dos conflitos interétnicos em debate no tribunal popular. Os homicídios ocorreram em 2014, em Faxinalzinho/RS, durante manifestação popular sobre a demarcação de terras indígenas da região.

A decisão foi proferida nos autos do recurso de *habeas corpus* - RHC nº 86.305-RS, 2019, por maioria, em que se pleiteou tradução integral dos autos do processo para a língua de origem dos acusados, bem como a disponibilização de um intérprete, em respeito aos ditames supraconstitucionais da Convenção n.º 169, da OIT, e à Constituição Federal, que permite aos acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa. Requereu-se, ainda, a elaboração do laudo antropológico, a fim de garantir o afastamento de prenoções discriminatórias acerca da identidade étnica dos acusados.

O STJ determinou somente a realização do estudo antropológico, porém, na hipótese de os réus serem pronunciados, isto é, levados ao julgamento no Tribunal do Júri. Foram negados os demais pleitos da defesa: a tradução integral dos autos da ação penal e a intervenção de intérprete nos atos processuais, pois não teriam causado, no entender da Corte, prejuízo para os réus indígenas, já que falam a língua portuguesa. Argumentou-se, também, que houvesse prejuízo à defesa, a invocação de um intérprete e/ou tradutor teria de ter sido antes ou durante a realização dos atos processuais.

Vê-se o início de uma discussão mais aberta aos desafios de concretização do paradigma da diversidade, ao menos pelo reconhecimento da necessidade de oitiva de especialistas. O RHC nº 86.305/RS, nesse sentido, espelha tais desafios: ao passo que reco-

nhece a necessidade de produção do laudo antropológico para mais correta definição de responsabilidade penal, nega o direito à tradução de autos processuais por não considerar vícios no conhecimento do teor da acusação, dado o conhecimento pelos acusados da língua portuguesa, ignorando que a língua interfere, por certo, na capacidade de autodefesa e, assim, de construção de um discurso que atenda à lógica processualística do Estado para o exame da culpabilidade dos agentes levados ao seu julgamento.

Como afirmam Andrea Flores e Lamartine Santos Ribeiro:

É de se reconhecer que a insistência em conceitos já superados, longe de ser uma recidiva exclusiva do judiciário, é um reflexo do processo histórico de evolução do direito brasileiro o qual, até a Constituição Federal de 1988, vinha se pautando pela premissa existente em várias outrassociedades com organização jurídico-formal a partir da Idade Moderna, segundo a qual a existência de multiétnicidade em um dado território poderia ser elemento desagregador e/ou dificultador da organização de um Estado Nacional. Daí advém, de um lado, a resistência em reconhecer direitos às minorias como um todo e, de outro lado, como no caso indígena, de se adotar a equivocada política integracionista ou assimilacionista (FLORES, Andrea; RIBEIRO, Lamartine Santos. *Crime e castigo: o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena*, 2016, p. 581).

6. APONTAMENTOS SOBRE A INTERCULTURALIDADE

Duas (ou mais) cosmovisões interpelam-se e submetem-se umas às outras conforme padrões políticos exógenos, que ou refor-

çam ou refutam as definições de superioridade e de inferioridade entre culturas. No que diz respeito à aplicação do direito, adota-se, no judiciário, em geral, o paradigma etnocêntrico e eurocêntrico que desconsidera a alteridade. O monismo jurídico nega à diversidade seu reconhecimento e impede a realização de direitos e garantias fundamentais marcados pela etnicidade dos sujeitos de direitos envolvidos.

O caminho para o reconhecimento da diversidade étnica e transcendência da política indigenista assimilacionista passa pela experiência da interculturalidade, que visa promover o diálogo entre cosmovisões e diferentes linguagens para alcançar o objetivo comum de promoção da justiça.

Gisele Schnorr fala da interculturalidade na filosofia, como práxis dialógica de reaprendizagem do pensar, do ser e do estar, devendo atuar como uma rede de saberes em que todos os sujeitos são produtores de filosofia, pois, esta é, também, saber memorial, sem hierarquias entre os saberes instituídos, os espaços acadêmicos e os comunitários tradicionais que abarcam epistemologias plurais (SCHNORR, Gisele. *A filosofia intercultural de Raúl Fornet-Betancourt*, 2015, São Paulo).

Para fins de análise crítica do universo jurídico, no entanto, pode também a interculturalidade constituir-se como importante referencial de revisão do monismo político e jusfilosófico consolidador das estruturas do Estado contemporâneo, ao buscar ressaltar a interpenetração de diferentes cosmovisões na constituição da miríade social e de sua compreensão acerca da realização de justiça.

Nesse sentido, Catherine Walsh (*Interculturalidad, estado, sociedade: luchas (de)co-*

loniales de nuestra época, 2009) distingue três perspectivas sobre a interculturalidade: relacional, funcional e crítica. A primeira refere-se, de forma geral, ao contato e intercâmbio entre culturas, sem preocupar-se se isto desdobra-se em condições de igualdade ou não. Em outras palavras, a interculturalidade relacional esconde ou minimiza a conflitividade e os contextos de poder e dominação.

Por sua vez, a segunda perspectiva (interculturalidade funcional) reconhece a diversidade cultural e busca promover o diálogo, a convivência e a tolerância sem, no entanto, discutir as causas da desigualdade social, tornando-se, assim, compatível com o modelo neoliberal, visto que não altera de modo radical as estruturas de dominação, embora, em caráter formal (e apenas aparente), adote uma linguagem de intercâmbio cultural que inexistente.

Por fim, a terceira perspectiva supera a diversidade do reconhecimento e da inclusão e não se limita às esferas políticas, sociais e/ou culturais. Essa se dirige à construção de modos outros de poder e saber que distanciam das formas inscritas pela razão moderno-ocidental-colonial e racial. Para isso, é necessário questionar as relações de poder e o padrão de racialização que constroem (e ao mesmo tempo naturalizam) a diferença colonial e as desigualdades a ela associadas. Esta perspectiva (a interculturalidade crítica) é a que Walsh preconiza, mas que reconhece inexistente, sendo algo a construir.

Embora conhecida no âmbito das teorias sobre educação, a interculturalidade tem sido transposta para o campo jurídico ainda de modo incipiente, na medida em que o reconhecimento dos direitos culturais de minorias aciona a necessidade de fazer va-

ler o pluralismo jurídico nos contatos interétnicos.

Segundo a classificação das perspectivas de interculturalidade de Catherine Walsh, é possível situar o sistema jurídico brasileiro, quanto à previsão e defesa de direitos indígenas, no limiar entre a primeira e a segunda categorias. A partir da promulgação da Constituição Federal, de 1988, a defesa da pluralidade viu-se garantida pela inclusão de direitos especiais dos povos originários (o que permitiria mencioná-la como modelo de uma interculturalidade funcional), mas tal alteração paradigmática não se estendeu, ainda, ao ordenamento jurídico como um todo e às instituições jurídicas que o promovem, haja à vista a perpetuidade de um racismo estrutural que desconsidera aos indígenas sua condição de sujeitos de direitos.

Embora haja previsão de direitos indígenas, os modos de concretização destes passam ao largo de uma troca intercultural necessária ao completo intercâmbio cultural. O direito oficial do Estado impõe-se aos povos originários de modo a não alterar o arcaísmo de suas estruturas racistas, etnocidas e, por vezes, genocidas.

As observações de Catherine Walsh estendem-se à análise realizada acerca da garantia e execução de direitos étnicos de acusados e condenados indígenas: não se observa, de fato, um diálogo entre as etnias e culturas envolvidas quando do exame da responsabilidade pelo cometimento de um ilícito penal. A própria definição de ilicitude de determinadas condutas escapa ao julgamento de etnias consideradas minoritárias, segundo seus padrões culturais, aplicando-se a elas apenas o peso da acusação e de eventual condenação. O diálogo é, do mes-

mo modo, prejudicado quando negada a possibilidade de compreensão das circunstâncias que envolvem o agente e o momento da realização do ilícito – elementos que poderiam vir descritos em laudos antropológicos que complementaríamos os autos processuais. Vê-se, desse modo, como a construção de direitos é marcada pelo monismo, não pela consideração da pluralidade.

Para Adolfo Zárate Pérez (*Interculturalidad y Decolonialidad*, 2014, p. 106), a interculturalidade é inviável enquanto não se reconhecer a relação de dominação de uma cultura sobre a outra e se admitir que apenas uma cultura deve reconhecer e tolerar as demais. Neste sentido, a mestiçagem e o sincretismo das culturas não podem ser considerados fatos interculturais, pois atualizam uma concepção monocultural e praticam uma racionalidade individualista.

Logo, o caminho para a efetiva concretização de um sistema jurídico intercultural que promova direitos e garantias fundamentais para todos, segundo seus suportes étnico-culturais correspondentes, deve considerar que não há uma hierarquia entre culturas e que estas não são herméticas e unicamente definidas por si mesmas. Fala-se, assim, na necessidade de promoção de uma hermenêutica diatópica que, segundo definição de Boaventura de Sousa Santos, constituiu-se pela assunção de que todas as culturas, como incompletas, devem abrir-se ao diálogo, questão típica do multiculturalismo e do pluralismo, abandonando-se a ideia de que o outro é um estrangeiro, um inimigo ou uma ameaça, permitindo-se ir ao seu encontro, ampliando-se as vozes e os olhares (SANTOS, 2003, p. 56).

Os instrumentos jurídicos para confirmação do ideal de interculturalidade no curso do

processo penal já estão postos: a possibilidade de reconhecimento de modos diversos de punição pelos povos originários envolvidos e a garantia de produção de laudos periciais antropológicos para dirimir dúvidas quanto à responsabilidade do agente ou circunstâncias do delito. São estes exemplos de práticas que permitem a promoção de um diálogo entre distintas cosmovisões. O que impede sua utilização é o racismo estrutural da sociedade brasileira que demarca, rigidamente, lugares de dominação e de submissão.

Alterações legislativas nas regras do processo penal brasileiro, com fins de explicitar os direitos especiais de grupos étnicos minoritários, foram analisadas por Ela Wiecko e Paula Bajer, que concluíram que:

O indígena, pertencendo a cultura diversa, embora julgado como todos os cidadãos, já que é ele, também, cidadão, deve ter a oportunidade de que a sua verdade apareça no processo em contexto adequado à sua cultura. Sua defesa, para que seja concreta, e para que produza os mesmos efeitos que a defesa de acusados não indígenas, deve estar garantida por regras específicas, entre as quais a presença de intérprete, quando necessário, em todos os atos processuais, a presença de representante do órgão indigenista federal no momento em que lavrado auto de prisão em flagrante, o prazo em dobro para manifestação, e o parecer/estudo antropológico que contextualize a conduta no contato interétnico. Só assim o devido processo legal poderá acontecer. Em um primeiro momento, a lei deve prever situações específicas que garantam ao acusado indígena na persecução igualdade relacionada aos demais cidadãos acusados. Em segundo momento, as garantias

previstas na lei serão concretizadas no processo, dando lugar ao devido processo legal em seu aspecto formal. Só assim a exigência constitucional do devido processo legal será cumprida, realizando-se a igualdade de todos no processo penal (CASTILHO, Ela Wiecko V. de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas*, 2009, p. 63).

Aderimos a essa conclusão, atualmente reforçada pela Resolução n.º 287, do CNJ, ressaltando-se, mais uma vez, o quanto o exame pericial antropológico constitui-se na via que propicia o debate intercultural e realização simultânea do acesso à justiça com acolhimento das diversidades étnico-culturais que marcam a sociedade brasileira. O cumprimento de todos os direitos e garantias processuais de investigados, réus, acusados e condenados indígenas no Brasil demanda, assim, a reformulação das bases que sedimentam o próprio ideal republicano do Estado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objeto de estudo o exame da situação jurídico-penal de indígenas criminalizados e condenados no Brasil, bem como dos direitos e garantias processuais que lhes são aplicáveis (por força de normas infra e supraconstitucionais), sob o viés da interculturalidade, nos termos de análise sugeridos por Catherine Walsh.

Inicialmente, apresentaram-se os óbices conceituais e normativos ao pleno reconhecimento da diversidade étnica no processo penal e de execução penal brasileiros, que

invisibilizam a presença de indígenas em seu curso, tanto pela estigmatização decorrente quanto pela funcionalidade política de encobrimento desta diversidade. Foram apontados dados estatísticos oficiais, sobre o número de indígenas prisionalizados, de diversos órgãos federais e de Estado (Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Secretaria de Justiça e de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul), cujos resultados são conflitantes entre si e, logo, incompletos.

Não se conhecem os grupos étnicos mais afetados pela criminalização, nem as circunstâncias do delito e se sua ocorrência se deu em termos de disputas territoriais. A omissão do Estado quanto ao exato número de indígenas custodiados e dos elementos que constituem a narrativa de cometimento dos crimes alegados demonstra não apenas uma falibilidade da gestão de dados e informações pelo Estado como também uma tática política de negação de suas bases étnicas plurais.

Assim, mencionaram-se os dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos relativos aos direitos dos povos originários quanto à matéria penal que, embora ratificados e internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, não são observados e, logo, cumpridos pelo Estado, que perpetua os atos de criminalização sem a atuação dialógica intercultural exigível. O direito penal e o direito processual penal, como fontes normativas do poder de punir estatal, impõem-se aos acusados indígenas sem a possibilidade de realização de uma hermenêutica diatópica, isto é, sem a consideração das diferenças étnico-culturais indispensáveis para a aferição e atribuição de responsabilidades criminais.

Tal forma de atuação impositiva denota o racismo estrutural que hierarquiza os indivíduos de acordo com suas raízes étnico-raciais. O direito estatal oficial, de bases eurocêntricas, nega valor e reconhecimento à subjetividade dos acusados e condenados indígenas, vistos como inferiores, reforçando-se o ideal assimilacionista da lei infraconstitucional não de todo superado.

A edição da Resolução n.º 287, de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, bem como recentes alterações jurisprudenciais no entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à temática de criminalização de indígenas indicam um prenúncio de abertura à interculturalidade no cenário político-criminal brasileiro, muito embora a superação dos desafios para concretização de um efetivo intercâmbio cultural permaneça atrelada à necessidade de revisão das próprias bases constituintes de nosso regime democrático.

8. REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. 31ª RBA – Reunião Brasileira de Antropologia, de 9 a 12 de dezembro de 2018. **Laudos Antropológicos: um balanço crítico**. Brasília, 2018. Disponível em https://www.31rba.abant.org.br/trabalho/view?ID_TRABALHO=529. Acesso 3 de maio de 2020.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. (2005) **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan.º
- BATISTA, Nilo. (2013) **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20.out.2019.
- _____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 out.2019.
- _____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941** – Código de Processo Penal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm. Acesso 20.out.2019.

_____. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União. Brasília, 2019.

_____. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 20 out.2019.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 out.2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** – Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso 20 out.2019.

_____. **Lei nº 12.030, de 17 de setembro de 2009** – Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12030.htm Acesso 20 out.2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0**: Cadastro Nacional de Presos. Brasília: DMF/CNJ, 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça, **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019**. 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. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>. Acesso em: 1º.nov.2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. (2016). **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (2016) **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **Recurso em Habeas Corpus** – RHC nº 86.305-RS. Min.º

Rogério Schietti Cruz. Recurso em habeas corpus. Ação penal de competência do júri. Comunidade indígena Kaingang. Tradução dos autos. Impossibilidade. Ausência de comprovação do prejuízo. Aceitação tácita da defesa técnica constituída. Requerimento de intérprete realizado após o término da instrução processual. Não comprovação do prejuízo à compreensão dos atos processuais. Inviabilidade de conclusão em sentido contrário ao afirmado no acórdão. Estudo antropológico. Estatuto do Índio. Relevância para a adequada compreensão dos contornos socio-culturais dos fatos analisados. Momento oportuno. Sentença. Dosimetria da pena. Recurso parcialmente provido. Brasília, DJ 11.out.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701571703&dt_publicacao=18/10/2019. Data de acesso: 1º.nov.2019.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. (2009). O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. **Revista Informação Legislativa**. ano 46, n.º 183, p. 55-66, jul/set.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. (2019) Indígenas na prisão: o déficit de perspectiva intercultural. In: OLIVEIRA, Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Lei do índio ou lei do branco – quem decide?** Sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais. Rio de Janeiro: Lumen Jurí, p. 127-156.

DUARTE, Evandro Charles Piza. (1988) Criminologia e racismo: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC.

DUSSEL, Enrique D. (1993) **O encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes. FLORES, Andrea; RIBEIRO, Lamartine Santos. (2016) Crime e castigo: o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena. **Thesis Juris**. São Paulo, v. 5, n.º 2, p.481-504, mai./ago.

HABER, Alejandro F. (2007) This is not an answer to the question “who is indigenous?”. **Archaeologies**: Journal of the World Archaeological Congress. v.3, n.º3, p. 213-229, dezembro.

LANDER, Edgardo (org.) (2005). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas. Trad. Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO.

MÁRQUEZ-FERNÁNDEZ, Luz A.B. (2017) Raúl Forne-

t-Betancourt: intersubjetividade, diálogo y ética intercultural. **Librarius: Utopia y Praxis Latinoamericana**. Ano 22, nº 76, pp. 99-109.

MATO GROSSO DO SUL. Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário. Diretoria de Operações. Núcleo de Informações Criminais. **Ofício nº 069/2019/NIC/DOP/AGEPEN/MS**. Dispõe acerca do quantitativo de indígenas reclusos sob a égide da AGEPEN/MS. Data da consulta: 10.abr.2019. Acervo Pessoal.

_____. Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário. **Relação de indígenas, processuais e condenados pela Justiça Estadual/Federal e estrangeiros**. Referência: março. Data de publicação: 31.mar.2019. Disponível em: <http://www.agepen.ms.gov.br/informacoes-penitenciarias/ano-2019/estrangeiros-e-indigenas-2019/> Acesso em: 20.abr.2019.

OLIVEIRA, Assis da Costa.; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Lei do índio ou lei do branco – Quem decide? Sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a su misión al Brasil**. Nova Iorque: Assembleia Geral das Nações Unidas, 2016.

_____. Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: UNIC, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 20.abr.2019.

RAMOS, Alcida Rita. Indigenism: ethnic politics in Brazil. Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1998.

SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto. (2000). **Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional**. Tlalpan: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

SCHNORR, Giselle Moura. (2015) **A filosofia intercultural de Raúl Fornet-Betancourt: práxis dialógica e reaprendizagem do pensar**. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo: s.n, 2015.

SILVA, Cristhian Teófilo da; LIMA, Antonio Carlos de

Souza; BAINES, Stephen Grant (org.). (2009). **Problemas sociais para sociedades plurais**: políticas indigenistas, sociais e de desenvolvimento em perspectiva comparada. São Paulo: Annablume; Distrito Federal: FAP-DF.

SILVA, Tédney Moreira da. (2016). **No banco dos réus, um índio**: criminalização de indígenas no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. (2003) **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

SOUSA, Wallace Coelho. (2018) Indígenas presos no Distrito Federal na perspectiva da antropologia da jurisprudência: desenho de pesquisa. **Interethnic@ - Revista de Estudos em Relações Interétnicas**. v. 21, nº 3, pp. 29-40, set/dez.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. (1992). O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.) **Índios no Brasil**. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo, pp. 153-180.

ZÁRATE PÉREZ, Adolfo (2014). Interculturalidad y Decolonialidad. **Tabula Rasa**. Bogotá: Colombia, No.20:91-107, enero-junio.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. (2004) Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos. In: LUCIC, Milka Castro (Editora). **Los desafíos de la interculturalidad**: Identidad, Política y Derecho. Santiago: Universidad de Chile, pp. 220-221.

WALSH, Catherine. (2009). **Interculturalidad y (de) colonialidad**. Perspectivas críticas y políticas. XII Congreso ArIC, Florianópolis, Brasil.

Data de submissão: 16/11/2019

Data de aceite: 13/02/2020
