

HELOISA DOS SANTOS REIS
Nº. USP 4933804

**O TRATAMENTO DOS INDÍGENAS PELA JURISDIÇÃO ESTATAL
BRASILEIRA NA ESFERA PENAL E AS NOVAS PERSPECTIVAS
TRAZIDAS PELA RESOLUÇÃO 287/2019 DO CNJ**

TÉSE DE LÁUREA

ORIENTADORA: PROFA. DRA. MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2021

HELOISA DOS SANTOS REIS
Nº. USP 4933804

**O TRATAMENTO DOS INDÍGENAS PELA JURISDIÇÃO ESTATAL
BRASILEIRA NA ESFERA PENAL E AS NOVAS PERSPECTIVAS
TRAZIDAS PELA RESOLUÇÃO 287/2019 DO CNJ**

Tese de Láurea apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de bacharela em Direito, sob orientação da Professora Doutora Marta Cristina Cury Saad Gimenes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2021

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Reis, Heloisa dos Santos

O tratamento dos indígenas pela jurisdição estatal brasileira na esfera penal e as novas perspectivas trazidas pela Resolução 287/2019 do CNJ / Heloisa dos Santos Reis; orientadora Marta Cristina Cury Saad Gimenes - São Paulo, 2021.

106 f.

Tese de Láurea – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito penal. 2. Direito processual penal. 3. Direitos indígenas. 4. Direitos humanos. I. Gimenes, Marta Cristina Cury Saad , orient. II. Título.

Nome: Reis, Heloisa dos Santos

Título: O tratamento dos indígenas pela jurisdição estatal brasileira na esfera penal e as novas perspectivas trazidas pela Resolução 287/2019 do CNJ.

Tese de Láurea apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de bacharela em Direito, sob orientação da Professora Doutora Marta Cristina Cury Saad Gimenes.

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Agradecimentos

À Universidade de São Paulo e aos professores e professoras que, desde a minha primeira passagem por aqui, contribuíram para o desenvolvimento da minha formação intelectual e pessoal.

À minha família pela compreensão quantos aos momentos de ausência, em razão das necessárias horas de estudo e pelo apoio incondicional.

Aos colegas que tive a oportunidade de fazer durante este percurso e que contribuíram para que ele fosse, na medida do possível, mais leve.

Resumo

É sabido que o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas pelo Estado brasileiro padece de efetivação em suas múltiplas dimensões, as quais mostram-se necessárias para que este grupo tenha sua dignidade respeitada. A análise do tratamento conferido aos indígenas quando processados na esfera penal, objetivo geral do presente trabalho, nos permitiu verificar que, apesar dos avanços normativos referente ao tema, a *práxis*, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, revela uma realidade alheia a tal arcabouço e presa, ainda, a paradigmas já superados. Nesse contexto é que deve ser entendida a Resolução 287/2019 do CNJ, a qual, a nosso ver, busca chamar a atenção para os direitos que devem ser respeitados pelos agentes estatais, no caso, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, em casos que envolvam réus indígenas em processos criminais. Buscou-se, portanto, identificar os principais problemas enfrentados pelos indígenas quando processados por condutas tipicamente qualificadas como antijurídicas pela jurisdição estatal brasileira e, a partir da análise das orientações trazidas pela Resolução, as possíveis soluções desse especificamente nhadas para a sua superação. Desta feita, com o presente trabalho, buscou-se contribuir para a visibilidade acadêmica do tema, proporcionando uma reflexão sobre a efetividade dos direitos indígenas e suas implicações no processo penal, bem como do lugar do Judiciário em sua concretização.

Palavras-chaves: direitos indígenas, direito processual penal, direitos humanos.

Abstract

It is known that the recognition of the rights of indigenous peoples by the Brazilian State suffers from implementation in its multiple dimensions, which are necessary for this group to have their dignity respected. The analysis of the treatment given to indigenous people when prosecuted in the criminal sphere, the general objective of this work, allowed us to verify that, despite of the normative advances related to the subject, the *praxis*, especially in the scope of the Judiciary, reveals a reality that is alien to such framework and still attached to outdated paradigms. This is the context for understanding the CNJ Resolution n. 287/2019, which, in our view, seeks to draw attention to the rights that must be respected by state agents, in this case, especially within the scope of the Judiciary, in cases that involve indigenous defendants in criminal proceedings. We sought, therefore, to identify the main problems faced by indigenous peoples when sued for conduct typically qualified as unlawful by the Brazilian state jurisdiction and, based on the analysis of the guidelines provided by the Resolution, possible solutions specifically designed to overcome it. Then, with this work, we sought to contribute to the academic visibility of the topic, providing a reflection on the effectiveness of indigenous rights and their implications in criminal proceedings, as well as the role of the Judiciary in its implementation.

Keywords: indigenous rights, criminal procedural law, human rights.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: População carcerária indígena, por região e sexo (julho a dezembro/2020)	43
Tabela 2 : População carcerária indígena, por estado e sexo (julho a dezembro/2020)	44
Tabela 3 : Estrutura das unidades prisionais, em relação ao público indígena (julho a dezembro/2020)	45

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Esquema ilustrativo das 28 ações que compõem o Programa “Fazendo Justiça” do CNJ, implementado a partir de 2019 _____ 71

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
1.1 Justificativa	12
1.2 Procedimentos metodológicos	16
1.3 A estrutura do trabalho	17
2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO CONTEXTO BRASILEIRO	19
2.1 O Estatuto do índio e o novo paradigma trazido pelo texto constitucional de 1988	24
2.2 A Convenção 169 da OIT	29
2.3 A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas	34
2.4 Os dispositivos aplicáveis do Código Penal para fins de determinação da culpabilidade do indígena: inimizabilidade e erro de proibição	37
3. O PODER JUDICIÁRIO E O TRATAMENTO DA PESSOA INDÍGENA QUANDO PROCESSADA POR CONDUTAS CRIMINALMENTE IMPUTÁVEIS	42
3.1 Breve panorama da situação dos indígenas criminalmente processados no Brasil	42
3.2 O olhar do Judiciário para a pessoa indígena em casos criminais: aspectos gerais e exemplos da jurisprudência	56
4. A RESOLUÇÃO 287/2019 DO CNJ: CAMINHO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS INDÍGENAS NA ESFERA PENAL?	69
4.1 Breves apontamentos sobre o papel do CNJ na orientação e efetivação da prestação jurisdicional brasileira	69
4.2 Os princípios e diretrizes trazidos pela Resolução nº. 287/2019 para atuação dos tribunais e tratamento das pessoas indígenas em casos criminais	74
4.3 Da efetividade do instrumento: casos da jurisprudência e ações práticas	86
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105

1. INTRODUÇÃO

O tema escolhido para o desenvolvimento do presente trabalho diz respeito, em linhas gerais, ao tratamento conferido pela jurisdição estatal brasileira às demandas judiciais em matéria penal, nas quais há o envolvimento de pessoas indígenas¹.

Busca-se analisar o tema proposto sob a perspectiva dos princípios adotados pelo Estado brasileiro na Constituição Federal de 1988, bem como nos compromissos assumidos pelo país no plano internacional, no que concerne à proteção dos direitos da pessoa humana, especialmente quando destinatária de direitos específicos, por ser integrante de povos indígenas. Isto porque, tal identidade enseja a atuação particular do sistema de justiça, especialmente, do Poder Judiciário, remetendo, como se verá adiante, a necessidade de observação de uma série de garantias, fato que, aparentemente, parece ser negligenciado, quando não ignorado, pela maior parte dos operadores do sistema.

Nesse contexto, deu-se atenção específica às possibilidades trazidas pela Resolução nº. 287/2019 do CNJ, instrumento normativo inserido em nosso ordenamento jurídico com o objetivo de trazer orientações para o tratamento de pessoas indígenas quando envolvidas em demandas judiciais penais e, com isso, induzir uma prática uniforme e mais próxima dos valores resguardados pela carta republicana. Desta forma, a referida Resolução foi entendida como um passo concreto, apesar de tardio, no sentido do reconhecimento e efetivação dos direitos dos povos indígenas no Brasil

É sabido que o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas pelo Estado brasileiro padece de efetivação em suas múltiplas dimensões: territoriais, culturais, de autonomia e autodeterminação; dimensões estas necessárias para que este grupo tenha, em suas especificidades, a dignidade minimamente respeitada. Assim, com a pesquisa buscou-se, primeiramente, identificar os principais problemas e desafios que os indígenas enfrentam quando processados por condutas tipicamente qualificadas como antijurídicas pela jurisdição

¹ Neste texto, sempre que necessário, utilizar-se-á a palavra “indígena” e não “índio”, em consonância com o entendimento que predomina na atualidade de que o primeiro termo, cujo significado consiste em “natural do lugar que se habita” é o que melhor representa os povos originários e sua diversidade, sendo o segundo, crivado pelos colonizadores, associado a questões pejorativas e folclóricas.

estatal brasileira e, a partir da análise das orientações trazidas pela Resolução, as possíveis soluções desenhadas para a sua superação.

1.1 Justificativa

A relação do colonizador europeu com os povos originários daquele que, posteriormente, seria denominado “Novo Continente”, foi, predominantemente, marcada pela submissão destes povos aos ditames da economia (inicialmente, representada pelo capitalismo mercantil) e à cultura ocidental. Como consequência, muitos povos, quando não dizimados, foram privados de seu território, recursos, autonomia e, por conseguinte, de sua própria identidade.

As estratégias ou mecanismos utilizados foram diversos: epidemias, política de aldeamentos (concentração da população indígena), ambas com seus reflexos sanitários (doenças) e sociais (fome), escravização, apresamento, catequização, estímulo às rivalidades entre os diferentes povos indígenas, são os exemplos mais conhecidos. A estes elementos, integrantes da chamada política indigenista, executada, de início, pela Metrópole e, posteriormente, pelo Estado-nação independente, variando em sua preponderância ao longo dos séculos, somam-se aqueles da política indígena, reveladora das rivalidades e interesses próprios dos indígenas².

No que concerne ao Brasil, a política indigenista, conforme aponta Manuela Carneiro da Cunha, antes do século XIX, “oscilava em função de três interesses básicos, o dos moradores, o da Coroa e dos jesuítas³”. É a partir do século XIX que a questão indígena ganhará a motivação que persiste até os dias atuais, passando de uma questão de mão-de-obra para uma questão de terras, cujo equacionamento poderia ser realizado tanto por meio do extermínio, quanto da “civilização” desses povos, com a sua incorporação à sociedade.

Esta última prática, foi amplamente efetivada por meio da política assimilacionista. Não é surpresa, portanto, que a estratégia de descaracterizar a condição *do indígena* e o estímulo à sua “incorporação” (não importa se espontânea ou forçada), à população *não indígena* tenha

² Manuela Carneiro da Cunha, traz uma importante reflexão no sentido de demonstrar que os indígenas devem ser vistos como “sujeitos históricos” e não apenas como vítimas de “eliminação física e étnica”. Nesse sentido, ela afirma que “por má consciência e boas intenções, imperou durante muito tempo a noção de que os índios foram apenas vítimas do sistema mundial, vítimas de uma política e de práticas que lhes eram externas e que os destruíram. Essa visão, além de seu fundamento moral, tinha outro, teórico: é que a história, movida pela metrópole, pelo capital, só teria nexos em seu epicentro” (CUNHA, 2012; p.22).

³ (CUNHA, 2002; p. 57).

sido, por muito tempo, uma política oficial do Estado brasileiro, cujas raízes são tão profundas que, como pretende-se demonstrar adiante, permaneça até os dias atuais, fazendo-se presente na prática de nosso sistema de justiça, em que pese a superação deste paradigma pela Carta da República de 1988.

Em relação ao marco inicial da política assimilacionista do Estado brasileiro, tem-se que:

[...] a Lei de Terras inaugura uma política agressiva em relação às terras das aldeias: um mês após sua promulgação, uma decisão do Império manda incorporar aos Próprios Nacionais as terras de aldeias de índios que “vivem dispersos e confundidos na massa da população civilizada”. Ou seja, após ter durante um século favorecido o estabelecimento de estranhos junto ou mesmo dentro das terras das aldeias, o governo usa o duplo critério da existência de população não indígena e de uma aparente assimilação para despojar as aldeias de suas terras. Este segundo critério é, aliás, uma novidade que terá vida longa [...] (CUNHA, 2002; p. 79-80).

Não há números oficiais, mas as estimativas indicam que em 1500 existiam cerca de 3 milhões de indígenas vivendo no que hoje reconhecemos como território brasileiro⁴. Passados mais de meio século, no último censo disponível, realizado pelo IBGE⁵ em 2010, declaravam-se como indígenas 817.963 pessoas, o que representava cerca de 0,4% da população brasileira⁶, estando presentes em todas as regiões, com destaque para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, que correspondem, respectivamente, por 37,4%, 25,5% e 15,95% do total.

Atualmente, a população indígena abarca cerca de 305 diferentes etnias, nas quais foram identificadas mais de 274 línguas faladas. As informações oficiais ainda revelam que, do total de indígenas brasileiros, 17,5% não falam a língua portuguesa. O cenário, portanto, é complexo e requer a devida atenção do sistema de justiça para efetivação de garantias básicas,

⁴ Fonte: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao> (acesso em 01/10/2020).

⁵ Dados disponíveis em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9677&t=destaques> (acesso em 01/10/2020)

⁶ Em que pese o genocídio a que os povos indígenas foram submetidos ao longo dos séculos, observa-se o crescimento da população indígena e algumas explicações são: alteração nos métodos de coleta de dados no Censo, do autorreconhecimento, organização dos povos para luta por seus direitos, dentre outros. Sobre a questão Manuela Carneiro da Cunha esclarece que “a primeira observação é que, desde os anos 1980, a previsão do desaparecimento dos povos indígenas cedeu lugar à constatação de uma retomada demográfica geral. Ou seja, os índios estão no Brasil para ficar”. Ademais, “[...] outro fator de crescimento populacional, embora de menor impacto demográfico, é que muitos grupos, em áreas de colonização antiga, após terem ocultado sua condição discriminada de indígenas durante décadas, reivindicam novamente sua identidade étnica”. Em suma, “[...] garantia de terras, apoio sanitário, apoio legal têm, portanto, profundo impacto na retomada demográfica dos índios, que apenas se inicia” (CUNHA, 2002; p. 122-124).

como por exemplo, a necessidade de intérprete, o critério de autoidentificação, a necessidade de consulta, entre outros.

No Brasil, apenas com a Constituição de 1988 (e como resultado da mobilização indígenas nas décadas que a antecederam) foi que os povos indígenas passaram a ter seus direitos enquanto coletividade explicitamente reconhecidos, o que, em termos concretos significa o reconhecimento do direito de viverem de acordo com seus modos de vida e cultura próprios. A Constituição Federal, nesse sentido, abriu caminho para a superação do projeto de assimilação desses povos à cultura ocidental (e cuja projeção pode bem ser visualizada no texto do Estatuto do Índio - Lei nº. 6.001/1973⁷), e colocou como novo paradigma o reconhecimento e respeito às singularidades sociais, culturais e territoriais desses povos, além, é claro, dos direitos inerentes a qualquer pessoa humana.

Diferentemente de outros países latino-americanos, no entanto, não há no texto constitucional brasileiro espaço o reconhecimento absoluto de uma jurisdição indígena autônoma. O chamado constitucionalismo latino-americano abriu espaço para que, em países como Bolívia e Equador, com base na plurinacionalidade e no multiculturalismo, emergisse uma justiça indígena, com fundamentos e características próprias, “sendo exercida pelas autoridades locais, conforme sua cultura, cosmovisão, tradição e costumes” (TONET e SOUZA; 2017; p. 42). Ressalta-se, contudo, que mesmo quando há o reconhecimento da jurisdição indígena pelo Estado, impõe-se como limites necessários para o exercício desta, a observância aos direitos humanos e aos valores constitucionais.

Assim, é possível verificar no constitucionalismo sul-americano, contexto no qual estamos inseridos, tanto a existência de experiências jurídicas que reconhecem expressamente a jurisdição indígena, coexistente e autônoma em relação à jurisdição estatal, quanto aquelas que reconhecem uma série de direitos culturais e territoriais inerentes aos povos indígenas,

⁷ Nos termos do art. 1º. o propósito da referida lei em relação aos índios é o de “preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (grifo nosso).

deixando em aberto como deve se dar tal interação. No primeiro grupo, estão o Equador⁸ e Bolívia⁹, conforme já citado. No segundo, encontra-se o Brasil.

No contexto internacional, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos configuram-se como importantes marcos normativos no âmbito do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, a Declaração Universal dos Povos Indígenas de 2007, bem como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989¹⁰. Do mesmo modo, a questão indígena, em suas mais variadas vertentes, também tem sido objeto de atenção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em que pese não existirem dispositivos específicos na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, em junho de 2016, após anos de discussões, foi aprovada pela OEA (Organização dos Estados Americanos), a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI), a qual, terá um importante papel na efetivação dos direitos desses povos.

Apesar dos avanços em termos do reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos indígenas em face do monismo jurídico estatal predominante, o caminho em direção ao seu pleno reconhecimento e às possibilidades oriundas da construção efetiva de pluralismo jurídico ainda é longo (e muitos, inclusive, dirão, incompatível com a própria ideia de Estado-Nação). O que podemos observar nos últimos anos, em verdade, representa uma tentativa de trazer à tona um novo paradigma para o tratamento da questão. Um paradigma que almeja superar a bandeira de uma necessária assimilação ou integração dos povos indígenas à cultura ocidental, por outra que realce a necessidade do reconhecimento das especificidades dos

⁸ A Constituição do Equador de 2008, fundada nos valores da biodiversidade e da sociodiversidade, “traz direitos próprios da natureza, utilizando tanto o termo ‘natureza’ como a palavra *Pachamama*, atrelada às cosmovisões dos povos indígenas. Entre os direitos está o respeito à sua existência e a manutenção e regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos (art. 72). Além disso, a natureza ou *Pachamama* tem direito à restauração integral (art. 73), independentemente da obrigação de indenizar. Outro conceito introduzido é o de *sumak kawsay* ou *buen vivir*, que permite o encontro dos saberes tradicionais com ideais ocidentais de qualidade de vida e desenvolvimento humano” (ARAUJO JUNIOR, 2018; p. 198).

⁹ A Constituição boliviana de 2009, aprovada por referendo popular e que “reconhece o protagonismo da ampla maioria indígena que compõe sua população e assegura as formas de organização desses povos na formatação de conceitos próprios da sociedade envolvente”. Ademais, funda-se no plurinacionalismo, por meio do qual garante-se “autonomia aos povos tradicionais”. Reconhece, inclusive, a “jurisdição indígena originária campesina (art. 190), cujas normas, procedimentos, princípios e valores culturais não são impostos, mas oriundos das próprias etnias. As decisões só podem ser revistas por um Tribunal constitucional Plurinacional, de cuja composição também fazem parte os indígenas” (ARAUJO JUNIOR, 2018; p. 198-199).

¹⁰ Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002; depositado o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002; entrada em vigor internacional em 5 de setembro de 1991, e, para o Brasil, em 25 de julho de 2003, nos termos de seu art. 38; e promulgada em 19 de abril de 2004).

direitos desses povos, os quais não podem ser entendidos apenas em termos da sua dimensão individual (tão privilegiada pela cultura ocidental), mas, sobretudo, por sua dimensão coletiva.

Por conseguinte, considerando que o Estado brasileiro não reconhece de forma explícita a jurisdição indígena, mas que, a nível constitucional, assegura a esse grupo uma série de direitos fundamentais, os quais possuem aplicação imediata, a tarefa do presente trabalho será a de identificar como tais garantias são aplicadas, especificamente nos casos em que o indivíduo indígena é acusado, indiciado e condenado em demandas penais.

Nesse contexto, a edição da Resolução 287/2019, conforme o próprio entendimento do CNJ, tem a missão de aproximar a atuação do Poder Judiciário brasileiro dos caminhos interpretativos e garantias trazidos pelo texto constitucional e pelos compromissos no âmbito dos direitos humanos assumidos pelo Estado brasileiro. O primeiro problema que se coloca é o de que, nos casos envolvendo pessoas indígenas na esfera penal, a magistratura não reconhece ou aplica o paradigma constitucional atual e, com isso, não garante o exercício dos direitos fundamentais e coletivos específicos daqueles que fazem parte das comunidades indígenas. Realizam uma leitura que está longe de efetivar os objetivos e diretrizes constitucionais, os quais, se não reconhecem de imediato o direito desses povos à uma jurisdição própria e autônoma, abre caminhos para que o reconhecimento do direito à “organização social” própria possa ser efetivado à luz de um diálogo intercultural.

Por fim, justifica-se a escolha do tema em razão de sua interação com diversas áreas do direito (direito penal, garantias fundamentais e direitos humanos), bem como em relação às contradições encontradas na realidade do Estado brasileiro, o qual devido a omissão ou inadequação da atuação de suas instituições – no caso, a atenção é direcionada ao Judiciário - não proporciona os meios efetivos para que tais direitos e garantias, especialmente, quando tratamos de um grupo em relação ao qual possui uma dívida histórica, em razão da repressão a que foram submetidos e do não respeito a sua própria identidade.

1.2 Procedimentos metodológicos

A primeira etapa da pesquisa consistiu no levantamento e leitura de bibliografia, com a finalidade de alcançar um maior aprofundamento sobre a temática e, com isso, construir o referencial teórico necessário para a análise do tema. A bibliografia englobou textos das áreas de direitos humanos, direitos indígenas e processo penal. Em razão das limitações decorrentes

da suspensão das atividades presenciais, como medida para enfrentamento da pandemia de coronavírus, as principais fontes foram trabalhos científicos publicados na internet.

Além da bibliografia acadêmica, foram levantados e analisados os principais documentos jurídicos nacionais e internacionais em que há o reconhecimento e garantia de direitos aos povos indígenas. Neste universo, foi dada especial atenção a aqueles que, de alguma forma, pudessem ter reflexos no tratamento de casos penais. Os dados quantitativos, quando necessários para entender a dimensão de determinado contexto, foram buscados nas fontes oficiais, a exemplo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias). Ressalta-se, no entanto, que uma das maiores críticas realizadas pelos autores da bibliografia consultada, diz respeito, exatamente, à falta de registros estatísticos confiáveis e detalhados referentes à população indígena.

Ainda no que tange ao campo analítico, buscou-se esmiuçar o próprio texto da Resolução 287/2019, bem como do manual que a acompanha. Tal tarefa mostrou-se relevante, não apenas por permitir o entendimento dos objetivos que buscam-se alcançar por meio dela, mas também por revelar os principais problemas e incongruências do sistema de justiça neste campo. Isto porque, considerando as atribuições do próprio Conselho Nacional de Justiça, no sentido de aperfeiçoar, uniformizar e direcionar a atuação do Poder Judiciário para a consecução dos fins almejados pelo Estado brasileiro, é possível afirmar que a edição da referida Resolução tem o condão, mesmo que de forma indireta, de apontar os principais e reiterados erros das instâncias de julgamento no tratamento de tais demandas. Como forma de melhor ilustrar a questão, buscaram-se alguns julgados de nossos Tribunais, os quais permitiram a verificação, na prática, qual seria o olhar do judiciário para a questão e, também, à aceitação e aplicação das diretrizes formuladas pelo Conselho Nacional de Justiça (apesar do tempo relativamente curto da sua entrada em vigor).

1.3 A estrutura do trabalho

A monografia foi estruturada em cinco partes, considerando esta introdução e a conclusão. No segundo capítulo, apresentamos e analisamos os principais instrumentos jurídicos que reconhecem, seja no plano internacional, seja no plano nacional, os direitos dos povos indígenas e que antecedem a Resolução 287/2019 do CNJ. Assim, trataremos da Convenção 169 da OIT, da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas, das Regras de Bangkok, bem como da Constituição Federal de 1988, do Estatuto do

Índio (no que for compatível com os ditames do texto constitucional), de dispositivos do Código Penal e da Súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça.

No terceiro capítulo, exploramos o tratamento conferido pelo Poder Judiciário à pessoa indígena processada por condutas criminalmente imputáveis. Aqui, uma vez delineada a identidade do indígena para o contexto brasileiro, o esforço concentrou-se na tentativa de apontar os padrões predominantes no judiciário, bem como o modo como ele, predominantemente se afasta das garantias existentes no plano nacional e internacional. A bibliografia pesquisada forneceu importante análise sobre a incongruência entre os dispositivos legais atualmente vigentes no país acerca dos direitos dos povos indígenas e a prática dos Tribunais quando se deparam com indígenas “em conflito com a lei”. Assim, o objetivo desta parte foi o de entender como o indígena é invisibilizado nas decisões judiciais. Apontamos também a questão (bastante discutida pelos artigos pesquisados), da grande deficiência do Estado brasileiro em dispor de dados estatísticos sobre o assunto.

Em seguida, no quarto capítulo, discutiremos a Resolução 287/2019 do CNJ e o seu potencial para a efetivação dos direitos e garantias dos indígenas na esfera penal. Para tanto, fizemos um breve apontamento acerca do papel do CNJ na orientação dos tribunais brasileiros, bem como o apontamento e discussão detalhada acerca dos princípios, diretrizes e instrumentos previstos no texto da Resolução. Por meio de pesquisa de julgados recentes (pós Resolução), buscaremos verificar se houve alguma alteração expressiva no âmbito da prática judiciária, seja no que concerne às decisões, seja no que diz respeito ao incentivo de uma nova cultura institucional. Dedicaremos a última parte do texto às considerações finais, revisitando os resultados da pesquisa e destacando alguns pontos centrais para reflexão.

Desta feita, espera-se, com o presente trabalho, contribuir para a visibilidade acadêmica do tema, proporcionando uma reflexão sobre a efetividade dos direitos indígenas e suas implicações no processo penal, bem como do lugar do Judiciário em sua concretização.

2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Em que pesem, as diversas críticas¹¹ que podem ser direcionadas ao processo de reconhecimento de direitos e garantias específicos aos povos indígenas, nenhuma delas é capaz de anular seu significado e importância como reparação histórica e como expressão de luta social. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que representam avanços para o campo democrático, não se deve olvidar que elas se dão no campo da cultura jurídica dominante, sendo exercida nos espaços e limites por esta última definidos. Por este motivo, em muitas situações, os conflitos e dificuldades ainda permanecerão, já que muitas vezes tais conquistas são experimentadas pelas sociedades indígenas

[...] como a imposição de uma normatividade exógena cuja racionalidade em muito diverge da que norteia suas formas de regulação e resolução de conflitos. Não são poucos os casos em que a normatização estatal de questões envolvendo os povos indígenas simplesmente desconsidera seus usos e formas tradicionais de regulação (VILLAS BÔAS FILHO, 2017; p. 341).

Inicialmente, os direitos minimamente conferidos aos indígenas ao longo da história tiveram relação com a questão territorial e à proteção de viés paternalistas, por considerá-los como seres que necessitavam da tutela do Estado enquanto não assimilados pela cultura ocidental. Progressivamente, tal quadro foi ampliado para abranger, também, direitos relacionados à cidadania, à organização, ao reconhecimento enquanto povo e de representação.

Os direitos territoriais, os quais, segundo Cunha, decorrem de sua condição de povos originários, ou seja, de serem “senhores destas terras antes dos colonizadores” (2012, p. 110), estão presentes em documentos jurídicos desde o período colonial¹². Em termos constitucionais, continua a autora, desde a República, há o reconhecimento das terras indígenas como um direito histórico.

¹¹ Orlando Villas Bôas Filho, por exemplo, ao abordar o tema da “juridicização de questões que envolvem os povos indígenas no Brasil” e sua complexidade e ambivalências, destaca, com base em Shelton Davis, que “apesar dos inequívocos avanços consignados nesse âmbito [...], não é possível desconsiderar os inúmeros obstáculos e desafios, falsos inícios e frustrações persistentes que o caracterizam. Essa observação é importante, pois há uma tendência entre os juristas em conceber a juridicização como um processo progressivo de implementação de garantias que apresentaria apenas dimensões positivas”. (VILLAS BÔAS FILHO, 2017; p. 340).

¹² A mesma autora faz referência ao Alvará de 1º de abril de 1680, bem como às declarações de Marques de Pombal de 1823, o qual, ao mesmo tempo em que defendia a civilização dos índios bravos, condenava o esbulho destes de suas terras (CUNHA, 2012; p. 111).

É, contudo, na Constituição da República de 1988 que o Estado brasileiro dá o passo inicial rumo à superação de sua essência nitidamente etnocêntrica, decorrente da política assimilacionista até então em voga e com isso “ênfatiza a autonomia desses povos, com respeito a seus modos de vida, costumes, tradições e mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam” (ARAÚJO JUNIOR, 2018; p. 175). A partir deste momento, seja aos olhos da sociedade, seja aos olhos do direito, não há espaço para que a pessoa indígena seja associada a uma cultura inferior.

O Capítulo VIII, do texto constitucional brasileiro de 1988, é dedicado aos povos indígenas. Por conseguinte, traz, em seus artigos 231 e 232, disposições próprias a eles aplicáveis, para além de outras existentes ao longo do texto (e que serão elencadas adiante) e daquelas reconhecidas a todos os cidadãos brasileiros. O primeiro, assim dispõe:

Art. 231. 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.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a

indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Verifica-se que o Estado brasileiro passa a reconhecer a organização social, as línguas e a cultura dos povos indígenas, bem como, como já abordado, mantendo os textos anteriores, os direitos territoriais delimitando estes às terras tradicionalmente ocupadas e habitadas em caráter permanente, necessárias à preservação dos recursos ambientais e manutenção de seus usos e costumes. Contudo, como observa Araujo Junior, “o reconhecimento da autodeterminação é limitado, uma vez que a propriedade da terra é da União, a ser conferida em processo administrativo de demarcação, a despeito do caráter declaratório da ocupação tradicional indígena” (2018; p. 204).

O artigo 231 e todos os seus sete parágrafos deixam claro que os povos indígenas têm certos direitos concernentes ao exercício de sua autonomia, contudo, esta é exercida de forma limitada. Estipula, de forma expressa que, além dos direitos individuais, inerentes a qualquer pessoa humana, tais povos, em razão da especificidade de seus modos de vida e da relação que desenvolvem com o território e enquanto grupo, também possuem direitos coletivos específicos. Tal reconhecimento é importante porque direciona (ou, ao menos deveria direcionar), o olhar do Estado para o tratamento de questões vinculadas ao pluralismo¹³, inclusive no âmbito jurídico.

A devida interpretação do texto constitucional, mesmo que não permita concluir pelo reconhecimento de uma jurisdição indígena autônoma e independente, possibilita o reconhecimento do direito indígena, como expressão da auto-organização específica e inerente a qualquer povo. Oliveira Filho (2020), citando Paulo Bessa Antunes¹⁴, faz as seguintes considerações a respeito dos direitos indígenas e de sua diferenciação em relação ao direito indigenista:

¹³ Conforme expõe Antonio Carlos Wolkmer, “a problematização e a relevância da temática pluralista conduz, necessariamente, à discussão das possibilidades de nova cultura jurídica, com legitimação assentada no reconhecimento da justa satisfação de necessidades básicas e na ação participativa dos sujeitos insurgentes, singulares e coletivos. No âmbito do Direito, a pluralidade expressa a coexistência de normatividades diferenciadas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como intento práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças sociais ou manifestações plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado”. (WOLKMER, 2013; p. 43)

¹⁴ ANTUNES, Paulo Bessa. Ação Civil Pública, Meio ambiente e terras indígenas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

Os direitos indígenas, que são esses conjuntos de normas e procedimentos internos a uma comunidade indígena com objetivo de regular as relações no âmbito desta e “que para sua constituição concorram, em maioria, os elementos típicos do modo de vida peculiar e característico dos próprios povos”. Não se confundem com o direito indigenista, considerado “o ramo do direito positivo vigente na sociedade nacional que tem por função regulamentar a convivência entre as sociedades indígenas e esta mesma sociedade nacional” (OLIVEIRA FILHO, 2020; p. 239).

Deste modo, considerando que não há, como já pontuado, o reconhecimento expresso da jurisdição indígena e que o texto constitucional, ao mesmo tempo em que abre espaço para o reconhecimento do pluralismo, não aborda as formas ou mecanismos para torná-lo efetivo, restaria à legislação infraconstitucional e aos operadores do sistema de justiça fazê-lo, por meio da superação da visão colonialista e europeizada, enraizada no monismo estatal e da abertura à prática do diálogo intercultural.

Tal abertura, mostra-se essencial no âmbito do direito penal, como pretendemos demonstrar nos capítulos subsequentes. Isto porque, a despeito dos comandos constitucionais, o indígena continua a ser invisibilizado, quando inserido no sistema de judicial estatal, de modo que, tanto o seu contexto sociocultural, quanto seus direitos específicos são negligenciados, culminando em posturas estatais que, notadamente, ferem, de início o princípio do devido processo legal. Rodrigo Miotto dos Santos, ao tratar da perspectiva pluralista, destaca que esta “é fundamental para um preciso entendimento acerca dos direitos dos povos indígenas”¹⁵ e baseia sua afirmação na sustentação de Jesus Antonio de la Torre Rangel, no sentido de que “[...] para entender e aceitar a autonomia dos povos indígenas e, em geral, a plenitude dos seus direitos humanos, devemos também entender e aceitar o pluralismo jurídico”¹⁶.

À pluralidade de povos indígenas equivale uma pluralidade de direitos¹⁷. Direitos esses que manifestam-se de forma distinta do direito oficial estatal, mas que, nem por isso, devem ser menosprezados, uma vez que refletem “a necessidade de estabelecer uma certa ordem social” e consistem em normas desenvolvidas para regulamentar e atuar no controle social (OLIVEIRA FILHO, 2020; p. 240). Ou seja, se não possuem o “mesmo *status*” sob os olhos do direito clássico e positivo, cumprem exatamente a mesma função.

¹⁵ SANTOS, 2013; p. 269.

¹⁶ TORRE RANGEL, 2004; p. 311-312 *apud* SANTOS, 2013; p. 269.

¹⁷ Thais Luzia Colaço afirma que “claramente as múltiplas formas nas quais o direito indígena se manifesta, refletem os inúmeros povos e grupos, de diferentes formações étnicas e troncos linguísticos, impossibilita a padronização ou uma unidade nos elementos jurídicos e sua aplicação” (COLAÇO, 2006; p. 17 *apud* OLIVEIRA FILHO, 2020; p. 240).

Outro aspecto lacunoso do texto constitucional é que interessa à questão da efetividade da necessária aos direitos indígenas (e seu reflexo para fins do processo penal), diz respeito à sua (auto)identificação. Pontua-se, de início, que não necessariamente tal questão deve ser objeto de tratamento constitucional, no entanto, a sua ausência, associada à falta de comandos literais e expressos (a exemplo do que já se destacou em relação à falta de mecanismos para efetivação do reconhecimento da auto-organização) abre o espaço para que práticas hegemônicas, mesmo que ultrapassadas e sem relação com o próprio espírito constitucional, persistam. Ademais, a questão é relevante posto que, apesar das consequências jurídicas, não é exclusiva do direito, demandando atenção interdisciplinar, afinal, “se não há índios, tampouco há direitos” (CUNHA, 2012; p. 129). Este ponto será melhor desenvolvido quando tratarmos da olhar do sistema de justiça para o indivíduo indígena.

O artigo 232¹⁸, por sua vez, prevê a legitimidade ativa dos povos indígenas, suas comunidades e integrantes para ingressar em juízo com pleitos que versem sobre seus interesses. Contudo, mantendo um posicionamento que, para alguns pode representar o resquício de uma postura paternalista, coloca como necessária a intervenção do Ministério Público “em todos os atos do processo”.

Outros dispositivos do nosso texto constitucional também fazem referência aos povos indígenas, em relação: à proteção de sua cultura (art. 215, §1º.), à utilização de suas línguas e processos próprios para fins de aprendizagem (art. 210, §2º.), à competência privativa da União para legislar sobre as populações indígenas (art. 22, XIV) e do Congresso Nacional para autorizar a exploração de recursos hídricos e pesquisas de lavra mineral em terras indígenas (art. 49, XVI), à função do Ministério Público para defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V) e referente à demarcação de suas terras (art. 67, ADCT).

Por fim, resta apontar que a Constituição confere competência à Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI), contudo, tal dispositivo tem sido aplicado, na prática judiciária predominante, apenas nos casos em que os “direitos indígenas em disputa” forem de cunho coletivo ou abrangerem interesse da União¹⁹. Deste

¹⁸ Art. 232, CR/88: Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

¹⁹ No voto de um dos precedentes que acompanha a Súmula 140, do STJ, o Ministro Anselmo Santiago definiu que os “direitos indígenas” são “aqueles decorrentes de causas onde existe o interesse da União em proteger os silvícolas, significando que os delitos praticados que não envolvam bens, serviços ou interesses da União, não estão afetos à jurisdição federal” (Conflito de Competência nº. 7.624-AM [94.0004305-8]).

modo, questões concernentes ao envolvimento do indivíduo indígena em litígios processuais (não importa se como autor ou réu) deslocará a competência para a Justiça Estadual. A questão foi bastante suscitada, especialmente pelos Juízos Federais, sob a alegação de que, em casos como homicídio, lesão corporal e outros crimes comuns não seria justificada a atuação do Judiciário federal. Ao analisar a questão, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o seu entendimento na Súmula 140 de 18/05/1995, cuja ementa dispõe: “Lesões corporais causadas por um silvícola em outro, sem conotação especial, em ordem a configurar ofensa a interesse da União. Competência da Justiça Estadual para o processo e julgamento do crime”.

2.1 O Estatuto do índio e o novo paradigma trazido pelo texto constitucional de 1988

A Lei nº. 6.001 de 19/12/1973, mais conhecida como Estatuto do Índio, é o instrumento jurídico pátrio que trata especificamente dos indígenas brasileiros. Por ser anterior ao texto constitucional, mas, principalmente, por veicular em alguns de seus dispositivos uma política incompatível com os valores adotados pelo constituinte, a saber, o modelo assimilacionista, não foi completamente recepcionado em nosso ordenamento. Em relação ao contexto histórico em que se originou tem-se que:

Durante o período da ditadura militar, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI) foi extinto após uma investigação administrativa, sendo substituído pela FUNAI, a Fundação Nacional do Índio. Posteriormente, a Lei nº 6.001 de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, foi editada como solução aos problemas de patrimônio e terra indígena, visando sua assimilação como trabalhador livre (MARES, 1998; p. 23 *apud* OLIVEIRA FILHO, 2020; p. 241).

No artigo 1º., define seus objetivos como o de regular “a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Aqui, já é possível identificar a primeira incompatibilidade com o texto constitucional: os objetivos que o constituinte estipulou para o Estado brasileiro a partir de 1988, não admitem a continuidade da prática assimilacionista. Pelo contrário, como se expôs, o texto constitucional reconhece o *direito do indígena ser indígena* e coloca sua organização social e cultura como objeto proteção pelo Estado. Desde modo, todo e qualquer dispositivo que faça menção ao assimilacionismo, deve ser interpretado à luz dos preceitos atuais, quando não for tido como tacitamente revogado.

O parágrafo único²⁰, por sua vez, permite evidenciar que mesmo na década de 1970 havia certa abertura para o reconhecimento das peculiaridades culturais e tradições indígenas, bem como aquelas decorrentes da própria lei. Tal dever de respeito, também pode ser encontrada no inciso VI, do artigo 2º. No mais, deixa claro que os direitos particulares não afastam aqueles aplicados a todos os demais brasileiros, sendo, inclusive, uma obrigação do Estado estender a tal grupo os benefícios da legislação comum (art. 2º, I), prestar a assistência necessária aos “não integrados” (art. 2, II), possibilitar os meios para o seu desenvolvimento, com respeito à condição indígena (art. 2º, II) e assegurar a livre escolha em relação aos meios de vida e subsistência (art. 2º, V), entre outros.

No artigo 3º, a lei define o indígena como “indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (inciso I) e a comunidade indígena como “conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados” (inciso II). A respeito desses dispositivos, Tédney Moreira da Silva oferece a seguinte reflexão:

Vê-se, assim, que a definição jurídica da identidade indígena está atrelada ao estereótipo do selvagem, do habitante das selvas (ou “silvícola”) ainda não integrado à sociedade nacional, isto é, que ainda não *deixou de ser* índio para assumir sua identidade de *brasileiro* – opondo-se assim os “silvícolas” da “sociedade nacional”. Índios não são considerados brasileiros até que se integrem, nos termos do Estatuto, integração que, no entanto, funciona como uma assimilação cultural, ou seja, não como uma troca de saberes e visões de mundo, mas comunhão destas numa única identidade, mais próxima da europeia e colonizadora. Para a lei, o índio é o indivíduo de ascendência pré-colombiana e a menção à ancestralidade significa dizer que o índio é o estacionário, que não acompanha as transformações sociais, mas vive ainda segundo seus antepassados (SILVA, 2020; p. 15, grifo no original).

Em seguida, no art. 4º, trata a lei de uma definição que, apesar de completamente incompatível com o ordenamento jurídico atual, persiste como argumento interpretativo, conforme será visto adiante, na prática do sistema de justiça, especialmente, nos julgamentos

²⁰ Art. 1º, [...] Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

do Judiciário. Trata-se da classificação dos indígenas, de viés notadamente positivista, evolucionista e etnocêntrica²¹, de acordo com graus de integração à sociedade em:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Conforme salientam ALMEIDA e SALLET (2021), “essa classificação estava em consonância com a lógica integracionista da Convenção 107 da OIT, editada em 1957 e ratificada pelo Brasil” (2021; p. 8). A Convenção 107²² versava, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre a proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, até o surgimento da Convenção 169, a qual será objeto da próxima seção.

Como consequência do enquadramento do indígena na categoria de não integrado, decorria uma situação jurídica de tutela necessária, a qual, a nosso ver, também não pode ser completamente recepcionada para aplicação na atualidade. O Estatuto do Índio também trata de questões territoriais e, no que mais interessa, traz alguns dispositivos que têm repercussão na esfera penal.

²¹ A respeito da ideia de que, a partir do contato, os povos indígenas necessariamente seriam integrados à *ratio* e ao modo de vida da população em geral, Neyla Ferreira Mendes pontua que “Desse modo, os grupos étnicos em contato com outros grupos não irão perder a sua identidade, pois quanto mais ocorre essa interação mais esses grupos étnicos irão ressaltar suas diferenças, ou seja, a identidade não é algo estático, sempre está em movimento, em fluxo constante, sendo ressignificada constantemente” (MENDES, 2020; p. 201).

²² A respeito da Convenção 107 da OIT, Daize Fernanda Wagner pondera que “Pela sua denominação já é possível verificar que seus dois principais focos eram a proteção e a integração das populações indígenas. Nesse sentido, logo em suas considerações iniciais deixa claro seu objetivo de contribuir para a integração gradual das populações indígenas na respectiva sociedade nacional, como forma de melhorar suas condições de vida e trabalho. Essa pretensão integracionista aparece ao longo de toda a Convenção e refletia o entendimento vigente naquele momento histórico, de que os povos indígenas eram atrasados em relação aos demais membros da comunidade nacional e deveriam, a medida que fossem aprendendo sobre a sociedade envolvente, integrar-se a ela, e abandonar seu modo de viver indígena, primitivo. A ideia então vigorante era de que essa integração era necessária para o progresso dessa população, que, então, sairia do atraso e da ignorância, e passaria a progredir. Essa compreensão acerca dos povos indígenas e tribais se manteve durante a década de 1950 até meados da década de 1970”. (WAGNER, s/d; p. 6). Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>>. Acesso em 25/06/2021.

Nesse sentido, o Título VI, denominado “Das normas penais”, estabelece alguns princípios (capítulo I) e tipifica algumas condutas como “crimes contra os indígenas e sua cultura” (capítulo II). Em relação aos princípios, tem-se os dois dispositivos que seguem:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

O artigo 56 dispõe que o indígena condenado em razão de alguma infração penal deverá, necessariamente, ter sua pena atenuada, devendo o juiz, ao mesmo tempo, considerar o grau de integração do indígena. O parágrafo único determina que as penas privativas de liberdades sejam cumpridas em locais específicos, próximos ao local de residência do indígena. O dispositivo do *caput* é considerado, especialmente, no âmbito jurisprudencial como recepcionado pelo texto constitucional. Contudo, é imperioso destacar que, a nosso ver, para que isso ocorra, é necessário que o dispositivo seja interpretado de forma sistemática, à luz do atual contexto histórico e das garantias concernentes aos direitos humanos. Nesse sentido, o julgador não estaria vinculado ao “grau de integração” do indígena, mas sim à sua identificação como pertencente ou não a determinado povo indígena, o que, por sua vez, vincula-se ao critério de autoidentificação, cuja complexidade ultrapassa o saber jurídico²³.

No entanto, a jurisprudência não enxerga a complexidade da questão e opta por interpretar o dispositivo literalmente, delegando ao julgador a aferição do “grau de integração” do réu indígena no processo judicial. Este é, por exemplo, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça na decisão julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº. 122.923/PR²⁴, de

²³ Neste ponto, é essencial a análise do critério da autoidentificação, bem como do estudo antropológico do caso, do qual resulta o laudo que servirá de subsídio para verificar o enquadramento do caso concreto à atenuante e tratamento conferido no dispositivo legal.

²⁴ “EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. FEMINICÍDIO COMETIDO POR ÍNDIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA AÇÃO DELITUOSA (DESFERIMENTO DE SOCOS E GOLPES DE PEDRA NA FACE E NA CABEÇA DA VÍTIMA). ART. 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO. SEMILIBERDADE. RÉU INTEGRADO À SOCIEDADE. CONCLUSÃO

relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, no qual decidiu-se, por unanimidade, que, o fato do indígena falar a língua portuguesa, possuir documentos e ter vínculo empregatício, por si só, foram capazes de afastar a incidência do artigo 56 do Estatuto do Índio.

O artigo 57, por sua vez, abre espaço para que, em face do cometimento de ilícitos penais por indivíduos indígenas, sejam aplicadas sanções pelo próprio grupo, desde que a punição não tenha caráter cruel ou infamante ou consista na pena de morte (leia-se, as sanções devem estar em consonância com os princípios que regem os direitos humanos). Aqui, é possível verificar que há a possibilidade, mesmo que o texto constitucional não reconheça uma jurisdição indígena autônoma, de, em respeito à especificidade da cultura e organização social dos povos indígenas, “delegar” o julgamento e a punição do indivíduo indígena para a própria comunidade, com aplicação do direito indígena, com os limites já citados relacionados ao respeito dos direitos humanos e a vedação, no caso, do Estado brasileiro, à pena de morte.

O capítulo II, trata dos crimes cometidos contra os indígenas²⁵ e pune, em linhas gerais, condutas realizadas no sentido de atentar contra seus costumes (art. 58, I), de utilização do indígena ou da comunidade com fins de propaganda turística ou fins lucrativos (art. 58, II) e o favorecimento à aquisição ou disseminação de bebidas alcoólicas (art. 58, III), sendo considerado como agravante, o fato do autor ser funcionário de serviço de proteção ao indígena

INVERSA. REVOLVIMENTO DE FATOS E DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A prisão cautelar, como é cediço, é medida excepcional de privação de liberdade, que somente poderá ser adotada quando as circunstâncias do caso concreto, devidamente fundamentadas no art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrarem a sua imprescindibilidade. Contudo, justificada a custódia preventiva em razões idôneas e devidamente preenchidos todos os seus requisitos, inviável a liberação do acusado.

2. *In casu*, a custódia cautelar do recorrente foi decretada e mantida notadamente para a garantia da ordem pública, com base na gravidade concreta do delito, principalmente pelo *modus operandi* extremamente violento, tendo em vista que ele matou a vítima mediante socos e golpes de pedra endereçados contra o seu rosto e a sua cabeça.

3. Não prospera o pleito subsidiário de autorização de semiliberdade (art. 56 do Estatuto do Índio), porquanto, segundo as instâncias ordinárias, o réu já se encontra integrado à sociedade, possuindo carteira de trabalho e de identidade, vínculo empregatício, com fluência na língua portuguesa, o que afasta a incidência do benefício, conforme reiterada jurisprudência desta Corte. Ademais, conclusão inversa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência inviável na via eleita, de rito célere e cognição sumária.

4. Eventuais condições pessoais favoráveis do réu não possuem o condão de, isoladamente, conduzir à revogação da prisão preventiva. Registre-se, ainda, que, concretamente demonstrada pelas instâncias ordinárias a necessidade da prisão preventiva, não se afigura suficiente a fixação de medidas cautelares alternativas.

5. Recurso improvido (RHC 122.923/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 23/06/2020 – grifos nossos).

²⁵ Estatuto do Índio, art. 58: Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena: I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses; II - utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena - detenção de dois a seis meses; III - propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio (BRASIL, 1973).

(parágrafo único). No artigo seguinte²⁶, há o reconhecimento de outra possibilidade de agravante, para qualquer crime que seja cometido contra pessoa, patrimônio ou costumes, quando o ofendido for a comunidade indígena ou indígena “não integrado”.

2.2 A Convenção 169 da OIT

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919 e, desde então, em seus estudos e trabalhos, dedicou algum tipo de atenção à situação dos povos indígenas, especialmente, em relação a sua utilização como força de trabalho. A Convenção 107 de 1957, foi um dos primeiros resultados desse trabalho, direcionada às populações indígenas e tribais em questões relacionadas ao direito à terra, condições de saúde, trabalho e educação.

Em que pesem as críticas que podem ser direcionadas à Convenção 107 de 1957, na qual os povos indígenas eram associados a um estágio menos avançado de desenvolvimento civilizatório, Pâmela Marconatto Marques destaca três pontos positivos decorrentes desse primeiro esforço internacional:

[...] I) o reconhecimento dos povos indígenas enquanto grupos humanos que necessitam de atenção especial; II) o reconhecimento do direito de propriedade desses povos sobre as terras que ocupavam tradicionalmente; III) a compreensão de que era preciso respeitar o direito costumeiro que vigorava entre os povos indígenas, admitindo que ele fosse distinto do direito oficial, desde que com ele compatível (MARQUES, 2010; p. 519).

No entanto, suas bases paternalistas e a visão assimilacionista que direcionava aos povos indígenas foram, ao longo dos anos que se seguiram, objeto de contestação, em razão de sua incompatibilidade com o protagonismo que estes povos passaram a buscar por meio de sua reafirmação étnica, cultural e social²⁷. Diante das demandas oriundas de tais transformações²⁸ e como resultado da busca dos povos indígenas por respeito e reconhecimento, iniciaram-se debates para revisão da Convenção 107 e, como resultado, em 1989, na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, adota-se o primeiro instrumento jurídico internacional com força

²⁶ Estatuto do Índio, art. 59: No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço (BRASIL, 1973).

²⁷ Nesse sentido, a exposição de razões iniciais da Resolução 169 dispõe que: “[...] Reconhecendo as aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e de seu desenvolvimento econômico e de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos Estados nos quais vivem, e [...]”.

²⁸ No mesmo sentido: “[...] Considerando a evolução do Direito Internacional desde 1957 e desdobramentos ocorridos na situação de povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo, em decorrência dos quais considerou adequado adotar novas normas internacionais sobre a matéria, com vistas a corrigir a orientação assimilacionista das normas anteriores, e[...]”.

vinculante a respeito de direitos de povos indígenas e tribais: a Convenção nº 169/1989, por meio da qual vislumbra-se o novo olhar direcionado a estes povos, com vistas

[...] I) a superação da associação indígena-primitivo e, conseqüentemente, da ideia de que a “integração” dos povos indígenas à comunidade nacional seria seu melhor destino; II) a conseqüente redefinição do indígena, que passa a ser identificado a partir de sua diferença e não de sua inferioridade; III) a designação das coletividades indígenas como “povos” e não mais como “populações”, incorporando a noção de que fazem parte de uma “comunidade de destino”⁴; IV) a redefinição do papel do indígena, de objeto a ser auxiliado a agente a ser consultado e incluído nos processos decisórios que envolvam seus interesses (MARQUES, 2010; p. 520).

Dentre as principais características do texto da Convenção destacam-se a valorização da autoidentificação, incentivo à instrumentos de consulta e participação e o respeito à auto-organização e modo de vida. Seu texto é dividido em 10 capítulos, cada qual tratando de um tema específico, como questões de política geral (parte 1), territoriais (parte 2), de trabalho (partes 3 e 4), saúde, seguridade social e educação (partes 5 e 6), entre outros.

A primeira parte, que traz as disposições gerais, concentra os principais dispositivos com potencial de provocar alterações no tratamento conferido aos indígenas na esfera penal, no âmbito dos países em que o texto da convenção foi adotado. A Convenção, em seu artigo 1º, define quem são os destinatários de suas disposições. Em se tratando dos povos indígenas, caracteriza-os como aqueles que descendem das

populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas (OIT, 1989).

É este mesmo artigo que abarca a questão da autoidentificação como indígena como “critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção”, ou seja, é o sentimento de pertencimento a determinado grupo indígena (acompanhado do reconhecimento deste mesmo grupo), o compartilhamento de costumes, tradições, crenças, língua que deve determinar a identidade indígena para fins legais.

O incentivo à consulta e participação dos povos indígenas têm espaço, especialmente, nos artigos 6º e 7º da Convenção²⁹, o qual preconiza que os povos indígenas

²⁹ **Artigo 6: 1.** Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:

devem ser consultados e ter garantidos os meios para participação nos processos e assuntos que possam lhes afetar diretamente, em todas as instâncias: políticas, administrativas e legislativas.

No que concerne ao respeito à organização social e forma de vida, os artigos 8º, 9º, 10º e 12º trazem disposições importantes, no sentido de valorização e respeito. O artigo 8º, por exemplo, chama a atenção para a necessidade de se levar “na devida consideração” os costumes e leis consuetudinárias destes povos na aplicação de leis nacionais, com a ressalva de que isto não afasta o exercício dos direitos assegurados a todos os demais cidadãos. Também faz referência ao direito de que tais povos mantenham suas instituições e costumes, desde que compatíveis com os direitos humanos e fundamentais.

De especial interesse para o âmbito penal, o artigo 9º da Convenção avança no sentido de prever que, o respeito ao modo de vida das populações indígenas e tribais significa, também, a possibilidade de que seus métodos e formas de punição sejam aplicados aos seus membros, nos casos em que estes cometam determinado delito. Deste modo, a observância de tal comando passa a ser necessária pelas autoridades e no âmbito dos tribunais internos, no caso de processos judiciais. Mais uma vez, o limite de tal garantia reside na compatibilidade da forma de punição com as normas de direitos humanos.

a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem;

c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado.

Artigo 7: 1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e dos níveis de saúde e educação dos povos interessados, com sua participação e cooperação, deverá ser considerada uma prioridade nos planos gerais de desenvolvimento econômico elaborados para as regiões nas quais vivem. Projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões deverão ser também concebidos de uma maneira que promova essa melhoria.

3. Sempre que necessário, os governos garantirão a realização de estudos, em colaboração com os povos interessados, para avaliar o impacto social, espiritual, cultural e ambiental das atividades de desenvolvimento planejadas sobre eles. Os resultados desses estudos deverão ser considerados critérios fundamentais para a implementação dessas atividades.

4. Os governos deverão tomar medidas, em regime de cooperação com os povos interessados, para proteger e preservar o meio ambiente nos territórios habitados por eles (OIT, 1989).

Artigo 9º:

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.
2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto (OIT, 1989 – grifos nossos).

Para além de garantir a possibilidade de imposição de sanções próprias, o artigo 10 agrega, ainda, a necessidade de que eventuais sanções penais direcionadas a esses grupos levem em consideração suas “características econômicas, sociais e culturais” e de que seja dada preferência “a outros métodos de punição que não o encarceramento”.

Outro ponto importante trazido pelo texto da convenção diz respeito à obrigação dos Estados não só de proteger estes povos contra as violações de seus direitos, mas também o de agregar que, a garantia do devido processo legal, para um integrante desses povos que venha a ser processado, abarca o direito de compreender e de ser fazer compreender por meio de intérpretes e outros meios eficazes (art. 12). Como será abordado no próximo capítulo, apesar de ser uma garantia óbvia para o cumprimento do direito ao devido processo legal, o mais comum no contexto brasileiro, por exemplo, é o de tratar de forma bastante superficial o tema da necessidade de intérprete e minimizar a sua importância.

A Convenção 169 da OIT entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 2005, após sua aprovação pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 e posterior promulgação pelo Decreto nº 5.051/2004 (atualmente substituído pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019) ³⁰. À luz da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, decorrente do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, é possível afirmar que a Convenção possui status supralegal.

Em razão das características já mencionadas, principalmente do novo olhar que direcionou para a situação dos povos indígenas, abandonando a sua assimilação pela cultura

³⁰ Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002; depositado o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002; entrada em vigor internacional em 5 de setembro de 1991, e, para o Brasil, em 25 de julho de 2003, nos termos de seu art. 38; e promulgada em 19 de abril de 2004. (texto do Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, que consolidou as promulgações das Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, até então).

ocidental como objetivo último, necessário e até inevitável, seu texto, associado ao texto constitucional de 1988, lançam novas bases para interpretação dos instrumentos legais existentes, a exemplo do Estatuto do Índio e mesmo da revogação de determinados dispositivos, por incompatibilidade.

Em que pesem as inovações trazidas pela Convenção, seu texto não é isento de críticas, especialmente no que diz respeito à presença de ambiguidades em alguns de seus dispositivos. Para Rodrigo Miotto dos Santos, o texto da Convenção “ao mesmo tempo em que avança em determinados pontos no que respeita à autonomia dos povos indígenas, em diversos outros mantém uma postura mais conservadora” (2013; p. 280).

Para o autor, as constantes limitações às garantias elencadas, como por exemplo, no caso do termo “povos”, o qual, segundo o parágrafo 3º do artigo 1º, não deve ser interpretado no sentido que lhe confere o direito internacional, ou as constantes limitações das garantias, ao vinculá-las aos padrões jurídicos e culturais ocidentais predominantes no contexto internacional (os quais, não necessariamente, coincidem com os valores presentes na cultura e tradições praticados pelos povos indígenas). Ele conclui que “atestar aos povos indígenas o direito ao reconhecimento de suas culturas e depois impor-lhes os direitos formalizados pelo Estado constitui medida, no mínimo, pouco coerente³¹” (SANTOS, 2013; p. 280).

Do exposto é possível verificar que ao mesmo tempo em que a Resolução institui garantias importantes aos povos indígenas, com especiais repercussões na esfera penal, ela o faz nos limites de tolerância delineados pelos valores jurídicos predominantes e isso pode trazer alguns desafios no campo da sua efetivação, posto que, como já mencionado, tais valores e, por vezes, os próprios “bens jurídicos” protegidos, não são sempre coincidentes, já que representam culturas e modos de vida distintos.

O desafio na esfera penal, portanto, não é apenas de natureza hermenêutica, mas também de natureza prática. Requer que se busquem os métodos necessários para que os direitos reconhecidos não sejam apenas letras mortas e possam, assim, produzir os efeitos previstos, mesmo em um cenário que ainda não seja considerado como o ideal, pois marcado por uma visão de superioridade da jurisdição estatal (já que não há o reconhecimento efetivo

³¹ No entanto, é interessante destacar a visão de Gersem Baniwa, no sentido de que “[...] os povos indígenas, por sua condição demográfica inferior, têm procurado sabiamente articular os sentidos natural e instrumental da cidadania, aliados à noção de direitos universais do Homem, em favor de seus direitos e interesses específicos” (2015; p.119).

da jurisdição indígena). Nesse contexto, as contribuições centrais da Convenção 169, no sentido de reforçar a importância da autoidentificação, do respeito aos costumes, tradições e modos de vida dos povos indígenas, bem como os comandos para compatibilização do sistema penal interno aos costumes e direitos consuetudinários não podem ser considerados como meras sugestões por parte dos operadores do sistema de justiça, o qual tem o dever, inclusive, de atuar na sua concretização.

2.3 A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Outro documento de relevância internacional no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas³², aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007, como resultado das discussões entre os países membros de quase duas décadas. Além de reforçar o princípio da igualdade, da importância do respeito à diversidade e às riquezas culturais (reconhecidas como patrimônios da humanidade), o texto prevê, expressamente, em seu artigo 3º, o direito à autodeterminação³³ e, por conseguinte, à autonomia ou autogoverno, nos termos do art. 4º:

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas (ONU, 2007).

No mesmo sentido da Convenção 169 da OIT de 1989, o texto da Declaração repudia estratégias assimilacionista, bem como qualquer tipo de ataque à cultura indígena, cabendo aos Estados zelarem para fins de prevenção e reparação. Ainda em relação ao direito à autodeterminação³⁴ e mesmo como consequência necessária deste direito, a Convenção

³² “A Declaração é o reflexo do consenso internacional cada vez mais avançado sobre direitos indígenas. A adoção da Declaração consagrou o início da nova era de direitos humanos em questões indígenas. Durante a sessão da Assembleia Geral da ONU, 143 países votaram a favor do texto revisto no Conselho de Direitos Humanos, quatro votaram contra (Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália) e 11 nações se abstiveram de votar. O Brasil, junto com a grande maioria dos países do mundo e com a quase totalidade da América Latina – exceto a Colômbia, que se absteve - votou a favor da adoção da Declaração” (Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/declaracao_nacoes_unidas_povo_indigena.pdf, acesso em 7/9/2021).

³³ **Artigo 3º:** Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

³⁴ É interessante destacar que o termo “autodeterminação” foi um dos que demandou maior espaço para questionamentos e discussões por parte dos Estados-membros. Nesse sentido, “[...] para evitar que ele viabilizasse aspirações de secessão, o artigo 4º, que sucede à apresentação da estrutura básica do direito de autodeterminação, restringe seu âmbito de aplicação ao interior dos Estados Nacionais. Essa limitação é reforçada pelo art. 46, que é taxativo ao dizer que nenhum dos dispositivos do documento poderá ser utilizado para autorizar ou fomentar

reforça a importância do respeito, bem como da garantia do exercício e fortalecimento de suas “próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado” (art. 5º da Convenção). Neste campo e seguindo a mesma lógica da Convenção da OIT, no sentido de que tal direito encontra limite nas normas do sistema de direitos humanos internacionais, dispõe o art. 34 que:

Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos (ONU, 2007).

No artigo 35, a Declaração reconhece que os próprios povos indígenas possuem o direito de determinar a responsabilidade dos indivíduos no contexto das comunidades a que estes pertencem.

Todos esses dispositivos reforçam a necessidade de abertura de um diálogo intercultural, inclusive no âmbito jurídico, com vistas a assegurar o respeito aos modos de vida e cosmovisão dos povos indígenas e isto, necessariamente, tem repercussões no âmbito penal. Em que pese o fato de a Declaração não possuir o *status* jurídico de tratado e, por isso, não ter um caráter vinculante, ela possui um importante papel instrumental, no sentido de fornecer bases interpretativas mais claras e sólidas para outros diplomas normativos e para a fundamentação de políticas, decisões e ações que envolvam a temática. Nesse sentido, o fato de se caracterizar como *soft law* não impede que a Declaração tenha respaldo normativo e provoque repercussões no plano prático.

A Declaração, por certo, não inova no plano jurídico. No entanto, ela vem reforçar e reafirmar os direitos essenciais, individuais e coletivos, dos quais os povos indígenas são detentores. Ressalta, também, a função do Estado na sua concretização, a qual não deve ser meramente contemplativa, mas ativa, no sentido de buscar as melhores formas e mecanismos para garantir a sua efetividade, conforme explicita Pâmela Marconatto Marques:

Apesar de não estabelecer novos direitos, mas apenas afirmar direitos fundamentais universais no contexto das culturas, realidades e necessidades indígenas, a Declaração renova responsabilidades. Em alguns países, até seu advento, direitos indígenas eram tratados como meras necessidades ou, ainda, como favores ou privilégios concedidos pelos Estados. Com esse documento,

qualquer ação que afete no todo ou em parte a integridade territorial ou a unidade política dos Estados soberanos independentes” (MARQUES, 2010; p. 524).

os Estados e todos os seus poderes – em nível federal, estadual e municipal – comprometeram-se a conferir garantia para os direitos indígenas (MARQUES, 2010; p. 522).

Por fim, resta pontuar que, em 15 de junho de 2016, após 17 anos de trabalhos, foi aprovada, no pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, com objetivo de reforçar os direitos já reconhecidos no âmbito do sistema ONU, bem como de aprofundá-los e direcioná-los às especificidades regionais destes povos no continente americano. Nos mesmos moldes da Declaração Universal, ela não possui força vinculante, mas tem o potencial de ser uma importante fonte interpretativa e orientadora de ações e decisões judiciais no sistema interamericano de direitos humanos. Ademais, ela, avançando na temática, trata em diferentes dispositivos da questão do reconhecimento dos “sistemas ou instituições jurídicas indígenas”³⁵, trazendo o artigo XXII, no qual expressamente faz-se referência ao “direito e jurisdição indígena”:

1. Os povos indígenas têm direito a promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.
2. O direito e os sistemas jurídicos indígenas serão reconhecidos e respeitados pela ordem jurídica nacional, regional e internacional.
3. Os assuntos referentes a pessoas indígenas ou a seus direitos ou interesses na jurisdição de cada Estado serão conduzidos de maneira a proporcionar aos indígenas o direito de plena representação com dignidade e igualdade perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, à igual proteção e benefício da lei, inclusive ao uso de intérpretes linguísticos e culturais.
4. Os Estados tomarão medidas eficazes, em conjunto com os povos indígenas, para assegurar a implementação deste Artigo (OEA, 2016 – grifos nossos).

³⁵ A exemplo do art. VI, no qual se dispõe que “Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicas, sociais, políticos e econômicos [...]” (OEA, 2016) ou o artigo XXXIV que pontua que, “no caso de conflitos e controvérsias com os povos indígenas, os Estados disporão, com a participação plena e efetiva desses povos, mecanismos e procedimentos justos, equitativos e eficazes para sua pronta solução. Para essa finalidade, se dispensará a devida consideração e reconhecimento aos costumes, às tradições, às normas ou aos sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados” (OEA, 2016).

2.4 Os dispositivos aplicáveis do Código Penal para fins de determinação da culpabilidade do indígena: inimizabilidade e erro de proibição

Conforme salienta Ana Paula Caldeira Souto Maior, a Constituição de 1988 “reconheceu aos índios o direito de manter a sua organização social e o direito de ser diferente, abrindo espaço para outro tratamento a respeito da capacidade civil e da responsabilidade criminal dos índios³⁶”. Nesse sentido, os diplomas legais, sejam eles anteriores ou posteriores à Constituição de 1988 e os demais instrumentos hierarquicamente inferiores, devem ser interpretados harmonicamente e de forma a conferir efetividade aos direitos constitucionais assegurados.

Por um bom tempo, a doutrina predominante visualizou o indígena como um indivíduo mentalmente inferior³⁷ e que, por esse motivo, quando diante de uma acusação de cunho penal, dela poderia ser absolvido ou ter a pena amenizada, com fundamento no art. 26, *caput* ou no seu parágrafo único do Código Penal, o qual trata dos inimputáveis, nos seguintes termos:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

³⁶ Ana Paula Caldeira Souto Maior: Imputabilidade penal. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Imputabilidade_penal (acesso em 11/09/2021)

³⁷ C.F. Marés de Souza Filho, ao tratar da questão dos indígenas em face do direito penal brasileiro pondera que, apesar do Código Penal de 1940 não trazer a palavra “indígena ou silvícola” em seu texto, faz tal referência em sua Exposição de Motivos, de autoria do Ministro Francisco Campos, dizendo que: “No seio da Comissão foi proposto que se falasse de modo genérico, em perturbação mental; massa proposta foi rejeitada, argumentando-se em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao ‘desenvolvimento incompleto ou retardado’, e devendo-se entender como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênitas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava a alusão expressa aos surdos-mudos e aos silvícolas inadaptados” (SOUZA FILHO, 1992; p.157). Traz, ainda, a manifestação de Nelson Hungria sobre a questão: “dir-se-á que, tendo sido declarados, em dispositivos à parte, irrestritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao ‘desenvolvimento mental incompleto’; mas explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio” (SOUZA FILHO, 1992; p. 158). Assim, o autor conclui que “[...] na realidade, o Código Penal teve vergonha de apresentar a forma e os requisitos especiais de punibilidade e aplicação de pena aos índios”. (SOUZA FILHO, 1992; p. 159).

A imputabilidade consiste na capacidade para ser considerado culpável por determinada conduta antijurídica. Conforme explicita Hans Wezel *apud* Cezar Roberto Bitencourt, “a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um cognoscivo ou intelectual, e outro volitivo ou de vontade, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme essa compreensão, acrescentando que somente os dois momentos conjuntamente constituem, pois, a capacidade de culpabilidade” (2017; p. 467). A inimputabilidade, por sua vez, ocorre nos casos em que qualquer um dos dois momentos estão ausentes, posto que suficiente para afastar a capacidade de culpabilidade.

No entanto, o critério de imputabilidade/inimputabilidade não se mostra adequado para o tratamento penal do indígena, posto que não compatível com nossa constituição, bem como com os demais diplomas legais reconhecidos pelo Estado brasileiro. Apesar disso, ele foi e continua a ser a base de muitas decisões judiciais. Destaca-se que, nem mesmo o Estatuto do índio, com suas bases conservadoras realiza tal vinculação em seu texto.

O critério não se mostra adequado, exatamente porque não se trata de nenhuma das hipóteses reconhecidas pelo Código Penal. A condição de indígena não abarca como consequência lógica, o desenvolvimento mental incompleto³⁸ ou a “incompreensão” acerca da ilicitude da conduta. O que o texto constitucional e os documentos legais garantem ao indígena é a abertura para o reconhecimento de sua identidade e por conseguinte, da sua cultura e instituições. Não abarca o direito a não ser punido, mas sim o de reconhecer que é a comunidade indígena, de acordo com suas instituições que deve ser a responsável por tal análise e não a jurisdição estatal ou mesmo que, no caso desta última ser considerada como a legitimada para realizar tal análise, que existem uma série de garantias processuais que necessariamente devem ser observadas.

O PLS 236/12, que trata da alteração do Código Penal brasileiro traz um dispositivo que busca abordar especificamente do tratamento penal a ser conferido ao indígena. Sua redação, na proposição original é a seguinte:

³⁸ Cezar Roberto Bitencourt, ainda seguindo a linha tradicional que a doutrina brasileira lança aos povos indígenas, pontua que: “[...] é necessário averiguar se os *silvícolas* passaram pelo processo de aculturação. No entanto, o nível de adaptação às normas de cultura da comunidade social deve ser avaliado em cada caso particular; havendo dúvidas, deve-se providenciar avaliações antropológicas e sociológicas para se constar o grau de acultramento atingido. Evidentemente que a situação dos *silvícolas* não tem natureza *patológica*, mas decorre da ausência de adaptação à vida social urbana ou mesmo rural, à complexidade das normas ético-jurídico-sociais reguladoras da vida dita *civilizada* e da diferença de escala de valores” (2017; p. 493 – grifos no original).

Art. 36. Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica de acordo com seus costumes, crenças e tradições de seu povo, conforme laudo de exame antropológico.

§ 1º A pena será reduzida de um sexto a um terço se, em razão dos referidos costumes, crenças e tradições, o indígena tiver dificuldade de compreender ou internalizar o valor do bem jurídico protegido pela norma ou o desvalor de sua conduta.

§ 2º A pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.

§ 3º Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

Observa-se que, apesar de representar um avanço em relação ao texto anterior (o qual não fazia qualquer menção específica ao indígena) ou mesmo em relação à prática decorrentes das decisões judiciais, o texto ainda está longe de estar em consonância com a constituição ou a Resolução 169 da OIT. A proposição ainda está em tramitação e o referido artigo, inclusive, já foi objeto de propostas de alterações, as quais, conforme análise realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania constituem retrocesso em relação ao texto original, e até contradizem os valores atualmente vigentes³⁹. O referido parecer inclui, ainda, um quarto parágrafo, com a disposição acerca da autoidentificação da pessoa indígena dispondo que o indígena deve ser considerado como “aquele que se reconhece como pertencente a um povo originário da Ameríndia e é por ele reconhecido como tal”.

Outra possibilidade de exclusão da culpabilidade existente no direito penal brasileiro e utilizada, especialmente pela jurisprudência para tratar de questões penais envolvendo indígenas, diz respeito ao erro de proibição e que consiste, em termos gerais, na falta de consciência do injusto, ele “cuida da concreta ausência no agente, no momento da ação, da consciência da ilicitude de uma determinada conduta” (BITENCOURT, 2017; p.515). Contudo, o sentido majoritário é o de negar aos chamados indígenas “integrados” (e cujos critérios dominantes para aferição da integração serão melhor expostos no próximo capítulo) a

³⁹ ITTC, O tratamento penal dado ao indígena pelo PLS 236/12. Parecer de Guilherme Madi Rezende em relação às alterações do PL 236/2012 propostas pelo Senador Pedro Taques. Disponível em <<http://itcc.org.br/wp-content/uploads/2011/07/Indigenas.pdf>>, acesso em 10/10/2020.

possibilidade de aplicação do dispositivo. No Código Penal, a previsão é trazida pelo art. 21⁴⁰. Acerca do erro de proibição, Cezar Roberto Bitencourt ainda ensina que:

[...] o erro de proibição, quando inevitável, exclui a culpabilidade. E, como não há crime sem culpabilidade, o erro de proibição, inevitável, impede a condenação, a qualquer título (dolo ou culpa). Se o erro de proibição for evitável, atenua a pena, mas a condenação se impõe sem alterar a natureza do crime doloso (2017; p.520).

Há, outrossim, entendimento doutrinário que postula o cabimento do erro de proibição para os casos nos quais há indígenas envolvidos, na forma de “erro culturalmente condicionado”, o qual, segundo Zaffaroni e Pierangeli *apud* CARVALHO (2018), consiste em casos em que não há plena consciência da ilicitude da conduta, posto que, no seio de determinada comunidade étnica, de acordo com os padrões e relações socioculturais próprias do grupo ao qual o indígena está vinculado, não haveria outra conduta possível⁴¹.

Para Castilho e Costa (2009, p. 60) *apud* CARVALHO (2018), o erro culturalmente condicionado pode apresentar-se de três formas: como erro de compreensão, no qual “há uma dificuldade inata para a compreensão da proibição normativa” e “a pessoa pode conhecer a norma, mas razões culturais impedem que aja de modo diverso”; como erro de consciência dissidente, no qual “a pessoa tem conhecimento da proibição e da ausência de permissão legal, mas não se lhe pode exigir sua interiorização” e, como justificativa putativa, quando “um indígena vê o não-índio como inimigo, o que justifica atitudes contrárias ao direito que antecipam a ação inimiga”.

Por óbvio, para que tal tipo de análise possa ser realizada torna-se indispensável a atuação de perito antropológico, no sentido de aclarar o significado das condutas e, assim, proporcionar um diálogo intercultural efetivo. No entanto, a adesão à tese do erro culturalmente condicionado não encontra força entre os juristas brasileiros. Da mesma forma, a utilização da perícia antropológica para esses fins por nossos tribunais ainda é incipiente, predominando o

⁴⁰ Art. 21, Código Penal: o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único: Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. V. 1. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 *apud* CARVALHO, Isadora Chaves. A culpabilidade do indígena e o erro culturalmente condicionado. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69164/a-culpabilidade-do-indigena-e-o-erro-culturalmente-condicionado>> . Acesso em 13/09/2021.

critério da imputabilidade e o foco no grau de integração do indígena para determinar os rumos do tratamento que a ele será dispensado na esfera penal.

3. O PODER JUDICIÁRIO E O TRATAMENTO DA PESSOA INDÍGENA QUANDO PROCESSADA POR CONDUTAS CRIMINALMENTE IMPUTÁVEIS

Do exposto até aqui, é evidente que o reconhecimento da autonomia dos povos indígenas em relação à liberdade para o exercício de sua cultura, costumes, modos de vida e organização social possui respaldo nos principais instrumentos de direito internacional e, ao mesmo tempo, são objetos de reconhecimento e de reivindicação no plano do direito interno. Nesse sentido, cabe tecer algumas considerações acerca de qual tem sido a postura do Estado brasileiro, por meio de suas instituições, em relação à questão do tratamento da pessoa indígena em demandas penais.

Para tanto, buscou-se a produção acadêmica existente sobre a temática para, com base nela, ter uma visão geral das principais incompatibilidades decorrentes de uma prática que não está em consonância com os direitos assegurados e detalhados no capítulo anterior. Em específico, quando voltamos nosso olhar especificamente para o Poder Judiciário, podemos melhor compreender o contexto no qual a Resolução 287/2019 do CNJ está situada e a quais desafios ela busca atender.

Deste modo, o próximo tópico se dedicará a fornecer um panorama da situação dos indígenas criminalmente processados no Brasil e, em seguida, serão apresentados alguns exemplos de decisões judiciais que ilustram o quadro.

3.1 Breve panorama da situação dos indígenas criminalmente processados no Brasil

De acordo com os dados do último INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁴²), do total de 562.362 indivíduos presos no país no segundo semestre de 2020 (em relação aos quais houve registro da informação referente a cor/raça/etnia), 1.085 eram indígenas, o que equivale a 0.19% do total. Destes, 1.035 eram do sexo masculino e 50 do sexo feminino. No contexto de indivíduos vinculados a grupos

⁴² Dados referentes ao período de julho a dezembro de 2020, disponíveis no site: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaWZlbnMtZmE5YS00MDIhLWEyNGYtYmNiYTkwZTg4ZmQ1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> (acesso em agosto/2021).

específicos⁴³ (os quais representavam um total de 15.393 indivíduos), os indígenas representavam 231 pessoas, ou 1,5% do total.

Na perspectiva regional, o centro-oeste se destaca com o maior número de indígenas presos, seguido pelas regiões sul e norte (tabela 1). No tocante aos estados brasileiros, o Mato Grosso do Sul lidera o *ranking*, com 358 indígenas presos, seguido do Rio Grande do Sul, com 308 e de Roraima, com 181 indígenas presos (tabela 2). A base de dados do SISDEPEN⁴⁴ consultada revelou, ainda, que dos 1.568 estabelecimentos prisionais ativos no país, 1297 informaram possuir condições de informar a cor, raça ou etnia dos presos, 238 informaram não ter condições de fornecer a informação⁴⁵ e 33 deixaram o campo em branco. Dos estabelecimentos que informaram possuir condições de registrar a informação, 506 informaram não possuir indígenas encarcerados, 558 deixaram a informação em branco e 233 informaram a existência de indígenas encarcerados (totalizando 1229 indivíduos).

Tabela 1: População carcerária indígena, por região e sexo (julho a dezembro/2020).

Região	Homens indígenas presos	Mulheres indígenas presas	Indígenas presos (total)	População carcerária (total)
Centro-Oeste	365	20	385	62.059
Sul	334	28	362	69.934
Norte	252	10	262	39.335
Nordeste	197	02	199	88.596
Sudeste	20	01	21	159.733

Fonte: Base de dados do SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados> (acesso em 10/09/2021). Organização: Heloisa dos Santos Reis (2021).

⁴³ Pessoas com deficiência, estrangeiros, idosos, LGBT e indígenas.

⁴⁴ Plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária e substituiu o INFOPEN.

⁴⁵ Curioso, por exemplo, é o caso da Penitenciária Laércio da Costa Pelegrino, no estado do Rio de Janeiro, a qual informou possuir 48 vagas em celas específicas para indígenas, contudo, não disponibiliza qualquer informação acerca da cor, raça ou etnia dos seus detentos.

Tabela 2: População carcerária indígena, por estado e sexo (julho a dezembro/2020).

Estado	Homens indígenas presos	Mulheres indígenas presas	Indígenas presos (total)	População carcerária (total)
Acre	25	0	25	4.677
Amazonas	20	2	22	6.560
Amapá	2	0	2	2.254
Pará	7	0	7	10.867
Rondônia	20	0	20	8.156
Roraima	173	8	181	3.814
Tocantins	5	0	5	3.007
Alagoas	7	0	7	4.404
Bahia	29	0	29	10.131
Ceará	55	0	55	31.232
Maranhão	19	1	20	3.159
Paraíba	13	0	13	8.619
Pernambuco	68	0	68	20.060
Piauí	2	0	2	3.966
Rio Grande do Norte	4	1	5	6.557
Sergipe	0	0	0	469
Distrito Federal	8	0	8	27.325
Goiás	12	0	12	14.334
Mato Grosso do Sul	338	20	358	13.678
Mato Grosso	7	0	7	6.722
Espírito Santo	4	0	4	5.811
Minas Gerais	0	0	0	26.154
Rio de Janeiro	1	0	1	12.840
São Paulo	15	1	16	114.928
Paraná	3	0	3	12.625
Santa Catarina	47	4	51	18.193
Rio Grande do Sul	284	24	308	39.116

Fonte: Base de dados do SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados> (acesso em 10/09/2021). Organização: Heloisa dos Santos Reis (2021).

Em termos estruturais, considerando-se a totalidade de estabelecimentos prisionais ativos, apenas 25 declararam possuir celas (21) ou alas (4) específicas para indígenas, totalizando 231 vagas. Tais informações estão elencadas na tabela 3. Ressalta-se que 96,3% dos estabelecimentos prisionais brasileiros não possuíam celas ou alas específicas para pessoas indígenas, mas eles abrigavam 80,3% dos indígenas encarcerados do país.

Tabela 3: Estrutura das unidades prisionais, em relação ao público indígena (julho a dezembro/2020).

	Estabelecimentos prisionais ativos	Vagas específicas para indígenas	Indígenas presos
NÃO HÁ ala ou cela para indígenas	1510	0	987
HÁ ala ou cela para indígenas	25	231	242
Sem informação registrada	33	-	-
Totais	1568	231	1229

Fonte: Base de dados do SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados> (acesso em 10/09/2021). Organização: Heloisa dos Santos Reis (2021).

No que diz respeito à concentração de indígenas nos estabelecimentos prisionais, Mato Grosso do Sul, Roraima e Pernambuco são os únicos nos quais podemos encontrar mais de 30 indígenas encarcerados, destacando-se a Penitenciária Estadual de Dourados-MS, com 159 indígenas presos (ressaltando-se que é declarada a existência de 40 vagas em celas específicas para este público). Em Roraima temos as Penitenciária Agrícola de Monte Cristo e a Cadeia Pública Masculina de Boa Vista, concentrado 100 indígenas presos (os quais contam com 10 vagas em celas específicas no caso de Monte Cristo) e, em Pernambuco, a Penitenciária Barreto Campelo, com 38 indígenas encarcerados (sem vagas em ala ou cela específica).

A população carcerária indígena do sexo masculino é maior, como mostra a tabela 2, no estado do Mato Grosso do Sul. Quando observa-se o sexo feminino, o estado do Rio Grande do Sul apresenta maior destaque, concentrando 24 mulheres, no entanto, pontua-se que o mesmo estado do Mato Grosso do Sul não fica muito atrás, concentrando 20 mulheres indígenas encarceradas. A questão do encarceramento indígena no estado do Mato Grosso do Sul chama a atenção. A região é uma das mais afetadas por problemas agrários relacionados à demarcação de terras (sua falta ou morosidade do procedimento) e à pressão para redução dos espaços já demarcados, de modo que, conflitos entre os povos indígenas e produtores rurais, bem como outros problemas sociais vinculados (suicídios, assassinatos de lideranças, alcoolismo e exploração de mão de obra⁴⁶) são bastante frequentes. Na região, são notórios os casos que atingem os povos Kaiowá e Guarani.

⁴⁶ Centro de Trabalho indigenista (CTI). Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul. Brasília, 2018, *apud* MELO; MATOS, 2017; p. 143.

A complexidade da situação indígena no Mato do Grosso do Sul pode ser comprovada, também, pelo fato de que a maior parte das pesquisas e artigos acadêmicos encontrados e utilizados como fonte para o presente trabalho, referem-se à questão do tratamento do indígena na esfera penal no referido estado⁴⁷.

No que diz respeito ao público feminino, é crucial apontar que, apesar de representarem um menor número quando em comparação ao público masculino, a situação das mulheres indígenas encarceradas não é menos problemática ou complexa. No webinar “Direitos dos Povos Indígenas: uma reflexão necessária”⁴⁸, o pesquisador e palestrante Levi Marques Pereira⁴⁹ trouxe um exemplo que muito bem ilustra o papel da mulher indígena no grupo. Ele enfatizou que, no contexto da cosmovisão dos Kaiowá e Guarani⁵⁰, por exemplo, “a família é sempre articulada por uma mulher, que controla o fogo culinário, que aquece e processa os alimentos dos membros do fogo doméstico. A mulher agrega prestígio e poder à sua condição, sendo determinante para a existência da família”, de modo que “*sem a mulher não há fogo e sem fogo não há família*”.

Nesse contexto, quando trata-se do encarceramento feminino de forma geral e, sobretudo, de previsões específicas concernentes às mulheres indígenas, é importante destacar a incidência das chamadas Regras de Bankok⁵¹. Isto porque, as mulheres indígenas, uma vez

⁴⁷ Alguns exemplos que podemos citar, são: (i) MENDES, K.; ALMEIDA, M.A.D. de. Super-representação dos Kaiowá e Guarani no sistema penitenciário: um pedaço da Austrália em Mato Grosso do Sul. In. **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 158-214. (ii) OLIVEIRA, T.V.D.de; TENÓRIO, L.R.R. Encarceramento Indígena no Mato Grosso do Sul: uma análise antropológica e jurídica. In. **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 215-237. (iii) MENDES, Neyla Ferreira. A etnofobia no sistema penal: os indígenas presos em Mato Grosso do Sul. In. **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 189-214. (iv) MELO, Evelyn dos Santos; MATOS, Givaldo Mauro de. A criminalização e penalização de indígenas no estado do Mato Grosso do Sul. *Revista Jurídica Unigran. Dourados*, vol. 19, n. 38, jul./dez. 2017. Entre outros.

⁴⁸ Webinar realizado em 04 de novembro de 2020, pela promovido pela Escola de Magistrados – EMAG da 3ª Região. Também disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=63UgUHXfHdI>

⁴⁹ Apesar de não ser o foco deste trabalho, um exemplo elucidativo de como a questão territorial tem influência direta nos problemas sociais enfrentados pelos povos indígenas foi trazido por Levi Marques Pereira: na cultura dos Kaiowá e Guarani, a vivência familiar era exercida na chamada “casa grande” ou “casa comum” e, geralmente, era o homem que mudava para a casa dos sogros e este ambiente funcionava como uma espécie de “escudo protetor da mulher”, contra aquilo que entendemos como “violência doméstica”. Em razão da pressão territorial e a consequente alteração do padrão assentamento com a obrigatoriedade da vida em reservas, a “casa comum” é deixada de lado e, com isso, se abre o espaço para formas de violência por parte de seus parceiros. Como explicitou Maria Judite Guajajara no mesmo webinar: a própria violação territorial, pode ser considerada uma forma de violência contra a mulher indígena.

⁵⁰ Sendo sempre importante destacar que os povos indígenas não são um grupo homogêneo e, portanto, não necessariamente compartilham dos mesmos costumes e cosmovisões.

⁵¹ “Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário” (CNJ, 2016; p. 12).

encarceradas, são submetidas a todos os problemas estruturais característicos de nosso sistema de justiça, aos problemas que são específicos de seu grupo (e que estamos realizando um esforço para apontar, nesta seção do texto) e, também, a todos os problemas que são inerentes à condição feminina, de modo que esta vem somar uma nova camada de violações à problemática. Deste modo, as Regras de Bangkok fornecem o subsídio legal específico ao Estado brasileiro com a finalidade de que, as mulheres indígenas, sejam devidamente tratadas pelo sistema de justiça penal, evitando-se, assim, mais um grau de invisibilidade. Em seus dispositivos específicos dispõe-se, em relação às mulheres indígenas (e minorias) que:

Regra 54: Autoridades prisionais deverão reconhecer que mulheres presas de diferentes tradições religiosas e culturais possuem necessidades distintas e podem enfrentar múltiplas formas de discriminação para obter acesso a programas e serviços cuja implementação seja ligada a fatores de gênero e culturais. Desta forma, autoridades prisionais deverão oferecer programas e serviços abrangentes que incluam essas necessidades, em consulta com as próprias presas e os grupos pertinentes.

Regra 55: Serão revisados os serviços de atenção anteriores e posteriores à soltura para assegurar que sejam adequados e acessíveis às presas de origem indígena e de grupos étnicos e raciais minoritários, em consulta com os grupos correspondentes.

Mais uma vez, o principal problema reside na falta de instrumentos eficazes para concretizar, na prática, tais regras, especialmente em relação a sua aplicação no âmbito judicial. Assim, as mulheres indígenas são ainda mais vulnerabilizadas, quando encarceradas.

Voltando à análise dos dados disponibilizados pelo Sistema Penitenciário Nacional, observa-se que, mesmo quando um indivíduo é identificado como indígena, nem sempre essa informação é seguida das qualificações referentes ao seu povo e à língua falada, o que, por sua vez, confirma a crítica da maior parcela dos artigos analisados, no sentido de que os registros obtidos não são confiáveis, seja pela falta de padronização, seja pela falta de preparo daqueles que devem obtê-los ou mesmo pela inexistência de dados ou de meios para obtê-los.

Michael Mary Nolan e Viviane Balbuglio realizaram um estudo cujo foco foi exatamente o olhar do Estado para o indígena, na produção de dados do sistema penal. Com base em pedidos de informações endereçados a todas as Secretarias de Segurança Pública do país e outros órgãos, as pesquisadoras almejavam, por meio dos dados obtidos sob o respaldo da Lei de Acesso à Informação, “compreender as dimensões da criminalização e do encarceramento de pessoas indígenas no Brasil” (NOLAN; BALBUGLIO, 2020; p. 75).

As pesquisadoras apontam a invisibilidade do indígena perante o sistema penal, como um problema central quando se reflete sobre o tratamento dado pelo Estado ao indígena. Conforme mencionado, a devida identificação do indígena por meio da autodeclaração funciona tanto como um direito subjetivo, quanto como um requisito essencial para o acesso a uma série de outras garantias processuais. Nesse contexto de falta de informações, conclui-se que a pessoa indígena é, ao mesmo tempo, atingida por uma invisibilidade étnica (no sentido de não ter reconhecido o seu direito coletivo de ser) e uma invisibilidade jurídica (a qual impede acesso a tais direitos coletivos). Assim, a invisibilidade que atinge os povos indígenas, quando transportada para o

[...] sistema de justiça criminal brasileiro está conectada a este histórico da colonização e etnocídio, de modo que no âmbito da justiça criminal é uma violência em si mesma que se ramifica em violações de direitos desde o momento da prisão e durante todo o andamento do processo judicial (NOLAN; BALBUGLIO, 2020; p. 78).

Tal invisibilidade, portanto, é consequência do descaso do Estado brasileiro em relação aos povos indígenas. É resultado da manutenção de um olhar conservador, paternalista e colonial, que despreza o valor de suas identidades étnicas, dos direitos e garantias conquistados e que, ainda hoje, insiste em ignorar o novo paradigma constitucional trazido pela Constituição de 1988 e outros instrumentos internacionais. A invisibilidade expressa-se, inicialmente, pela falta de informações em relação à própria identificação (a qual deve ser realizada com base na autoidentificação, conforme a Convenção 169 da OIT e que deve abranger, inclusive o povo) e continua em questões como a língua falada ou quanto ao crime cometido, uma vez que são enquadrados pela violação de leis não indígenas. Deste modo,

[...] a descaracterização étnica que leva à falta de reconhecimento invisibiliza os indígenas, mas não apenas isso, traz como consequência imediata o disfarce da assimetria histórica existente entre povos indígenas e sociedade nacional. O Estado impõe seu sistema político universalizante a povos diversos, sem que haja guarida para o exercício de autonomia política plena por parte de quem tem origem em outra organização social (JUCÁ, 2019; p. 89).

Em que pese haver espaço para registro de informações referentes à identificação do indígena, de seu povo e sua língua no “formulário sobre informações prisionais” (base para o levantamento de dados no âmbito do Sistema Penitenciário Nacional), o qual, em tese, deve ser preenchido por todas as unidades prisionais brasileiras, não há como afirmar que as informações, quando registradas, espelham a realidade, especialmente pela falta de consistência dos registros. Por exemplo, acessando-se a base de dados, mesmo nos casos em que a unidade prisional indica o número de indígenas presos e seu respectivo sexo, apenas na minoria dos

casos, há complementos referentes ao povo de origem (etnia) e à língua falada. Por este motivo, afirma-se que

[...] os dados sistematizados e disponibilizados pelo INFOPEN não espelham a totalidade dos números. Não são todas as unidades prisionais que efetivamente enviam informações completas aos sistemas. Os dados coletados são cadastrados pelos gestores responsáveis pelo preenchimento do formulário de coleta, não havendo controle sobre a autodeclaração das características (ALMEIDA; SALLET; 2019; p. 3)

Os mesmos autores apontam que a coleta de informações não é devidamente padronizada e, especialmente, não se pode afirmar, com certeza, que, para sua obtenção, é utilizado o critério da autoidentificação⁵² (ao mesmo tempo um direito e uma garantia), culminando que, “uma vez incorporados à categoria hegemônica de presos, os indígenas não serão mais considerados como tal, de forma que sua execução penal não será etnicamente individualizada e suas garantias legais específicas serão afastadas” (ALMEIDA; SALLET; 2019; p.3).

A questão da falta de registro da língua materna, ressalta-se, é um problema significativo, pois tem repercussão nos sistema de garantias constitucionais, especialmente no que diz respeito ao devido processo legal, o qual, no Estado Democrático de Direito deve ser objeto de zelo e efetividade. A língua falada, especialmente em um contexto de tradição majoritariamente oral, como costuma ser o da maior parte dos povos indígenas, interferirá não só no entendimento, por parte do acusado, dos motivos da acusação e do próprio íter processual (o qual segue a lógica do direito posto, por vezes distante daquela do direito consuetudinário indígena), mas também no próprio esclarecimento dos fatos, cujo conhecimento deve chegar, de forma clara aos demais envolvidos, especialmente à instância julgadora. Deste modo, ao não se identificar devidamente a língua por meio da qual o indígena consegue se expressar e se fazer compreender de forma clara e sem artifícios, o sistema penal estatal acaba por negar-lhe (e “de ofício”) uma garantia fundamental, qual seja: o direito à assistência de um intérprete.

⁵² No mesmo sentido, pontuam OLIVEIRA e TENÓRIO (2020), com base em Stephen Grant Baines (2015; p. 148): [...] todavia, a maior dificuldade para analisar a situação do encarceramento indígena, tanto no país quanto no estado de Mato Grosso do Sul, é com toda certeza a ausência de dados, oficiais ou não. Isso se dá por variados motivos, sendo que a imputação da qualidade, “indígena” muitas vezes é indicada pelos gestores dos presídios e ignorada a autodeclaração. Além disso, é recorrente que os próprios indígenas se identifiquem como, “pardos” ou “caboclos”, com o fim de livrar-se da subjugação relativa às condições de presidiário e indígena (p. 223).

Considerando os dados do Sistema Penitenciário Nacional, no período de julho a dezembro de 2020, dos 233 estabelecimentos prisionais que informaram possuir indígenas presos (o que representa 14,85% dos estabelecimentos ativos no país), apenas 73 registraram a informação acerca do povo indígena ao qual tais indígenas pertenciam e 61 registraram informações acerca da língua falada pelos indígenas encarcerados.

Neste ponto, é importante pontuar que o direito ao intérprete para os indígenas que não conseguem se expressar e entender de forma plena o português, deve ser observado em todas as etapas do procedimento criminal. Na verdade, quanto mais cedo esta garantia se efetivar, menores serão as chances de erros processuais. No entanto, a realidade demonstra, conforme pudemos observar nos estudos analisados sobre a situação dos indígenas criminalmente processados pelo Estado, que isto não acontece como regra. Ademais, não podemos esquecer que a linguagem utilizada no âmbito jurídico é extremamente elitista e segregadora, inteligível, inclusive, para a maior parte da população que tem no português sua língua materna.

Felipe Pereira Jucá ao contar o caso do indígena Antonio⁵³, da etnia Warekena, do estado do Amazonas nos oferece uma importante fonte reflexão acerca da importância da língua e, por conseguinte, da necessidade da garantia (decorrente, ironicamente, da própria lei estatal) de acesso do indígena acusado a um intérprete. Antonio, que foi acusado de supostamente pertencer a uma “rede de exploração sexual de crianças e adolescente indígenas na cidade de São Gabriel da Cachoeira⁵⁴”, passou por toda a estigmatização que o processo penal tem o potencial de causar a qualquer acusado, mas sofreu, ainda, a violência estatal no sentido de não ter assegurado a presença de um intérprete em sua língua (“língua geral”), aquela por meio da qual ele conseguia melhor compreender a situação e se fazer entender⁵⁵. Apesar de ter estudado e se formado professor era na sua língua materna que ele possuía maior confiança para se expressar e responder ao interrogatório judicial e mesmo que, ao final, tenha sido “absolvido já que o juízo não viu qualquer crime em sua conduta”, não há como negar que nem todos os casos encontram o mesmo desfecho. Assim,

⁵³ Como ressalta o próprio autor, todos os nomes apresentados no relato, são fictícios.

⁵⁴ Município brasileiro no estado do Amazonas, em região de fronteira e que possui população predominantemente indígena. Desde novembro de 2002, possui três línguas indígenas (nheengatu, o tucano e o baníua) reconhecidas como oficiais, ao lado do português.

⁵⁵ O relato traz a seguinte explicação que Antonio forneceu ao seu advogado, para seu pedido de intérprete: “a nossa língua mãe, nossa língua mesmo, é a língua geral, que a gente fala desde pequeno... muitas vezes vocês falam coisas que a gente não entende. Então eu prefiro falar a minha língua pra não me confundir” (JUCA, 2020; p. 134).

[...] o trunfo de Antonio na sala de audiências foi ter tido acesso à escola e conseguir expressar-se em português, sorte que muitos outros indígenas da mesma região não experimentam e acabam em situação semelhante, atingidos pelo poder judiciário e ficando praticamente indefesos (JUCA, 2020; p. 136).

Um Estado que verdadeiramente reconhece a pluralidade, não pode se utilizar desta mesma pluralidade para perpetuar formas de exclusão. Na verdade, “a cassação do direito de falar a própria língua em juízo constitui apenas um dos elos que formam uma corrente de violações aos indígenas no ambiente forense” (JUCA, 2020; p. 141). Ao tratar da situação dos Kaiowá e Guarani no estado do Mato Grosso do Sul, Karla Mendes e Marco Antonio Delfino de Almeida concluem que

[...] o domínio, muitas vezes precário, da língua portuguesa como segundo idioma pelos Kaiowá e Guarani é, não raras vezes, interpretado como competência linguística plena. Uma mera indagação poderia resolver essa dúvida: qual o idioma que o indígena utiliza no convívio doméstico, ou seja, no plano familiar. Caso a mesma seja o kaiowá ou guarani, desnecessário tecer maiores considerações sobre a necessidade de intérprete para a prática do referido ato processual (MENDES; ALMEIDA; 2020, p. 162).

Abordando os levantamentos iniciais realizados por estudo do Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Povos Indígenas e da Igualdade Racial e Étnica (NUPIIR-DPE-MS), que analisou uma gama de processos criminais e que possuíam indígenas como réus no Município de Dourados/MS, a Defensora Pública Neyla Ferreira Mendes⁵⁶ destaca uma série de violações que ensejam o descumprimento, por parte do Estado brasileiro de garantias e direitos constitucionais e internacionais, quais sejam: (i) falta de defesa técnica, (ii) comprometimento da fase inquisitorial, (iii) ausência de laudo antropológico, (iv) inépcia da denúncia, (v) erro de tipo, (vi) etnocentrismo das decisões judiciais, (vii) dosimetria da pena e (viii) falta de análise e acompanhamento psicológico.

Ao lado da falta de identificação dos indígenas e de acesso a intérprete está a questão da ausência ou insuficiência da defesa técnica nos processos criminais. De um lado, há de apontar que, uma defesa técnica de qualidade precisa, não apenas ter os conhecimentos do ordenamento jurídico interno, mas também estar em contato com os instrumentos internacionais e, também, na jurisprudência oriunda dos sistemas internacionais de direitos humanos, afinal,

⁵⁶ MENDES, 2020; p. 191-192.

como discutido no capítulo anterior, os povos indígenas possuem uma camada de proteção jurídica oriunda de tratados e convenções internacionais.

Se a ausência ou precariedade da defesa técnica possui o condão de impactar negativamente a situação de um indivíduo que compartilha e entende os valores que estão presentes na cultura jurídica dominante, de matriz ocidental, não há dúvidas que terá efeitos ainda mais negativos para um indivíduo de uma cultura distinta ou com a qual tem pouca familiaridade. Por isto, a presença de defesa técnica e de qualidade é requisito indispensável no âmbito do processo penal e, para os casos envolvendo indígenas, não poderia ser diferente.

É possível notar que em muitos processos o interrogatório do acusado segue as linhas gerais norteadoras do direito positivado, não observando às particularidades da fala, do modo de se comunicar, muitas vezes sendo a retórica jurídica o grande impasse para a busca da real verdade dos fatos. [...] Além disso, vigora no sistema jurídico geral, e no criminal especialmente, uma linguagem técnica que dificulta o entendimento por parte dos indígenas. Tal linguagem, utilizada tanto em sede de investigação criminal quanto durante a ação penal, torna-se, à medida que dificulta o entendimento do interlocutor, um instrumento segregador dentro da Justiça (MENDES, 2020; p. 193).

A falta de auxílio jurídico (e, por conseguinte, de um verdadeiro entendimento da situação) e de condições financeiras para se deslocar até a sede do juízo também são apontadas por como razões para muitos desfechos indesejados no curso do processo penal, como por exemplo, acusações de desobediência ou motivo para condução coercitiva (MELO; MATOS, 2017; p. 145). Os mesmos autores ainda apontam que, em muitos, os procuradores da FUNAI, mesmo citados, não comparecem às audiências, em razão da demanda de trabalho (idem, 2017; p. 145). No entanto, aqui cabe o importante esclarecimento de que

o papel [da Funai] não é o de representação, mas de articulação e condução da política indigenista. Isso significa que os indígenas devem ser representados por eles próprios, com o possível assessoramento da Defensoria Pública ou de outra entidade, mas quer dizer também que a Funai deve participar do processo, a fim de promover esses direitos. Da mesma forma, deve-se reconhecer que, enquanto essa possibilidade de participação estiver prejudicada – por dificuldades da comunidade ou de estruturação da Defensoria –, a Funai, via Procuradoria-Geral Federal, deve assegurar essa representação, sob pena de a conquista existente no art. 232 ser utilizada em desfavor dos próprios índios. Já o MPF deve ser mais um órgão responsável pela defesa dos direitos indígenas, o que não significa pleno alinhamento com os interesses da comunidade, mas que o papel da instituição é promover a máxima efetividade das normas constitucionais nessa temática (ARAÚJO JUNIOR, 2018; p. 226).

No que concerne ao comprometimento da fase inquisitorial, a autora ressalta que, na maior parte dos casos, as provas são insuficientes⁵⁷ e baseadas em testemunhas cuja relação com o caso não é direta. Ademais, há muitos casos em que os exames de corpo e de delito, por exemplo, são realizados, mas não são juntados aos autos. Em outros casos, os laudos elaborados são insuficientes, posto que ignoram a realidade cultural dos réus e isto ocorre, por exemplo, nos casos que demandariam a elaboração de laudo antropológico, instrumento capaz que facilitar o diálogo intercultural e, com isso, adequar a melhor solução para o litígio.

Em alguns processos é possível identificar a necessidade de laudo antropológico, pois, havendo no crime motivações com base em conflitos de dentro da comunidade, rixas internas entre lideranças, ou mesmo questões a respeito da comunidade, da cultura e do modo de vida diferenciado entre etnias que convivem sob um mesmo território, é obrigatória a interferência de um antropólogo, ato dificilmente reconhecido no processo (MENDES, 2020; p. 196).

Denúncias embasadas em fatos abstratos, escassas em relação às circunstâncias e sem a devida identificação do acusado, situações que, de acordo o direito penal de cunho garantista ensejariam sua rejeição pelo órgão judiciário, são recorrentes em casos envolvendo indivíduos indígenas, o que tem repercussões diretas no exercício do contraditório e ampla defesa. Aponta, ainda, os casos em que os indígenas desconhem os elementos do delito tipificado em lei (erro de tipo), como por exemplo, nos crimes de tráfico internacional de drogas, em relação à indígenas que habitam regiões de fronteira, situação que deveria ser melhor analisada, para fins de comprovação da culpabilidade ou de sua exclusão, abrindo-se, assim, a possibilidade de absolvição do acusado:

[...] nos processos criminais, em especial nos crimes de tráfico de drogas internacional, por vezes o acusado desconhece a tipificação, pois, por morar em cidades muito perto da fronteira do Paraguai, por exemplo, desconhecem o fato de que ao atravessar uma rua sequer, já está em território estrangeiro. A travessia ocorre, na maioria das vezes, em veículos como bicicletas ou motocicletas. É durante o interrogatório, quando contestado, que o indígena tem o conhecimento de que sua conduta se encaixa numa causa de aumento de pena (MENDES, 2020; p. 205).

A autora aponta a questão do etnocentrismo das decisões judiciais, tema que abordaremos no próximo tópico, a partir do apontamento de algumas decisões judiciais e de

⁵⁷ Felipe Pereira Jucá (2020), ao relatar alguns dos casos em que atuou como advogado de indígenas no município de São Gabriel da Cachoeira traz situações nas quais, ao final, o acusado foi inocentado, exatamente pela ausência ou insuficiência probatória.

cálculos equivocados na dosimetria da pena, consistindo na fixação da pena base no máximo legal na primeira fase e sem a devida motivação. Em seguida, na análise das circunstâncias judiciais, geralmente se desconsidera a boa conduta do acusado e, na terceira fase, costumam-se pesar apenas as agravantes, não se reconhecendo “as atenuantes, sobretudo as de confissões” (MENDES, 2020; p. 209).

Poucos são os casos que consideram os dispositivos normativos vigentes e que poderiam ser utilizado para fins de uma execução penal adequada. Ademais, não se dá o devido tratamento para questões psicológicas e de manutenção da comunicação entre o acusado e seu núcleo familiar. Felipe Pereira Jucá relata um caso de indígenas que tentaram o suicídio na prisão, um deles sem conhecimento da língua portuguesa. Há situações que também dificultam o contato com o núcleo familiar, especialmente, quando o estabelecimento prisional é distante⁵⁸. Aqui, é importante lembrar que há, desde o Estatuto do Índio⁵⁹, dispositivos que determinam que eventuais penas privativas de liberdade sejam cumpridas no local do órgão de assistência indígena, mais próximo de sua habitação ou mesmo, preferencialmente, em regime de semiliberdade. Além de, é claro, abrir a possibilidade de um diálogo intercultural ao possibilitar que o direito de transferir ao próprio povo indígena, o que, por sua vez, exige a devida identificação e análise antropológica⁶⁰, o estabelecimento das sanções cabíveis e os meios para o seu cumprimento, sob o limite do respeito às normas de direitos humanos (vedação de práticas desumanas e cruéis e da pena de morte).

Ainda, em relação ao Judiciário destaca-se a controvérsia que engloba a competência para o julgamento de questões que envolvam indígenas, principalmente, no âmbito penal. Havia a defesa de que, não só processos que envolvessem questões territoriais

⁵⁸ Evelyne dos Santos Melo e Givaldo Mauro de Matos, trazem os seguintes relatos, oriundos de entrevistas que realizaram e que ilustram a situação fática dos indígenas presos no Mato Grosso do Sul: “A detenção implica em ‘perder a família’, o que é um grave problema para povos em que a instituição da família é a grande articuladora das funções sociais e liga-se sobremaneira a própria noção de pessoa. Podemos entrever a dramaticidade da situação nas seguintes falas: “*Não, não vem não. Não vem, não vem a minha família, não veio nenhuma vez aqui... Eu preciso sabonete, preciso sabão pra lavar roupa.*” [índio kaiowá, detento da Cadeia Pública de Caarapó, fita n.03, p.4]. E, ainda: “*Eu senti mais que a gente fica longe da família, fica perdido aí, não sei como é que tá lá fora. Minha preocupação é somente só isso aí, fica trancado aí, sem fazer nada, todo o dia fica aí na cela né, trancado que nem a mesma coisa: vocês fecham o galo sozinho aí (...), é isso aí que eu me preocupo muito*” (índio kaiowá, detento da Cadeia Pública de Caarapó, fita n.03, p.11]” (MELO; MATOS; 2017; p. 146).

⁵⁹ Parágrafo único do artigo 56 e artigo 57, ambos da Lei nº. 6.001 de 19/12/1973. Ademais, a própria Convenção 169 da OIT e da qual o Brasil é signatário, traz, como já abordado, dispositivos nesse sentido.

⁶⁰ Aponta-se que, em um cenário efetivamente garantista, seria necessário, inclusive, uma análise psicossocial dos casos. Isto porque, como já pontuado, muitos dos crimes cometidos decorrem de uma situação de vulnerabilidade social, ligada ao efeito de drogas e álcool, pressão territorial externa, conflitos agrários, condições precárias de vida, falta de oportunidades entre outros. Sem tal análise reproduz-se, apenas a faceta repressiva do direito penal e, com isso, a permanência do problema, cuja origem é estrutural.

(demarcação de terras), mas qualquer caso no âmbito judicial, inclusive na esfera penal, deveria atrair a competência da Justiça Federal, em razão da previsão constitucional disposta no artigo 109, XI, que atribui aos juízes federal o julgamento de disputas sobre direitos indígenas, anote-se, sem atribuir qualquer tipo de qualificação especial. No entanto, em razão do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado em 1995, por meio da Súmula 140, estabeleceu-se posicionamento diverso, no sentido de que “*competete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima*”, de modo que, apenas nos casos que envolverem crimes (ou questões cíveis, previdenciárias...) de competência federal ou conflitos de natureza coletiva é que as demandas envolvendo o indígenas ou povos indígenas serão processadas nesta esfera⁶¹.

Não encontramos uma pesquisa recente que indicasse os tipos penais relacionados ao processo penal que ensejou o encarceramento indígena. Contudo, no que diz respeito ao Mato Grosso do Sul, em pesquisa realizada em 2008⁶², apontou-se o seguinte:

[...] quando feito o levantamento percentual por tipo penal que ensejou a prisão, os números chamam a atenção: 44% presos por crimes contra a vida (homicídio, lesão corporal ou tentativa de homicídio); 27% presos por crimes sexuais (estupro, atentado violento ao pudor, crime sexual majorado por presunção de violência ou por parentesco da vítima); 11% presos por crimes contra a saúde pública (tráfico de drogas, seja na Lei 6.368/76, seja na Lei 11.343/06); e 9% presos por crimes contra o patrimônio (furto ou roubo). Destes, a cada dez, nove encontram-se presos em flagrante ou preventivamente, isto é, sem condenação irreversível, sendo que cerca de quatro quintos dos encarcerados são primários. [...] Mais de três quartos dos crimes acontecem dentro das comunidades em que habitam os encarcerados, sendo que em mais da metade dos casos, pelo menos uma das partes envolvidas (autor ou vítima) encontravam-se embriagados (OLIVEIRA; TENÓRIO, 2020; p. 225).

Feitos, portanto, estes breves apontamentos acerca dos principais problemas que envolvem o tratamento do indígena na esfera penal, serão trazidas algumas decisões judiciais para ilustrar a visão majoritária direcionada pelo Poder Judiciário (considerado o centro de nosso sistema de justiça) à questão. Antes, contudo, resta destacar que o que demanda um olhar

⁶¹ Um dos julgados que contribuíram para a formação do posicionamento, CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº. 4.469-PE (93.0007021-5), possui a seguinte ementa: “**CC. Constitucional. Competência. Crime. Silvícola (vítima). Reserva indígena.** A competência da Justiça Federal está consagrada no art. 109 (Constituição da República). O objeto jurídico é o referencial. Não obstante a tutela da União aos índios, competente é a Justiça Comum do Estado para processar e julgar crimes de homicídio e lesão corporal, ocorridos em área de reserva indígena, ainda que a vítima seja índio” (Relatoria do Ministro Vicente Cernicchiaro).

⁶² Pesquisa: “Situação dos Detentos Indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul”, referida por (OLIVEIRA; TENÓRIO, 2020; p. 225).

específico à pessoa indígena, nesse contexto, são as garantias e direitos decorrentes do reconhecimento de sua existência enquanto coletividade, enquanto pertencente a um povo, a um tipo próprio de cultura, organização social e modo de ser e estar no mundo. Decorre, ainda, de uma necessária reflexão acerca do modo como a cultura e modo de vida dominante (branco, paternalista e ocidentalizante) pode e deve se relacionar com outras cosmovisões; da abertura e da valorização do reconhecimento do outro e da possibilidade de um diálogo intercultural.

Não se trata de efetivar privilégios ou de compactuar com a impunidade, trata-se de buscar formas institucionalmente não violentas para resolver os conflitos que são inerentes a uma sociedade plural e que não precisam, necessariamente, estar sob o “guarda-chuva” do direito penal estatal para serem resolvidos. E isto torna-se imperioso ao evidenciar-se que

[...] no campo do direito penal e processual penal, enquanto a tradução cultural vem sendo ignorada, a criminalização de práticas indígenas vem sendo discutida a todo vapor, como demonstra o avanço do projeto que prevê a criminalização de práticas tradicionais que ensejariam o infanticídio⁶³ (ARAUJO JUNIOR, 2018; p. 208-209).

3.2 O olhar do Judiciário para a pessoa indígena em casos criminais: aspectos gerais e exemplos da jurisprudência

Alguns dos principais problemas relacionados ao tratamento conferido pelo Poder Judiciário nos processos criminais que envolvem pessoas indígenas já foram antecipados no tópico anterior. Do mesmo modo, já tecemos algumas considerações acerca dos problemas decorrentes da ausência da devida identificação do indígena (a qual, conforme já abordamos, deve ser feito por meio da autoidentificação) quando inserido no sistema penal, uma vez que, além de um direito legalmente reconhecido, ela funciona como uma porta de acesso a outros direitos e garantias próprios e essenciais para os indivíduos pertencentes a esses povos.

No âmbito do Poder Judiciário, a problemática persiste e se reveste de mais uma faceta discriminatória. Ao discutir a identidade indígena e o modo como o Judiciário a entende, Daize Fernanda Wagner⁶⁴ aponta existir uma divergência substancial entre as posturas adotadas

⁶³ O autor refere-se ao Projeto de Lei 1.057/2007, conhecido como “Lei Muwaji” e que abarca o “combate a práticas tradicionais nocivas e a proteção dos direitos fundamentais das crianças indígenas”. O principal conflito, no caso, diz respeito à criminalização como homicídio/infanticídio de práticas que fazem parte da cultura e tradição de determinados povos indígenas, como, por exemplo, o sacrifício de crianças com deficiência.

⁶⁴ WAGNER, 2018; p. 124.

nos julgados penais, seja em relação ao ordenamento jurídico vigente, seja em relação às discussões acerca da temática nas Ciências Sociais. O Judiciário, neste ponto, ainda insiste em embasar suas decisões em posicionamentos colonialistas. Conforme aponta a autora,

as identidades coletivas distintas trazem consigo direitos diferenciados. [...] O reconhecimento constitucional é imprescindível, até mesmo porque abre a possibilidade de luta por direitos perante o Judiciário. Todavia, é insuficiente quando se observa que o próprio Judiciário, mesmo que em parte, não reconhece a amplitude dos direitos dos indígenas em todas as suas consequências, demandando, então, uma mudança de atitudes deste em relação aos “portadores” dessa identidade distinta, que é a identidade indígena (WAGNER, 2018; p. 124-125).

Em razão da centralidade do reconhecimento da identidade indígena para o devido tratamento destes por parte dos órgãos estatais e, em especial, no âmbito do sistema de justiça, faz-se necessário ter clareza acerca do que ela compreende e, com esta finalidade, trazemos as explicações fornecidas pela mesma autora, no sentido de que a identidade indígena deve ser

[...] compreendida como a autoidentificação do sujeito indígena, decorrente do laço de pertencimento que o liga ao seu grupo étnico e, concomitantemente, o reconhecimento pelo grupo de que essa pessoa é um dos seus. Esse laço pode ser identificado externamente, mas decorre primariamente da autoatribuição e costuma estar fundado num sentimento de origem comum partilhado pelo grupo, que o distingue dos demais. Aos indígenas, em razão dessa identidade étnica partilhada entre si e distinta da sociedade envolvente, são assegurados direitos próprios, também em razão de constituírem uma minoria (WAGNER, 2018; p. 124-125).

Da definição acima elencada, a qual, anota-se, está em consonância com os instrumentos normativos que versam sobre o tema, verifica-se que a questão da identidade indígena está vinculada a elementos antropológicos, que demandam o reconhecimento do valor do debate interdisciplinar. No entanto, quando nos voltamos para as decisões judiciais, verificamos que a questão é tratada de forma simplista, mediante um juízo de valor equivocado (posto que já superado em nosso ordenamento jurídico), que se baseia no critério do “nível de integração do indígena à sociedade nacional”.

Lembre-se que, o critério dos “níveis de integração à sociedade nacional” estão presentes no Estatuto do Índio de 1973⁶⁵, o qual definia para o Estado brasileiro uma “missão civilizatória” destes povos, por meio da sua “integração progressiva e harmoniosa à comunhão nacional⁶⁶”. No entanto, não há como defender a continuidade no uso de tal critério após a

⁶⁵ E também na Convenção 107 da OIT, substituída pela Convenção 169 da OIT.

⁶⁶ Artigo 1º da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

promulgação da Constituição de 1988 e dos avanços pertinentes à matéria no âmbito dos direitos humanos, os quais têm reflexos diretos no plano jurídico nacional. Desta maneira, muitos dispositivos do referido Estatuto, mesmo que não de forma expressa, foram revogados por sua incompatibilidade ao texto constitucional e à nova postura que ele confere ao Estado brasileiro.

O indígena, através do olhar das decisões judiciais predominantes, é visto sob uma forma caricatural e, até mesmo, folclórica. Por este motivo, a adoção por estes de qualquer elemento da cultura ocidental, sob o olhar - equivocado - da magistratura, torna-se elemento suficiente para definir sua aculturação e, com isso, negar-lhes a identidade indígena e os direitos a ela vinculados.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cujas decisões são amplamente utilizadas como embasamento para as decisões das instâncias inferiores, encontram-se diversos acórdãos no sentido de que “a integração à comunidade nacional” torna o indígena integrado e afasta os direitos específicos:

EMENTA: CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. **ÍNDIO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE.** PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três co-réus, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador. **II. Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização.** III. Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico. IV. Precedentes do STJ e do STF. **V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.** VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido *in casu*. Precedentes. VII. Ordem denegada. (HC 30113/MA, Rel. Ministro GILSON DIPP, 5ª Turma, DJ 16/11/2004 p. 305 – *grifos nossos*)

EMENTA: PENAL - HABEAS CORPUS - LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – **PACIENTE QUE É ÍNDIO JÁ INTEGRADO À SOCIEDADE - POSSUI TÍTULO DE ELEITOR - INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO - IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME DE SEMILIBERDADE - ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM QUE FOI ACENTUADA A CENSURABILIDADE DA CONDUTA - REGIME INICIALMENTE FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO - ORDEM DENEGADA.** 1. O Estatuto do Índio só é aplicável ao indígena que ainda não se encontra integrado à comunhão e cultura nacional. 2. O indígena que está em pleno gozo de seus direitos civis, inclusive possuindo título de eleitor, está devidamente integrado à sociedade brasileira, logo, está sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil. 3. O regime de semiliberdade não é aplicável ao indígena integrado à cultura brasileira. 4. O estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena deve observar não só o quantitativo da pena, porém a análise de todas as circunstâncias judiciais, considerada, ainda, eventual reincidência. 5. Se foi feito contra a conduta do réu rigorosa censurabilidade, justificado está o regime inicialmente fechado, necessário para reprovação do crime e ressocialização do apenado. 6. Ordem denegada. (HC 88853/MS, Rel. Ministra Desembargadora Convocada JANE SILVA, 5ª Turma, DJ 11/02/2008, p. 1 – *grifos nossos*)

Nos casos acima elencados, visualiza-se que, para os julgadores, podem ser considerados como elementos que comprovam, *a priori*, a integração do indígena à sociedade nacional, situações como: (i) possuir documentos (identidade, título de eleitor e outros), (ii) falar a língua portuguesa, (iii) possuir “certo grau de escolaridade” e (iv) ter “habilidade para conduzir motocicleta”. Nesse sentido, o indígena seria apenas aquele que se apresentasse e comportasse segundo o ideal abstrato de bases coloniais. Os nobres julgadores ignoram que, em nenhum momento, a legislação vinculou a identidade indígena à renúncia dos demais direitos civis e políticos, garantidos a todos em território nacional. É claro que existem povos indígenas que, devido ao completo isolamento, não possuem qualquer tipo de relação direta com a sociedade nacional, contudo, não há como se definir, especialmente por meio de decisões judiciais, que apenas esses sejam destinatários das normas, como se existissem “indígenas que são mais indígenas que outros”. Não há qualquer tipo de lógica nesses argumentos, especialmente quando consideramos que, em razão da pressão territorial da sociedade nacional em direção às terras indígenas, a maior parte dessas comunidades está sempre muito próxima aos brancos.

A diversidade de costumes, tradições, modos de vida e realidades fáticas são inerentes à realidade dos povos de indígenas e, por conseguinte, não podem ser desconsideradas

de forma tão superficial, especialmente, por uma Corte de relevo e cujas decisões, mesmo que não sejam vinculantes, repercutem nas instâncias inferiores, como já apontado, sendo consideradas como “razão para decidir”, como ilustram os seguinte excertos retirados do Agravo de Execução Penal nº. 5000407-12.2019.4.04.7208/SC⁶⁷, da 8ª Turma do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual negou o agravo e manteve o indeferimento referente ao pedido de cumprimento da pena de pessoa indígena em regime de semiliberdade:

[...] Sobre a fixação do regime especial de semiliberdade previsto no art. 56, par. único, da Lei nº 6.001/73, argumenta o recorrente que a norma deve ser aplicada independentemente do grau de integração do índio, uma vez que este critério não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tampouco pela Convenção 169 da OIT. Cita, ainda, estado de saúde agravado e necessidade de medicamentos de uso contínuo. Passo, assim, a analisar a viabilidade.

O Estatuto do Índio foi editado com o propósito de preservar a cultura dos indígenas, os seus direitos e viabilizar a integração à comunhão nacional, sem violar os hábitos e tradições, como dispõe o art. 1º. A fim de alcançar este objetivo, criou-se um regime jurídico especial, que se aplica tanto às relações civis quanto na seara penal.

A essência da proteção especial, consequentemente, leva à inevitável conclusão de que os índios totalmente integrados à sociedade civil não se beneficiam do tratamento diferenciado - que compreende, por exemplo, o regime de semiliberdade previsto no art. 56. Tanto é assim que a própria Lei nº 6.001/73 restringe expressamente algumas normas protetivas aos indígenas não integrados: [...]

Ou seja, interpretando-se sistematicamente tais dispositivos⁶⁸, depreende-se que o regime especial de semiliberdade previsto no art. 56, parágrafo único, é inaplicável ao indígena totalmente integrado à sociedade e aos costumes da civilização, como, inclusive, orienta a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. *REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. LEI N. 6.001/1973 (ESTATUTO DO ÍNDIO). INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. IMPOSSIBILIDADE.* 1. A pretendida aplicação da atenuante de que cuida o art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/1973 somente tem incidência ao indígena não integrado socialmente, não assim àquele já incorporado à comunhão nacional e no pleno exercício dos seus direitos civis, ainda que conserve usos, costumes e tradições características de sua cultura. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC 79.210/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017) – grifo no original

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. [...] CUMPRIMENTO DA PENA EM ÓRGÃO FEDERAL DE ASSISTÊNCIA AO ÍNDIO.

⁶⁷ Agravo de Execução Penal no. 5000407-12.2019.4.04.7208/SC, Rel. Desembargador Federal João Pedro Genbran Neto, 8ª Turma, DE de 26/04/2019.

⁶⁸ Aqui, o julgador refere-se aos artigos 4º, 7º, 8º, 15º e 56 do Estatuto do Índio.

IMPOSSIBILIDADE. ÍNDIOS INTEGRADOS. INEVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. [...] 4. *A aplicação do parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio) é limitada aos indígenas em fase de aculturação.* 5. *Evidenciado, conforme os documentos acostados aos autos, que os pacientes estão integrados à sociedade, não há falar na concessão do regime especial de semiliberdade.* 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 263.987/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014) - grifo no original

Disso não decorre ofensa à Constituição Federal, tampouco desrespeito ao art. 10 da Convenção nº 169 da OIT, que tem o seguinte teor: 1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Na verdade, além de o conteúdo da norma supralegal ser genérico, a restrição à semiliberdade atenta justamente para as características individuais de cada membro de comunidade indígena, garantindo a fixação do regime àqueles que, por não estarem totalmente integrados à comunhão nacional, efetivamente necessitam da tutela especial. Ademais, o dispositivo traz comando preferencial, isto é, não torna obrigatória a aplicação de medida diversa do encarceramento, que dependerá de outros critérios legais, como o grau de integração do indígena.

Superada esta questão, noto que a integração do recorrente é inquestionável, tanto que exerce direitos civis como os demais cidadãos. Consta da sentença que DANIEL está integrado à chamada comunhão nacional, havendo sido instruído na cultura comum até a 4ª série do ensino fundamental (ev. 49, doc3). Já trabalhou fora da aldeia. Possui título de eleitor. Nada indica ou aponta para eventual dificuldade de compreensão das leis do país, mormente aquelas de conhecimento vulgar, como a que proíbe o roubo e/ou o uso desautorizado de força/ameaça contra outros cidadãos. Nessa perspectiva, embora por outros fundamentos, deve ser mantida a decisão que indeferiu a concessão do regime previsto no art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/73 (grifos nossos).

A referida decisão foi proferida quase 31 anos após a Constituição Federal de 1988. No entanto, como pode-se observar, ela reproduz a mentalidade assimilacionista que o atual texto nitidamente buscou combater. O julgador preocupa-se em demonstrar que realizou a interpretação sistemática dos dispositivos do Estatuto do Índio, contudo, olvida-se de realizar o passo de exegese mais importante, qual seja, o de verificar a compatibilidade dos referidos dispositivos com o texto constitucional e com a legislação supralegal e, a partir disso, conferir efetividade jurídica ao que é compatível e afastar o que não for. E isto, acredita-se, também é resultado dos reiterados posicionamentos dos tribunais superiores, posto que permitem uma “solução rápida” para uma questão complexa, através da construção de uma pseudo argumentação, que apenas satisfaz a lógica da decisão colonialista que se pretende impor.

No caso abaixo, o Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer que a simples condição de indígena já é suficiente para aplicação do regime de semiliberdade trazido pelo Estatuto do Índio, e com isso, em um primeiro momento, superar a discussão “integrado e não integrado” para este fim, ainda não é capaz de transpor os critérios utilizados para auferição da integração do indígena para fins de confecção do laudo antropológico.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. **É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção.** Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. **Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena.** Ordem concedida, em parte. (HC 85198, Rel. Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJe 09/12/2005 – grifos nossos).

No julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Roraima, referente à Apelação Criminal nº 0007042-98.2016.8.23.0010⁶⁹, na qual o réu se insurgia contra a condenação ocorrida em primeiro grau, alegando “*bis in idem*”, uma vez que a comunidade indígena a que pertence já o havia penalizado pela prática ilícita, por meio de métodos próprios de solução de conflitos, o que, em sua argumentação, afastaria nova punição por meio da justiça estatal.

Na decisão, é trazido posicionamento do Ministério Público que, mesmo postulando seu desprovimento no mérito, ressaltou que:

[...] que o Juiz, durante a instrução criminal, tendo conhecimento de que o réu, indígena, foi anteriormente punido com base nos costumes de sua tribo, deve sopesar esta informação e o preenchimento de outros requisitos na hora de proferir a sentença condenatória/absolutória, com o objetivo de se evitar uma injustiça.

Ao negar provimento ao recurso, o desembargador acolheu a justificativa contida na sentença⁷⁰ de primeiro grau, no sentido de que, não havia elementos que comprovassem a

⁶⁹ TJRR (ACr 0007042-98.2016.8.23.0010, Câmara Criminal, Rel. Des. LEONARDO CUPELLO, julgado em 03/03/2021, DJe: 04/03/2021)

⁷⁰ Cujo trecho destacado no acórdão é o seguinte: “(...) Inicialmente, indefiro o pedido da defesa de extinção da punibilidade do réu, porque não ficou claro durante a instrução se de fato houve ou não a pena imposta pelo

efetiva ocorrência da punição pela comunidade indígena e, por isso, seria plenamente cabível a punição imposta. Ademais, com vistas a embasar o posicionamento, elenca decisão semelhante proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

[....] Dessa forma, inexistindo comprovação e especificação dos termos de eventual punição pela comunidade indígena, não há como acolher a argumentação. Conforme julgado:

APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS. PROVA. SUFICIÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Prova suficiente para a manutenção do juízo condenatório. Palavra da vítima amparada pelo relato de testemunha presencial e amparada pelo exame de corpo de delito e demais elementos de prova. Embriaguez que, em sendo fortuita e incompleta, não exclui o dolo e tampouco a culpabilidade. Inexistindo comprovação cabal de que tenha de fato ocorrido o julgamento, condenação e punição do réu de acordo com os costumes indígenas, nos termos do artigo 57 da Lei do índio, não há falar em absolvição por bis in idem. Juízo condenatório confirmado. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70078481249, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 20/02/2019) (TJ-RS - ACR: 70078481249 RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Data de Julgamento: 20/02/2019, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/03/2019).

A possibilidade de se recorrer ao laudo antropológico é afastada pelo relator sob os argumentos elencados nas demais decisões que aqui já foram apresentadas, ou seja, em razão do réu já ser “integrado à a sociedade”. Com isso, a nosso ver, negou-se a possibilidade de comprovar, no caso concreto, se as alegações do réu possuíam fundamento e com isso efetivar o direito de respeito à forma de organização social e costumes dos povos indígenas, o que também engloba a possibilidade de punir eventuais infrações cometidas por seus membros de acordo com seus costumes. O mais interessante talvez seja o fato de o relator não ter afastado de forma direta a possibilidade de reconhecimento da punição realizada pela própria comunidade indígena, como “alternativa” suficiente para “suprir” a punição estatal, em verdade, ele parece até concordar com tal possibilidade. No entanto, ele barra sua efetivação de forma indireta, reproduzindo o discurso dominante e negando acesso ao meio de prova que poderia lhe fornecer um melhor entendimento do arranjo social ao qual o réu estava vinculado: o laudo antropológico.

Tuchaua da comunidade, já que tanto o réu quanto a vítima informaram que trabalharam pelo período de seis meses, mas na verdade poderia ser atividade normal da comunidade e não aplicação de qualquer penalidade, uma vez que a vítima também prestou serviço, o que seria esclarecido com a oitiva do Tuchaua, mas ele não foi ouvido no processo (...). ”

Em outro caso do mesmo Tribunal, o relator também se utilizou do critério da “integração à civilização” para negar ao réu a identidade indígena e com isso afastar a possibilidade de reconhecimento da punição do crime pela própria comunidade. Trata-se do Agravo em Execução Penal n. 9001508-11.2020.8.23.0000, referente à decisão que indeferiu pedido de detração da pena formulado pelo réu sob a alegação de que este já teria “cumprido pena de privação da liberdade na comunidade indígena cerca de 2 anos e 6 meses”, comprovada por meio de declaração firmada pelo “Tuxaua” da localidade.

[...] entendo que a fundamentação constante da decisão recorrida é idônea e suficiente para afastar a concessão desse benefício, máxime porque **o agravante não comprovou que é detentor do tratamento diferenciado assegurado pelos artigos 56 e 57 do Estatuto do Índio, sendo indígena integrado à sociedade, como se infere do que foi carreado ao bojo dos autos da Ação Penal n. 000007450-2009.8.23.0090.**

Aliás, a **douta Procuradora de Justiça** esclarece, na manifestação do EP 12.1, que apresentou parecer pelo desprovimento da apelação criminal, originada da referida ação penal, porque **entende que Braulino de Souza está “completamente integrado à sociedade, pois possui RG nº 3870815-7 SSP/RR, sabe ler e escrever, fala a língua portuguesa, não precisou da presença de intérprete no processo, ou seja, resta evidente que ele está integrado à civilização”.**

Assim, desnecessárias maiores digressões jurídicas a respeito, uma vez que é patente a ausência de previsão legal para detrair da pena esse lapso temporal, razão pela qual concluo pela manutenção da decisão tal como prolatada.

Posto isso, em consonância com o parecer ministerial de segundo grau, voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso de agravo, nos termos da fundamentação acima explicitada. (AgExecPn 9001508-11.2020.8.23.0000, Câmara Criminal TJRR, Rel. Des. JESUS NASCIMENTO, julgado em 18/12/2020, DJe: 05/02/2021 – grifos nossos).

Em que pese a apresentação de apenas alguns julgados, entende-se que eles são representativos do posicionamento predominante do Poder Judiciário brasileiro em relação à temática, que é complexa e, por conseguinte, não compatível com argumentos deveras simplistas. De uma forma ou de outra, os discursos discriminatórios veiculados por tais decisões judiciais, demonstram que a prática assimilacionista segue com força no Estado brasileiro. E isto porque, tais discursos amparam-se na pedra angular dos direitos indígenas, ou seja, no reconhecimento da identidade própria destes indivíduos, enquanto pertencentes a um coletivo. Com a negação desta identidade, como já abordado, fecham-se uma série de portas aos indígenas e perpetuam-se violências histórica e institucionalmente enraizadas. Conforme enfatiza Julio José Araujo Junior,

[...] a identidade não pode ser definida por um terceiro, e sim pelo próprio grupo [...]. A propósito, os índios não perdem sua condição étnica pelo fato de se dirigirem à cidade, falarem português ou usarem vestimentas semelhantes às dos demais integrantes da sociedade envolvente. É a etnicidade que os distingue dos demais grupos, por meio da qual entendem a si mesmos como pertencentes a determinadas origens e tradições (ARAÚJO JUNIOR, 2018; p. 231).

O direito penal, ao contrário daqueles que defendem uma visão estritamente monista do direito, não é incompatível com a abertura ao diálogo com outras culturas jurídicas. Pelo contrário, em uma sociedade plural e que respeita tal pluralidade este diálogo se torna indispensável. Deste modo, em que pese a predominância de um discurso com viés discriminatório e equivocado, existem vozes que insistem em apontar outros caminhos.

Neste contexto é que encontram-se duas decisões proferidas em processos criminais nos quais indígenas figuravam como réus. Em ambos dos casos foi reconhecido o afastamento do direito de punir estatal. O primeiro é conhecido como “Caso Denilson⁷¹”, também do estado de Roraima e foi discutido no artigo de Edson Damas da Silveira e Serguei Aily Franco de Camargo (2017). Os autores apontam que ele representou “certo ineditismo” no ambiente forense, exatamente por ter reconhecido a validade da punição aplicada no âmbito da comunidade indígena. Em suma, o caso versa sobre o crime de homicídio⁷² cometido por Denilson, indígena, em relação ao seu irmão Alanderson, no ano de 2009. Oferecida a denúncia pelo Ministério Público em 2012, os autores relatam que, ao oferecer sua resposta à acusação, a advogado do réu informou que

[...] ele já havia sido julgado e condenado por seu povo, estando atualmente cumprindo a pena imposta segundo suas tradições e cultura. Pela primeira vez no processo judicial apareceu informação sobre os mecanismos de resolução dos conflitos havidos internamente naquela comunidade, restando anexados à defesa do acusado um relatório e ata da decisão das lideranças do Manoá, constando expressamente os procedimentos realizados e discriminação das penas impostas (SILVEIRA; CAMARGO, 2017; p. 22).

O juízo, de início, não entendeu ser cabível a absolvição sumário ou mesmo a incidência que alguma tese de excludente de ilicitude. Concluiu pela necessidade de prosseguimento do feito, com a consequente instrução probatória. Houve atuação da Advocacia Geral da União inicialmente para pleitear a participação na defesa do réu e posteriormente para

⁷¹ Processo Criminal 0090.10.000302-0, da Comarca de Pacaraima/RR.

⁷² [...] Denilson restou imputado o crime de homicídio qualificado e por motivo fútil, ex vi do art. 121, par. 2º, inciso II do Código Penal.

alegar a “incompetência do juízo estadual justamente em decorrência da condenação já imposta a Denilson por seu povo de origem⁷³” (SILVEIRA; CAMARGO, 2017; p. 22). Ao final, o juízo de primeira instância, contrariando todos os pedidos do Ministério Público declarou “[...] ausência *in casu* do direito de punir estatal, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, tudo com fundamento no art. 57 do atual Estatuto do Índio, combinado com o art. 231 da Constituição Federal” (idem; 2017; p. 23).

Em que pese a interposição de recurso de apelação pelo Ministério Público, a representação em segunda instância do órgão juntou parecer de concordância com a sentença proferida em 1º Grau, posicionamento também mantido pelo Relator Desembargador Mauro Campelo⁷⁴. Deste modo, o caso torna-se um exemplo, não só da possibilidade, mas também da possibilidade de efetivação de uma prática jurídica pautada no diálogo intercultural e de que isto não pode ser confundido com impunidade ou privilégio. Para os autores, neste caso, “não se trata de homologar uma decisão comunitária, mas simplesmente de reconhecer a autonomia da jurisdição indígena, integrada ao nosso próprio sistema jurídico, através da interpretação extensiva do art. 231 da constituição Federal” (idem, 2017; p.30).

A segunda decisão foi proferida no âmbito da Justiça Federal do estado do Paraná, na Ação Penal no 5002882-22.2015.4.04.7000, na qual o réu Werá/Wladenei da Silva foi denunciado pela prática de estupro de vulnerável⁷⁵, contra sua enteada. Os autos tramitaram inicialmente na Justiça Estadual, mas posteriormente, com pedido de intervenção da FUNAI para acompanhar a defesa do acusado, determinou-se que tal apreciação fosse realizada pela Justiça Federal. Houve, no caso a realização de laudo antropológico e um evento denominado “Escutas Étnicas” com a finalidade de

[...] conhecer, dentro do que é possível em exercício comparativista, a experiência jurídica guarani, à medida que se pretende identificar e afirmar, em termos teóricos e pragmáticos, a existência de uma cultura jurídica indígena, determinou-se à secretaria a reserva de datas para a realização de “Escuta Étnica” (próximo ao que prevê o art. 481 e segs. do CPC) nas tribos de Guaraqueçaba e de Piraquara para que fossem realizadas as perguntas mencionadas naquela decisão às autoridades indígenas lá existentes e demais

⁷³ Os autores também narram que Denilson foi submetido a um segundo julgamento em 2013, o qual, na oportunidade, contou com “a participação de lideranças de outras regiões e resultando em novas imposições de penalidades” (SILVEIRA; CAMARGO, 2017; p. 23).

⁷⁴ (TJRR, Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, Câmara Única – Turma Criminal, Rel. Desembargador Mauro Campelo, j. 18.12.15).

⁷⁵ Delito previsto no art. 217-A c/c 226, II e art. 71 do Código Penal.

indígenas indicados por eles mesmos como necessários de serem ouvidos (Ação Penal 5002882-22.2015.4.04.7000, JFPR, j. 31/08/2018).

Em sua decisão, o magistrado elaborou uma profunda reflexão acerca das possibilidades vinculadas a um verdadeiro “diálogo multicultural dos direitos humanos”. No entanto, deixa claro que, segundo a sua perspectiva, não há em nosso ordenamento jurídico “alguma forma de autorização ou reconhecimento para a manifestação da ‘jurisdição indígena’”, tal como em alguns países latino-americanos. Ao final, após levantar diversos questionamentos e expor a *ratio* de sua decisão, o magistrado aponta que há uma experiência jurídica guarani, que “não é tão somente um direito de manifestação consuetudinária” e que possui elementos que, em seus próprios termos, é capaz de lidar juridicamente “com eventuais conflitos comunitários”. Demonstra, em seguida, por meio de um exercício de “subsunção cruzada”, a inexistência de previsão na experiência jurídica guarani, do delito imputado ao réu pela jurisdição estatal brasileira, o que pode ser esclarecido por meio do laudo antropológico, o qual destacou a diferente concepção do povo Guarani em relação à “divisão entre infância e a vida adulta”, que não segue o critério etário, mas fisiológico.

[...] Desse modo, entendo que a conduta imputada ao acusado Werá/Valdenei da Silva, como bem manifestou o ilustre Procurador da República e sua consistente e respeitada atuação no feito, não deve ser vista como algo a ser reprovado pela cultura dominante. Trata-se de conduta é atípica, naqueles termos de uma “atipicidade cruzada ou étnica”, pois não preenche a previsão hipotética da figura similar do “estupro” de vulnerável conforme a experiência jurídica guarani, cumprindo neste momento, desde logo, a absolvição sumária do acusado (Ação Penal 5002882-22.2015.4.04.7000, JFPR, j. 31/08/2018).

Por fim, a título de apontamento, algumas críticas em relação ao modo como o Poder Judiciário trata da questão penal indígena, diz respeito ao tratamento da prova. Como é sabido, a prova documental possui grande peso perante o direito estatal, contudo, para os povos indígenas o que prevalece é a oralidade e não considerar esta realidade apenas contribui para a utilização do direito penal como instrumento meramente punitivo e coercitivo e que não possibilita a efetivação do devido processo legal e da ampla defesa. Também, especialmente nos casos dos estudos consultados sobre a penalização dos indígenas no Mato Grosso do Sul⁷⁶, foi destacada a eventual necessidade de desaforamento em casos do Tribunal do Juri, em razão de conflitos sociais e territoriais entre indígenas e não indígenas, o que demanda atuação do

⁷⁶ Aqui, faz-se referência especial ao trabalho: MENDES, Karla; ALMEIDA, Marco Antonio Delfino de Almeida. Super-representação dos Kaiowá e Guarani no sistema penitenciário: um pedaço da Austrália em Mato Grosso do Sul. In. **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 158-214.

Judiciário, no sentido de promover os que for necessário para evitar um julgamento condicionado.

4. A RESOLUÇÃO 287/2019 DO CNJ: CAMINHO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS INDÍGENAS NA ESFERA PENAL?

Abordou-se até aqui o arranjo normativo de interesse aos direitos indígenas, suas principais características e, também, as dificuldades enfrentadas pela pessoa indígena, quando processada na esfera penal, as quais, por sua vez, têm relação direta com a falta de observação (ou, em alguns casos, da má interpretação) de tal arranjo normativo e, com isso, da proteção jurídica por ele conferida.

Especial atenção foi dada ao olhar lançado ao indígena pelo Poder Judiciário, em razão das importantes funções por ele desempenhadas, no sentido de promoção da justiça, proteção de direitos e resolução de conflitos. Por conseguinte, em tese, deveria este órgão ter um papel central para a afirmação dos direitos conquistados pelos povos indígenas, funcionando, assim, como mais uma instância efetivadora desses direitos. No entanto, como pudemos verificar, a realidade constatada, a partir dos posicionamentos predominantes nas decisões judiciais, demonstra que tal trabalho é, em grande parte, obstado por uma visão conservadora, retrógrada e limitadora no que se refere à própria identidade indígena, elemento essencial para o reconhecimento de direitos. Vislumbra-se uma prática judiciária que ignora direitos constitucional e internacionalmente reconhecidos ou, mesmo quando os reconhece, o faz por meio de um entendimento distorcido.

Este é o contexto no qual nasce a Resolução 287/2019, do Conselho Nacional de Justiça, a qual, acredita-se, tem como objetivo central fornecer um guia orientador para uma prática judiciária mais próxima dos valores e direitos reconhecidos aos indígenas pelo Estado brasileiro.

4.1 Breves apontamentos sobre o papel do CNJ na orientação e efetivação da prestação jurisdicional brasileira

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ foi criado no ano de 2004, no movimento da “reforma do judiciário”, no âmbito da Emenda Constitucional nº. 45/2004. Foi instalado em 14 de junho de 2005 e a sua estrutura organizacional é disciplinada pelo artigo 103-B da Constituição Federal de 1988. Suas funções e objetivos são detalhados nos incisos do parágrafo 4º do referido artigo, o qual dispõe que ao órgão competirá o “*controle da atuação*

administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”. Nesse sentido,

O CNJ tem caráter regulador da atividade administrativa e censora do Judiciário Nacional. Destaca-se que sua função é necessária, pois vivia-se em um Estado onde não havia no Poder Judiciário um órgão ativo de regulação, apesar de se saber da existência de formas de controle constitucional, em especial a denominada fórmula de “freios e contrapesos” (KRÜGER; FREITAS, 2021; p.3).

No site do CNJ, o órgão aborda sua missão institucional de transparência e controle, dividindo-a em cinco eixos: na política judiciária, na gestão, na prestação de serviços ao cidadão, na moralidade e na eficiência dos serviços judiciais⁷⁷. É integrado por 15 membros, com mandato por tempo determinado (2 anos, com permissão de uma recondução) e que são oriundos dos Tribunais Superiores, das Justiças Federal, Estadual e Trabalhista, bem como do Ministério Público, da advocacia e cidadãos notáveis e de reputação ilibada.

Para além da função de controle do judiciário, desde sua criação, o CNJ tem funcionado como um verdadeiro indutor de políticas e comportamentos. Ele foi o responsável, por exemplo, pela difusão dos meios alternativos de solução de conflitos, de novos procedimentos em relação às audiências de custódia (no âmbito do Programa “Fazendo Justiça”) e, no que interessa especialmente a este trabalho, da instituição de diretrizes para o tratamento da pessoa indígena na esfera penal, por meio da Resolução n°. 287/2019⁷⁸.

No primeiro caso, temos a Resolução n°. 125/2010, que instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos e que funcionou como uma abertura formal, especialmente, para a prática da conciliação e da mediação em litígios judicializados, sendo

⁷⁷ “O que CNJ faz? Transparência e controle:

- Na Política Judiciária: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações.
- Na Gestão: definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário.
- Na Prestação de Serviços ao Cidadão: receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado.
- Na Moralidade: julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas.
- Na Eficiência dos Serviços Judiciais: realizar, fomentar e disseminar melhores práticas que visem à modernização e à celeridade dos serviços dos órgãos do Judiciário. Com base no relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País, formular e executar políticas judiciárias, programas e projetos que visam à eficiência da justiça brasileira”. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/> (Acesso em 08/10/2021).

⁷⁸ Estes são apenas alguns exemplos. Outros programas e ações estão disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça.

seguida de instrumentos normativos posteriores, que consolidaram as práticas: Código de Processo Civil de 2015, a Lei nº. 13.129/2015, que trouxe alterações para a Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.037/1996) e a Lei de Mediação (Lei nº. 13.140/2015).

Em razão, principalmente da Resolução nº. 125/2010 houve uma necessidade de criação, por parte de todos os tribunais do país, de uma estrutura própria, para o acolhimento dos serviços em centros e núcleos especializados, com objetivo de tornar a prática da busca por soluções consensuais de conflitos uma realidade em todo o país. A tentativa de conciliação, salvo casos específicos que, em razão da matéria possam afastar a possibilidade de solução consensual, nesse sentido, deixou de ser uma faculdade dada pelos juízes às partes, tornando-se uma faculdade destas. O chamado “Movimento pela Conciliação”, encabeçado pelo CNJ e iniciado em 2006, ou seja, antes da própria Resolução nº. 125/2010 está hoje institucionalizado na estrutura do judiciário⁷⁹ e pode ser acessado por qualquer interessado. Ademais, houve, não apenas ações para promoção da estrutura física, mas também de formação, seja dos próprios funcionários e magistrados, seja do público externo, com realização de cursos para formação de conciliadores e mediadores⁸⁰.

Outro exemplo, diz respeito ao Programa “Fazendo Justiça”, implementado em 2019, que busca promover o desenvolvimento de 28 ações no judiciário envolvendo “diferentes fases do ciclo penal e do ciclo socioeducativo”. Uma destas ações versa exatamente sobre as audiências de custódia, as quais, inicialmente, foram objeto de atenção do órgão na Resolução nº. 213/2015, elaborada com o objetivo de uniformizar o tratamento conferido à pessoa presa

⁷⁹ É interessante destacar que, as chamadas “Semanas Nacionais de Conciliação”, mutirões anuais que tiveram grande influência na solução de casos que, há tempos tramitavam no judiciário e que sempre funcionaram como “evento propagador” do “Movimento pela Conciliação”, ainda são utilizadas com esta última finalidade, apesar o serviço ser prestado de forma permanente. O CNJ, por meio do monitoramento da estatística específica referente aos casos conciliados, permanece no controle do judiciário, colocando, inclusive, a solução de determinadas matérias por meio da conciliação, como meta a ser atingida por todos os tribunais. Nesse sentido, podemos citar, dentre as “METAS NACIONAIS DE 2021”, a Meta 3, que abrange o estímulo a conciliação e estipula as seguintes metas: “• Justiça Estadual: Aumentar o indicador índice de conciliação do Justiça em Números em 2 pontos percentuais em relação a 2020. • Justiça Federal: Fomentar o alcance percentual mínimo de 6% na proporção dos processos conciliados em relação aos distribuídos. • Justiça do Trabalho: Aumentar o índice de conciliação em relação à média do biênio 2018/2019, em 1 ponto percentual. Cláusula de barreira: 40%” (Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIV-ENPJ.pdf>>, acesso em 08/10/2021). Ademais, podemos citar outras ferramentas que também são utilizadas nesse sentido: o “Prêmio Conciliar é legal”, que busca premiar ações inovadoras no âmbito da conciliação em todo o país e os Encontros nacionais para debates sobre a temática.

⁸⁰ Nota-se que aqui, não se objetiva realizar um juízo de valor acerca da qualidade e efetividade de tais ações. Ainda existem problemas de falta de estrutura, de falta de pessoal, da ausência de remuneração aos conciliadores e mediadores voluntários e mesmo em relação às limitações para a efetividade da conciliação, especialmente, quando em conflitos com o poder público entre outros, contudo, mesmo em face de tais problemas, resta evidente o papel do órgão no incentivo de uma nova cultura no judiciário.

em flagrantes, em todo o território nacional, funcionando como uma espécie de “guia” para atuação dos magistrados, especialmente para que este venha “atuar com mais segurança e discricionariedade para resguardar direitos e aferir a legalidade estrita do ato de prisão”⁸¹. De acordo com o folder institucional,

A ação objetiva fortalecer as audiências de custódia como mecanismo capaz de racionalizar a porta de entrada do sistema prisional nas 27 unidades federativas, conforme parâmetros nacionais e internacionais e à luz da Resolução CNJ nº 213/2015 e das recentes mudanças no Código de Processo Penal. A partir de parceria com o PNUD e com o UNODC, o CNJ fomenta a legalidade das prisões, a proporcionalidade nas respostas penais e a inclusão social, visando a redução da superpopulação e superlotação carcerária⁸².

Nota-se que, apesar da instituição das audiências de custódia ter ocorrido em 2015, com a Resolução, apenas a partir de 2019, com a implementação do Programa Fazendo Justiça, esta e outras ações passaram a ser objeto de uma atenção maior para fins de efetivação. A partir de então, além de uma preocupação com a audiência de custódia em si, têm sido desenvolvidas ações e projetos para Atendimento à Pessoa Custodiada (Apec), realizado por equipe multidisciplinar, em várias capitais do país⁸³ e que consiste no levantamento de uma série de informações de cunho pessoal, familiar, trabalhista, para subsidiar a decisão dos magistrados quanto à manutenção da prisão em flagrante ou à adoção de medidas alternativas⁸⁴.

É oportuno pontuar que, apesar de existir por parte do Estado brasileiro, o comprometimento para tornar efetivo o direito à audiência de custódia, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, desde a década de 1990, apenas a partir da movimentação do

⁸¹ Fonte: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-audiencia-de-custodia-conforme-a-resolucao-no-2132015-do-cnj/>> (acesso em 08/10/2021).

⁸² Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Folder-Audi%C3%A2ncia-de-Cust%C3%B3dia.pdf>> (acesso em 08/10/2021).

⁸³ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/atendimento-a-pessoa-custodiada/>> (acesso em 08/10/2021).

⁸⁴ “No atendimento pré-audiência de custódia, uma equipe multidisciplinar – que conta com ao menos um profissional de serviço social e um de psicologia – apresenta à pessoa que foi detida o objetivo do serviço e coleta informações para identificar necessidades imediatas, como de comunicação com a família. Em um segundo momento é feita entrevista em que se levanta dados sobre moradia, documentação, família, trabalho, renda e acesso a benefícios sociais. Com base nessas informações, é elaborado relatório para auxiliar a análise do magistrado quanto à manutenção ou não da prisão em flagrante, apontando, ainda, encaminhamentos quanto a situações de vulnerabilidade identificadas, como uso de drogas, transtorno mental ou ausência de contato com a família. Os relatórios também são compartilhados com a defesa e com o Ministério Público” Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/atendimento-a-pessoa-custodiada/>> (acesso em 08/10/2021).

Supremo Tribunal Federal e do CNJ, é que houve uma maior movimentação dos tribunais para sua efetiva implementação.

As ações que são contempladas pelo Programa Fazendo Justiça, contexto no qual também está inserida da Resolução 287/2019, que será abordada em seguida, podem ser vislumbradas na figura 1.

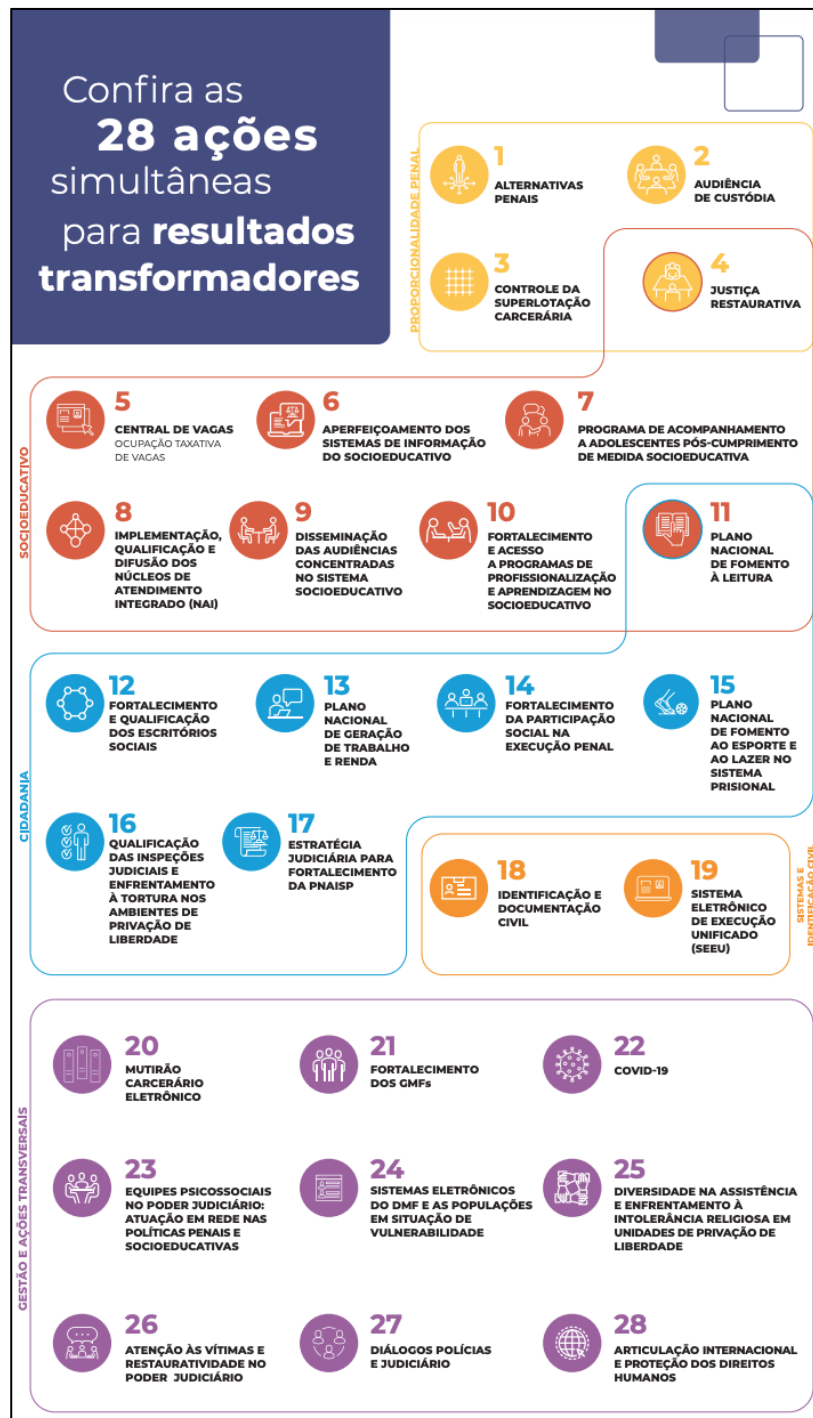


Figura1: Esquema ilustrativo das 28 ações que compõem o Programa “Fazendo Justiça” do CNJ, implementado a partir de 2019. Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/03/folder_fazendojusti%C3%A7a.pdf>, acesso em 09/10/2021.

Em que pesem as críticas que podem (e devem) ser feitas em relação à atuação do Conselho Nacional de Justiça, dentre as quais destacamos aqueles que apontam ações que extrapolam a função e que acabam “interferindo na atividade jurisdicional estrita⁸⁵”, não há como negar que, desde sua criação, ele vem atuando, no sentido de promover e difundir ações, bem como uniformizar a atuação do Poder Judiciário no país, o que, considerando nossas dimensões continentais e diferentes realidades sociais, torna-se, também, uma importante ferramenta para promoção da justiça, com maior efetividade, transparência e, até, segurança jurídica. As críticas, como já apontado, são válidas, contudo, não podemos esquecer que o órgão é composto, em sua maioria, por membros do próprio Poder Judiciário (9 dos 15 membros), de sorte que é difícil pensar que seriam implementadas ações que fossem completamente alheias ou contrárias à própria autonomia necessária à prestação jurisdicional.

Como já apontado, os exemplos acima elencados são apenas alguns, dentre uma série de ações promovidas pelo CNJ desde sua criação em 2005. A verdade é que, algumas ações acabam por repercutir mais que outras, seja no sentido de adesão, seja no sentido de maior incentivo e promoção. Fato é que algumas ações demandam maior tempo para serem consolidadas ou mostrarem resultados que outras. Nesse contexto, portanto, passaremos a tratar da Resolução no. 287/2019, a qual interessa especificamente a este trabalho por abordar a questão do tratamento das pessoas indígenas em casos criminais.

4.2 Os princípios e diretrizes trazidos pela Resolução nº. 287/2019 para atuação dos tribunais e tratamento das pessoas indígenas em casos criminais

A Resolução nº. 287/2019 foi aprovada em 25 de junho de 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça e entrou em vigor em 02/10/2019. Ela reúne, em um único documento, os principais comandos decorrentes do novo paradigma adotado pela Constituição Federal de 1988 em relação aos povos indígenas, bem como dos direitos reconhecidos a estes povos através da Convenção 169 da OIT e em outros documentos internacionais. Ela busca, a nosso ver, chamar a atenção para os direitos que devem ser respeitados pelos agentes estatais, no caso,

⁸⁵ “Após reiteradas ações do Conselho, ao agir de forma jurisdicional, interferindo em processos judiciais, e, em especial, nas ações tomadas por magistrados dentro da atividade jurisdicional, passou-se a viver na magistratura um “concreto terrorismo”. Os jurisdicionados, atualmente, a par de não se valerem dos recursos próprios, buscam no CNJ o “alento” à ausência de direito, muitas vezes fragilizando a ética e a moral da atividade desempenhada pelo juiz do caso concreto. Não fosse apenas isso, o Conselho vem “legislando” positivamente e inovando no sistema com Resoluções, Provimentos e até em Decisões, as quais, muitas vezes, afetam a atividade jurisdicional estrita, que já dispõe de instrumentos processuais hábeis a combater as ilegalidades de interpretação” (KRÜGER; FREITAS, 2021; p.4).

especialmente no âmbito do Poder Judiciário, em casos que envolvam réus indígenas em processos criminais.

No próprio Manual que acompanha a Resolução nº. 287/2019⁸⁶, o órgão traz como justificativa do documento o fato de que, em um contexto de pluralidade étnica e linguística, como o brasileiro, há de se garantir a efetividade do direito ao reconhecimento desta diversidade. E, nesse sentido, admite que

o Código Penal, o Código de Processo Penal e até mesmo o Estatuto do Índio não foram atualizados de modo a incorporar as mudanças paradigmáticas de respeito aos direitos dos povos indígenas trazidas pela Constituição Federal de 1988, deixando diversas lacunas de procedimentos no tratamento jurídico-penal da pessoa indígena que é acusada, ré ou condenada por um crime (CNJ, 2019; p. 7).

Deste modo, a referida Resolução foi resultado da constatação do cenário brevemente descrito no capítulo 3, no sentido de que a prática judicial endereçada às pessoas indígenas criminalmente processadas estava predominantemente desconectada do plano dos direitos e garantias reconhecidos em nosso ordenamento jurídico, posto que, ainda pautada pelo discurso assimilacionista e etnocentrista que, por séculos, perdurou como política do Estado brasileiro. É um ação, também inserida no âmbito do Programa “Justiça Presente” e, nesse sentido, volta-se a racionalização do nosso direito penal, especialmente, no sentido de tornar eficaz a regra da sua utilização excepcional, como *ultima ratio*. Para o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro José Antonio Dias Toffoli, as bases centrais da Resolução nº. 287/2019 estão:

[...] (a) na excepcionalidade extrema do encarceramento indígena, (b) no reconhecimento da possibilidade de responsabilização por meio de medidas não estatais ou não restritivas de liberdade e (c) na previsão de garantias específicas aos indígenas em estabelecimentos penais (CNJ, 2019; p. 8).

Para o CNJ, portanto, a referida Resolução veio cumprir dois papéis em nosso sistema jurídico: alinhar o “tratamento jurídico-penal da pessoa indígena à Constituição Federal de 1988 e aos tratados internacionais de direitos humanos” e, ao mesmo tempo, não permitir que o judiciário se furte de seu papel essencial “na promoção ativa do respeito aos direitos fundamentais” (CNJ, 2019; p. 9). Ela é composta por 18 artigos e o manual que a acompanha, aborda, em 6 diferentes capítulos as orientações necessárias à sua implementação.

⁸⁶ E que foi elaborado em cumprimento ao disposto no art. 17 da própria Resolução 287/2019.

Antes de passarmos às disposições específicas da Resolução, é interessante destacar os princípios que são trazidos pelo manual que a acompanha, apontados como de observância necessária pelos agentes estatais, quando estes venham a se deparar com casos criminais que envolvam pessoas indígenas, são eles: (i) a diversidade dos povos indígenas, (ii) o dever de consulta às comunidades indígenas, (iii) o respeito à língua, aos costumes, às crenças e tradições dos povos indígenas, bem como à organização sociais e às estruturas políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais indígenas, (iv) a importância do direito ao território, (v) o direito de acesso à justiça dos povos indígenas e (vi) a excepcionalidade extrema do encarceramento indígena.

Em relação à **diversidade de povos indígenas** pontua-se que ela se traduz em uma diversidade de etnias, línguas e de situações sociais, o que demanda um olhar específico para cada caso concreto. Nesse sentido,

Em uma mesma comarca, é possível encontrar indígenas pertencentes a diferentes etnias e a diferentes povos e que, portanto, podem encarar de forma diferente aquele ato visto pelo Estado como crime. Por esse motivo, a autoridade judicial deve sempre se orientar pela diversidade dos povos indígenas e entender que **a cada novo caso criminal** envolvendo uma pessoa indígena **não cabe reproduzir automaticamente a resposta dada em uma situação anterior** (CNJ, 2019; p. 16 – grifo no original).

Neste ponto, faz-se uma ponderação necessária em relação à situação social dos povos indígenas, especialmente, no que diz respeito ao seu local de habitação, o qual, nem sempre será o das terras demarcadas, das aldeias, seja pelo fato de que nem todas as terras indígenas estão devidamente demarcadas, seja porque muitas delas encontram-se invadidas ou em disputa, seja porque o indígena que mora em centros urbanos, não pode ser considerado menos indígena que os demais, de modo que, *“nenhuma dessas circunstâncias de moradia pode ser utilizada para a autoridade judicial negar a identidade indígena, já que o critério adotado é a autodeclaração e as categorias de aculturado ou integrado foram banidas pela Constituição de 1988”* (CNJ, 2019; p. 16 – grifo no original).

O **dever de consultar as comunidades indígenas** decorre do fato de que, apenas a própria comunidade indígena pode fornecer as informações necessárias, referentes ao seu modo de organização social e costumes, para avaliação judicial do caso concreto. Não cabe ao magistrado fazer um juízo de valor ou inferências de uma realidade em relação a qual é alheio e é direito do indígena que o seu grupo tenha o local de fala assegurado. Nesse sentido, considerando as implicações sociais inerentes aos processo criminal, cujas repercussões

extrapolam a esfera do indivíduo e, considerando a característica específica destes povos na relação entre indivíduo e grupo, é bastante pertinente que este seja ouvido⁸⁷.

O terceiro princípio, na verdade, expressa muito do que está disposto no artigo 231 da Constituição Federal, o qual reconhece aos povos indígenas o direito ao reconhecimento da sua forma específica de viver, o que abarca também o reconhecimento de “práticas de justiça e métodos tradicionais de solução de conflitos”, ressaltando que o conceito de “tradicional” deve ser entendido como

aquilo que é visto pelos próprios indígenas como legítimo e fundamental para assegurar a continuidade física e cultural da comunidade indígena. Não se trata, portanto, de um ponto fixo num passado remoto e imutável. A tradição é constantemente reelaborada e ressignificada (CNJ, 2019; p. 18 – grifo no original).

Mesmo que a Resolução abarque especificamente do tratamento dos indígenas quando processados criminalmente, o **direito ao território** é trazido como objeto necessário de consideração, em razão da importância do território para esses povos e sua cosmovisão. Ademais, a questão das terras indígenas é marcada por conflitos e muitos deles possuem influência direta na prática de supostos crimes por parte dos indígenas. O **direito de acesso à justiça** aos indígenas permanece como um dever estatal e somente pode ser concretizado quando se confere visibilidade a estes, por meio da devida coleta e disponibilização de dados, bem como dos instrumentos específicos, como tradutores, antropólogos e mecanismos para superação de dificuldades. Não é porque o Estado tem o dever de reconhecer direitos e garantias específicos, que ele irá se furtar de garantir também aquilo que deve ser garantido a todos os cidadãos.

Por fim, o manual aponta como princípio a questão da **excepcionalidade extrema do encarceramento indígena**, devendo-se buscar formas alternativas para o cumprimento de eventuais medidas penalizadoras, pois

⁸⁷ Um caso concreto trazido no Webinário “O direito dos povos indígenas: uma reflexão necessária” pelo antropólogo Gustavo Hamilton Menezes, diz respeito a um caso ocorrido na região do Juruá, no qual um casal chegou à cidade e ficaram ambos embriagados e o marido matou a mulher à pauladas. O homem ficou preso durante alguns meses até que a situação fosse efetivamente levada a sua comunidade de origem. Esta, se manifestou no sentido da impossibilidade de que o homem permanecesse preso, pois “quem iria tomar conta dos filhos?”. A punição do jeito colocada pela justiça estatal, na visão da comunidade, estava recaindo sobre os familiares, os quais estavam responsáveis pelos cuidados com os filhos, na ausência dos pais. Assim, a comunidade entendia que o autor do crime deveria cumprir sua pena na própria aldeia, na qual iria também trabalhar para garantir os cuidados e o sustento dos filhos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=63UgUHXfHdI>

o encarceramento afasta a pessoa indígena da sua comunidade, do seu território tradicional, das suas relações familiares e do seu modo de vida. Além disso, o estabelecimento penal estatal é um mecanismo exógeno à organização social dos povos indígenas e não se baseia nos seus métodos de solução de conflito tradicionais. Esse desrespeito à organização social indígena e aos seus costumes faz com que o encarceramento impacte severa e negativamente também a saúde física e mental das pessoas indígenas (CNJ, 2019; p. 98 – grifo no original).

Expostos os princípios que servem de fundamento para as disposições trazidas pela Resolução, cabe agora tratar das principais diretrizes por ela trazidas, com vistas ao devido tratamento do indígena perante à esfera penal. Isto porque, a partir da Constituição de 1988, os indígenas deixaram a condição de “tutelados pelo Estado” e são reconhecidos como sujeitos de direitos, aptos à viverem de acordo com sua cultura, crenças e modos de vidas. Em razão desse reconhecimento, reafirma-se a indispensabilidade da autodeclaração como forma de identificação da pessoa indígena.

E esta é a questão inicial abordada na Resolução, cujos procedimentos, de acordo com o artigo 2º⁸⁸, serão aplicados a todas as pessoas que se identifiquem como indígenas, independentemente de falarem a língua portuguesa e de seu local de moradia. Aqui, o texto é claro no sentido de afastar as justificativas comumente utilizadas pelos julgadores (e expostas em alguns exemplos no capítulo 3), no sentido de que o indígena estaria “aculturado” ou poderia ser considerado “integrado” em razão de determinadas características (falar português, possuir documentos, morar em área urbana e etc). Não é mais uma visão enviesada da figura do indígena que deve nortear o reconhecimento de seus direitos, mas sim a sua autoidentificação como pertencente a um povo indígena.

Nesse sentido, o artigo 3º⁸⁹ ao dispor que o “reconhecimento da pessoa indígena se dará por meio da autoidentificação”, coloca, ao mesmo tempo, tal reconhecimento como de aceitação necessária por parte da autoridade judicial (e, em qualquer fase do processo criminal ou da audiência de custódia) e como um dever de promoção e esclarecimento acerca do direito à autodeclaração, na forma de uma pergunta direta, clara e acompanhada de informações acerca

⁸⁸ Art. 2º, Resolução 287/2019 do CNJ: Os procedimentos desta Resolução serão aplicados a todas as pessoas que se identifiquem como indígenas, brasileiros ou não, falantes tanto da língua portuguesa quanto de línguas nativas, independentemente do local de moradia, em contexto urbano, acampamentos, assentamentos, áreas de retomada, terras indígenas regularizadas e em diferentes etapas de regularização fundiária.

⁸⁹ Art. 3º, Resolução 287/2019 do CNJ: O reconhecimento da pessoa como indígena se dará por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia.

das garantias decorrentes, para aqueles que eventualmente não o tenham feito, em um contexto que indique tratar-se de pessoa indígena^{90e91}. Nesse sentido,

Diante de indícios que sugiram a condição de indígena, como residência em terra indígena, composição populacional da comarca com presença indígena relevante ou o uso de idiomas que não o português, cabe à autoridade judicial perguntar se a pessoa acusada, ré ou condenada se considera indígena. Essa pergunta deve ser feita de forma **simples e clara**, esclarecendo que o reconhecimento como indígena no processo criminal assegura direitos que **protegem** sua condição de indígena e suas necessidades específicas, como o direito a contar com um intérprete que o ajudará a entender e se fazer entendido perante a autoridade judicial. [...] Dessa forma, a autoridade judicial deve zelar para que a pessoa acusada, ré ou condenada entenda que a sua autodeclaração como indígena não gerará tratamento discriminatório, mas irá assegurar direitos (CNJ, 2019; p. 20 – grifos no original).

Da realização da autodeclaração por parte do indígena, decorrem algumas providências necessárias por parte do órgão judicial: (i) indagação acerca da etnia, língua falada e grau de conhecimento da língua portuguesa⁹², (ii) encaminhamento, em até 48 horas, de cópias dos autos à regional mais próxima da Fundação Nacional do Índio⁹³, inclusive para fins de verificar a existência de Registro Administrativo de Nascimento de Indígena (RANI), para os casos em que a parte não possua outros documentos e (iii) registro, em todos os atos processuais das informações acerca da etnia e língua falada⁹⁴, bem como de sua inserção nos sistemas informatizados do Poder Judiciário⁹⁵ e, especificamente, na ata da audiência de custódia⁹⁶.

A autoidentificação, como já mencionado, requer não só que a pessoa indígena se declare como tal, mas que também seja reconhecida por uma comunidade, por um determinado povo. Isto, ao mesmo tempo que afasta possíveis críticas no sentido de que a identidade indígena pode ser utilizada como “subterfúgio para se safar da punição estatal”, garante que os direitos assegurados possam ser efetivamente desfrutados, posto que em muitos casos são dependentes da existência de uma comunidade para sua realização. No manual que acompanha

⁹⁰ Art. 3º, § 1º, Resolução 287/2019 do CNJ: Diante de indícios ou informações de que a pessoa trazida a juízo seja indígena, a autoridade judicial deverá cientificá-la da possibilidade de autodeclaração, e informá-la das garantias decorrentes dessa condição, previstas nesta Resolução.

⁹¹ Ademais, é importante pontuar que a informação de que se trata de pessoa indígena, pode ser trazida, inclusive por terceiros, o que faz todo sentido, considerando que, em muitos casos, o próprio indígena, mesmo esclarecido, pode ter receio de se identificar como tal e, por isso, sofrer retaliações.

⁹² Art. 3º, § 2º, Resolução 287/2019 do CNJ.

⁹³ Art. 3º, § 3º, Resolução 287/2019 do CNJ.

⁹⁴ Art. 4º, *caput*, Resolução 287/2019 do CNJ.

⁹⁵ Art. 4º, § 1º, Resolução 287/2019 do CNJ.

⁹⁶ Art. 4º, § 2º, Resolução 287/2019 do CNJ.

a Resolução, os direitos e garantias decorrentes do reconhecimento da identidade indígena são, assim, compilados:

(i) o direito a contar com intérprete em todas as etapas do processo (art. 5º da Res. 287/2019); (ii) a aplicação preferencial de mecanismos de responsabilização próprios da comunidade indígena (art. 7º da Res. 287/2019); (iii) o respeito aos costumes e tradições na aplicação de medidas cautelares (art. 8º da Res. 287/2019); (iv) o respeito aos costumes e tradições na aplicação de penas restritivas de direitos (art. 9º, I da Res. 287/2019); (v) a conversão da multa em prestação de serviços à comunidade (art. 9º, II da Res. 287/2019); (vi) o cumprimento preferencial da prestação de serviços à comunidade para a comunidade indígena (art. 9º, III da Res. 287/2019); (vii) a aplicação do regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 do Estatuto do Índio quando haja condenação a pena de reclusão e de detenção (art. 10 da Res. 287/2019); e (viii) a adequação das condições de cumprimento de pena em estabelecimento penal às especificidades culturais indígenas em matéria de visitas sociais, alimentação, assistência à saúde, assistência religiosa, acesso a trabalho e educação (art. 14 da Res. 287/2019) (CNJ, 2019; p. 21 – grifos nossos).

A presença do intérprete, em todas as fases do processo e de preferência, oriundo da própria comunidade indígena é garantida no artigo 5º da Resolução, nos casos em que:

I - se a língua falada não for a portuguesa;

II - se houver dúvida sobre o domínio e entendimento do vernáculo, inclusive em relação ao significado dos atos processuais e às manifestações da pessoa indígena;

III - mediante solicitação da defesa ou da Funai; ou

IV - a pedido de pessoa interessada.

Especialmente no caso do inciso I, é imperioso ressaltar que a auferição do domínio da língua portuguesa, deve ser feita de forma criteriosa. Isto porque, a oralidade característica da cultura indígena, abrange, também, uma forma específica de se comunicar, o que, pode ser perdido quando da utilização da língua portuguesa. Ademais, já abordamos o fato de que a língua é tanto um “instrumento” para que o indígena possa se fazer compreender no processo, quanto o meio pelo qual ele pode compreender todo o rito processual, o qual, ainda possui a peculiaridade de seguir uma linguagem ainda mais específica e distante, inclusive, da

compreensão da maior parte daqueles que têm no português sua língua materna, ou seja, a linguagem jurídica⁹⁷.

O artigo 6º da Resolução dispõe sobre a possibilidade de realização de perícia antropológica, a qual “fornecerá subsídios para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada”, apontando eventual correspondência entre a conduta praticada e os costumes e cosmovisão da comunidade. Para além de apenas fornecer subsídios para o estabelecimento da responsabilidade, o laudo antropológico pode contribuir decisivamente para que a autoridade judicial possa determinar o melhor desfecho para o caso concreto. Ele pode ser determinado de ofício pela autoridade judicial no recebimento da denúncia ou queixa ou a requerimento das partes.

Um caso concreto trazido pelo antropólogo Gustavo Hamilton Menezes⁹⁸ pode bem exemplificar como a importância do laudo antropológico pode ultrapassar à visão trazida pelo dispositivo da Resolução. Em uma situação na qual um indígena havia assassinado outro indígena da mesma comunidade e, por isso, encontrava-se preso, a perícia antropológica, em um primeiro momento, indicou a possibilidade de que o réu cumprisse sua pena na própria aldeia. Contudo, o antropólogo foi procurado pela esposa da vítima, a qual pediu que o réu não fosse “devolvido” à aldeia, uma vez que, seu filho (e filho da vítima) estava sendo instruído por outros parentes a se vingar pela morte do pai. Ou seja, naquele contexto, mesmo que existisse a possibilidade do réu cumprir sua pena no âmbito de sua comunidade e que esta também reprovasse a prática “criminosa”, tal solução não se mostrava a mais indicada, em razão da possibilidade concreta de que este fosse morto por vingança e, por conseguinte, um novo “crime” viesse a ter lugar na comunidade. Como solução, após discussões, foi determinado que o indígena fosse cumprir sua pena em outra comunidade indígena.

⁹⁷ “[...] Além disso, alguns linguistas avaliam que o português falado por vários povos indígenas não é o português padrão falado pela maioria da população brasileira, mas um “português-indio”, discursivamente singular a cada etnia indígena. Isso é, seria possível identificar um português-guarani, um português-terena etc. Além disso, muitos indígenas que vivem em regiões de fronteira também incorporam referências do espanhol na sua língua materna. Por isso, reforça-se que ainda que o suspeito pareça falar razoavelmente o português, existem inúmeras barreiras para que ele possa se comunicar efetivamente no marco de um processo jurídico, o qual tem o agravante de possuir uma terminologia bastante específica e técnica. [...] Por isso, **recomenda-se que haja a presença de intérprete nos atos processuais sempre que houver informação de que a pessoa acusada ou ré tem outro idioma principal que não o português**” (CNJ, 2019; p. 23 – grifo no original).

⁹⁸ No Webinário “O direito dos povos indígenas: uma reflexão necessária”, realizado em 04/11/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=63UgUHXfHdI>

O mesmo dispositivo traz em seus incisos⁹⁹, o conteúdo mínimo que deve ser abordado quando da realização da perícia antropológica. Resta claro que este laudo, a ser realizado por profissional qualificado (antropólogo, cientista social ou outro com conhecimentos específicos), designado pelo juízo, deve não apenas revelar eventual conhecimento teórico sobre o povo indígena em questão. Pelo contrário, ele deve ser resultado do estudo concreto da realidade da comunidade indígena. Sem isso, ele não terá o condão de trazer as contribuições necessárias para a tomada da decisão mais adequada. Ademais, imperioso destacar que o laudo antropológico não serve para determinar o “grau” de integração do indígena ou a sua aculturação, posto que, para determinação da identidade indígena é suficiente o procedimento de autodeclaração.

Dos artigos 7º ao 12º elencam-se as formas possíveis para responsabilização da pessoa indígena, com previsões específicas para: (i) homologação ou adoção de práticas de resolução de conflitos próprias aos costumes da comunidade indígena¹⁰⁰, (ii) adaptação de eventuais medidas cautelares alternativas à prisão a serem impostas ao indígena¹⁰¹, (iii) adequar penas e regime de cumprimento a serem impostos, excepcionalmente, ao indígena aos seus costumes, práticas culturais e local de residência, seja no que concerne à imposição de penas restritivas de direitos, seja no que concerne à necessidade de conversão de multa pecuniária em prestação de serviços à comunidade ou mesmo da realização desta no âmbito de comunidades indígenas¹⁰², (iv) aplicar, quando o caso de condenação à penas de reclusão e detenção, o regime de semiliberdade trazido pelo Estatuto do Índio¹⁰³, (v) determinar que, para fins de prisão domiciliar, deve se considerar como domicílio “o território ou circunscrição geográfica de comunidade indígena¹⁰⁴” e (vi) que as especificidades culturais sejam consideradas quando o

⁹⁹ Art. 6º, da Resolução 287/2019, do CNJ: “Ao receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, a autoridade judicial poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica, que fornecerá subsídios para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada, e deverá conter, no mínimo:

I - a qualificação, a etnia e a língua falada pela pessoa acusada;

II - as circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas da pessoa acusada;

III - os usos, os costumes e as tradições da comunidade indígena a qual se vincula;

IV - o entendimento da comunidade indígena em relação à conduta típica imputada, bem como os mecanismos próprios de julgamento e punição adotados para seus membros; e

V - outras informações que julgar pertinentes para a elucidação dos fatos.”

¹⁰⁰ Art. 7º, parágrafo único, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹⁰¹ Art. 8º, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹⁰² Art. 9º e incisos, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹⁰³ Art. 10º, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹⁰⁴ Art. 11, da Resolução 287/2019, do CNJ.

caso de aplicação concomitante das medidas alternativas à prisão previstas no Código de Processo Penal (art. 318-B)¹⁰⁵.

Em todos esses casos, é mister efetivar uma importante ferramenta prevista pela própria Resolução (além do já citado laudo antropológico), qual seja: a consulta prévia à comunidade indígena a que pertence o réu indígena, a qual deve ser concretizada através dos interlocutores legítimos do grupo¹⁰⁶. A consulta, segundo o próprio CNJ cumpre dois papéis distintos, mas simultâneos:

[...] **por um lado, a consulta** é um mecanismo que contextualiza e esclarece o sentido da conduta imputada e **deve ser encarada como uma das garantias do direito de defesa do réu indígena. Por outro lado, a consulta** é forma de efetivação do **direito coletivo dos povos indígenas** de determinar a responsabilidade dos indivíduos para com suas comunidades e de participarem nas decisões que os afetem. [...] A consulta não pode ser encarada como mera formalidade, caso contrário não se estará respeitando sua dupla dimensão de direito coletivo à participação e de direito individual à ampla defesa (CNJ, 2019; p. 28-29 – grifos no original).

Reconhece-se que a consulta pode ser tanto uma iniciativa da autoridade judicial, quanto da própria comunidade indígena, caso esta se apresente em juízo e comunique seu entendimento sobre o caso. Ademais, em que pese ser possível que esta consulta seja abarcada no bojo do laudo antropológico, aponta o CNJ ser preferível que sejam procedimentos distintos, em razão extamente de sua complementariedade. A consulta torna-se indispensável para que o juízo possa ter ciência das possibilidades que se abrem para aplicação ao caso concreto, por exemplo, não se pode determinar que certa pena seja cumprida, na própria comunidade, por meio de prestação de serviços, caso aquela organização social não contemple ou não esteja apta a viabilizar tal cumprimento de pena. Por esses motivos, repisa-se a importância da consulta prévia (caso contrário, estaríamos diante do mesmo direito estatal hegemônico que se impõe e não está aberto ao diálogo intercultural, direito este que é incompatível com o arcabouço jurídico atual), bem como a da preferência na adoção dos mecanismos da própria comunidade indígena para solução de litígios.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça ainda pondera que,

não é indicada a aplicação de qualquer tipo de pena estatal para pessoas indígenas em duas hipóteses: (i) **quando a comunidade indígena** a que

¹⁰⁵ Art. 12, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹⁰⁶ Indica o manual que acompanha a Resolução nº. 287/2019, que a identificação dos interlocutores, bem como a melhor forma para realização da consulta, podem ser objeto de questionamento judicial por meio do laudo antropológico. Daí, a complementariedade entre os dois instrumentos.

pertence já **tiver aplicado** – ou pretender aplicar – **métodos próprios de solução de conflitos**, por conta do princípio da vedação ao *bis in idem*; (ii) **quando a conduta imputada não puder ser considerada ilícita na perspectiva dos costumes indígenas**, hipótese na qual a aplicação de qualquer sanção seria uma ofensa ao direito constitucional dos indígenas aos seus costumes e à organização social e jurídica próprias (CNJ, 2019; p. 27 – grifos no original).

A Resolução nº. 287/2019 também aborda a situação específica das mulheres indígenas perante à esfera penal. No artigo 13, seguindo os entendimentos mais recentes que buscam priorizar formas alternativas a prisão para o cumprimento de penas, em razão de questões de gênero, bem como às funções exercidas pelas mulheres no contexto social e familiar. Deste modo, são previstas: (i) a prisão domiciliar, que será cumprida na própria comunidade, quando a mulher indígena for mãe, gestante ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência¹⁰⁷ e (ii) o acompanhamento da progressão de regime, por parte da comunidade¹⁰⁸.

Uma ponderação necessária trazida pelo Conselho Nacional de Justiça diz respeito aos casos em que a mulher indígena estiver presa acompanhada de seu filho ou grávida (e venha a dar à luz no estabelecimento prisional). Em todas essas situações deve-se assegurar que elas tenham sua autonomia respeitada, no sentido de conduzir a amamentação e alimentação de acordo com sua cultura, bem como da forma de parir, aqui, no sentido de afastar as “intervenções médicas não consentidas, negação de recursos solicitados para alívio da dor ou exigência de que o parto ocorra na posição litotômica (deitada de barriga para cima)” (CNJ, 2019; p. 38).

Em que pese haver orientação no sentido de que o encarceramento do indígena deve ser medida excepcional, não há uma vedação absoluta a tal possibilidade, sendo esta admitida em último caso. Deste modo, o art. 14 da Resolução nº. 287/2019 traz uma série de direitos específicos, referentes à “assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa” e que devem ser garantidos às pessoas indígenas privadas de liberdade em estabelecimentos prisionais. Eles englobam a realização de visitas sociais sob a perspectiva de que as relações de parentesco podem se expressar de forma distintas, devendo-se, portanto, considerar um rol

¹⁰⁷ Art. 13, I, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹⁰⁸ Art. 13, II, da Resolução 287/2019, do CNJ.

amplo de pessoas “legitimadas” a visitar a pessoa indígena presa¹⁰⁹, que os dias para realização das visitas podem ser diferenciados¹¹⁰ e que à cultura dos visitantes deve ser respeitada¹¹¹.

Também abarca o oferecimento de uma alimentação “em conformidade com os costumes alimentares” da comunidade indígena¹¹² e que esta deve ser fornecida pela própria unidade prisional ou pela própria comunidade, família ou instituições indigenistas¹¹³. No que concerne à assistência à saúde¹¹⁴, faz-se uma ponderação importante no Manual, posto que, na literatura consultada há consideráveis relatos de casos de suicídio envolvendo pessoas indígenas presas:

A administração prisional deve monitorar a situação de saúde da pessoa indígena presa no momento do seu ingresso no estabelecimento penal e identificar o mais rápido possível sinais de deterioração na saúde física ou mental. **A autoridade judicial responsável por acompanhar a execução da pena deve estar igualmente atenta a indícios de risco à integridade pessoal e à vida das pessoas indígenas presas, principalmente a risco de suicídio**, e considerar o impacto da manutenção da privação de liberdade em estabelecimento penal na deterioração das condições de saúde da pessoa indígena presa (CNJ, 2019; p. 36 – grifos no original).

Por fim, para efetividade dos direitos à assistência religiosa¹¹⁵, ao trabalho¹¹⁶ e à educação, inclusive para fins de remição da pena por leitura¹¹⁷, há, mais uma vez, a orientação no sentido de respeito às especificidades culturais e aos costumes indígenas, especialmente, com o oferecimento de material adequado à leitura, em sua língua materna.

Em linhas gerais, estas são as principais disposições trazidas pela Resolução nº. 287/2019 do CNJ. Verifica-se que ela não traz inovações ao sistema jurídico, mas apenas reúne, em um único documento, os direitos e garantias que devem ser observados pela jurisdição penal estatal em casos que envolvam pessoas indígenas e que possuem respaldo constitucional e supralegal. Complementada pelo manual, ela fornece uma verdadeira “aula” para os operadores do direito, especialmente para aqueles que insistem em perpetuar uma visão etnocentrista por

¹⁰⁹ Art. 14, I, “a”, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹¹⁰ Art. 14, I, “b”, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹¹¹ Art. 14, I, “c”, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹¹² Art. 14, II, “a”, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹¹³ Art. 14, II, “b”, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹¹⁴ Art. 14, III, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹¹⁵ Art. 14, IV, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹¹⁶ Art. 14, V, da Resolução 287/2019, do CNJ.

¹¹⁷ Art. 14, VI, da Resolução 287/2019, do CNJ.

meio das decisões judiciais. Resta-nos agora ponderar acerca das possibilidades efetivas de a Resolução promover as mudanças almejadas.

4.3 Da efetividade do instrumento: casos da jurisprudência e ações práticas

Com a aprovação da Resolução nº. 287/2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, nosso sistema jurídico foi dotado de um instrumento específico para regulamentar o tratamento da pessoa indígena no âmbito da justiça criminal, de acordo com os direitos e garantias reconhecidos a estes povos seja em nível constitucional, seja em nível supralegal. Deste modo, não há mais que se falar em “ausência de disposições específicas” ou mesmo em questionar o sentido dos dispositivos, uma vez que a Resolução também foi acompanhada de um Manual, com as orientações e esclarecimentos pertinentes.

Passados, então, quase dois anos da sua entrada em vigor, pode-se dizer que ela provocou uma alteração significativa no estado das coisas? Esta é a questão que orientará o presente tópico.

O artigo 16 da Resolução nº. 287/2019 dispõe que “[...] os tribunais, em colaboração com as Escolas de Magistratura, poderão promover cursos destinados à permanente qualificação e atualização funcional dos magistrados e serventuários [...]”, para que as determinações normativas sejam devidamente efetivadas. Assim, é possível verificar alguns esforços no sentido não só de dar maior visibilidade à Resolução, mas também à própria temática dos direitos indígenas.

Um dos primeiros cursos promovidos após a Resolução nº. 287/2019, foi lançado em 19/10/2020, em uma iniciativa do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, em parceria com outras instituições que militam na causa indígena, como o Instituto das Irmãs da Santa Cruz (IISC), o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e a Associação dos Juízes para Democracia (AJD). O curso “Panorama de direitos dos povos originários no Brasil¹¹⁸”, além de tratar da questão da criminalização da

¹¹⁸ Fonte: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1033/novo-curso-ead-aborda-direitos-de-povos-indigenas-no-brasil>>. Acesso em 15/09/2021.

pessoa indígena, buscou debater como a Resolução poderia agregar, em termos da defesa destes indivíduos.

Em relação à capacitação de magistrados e servidores, é possível verificar a movimentação de alguns tribunais, após a entrada em vigor da Resolução, no sentido de promoverem cursos específicos sobre direitos indígenas. Nesse sentido, podemos citar o curso “O direito dos povos indígenas: uma reflexão necessária¹¹⁹”, realizado pela Escola da Magistratura e promovido no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, entre os dias 03 e 13 de novembro de 2020 e que teve como público-alvo: magistrados, membros do Ministério Público e servidores públicos.

Os dois dias de webinários¹²⁰, com palestras e debates, contaram com transmissão ao vivo pelo Youtube e, portanto, puderam ser acessados por qualquer interessado. O curso teve como temática central os direitos indígenas e nesse âmbito foram discutidos assuntos como: “direitos sociais e comunidades indígenas” (acesso à políticas públicas e à seguridade social), “violência doméstica, alcoolismo e drogas no contextos dos costumes culturais dos indígenas”, “indígenas migrantes e transfronteiriços”, “a demarcação de terras indígenas e a jurisprudência do STF” e o “Poder Judiciário e demandas indígenas”. No que diz respeito à Resolução nº. 287/2019, esta foi objeto de um painel específico, no qual abordou-se, especificamente, a questão do laudo antropológico. O quadro de expositores, trouxe tanto membros do próprio judiciário (juízes, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública), quanto antropólogos, professores e os advogados indígenas, Dr. Luiz Henrique Eloy Terena e Dra. Maria Judite “Kari” Guajajara.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, foi realizado pela Unicorp (Universidade Corporativa do Poder Judiciário da Bahia) curso sobre a aplicação da Resolução no. 287/2019, em 20/05/2021¹²¹. O curso também foi precedido de um webinário¹²², ocorrido

¹¹⁹ Programação disponível em: <<https://www.trf3.jus.br/emag/coursemag/cursos-2020/523-o-direito-dos-povos-indigenas/>>. Acesso em: 25/07/2021.

¹²⁰ Webinário de 04/11/2021, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=63UgUHXfHdI>> e Webinário de 05/11/2020, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Sc7J_ZlaK1M>. Acesso em: 25/07/2021.

¹²¹ A ementa do curso abrange o seguinte conteúdo: “Princípios gerais da atuação de Tribunais e Magistrados em casos criminais envolvendo acusados, réus ou condenados indígenas; identificação dos suspeitos, acusados e réus indígenas; estrutura permanente de apoio aos Juízes e Tribunais em matéria de povos indígenas e justiça criminal; a tomada de decisão nos casos envolvendo acusados ou réus indígenas; particularidades da mulher indígena submetida à justiça criminal; e tratamento das pessoas indígenas privadas de liberdade”. Fonte: <<http://www5.tjba.jus.br/portal/curso-sobre-aplicacao-da-resolucao-cnj-no-287-no-pjba-ocorre-nesta-quinta-feira-20/>>. Acesso em 25/07/2021.

¹²² Webinário disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=nAHPbSIS0v0>>. Acesso em: 25/07/2021.

em 15/04/2021, “Proteção da pessoa indígena no âmbito criminal – A Resolução 287 do CNJ e o papel do Judiciário na preservação da Cultura e Tradição dos povos indígenas”, no qual falaram o Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ Carlos Gustavo Vianna Direito, o qual participou da elaboração da Resolução nº. 287/2019 e o Coordenador-Geral do Movimento Unido dos Povos e Organizações Indígenas da Bahia, Kahu Pataxó.

A Resolução também foi objeto de uma aula específica do curso de formação inicial de juízes ingressantes, intitulada “O Direito Indígena e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 287, de 25/06/2019¹²³”, realizada em setembro de 2021 e proferida pelo juiz Aluizio Ferreira Vieira, do Tribunal de Justiça de Roraima, em razão da experiência na temática.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul foi elaborado um guia¹²⁴ para que os servidores tenham como referência ao tratarem de questões criminais envolvendo pessoas indígenas. Ele deixa claro alguns conceitos e direitos trazidos pela Resolução nº. 287/2019 e cuida, especialmente, para que as informações sejam cadastradas corretamente nos sistemas eletrônicos. Nesse sentido, além de apontar os cuidados necessários, são sugeridas “práticas cartorárias” a serem adotadas por todos os servidores. Resta lembrar que o Mato Grosso do Sul é o estado brasileiro com o maior número de indígenas encarcerados, o que explica o esforço para cumprir as disposições da Resolução e a busca da sua padronização. Nas orientações são abordadas tanto as questões referentes ao cadastro de intérpretes, inclusive com a referência à uma lista de intérpretes indígenas cadastrados no âmbito do TJMS¹²⁵, bem como do laudo antropológico. Contudo, em relação a este último, há apenas menções genéricas.

Este último ponto abrange uma das preocupações recorrentes entre os magistrados: afinal, a quem será direcionado o custo para a confecção do laudo antropológico, uma vez que a Resolução não prevê esse ponto? No entanto, no manual da Resolução, em referência ao art. 15¹²⁶, há orientação para que todos os tribunais providenciem uma estrutura permanente de

¹²³ Fonte : <<http://www5.tjba.jus.br/portal/2a-edicao-curso-de-formacao-inicial-de-2021-juiz-aluizio-ferreira-vieira-do-tjrr-ministra-aula-sobre-direito-indigena-e-a-resolucao-cnj-no-287-2019/>>. Acesso em 07/10/2021.

¹²⁴ Disponível em: <<https://sti.tjms.jus.br/confluence/pages/viewpage.action?pageId=170787046>>. Acesso em 30/09/2021.

¹²⁵ Há normativo específico da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul a determinar a necessidade da presença de intérprete para réu indígena desde 19/08/2016 (Provimento nº. 141), no entanto, pontua-se que a nomeação do intérprete, de acordo com o art. 1º do Provimento, é realizada a critério do juiz, caso se constate a “limitação de integrante de povos indígenas para se comunicar no idioma oficial”.

¹²⁶ Art. 15, da Resolução 287/2019, do CNJ: “Os tribunais deverão manter cadastro de intérpretes especializados nas línguas faladas pelas etnias características da região, bem como de peritos antropólogos.

apoio, a qual compõe-se de cadastro de intérpretes e de profissionais aptos a elaborar o laudo antropológico. Em ambos os casos, recomenda-se que os profissionais tenham conhecimento da cultura indígena em questão e, por isso, para o caso de intérpretes admite ser interessante que indígenas realizem a função, quando necessário.

No que diz respeito aos profissionais para elaboração do laudo antropológico o CNJ recomenda que sejam feitas parcerias com universidades ou contato com a Associação Brasileira de Antropologia, bem como com a FUNAI, para que sejam encontrados os profissionais qualificados. Dispõe, ainda que

[...] 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 (CNJ, 2019; p. 24).

No entanto, de fato, nada se fala especificamente do custeio dos serviços do perito, o que pode trazer problemas práticos para a implementação do direito ou mesmo ser colocado como “justificativa” para não efetivá-lo. Resta lembrar, por exemplo, que mesmo existindo toda a movimentação pela conciliação, os conciliadores e mediadores apenas recentemente obtiveram previsão específica para o custeio dos seus serviços. A maioria, até então, era recrutada na forma de voluntariado. No âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o qual engloba a jurisdição do estado mais rico do país, até o momento, não há remuneração de conciliadores. No caso do laudo antropológico, inclusive, há quem defenda que existam profissionais no corpo do próprio judiciário para desempenhar a tarefa, a exemplo do corpo técnico de analistas (em diversos temas) que existe no Ministério Público.

No estado do Amazonas, a Corregedoria-Geral de Justiça, determinou, em decisão proferida nos autos 0000373-39.2021.2.00.0804¹²⁷, que sejam observadas, por todos os

Parágrafo único. Para o cumprimento do disposto no *caput*, os tribunais poderão promover parcerias com órgãos e entidades públicas e particulares com atuação junto a povos indígenas, de modo a credenciar profissionais que possam intervir em feitos envolvendo indígenas nos termos desta Resolução, preferencialmente com apoio da Funai”.

¹²⁷ Fonte: <<https://www.tjam.jus.br/index.php/cgj-publicacoes/cgj-noticias/4382-corregedoria-de-justica-determina-a-adocao-procedimentos-para-assegurar-ampla-defesa-a-indigenas-acusados-condenados-ou-privados-de-liberdade>>. Acesso em 07/10/2021.

magistrados, as disposições da Resolução nº. 287/2019, inclusive, para fins de estabelecimento de um cadastro de intérpretes a ser disponibilizado para todas as Comarcas, que a Funai forneça uma lista dos profissionais qualificados. Há, ainda, orientação para que sejam oferecidos cursos de qualificação, nos termos do art. 16 da Resolução.

No âmbito da Justiça Federal do Rio Grande do Sul encontrou-se apenas uma chamada para o cadastramento de intérpretes e antropólogos, especialistas nas línguas e povos indígenas que habitam o estado¹²⁸, em referência ao disposto na Resolução nº. 287/2019.

A Associação de Juízes Federais – AJUFE, em parceria com o Instituto Socioambiental, realizou entre os dias 09 e 24 de setembro de 2021, um curso de formação sobre direitos indígenas e cujo público-alvo foram os magistrados¹²⁹. No mesmo sentido, foi oferecido, pelo Conselho da Justiça Federal, entre os meses de abril e outubro de 2021, o curso internacional “Direitos da Natureza: teoria e prática e o Programa Harmonia com a Natureza das Nações Unidas” aos magistrados brasileiros com objetivo de promover a discussão sobre o “reconhecimento jurídico das cosmovisões indígenas e sociabilidade, interculturalidade e cuidado com o comum¹³⁰”.

Dos exemplos acima elencados, vislumbra-se que a entrada em vigor da Resolução nº. 287/2019 promoveu algumas movimentações imediatas dos tribunais e de associações vinculadas à magistratura, especialmente, no sentido de promover a formação de magistrados e servidores em respeito aos direitos indígenas que, apesar de estarem em vigência desde a promulgação da Constituição de 1988, pareciam completamente esquecidos pela prática judicial. As apostas maiores têm sido direcionadas à promoção de uma capacitação de viés pluralista e interdisciplinar, fomentando e ressaltando a necessidade de debate. Ademais, o fomento à tal tipo de diálogo é válido, mesmo quando não abarque diretamente à própria Resolução e seus dispositivos, uma vez que na sociedade brasileira impera um discurso etnocentricamente orientado e que invisibiliza ou estigmatiza estes povos de forma geral. Em

¹²⁸ Fonte: <<https://www2.jfrs.jus.br/noticias/jfrs-cadastra-interpretes-especialistas-em-linguagens-faladas-por-povos-indigenas/>>. Acesso em 11/10/2021.

¹²⁹ Fonte: < <https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/16131-ajufe-promove-curso-sobre-direitos-indigenas>>. Acesso em 11/10/2021.

¹³⁰ Fonte: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2021/08-agosto/curso-direitos-da-natureza201d-promove-palestras-sobre-reconhecimento-juridico-das-cosmoviso-es-indigenas-e-sociabilidade-interculturalidade-e-cuidado-com-o-comum>>. Acesso em 25/09/2021.

outras palavras: qualquer ação que busque incentivar a reflexão e combater essa visão ultrapassada, é válido¹³¹.

A Resolução nº. 287/2019, também continua a ter reflexos dentro do próprio CNJ, tendo ensejado à instituição de Grupo de Trabalho específico, denominado “Direitos indígenas: acesso à justiça e singularidades processuais”, em fevereiro de 2021 e cujos trabalhos continuam até a presente data, em busca dos seguintes objetivos:

- I – realizar estudos e sugerir proposta de recomendação sobre os direitos indígenas;
- II – desenvolver roteiro de atuação judicial baseado em boas práticas na condução de processos judiciais envolvendo direitos indígenas;
- III – organizar publicação destinada ao aperfeiçoamento dos cursos de formação de magistrados na temática indígena (Art. 1º, da Portaria nº 63 de 25/02/2021, do Conselho Nacional de Justiça).

Ademais, no mesmo sentido, o órgão instituiu parceria com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), para disponibilizar uma plataforma de cursos e aperfeiçoamento a magistrados de todo o país, bem como a servidores e quaisquer interessados. A plataforma será chamada de Rede de Altos Estudos em Direitos Indígenas e foi uma proposta originária no Grupo de Trabalho do CNJ acima elencado. A Enfam, resta destacar, já em 2017, promoveu o curso “O Poder Judiciário e os Direitos Indígenas”, no âmbito do judiciário do estado de Roraima, com o seguinte objetivo:

[...] levar aos novos magistrados noções que os capacitem a dialogar com outros saberes, a ponto de reconhecer neles, e em seus sujeitos, sua legitimidade, com impacto positivo na concretização dos direitos coletivos indígenas, reconhecidos pelo Texto Constitucional de 1988; capacitar os juízes para uma escuta sensível em relação aos saberes e modos de vidas dos povos indígenas na construção dos seus julgamentos; oferecer aos juízes em formação referenciais teórico-empíricos que auxiliem a fundamentar as suas decisões, levando em consideração as especificidades das práticas e conhecimentos dos povos tradicionais¹³².

Atualmente, consta em seu calendário a promoção de novo curso destinado à magistratura, entre os meses de outubro e novembro de 2021, denominado “Direitos dos Povos

¹³¹ Pela Ordem dos Advogados do Brasil, foi realizado em 13/08/2021 o curso “Direitos Indígenas na CF: Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado e Protocolos Autônomos”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=J7gaqslUpRY>>. Acesso em 11/10/2021.

¹³² Fonte: <<https://www.enfam.jus.br/curso-o-poder-judiciario-e-os-direitos-dos-povos-indigenas/>>. Acesso em 11/10/2021.

Indígenas”, o qual “traz conceitos básicos de antropologia e apresenta a história da política indigenista no Brasil¹³³”. Assim, vê-se que o “cardápio” de cursos para fins de formação tem sido objeto de preocupação e promoção, contudo, isso não garante, necessariamente, a efetivação e implementação dos dispositivos trazidos na Resolução. Contudo, esta tem sido a principal aposta do CNJ, para fins de difusão da direitos indígenas e, por conseguinte, da sua implementação prática.

No âmbito do sistema penitenciário nacional, houve, em 04 de fevereiro de 2021 a expedição da Resolução nº. 13, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária no sentido de trazer uma série de recomendações para que as garantias trazidas pela Resolução nº. 287/2019 do CNJ e reconhecidas em outros instrumentos internacionais sejam efetivadas.

As decisões mais recentes do judiciário revelam que os efeitos práticos da Resolução nº. 287/2019 ainda não são tão expressivos. A começar pelo Supremo Tribunal de Justiça, ao realizarmos uma pesquisa com o termo “laudo antropológico”, selecionamos decisões após outubro de 2019, verificamos que permanece a predominância da sua inexigibilidade em processos que envolvem pessoas indígenas e sob os mesmos fundamentos anteriores, ou seja, a da “aculturação, integração do réu indígena à sociedade¹³⁴”. Nesse sentido,

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INDÍGENA. AUTODECLARAÇÃO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. PESSOA PLENAMENTE INTEGRADA E COM CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO DO SUPOSTO ILÍCITO. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. OFENSA À SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. [...] II - No caso concreto, tem-se que, embora a condição de indígena se reconheça mediante autodeclaração, a de inimputável (ou mesmo de semi-imputável) exigiria a completa (ou parcial) incapacidade de entendimento do caráter ilícito dos fatos imputados, para fins penais - o que não se comprovou na espécie. III - "É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal" (REsp n. 1.129.637/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 10/03/2014). IV - No mais, a d. Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do habeas corpus, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo

¹³³ Fonte: <<https://www.enfam.jus.br/enfam-oferece-novo-curso-direitos-dos-povos-indigenas-na-modalidade-virtual/>>, acesso em 11/10/2021.

¹³⁴ O precedente de 2014, “REsp 1.129.637/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/2/2014, DJe 10/3/2014”, continua a embasar as decisões proferidas na Corte no sentido de que: “É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal”.

regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 604898/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJe 08/02/2021 – grifos nossos).

As decisões monocráticas seguem o mesmo padrão. No caso do Habeas Corpus nº. 621553/PR, o Ministro João Otávio de Noronha em decisão proferida em 29/09/2021, ao abordar a aplicação do Estatuto do Índio, para fins de concessão do regime de semiliberdade, argumenta que para aplicação do art. 56, “o grau de integração do índio ou silvícola com a sociedade civil é determinante [...], não bastando a singela condição de indígena” (p.3). E para o reconhecimento da condição de indígena, faz-se necessário que este não apresente qualquer traço de comunhão com a cultura do homem branco, leia-se: não pode falar português, não pode ter estudado, não pode ter documentos e etc. Uma rápida leitura do manual da Resolução nº. 287/2019 do CNJ permite verificar o quão retrógrada é tão visão e que, portanto, jamais poderia ser utilizada como fundamento para denegar o referido direito. Ainda mais, no âmbito de uma Corte Superior, com forte influência em relação às instâncias inferiores. Ademais, completa seu entendimento asseverando que

o art. 56, parágrafo único, da Lei 6.001/73, que prevê o cumprimento da pena em regime de semiliberdade e em estabelecimento da FUNAI, somente se aplica ao réu indígena não integrado socialmente ou em fase de aculturação” (AgRg no AREsp 1467017/MT, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 9/9/2019 *apud* HC 621553/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 5ª Turma, DJe 29/09/2021 – grifos nossos).

No caso abaixo, o Relator deferiu a realização do laudo antropológico, o qual considera *dispensável*, nos casos em que o indígena é *integrado*, não por ser um direito do indígena, mas por acreditar que é uma ferramenta que auxiliará no melhor julgamento pelo magistrado. Ao final, em que pese haver efetivado o direito ao laudo o antropológico, a decisão permanece embasada em uma visão etnocentrista em relação ao direito indígena, o que pode ser comprovado, inclusive, pela insistência no uso de uma terminologia (“integrado”) que, apesar de presente no Estatuto do Índio, não foi recepcionada pelo nosso texto constitucional atual.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RÉU DECLARADAMENTE INDÍGENA. NULIDADE DO PROCESSO. OFENSA ÀS FORMALIDADES DA RESOLUÇÃO N.º 287/2019 DO CNJ. NÃO OCORRÊNCIA. INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE CIVIL. EXAME ANTROPOLÓGICO. DISPENSÁVEL. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO. SUBSÍDIOS AO JULGADOR NA RESPONSABILIZAÇÃO DO ACUSADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU FORAGIDO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE

CONCRETA DO DELITO. COVID-19. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 2. **A nomeação de tradutor-intérprete e antropólogo é desejada, mas não indispensável**, como dispõem os artigos 5º e 6º da Resolução n. 287/2019 do CNJ, respectivamente: "A autoridade judicial buscará garantir a presença de intérprete ...I - se a língua falada não for a portuguesa;" e "...a autoridade judicial poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica...". 3. **In casu, denota-se que o réu está perfeitamente adaptado à sociedade civil, tendo suficiente compreensão dos usos e costumes nacionais, possuindo fluência na língua portuguesa, circunstância que reforça sua plena integração social, tornando desnecessária a realização de laudo antropológico e afasta a necessidade de intérprete para a sua inquirição.** 4. "É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal." (REsp 1.129.637/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/2/2014, DJe 10/3/2014). 5. Esta Corte já decidiu que "a realização do estudo antropológico se apresenta como relevante instrumento de melhor compreensão dos contornos socioculturais dos fatos analisados, bem como dos próprios indivíduos a quem são imputadas as condutas delitivas, de modo a auxiliar o Juízo de primeiro grau na imposição de eventual reprimenda, mormente diante do que prescreve o art. 56 do Estatuto do Índio, segundo o qual, "[n]o caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola". (RHC 86.305/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 1º/10/2019, DJe 18/10/2019). 6. **Embora dispensável na espécie, a realização do exame antropológico pode se revelar um importante aliado do julgador, fornecendo subsídios úteis para o estabelecimento da responsabilidade do acusado.** [...] 10. **Recurso parcialmente provido apenas para determinar a realização de perícia antropológica, em obediência ao art. 6.º da Resolução n. 287/2019 do CNJ.** (RHC 141827/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, 5ª Turma, DJe 16/04/2021 – grifos nossos)

Das decisões acima elencadas é possível indicar que está se formando o entendimento no sentido de que o indígena até possui o direito de se autoidentificar/autodeclarar como tal, contudo, isso não é suficiente para que os julgadores reconheçam os direitos e garantias decorrentes da sua condição. Pelo contrário, ainda está nas mãos destes (e de seu olhar etnocentricamente direcionado) determinar o grau de tal condição e, só a partir disso, constatada a figura do folclórica dos tempos do Brasil Colônia, talvez, é que estes de fato, possam usufruir dos direitos reconhecidos em nosso ordenamento desde o final da década de 1980.

Quando voltamos nossa atenção para o Supremo Tribunal Federal, verificamos que não há muitos casos recentes sobre a temática. Há, no entanto, um julgado que traz posicionamento distinto. Ao julgar o Recurso em *Habeas Corpus* 199360/MS, no qual, em síntese, o recorrente contesta a decisão de pronúncia do réu indígena, em razão de não ter-lhe sido deferido o direito à elaboração de laudo antropológico, a Relatora Ministra Cármen Lúcia assim decide:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. FEMINICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. **CRIME PRATICADO POR ÍNDIO CONTRA ÍNDIA. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO: FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INOBSERVÂNCIA DA CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: AFRONTA AO § 2º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MULTICULTURALISMO. DIREITO À PERÍCIA ANTROPOLÓGICA: DIÁLOGO INTERCULTURAL.** RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PROVIDO. [...] **11. Verifica-se que as negativas ao estudo antropológico ficaram restritas a se o recorrente estaria ou não integrado à cultura ocidental e que não seria caso de inimizabilidade do recorrente.** Em parecer, a Procuradoria-Geral da República também manteve o opção pela perspectiva integracionista, ao afirmar que: “(...) tal como assinalado pelas instâncias de origem, o recorrente, autodeclarado indígena, está sendo acusado de crime grave (tentativa de homicídio qualificado), é alfabetizado, estudou até o sexto ano, possui 23 anos de idade e, ademais, em audiência de instrução, entendeu perfeitamente o vernáculo e falou fluentemente o português, sendo pessoa, portanto, plenamente integrada e com capacidade de entendimento do suposto ilícito cometido, razão pela qual realmente se mostra dispensável a realização do exame pericial antropológico na espécie” (fl. 11, e-doc. 8). Sobre a imputabilidade dos indígenas, Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa ressaltam: “No paradigma da pluriétnicidade o grau maior de integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza como indígena, tampouco exclui a imputabilidade penal. ‘Os índios têm o direito de permanecerem como índios, mesmo que saiam de seus territórios ou percam parte de suas características étnicas’ (VILLARES, 2009, p. 63). **É a consequência do reconhecimento de que não há uma escala de desenvolvimento de grupos étnicos. Eles apenas são diferentes.** A inimputabilidade dos indígenas segue as regras gerais aplicáveis a todas as pessoas maiores de 18 anos. Todavia, é possível excluir a culpabilidade pelo reconhecimento do erro de proibição ou da inexigibilidade de conduta diversa” (O Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 46 n. 183 julho/setembro/2009). **12. Entretanto, a perícia antropológica não se restringe à análise do entendimento do acusado sobre os fatos delituosos praticados, mas também se destina a uma perspectiva multiculturalista para perfeito enquadramento do fato criminoso no contexto completo para perfeita compreensão dos julgadores.** [...] **13. É de se anotar, portanto, que, mesmo na hipótese de não se constatar a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do recorrente (paradigma integracionista), o laudo antropológico é importante na espécie vertente, pois, no caso em análise, o paciente será julgado pelo**

Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, órgão formado por julgadores leigos, que precisam ter os dados necessários para o perfeito entendimento do contexto no qual se deram os fatos a serem objeto de análise e conclusão sobre a conduta do réu e as circunstâncias nas quais se deu. Não é discussão, portanto, afeta apenas ao injusto praticado pelo réu, a sua compreensão do ilícito em que incorreu e que precisa ter a resposta jurídica adequada. A defesa insiste na produção do laudo para que o julgador tenha compreensão completa do quadro no qual se deu o injusto, sobre as qualificadoras, as condições culturais nas quais se desdobrou o quadro delituoso e se teria havido outras circunstâncias ou peculiaridades do réu a serem consideradas pelos julgadores. Foi encarecido pelas instâncias antecedentes a desnecessidade de se acolher o pleito da defesa ao argumento que a imputabilidade do réu estaria demonstrado. Mas o que se há de colocar em sua inteireza é o quadro na moldura fático-cultural para se enfatizar não apenas a imputabilidade e a responsabilização penal do réu, que não se afastam, mas os dados completos a serem considerados para a conclusão sobre a culpa ou dolo do réu. Questões fundamentais sobre as qualificadoras e como os indígenas da etnia do recorrente e da vítima observam o caso, a fim de manifestarem sua íntima convicção (perspectiva multiculturalista) são necessários à compreensão do cenário inteiro pelos jurados. [...] **14. O recorrente provavelmente será julgado por Conselho de Sentença formado por jurados não indígenas, mostrando-se, assim, fundamental os jurados saberem como os indígenas da etnia do recorrente e da vítima consideram os dados e os efeitos do caso. A realização da perícia antropológica não visa a retirar do recorrente a responsabilização judicial, mas entender o fato em análise também em sua moldura cultural específica, na qual o recorrente e a vítima estão inseridos, o que pode ser diferente, mais grave ou mais branda que na cultura não indígena. Também o laudo poderia demonstrar se o fato delituoso foi objeto de reação segundo a cultura do réu e da vítima e se a personalidade ou as consequências do crime para a comunidade na qual se tenha dado.** [...] Frise-se que, nos termos da denúncia, os fatos teriam ocorrido na “Aldeia Indígena Amambai”, o que reforça a necessidade da realização da perícia antropológica, para se ter conhecimento da perspectiva da etnia indígena do recorrente e da vítima, também indígena. **15. A negativa de realização da perícia antropológica, no caso em análise, afronta o § 2º do art. 5º da Constituição da República, pela não observância da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, norma com status supralegal e na qual se dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pela República Federativa do Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo n. 142/2002, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004 e consolidada no Decreto n. 10.088/2019, inc. LXXII do art. 2º, anexo LXXII.** [...] **Também não se pode deixar de realçar o disposto no art. 287 do Conselho Nacional de Justiça** [...] Assim, também em cumprimento às normas de direitos fundamentais assumidas pelo Brasil e pelas normas infraconstitucionais que dão concretude àqueles direitos da comunidade indígena, do réu e da segurança até mesmo da vítima, e da garantia de um julgamento justo, com o conhecimento, pelos jurados, da matriz cultural e da moldura sociológica de ambiência dos fatos, não se há desconhecer nem menosprezar a finalidade buscada, insistentemente, pela defesa para a produção do laudo antropológico que lhe foi negado. **16. Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário em habeas corpus e concedo a ordem para reconhecer o direito à perícia antropológica, essencial para o exercício do direito de defesa, a completar a fase instrutória, anulando-se a sentença de pronúncia e determinando**

a realização daquele ato. (RHC 199360/MS. Rel.Ministra Cármen Lúcia, julgado em 06/04/2021, DJe 20/04/2021 – grifos nossos)

Já no Recurso Especial 1270202/PR, a mesma relatora, Ministra Cármen Lúcia julgou parcialmente procedente o pedido do recorrente, no caso, assistido pela Funai e determinou a obrigatoriedade do regime de semiliberdade, previsto no art. 56 do Estatuto do Índio, como o único possível, em relação ao réu indígena. A decisão, proferida em 29/07/2020, não menciona a Resolução nº. 287/2019 do CNJ, contudo, está em consonância com o nela disposto no art. 10º:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSO PENAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. **CRIME PRATICADO POR INDÍGENA. INOBSERVÂNCIA DA CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: AFRONTA AO § 2º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO AO REGIME ESPECIAL DE SEMILIBERDADE.** PRECEDENTE. DOSIMETRIA: PEDIDO PREJUDICADO. REVISÃO DE CAUSA DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO: INC. LVII DO ART. 5º E ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 16. Pelo exposto, **considerando-se a definição legal de regime especial de semiliberdade (parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973) e o art. 10 da Convenção n. 169 da OIT)**, dou parcial provimento ao recurso extraordinário (art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) **para declarar a inaplicabilidade de regime diverso daquele especial de semiliberdade pela condição de indígena do paciente, sendo aquele o único regime possível de ser definido**, se for o caso de descumprimento da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, a ser decidido pelo juízo da execução penal (RE 1270202/PR. Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgamento: 29/07/2020, DJe 20/10/2020).

Conforme já mencionado, a Resolução nº. 287/2019 do CNJ em seu art. 7º preconiza que a responsabilização das pessoas indígenas deve considerar os mecanismos próprios a que pertença a pessoa acusada, mediante consulta prévia. Na breve pesquisa realizada, mas que, ressalte-se, não foi exaustiva, não encontramos casos em que o dispositivo foi aplicado. Em julgado do Tribunal de Justiça de Roraima, julgado em 27/10/2020, verifica-se a curiosa situação de que um réu, apesar de ser reconhecido como da “etnia macuxi”, não lhe foi reconhecido o direito de aplicação da “legislação indígena”, pois “alfabetizado e com registro de identidade”, havendo, no entanto, a informação de que foi produzido laudo antropológico comprovando que sua conduta ilícita “causou revolta na comunidade”. Ora, em

que pese não ser possível uma análise mais profunda dos autos, resta muito claro que, o magistrado, aplicou as regras legais sem entender sua finalidade e significado.

O reconhecimento da identidade indígena não pode ser um artifício descartado quando não convém ou quando não se enquadra na decisão que se almeja para o caso concreto. Uma vez autoidentificado como indígena e reconhecido pela comunidade, não há como afastar os dispositivos específicos aplicáveis. Ademais, no caso concreto, verifica-se que o laudo antropológico abriu portas no sentido de propiciar um diálogo intercultural: se a conduta causou “revolta na comunidade” é muito provável que ela mesma tenha seus métodos para reprimí-la. Nesse caso, por que não abrir espaço para aplicação do art. 7º, da Resolução? Salvo, é claro, em um contexto no qual a punição pudesse contrariar outros direitos fundamentais e humanos. Por que não assegurar a este povo o exercício de seus métodos de solução de conflitos? Este é o sentido do texto constitucional, das normas supraleais e da Resolução nº. 287/2019 do CNJ. Eis a ementa do caso:

APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO À PENA DE 12 (DOZE) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, PELO CRIME DO ART. 217-A C/C ART. 226, II E ART. 71, TODOS DO CP – APELANTE QUE MANTEVE RELAÇÕES SEXUAIS COM A IRMÃ, MENOR DE 12 ANOS DE IDADE – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE PENA RELATIVA À CONDIÇÃO DE INDÍGENA PREVISTA NO ART. 56, CAPUT, DO ESTATUTO DO ÍNDIO – IMPOSSIBILIDADE – APELANTE DA ETNIA MACUXI PERFEITAMENTE CONSCIENTE DA ILICITUDE DA SUA CONDUTA, QUE CAUSOU REVOLTA NA COMUNIDADE, CONFORME DISCORRE O LAUDO ANTROPOLÓGICO NOS EPS 1.9 E 1.10 – RECORRENTE ALFABETIZADO E COM REGISTRO DE IDENTIDADE, NÃO CABENDO A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INDÍGENA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. TJRR (ACr 0052760-12.2002.8.23.0010, Câmara Criminal, Rel. Des. JESUS NASCIMENTO, julgado em 27/10/2020, DJe: 07/12/2020)

No Habeas Corpus Criminal nº. 5005466-64.2020.4.03.0000¹³⁵, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o desembargador revogou a prisão preventiva decretada em primeira instância e aplicou ao caso medidas cautelares alternativas à prisão, em um caso envolvendo réu indígena da etnia Kaiowá, indiciado pela tentativa de assassinato de um segurança de uma fazenda da região, a qual é objeto de disputa de terras.

¹³⁵ Nota-se que, apesar de tratar de crime supostamente praticado por indígena, o caso estava em trâmite na Justiça Federal e não na Justiça Estadual, conforme o entendimento do STJ (Súmula no. 140).

Em primeira instância, foram afastadas quaisquer possibilidades de aplicação da legislação referente aos direitos indígenas, mesmo que a identidade do réu não tenha sido, - aparentemente - objeto de contestação, bem como a possibilidade de liberdade provisória, sob a seguinte fundamentação:

[...] Exsurge dos autos que o contexto no qual fora flagrado o custodiado é de instabilidade social. Os próprios condutores, vigilantes de empresa contratada por fazendeiros da região relatam, inclusive, que GERALDO VERA seria o indígena que efetuou disparo de arma de fogo contra o segurança VAGNER ANDRÉ em outra oportunidade (03/01/2020). Ademais, a gravidade em concreto da conduta perpetrada revela a personalidade voltada para a prática delitiva, já que é narrada uma situação de emboscada por parte daqueles que efetuaram a prisão, razão pela qual a sua liberdade implica num ‘periculum libertatis’. **Percebe-se que a sua segregação cautelar é uma necessidade para assegurar o império efetivo do Direito Penal, mantendo-se a tranquilidade social, principalmente para a comunidade indígena da Aldeia Bororó – local em que reside –, e o respeito na figura da Justiça (garantia da ordem pública).** Assim o é, pois, a sua colocação em liberdade poderá ocasionar um sem número de retaliações e vinganças privadas. [...] No caso em epígrafe, não se torna possível a decretação das medidas cautelares diferentes da prisão, uma vez que a preventiva é a única medida capaz de afastar eventual risco provocado pela liberdade do sujeito delitivo, como justificado pelos motivos acima expostos. **Quanto ao regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 do Estatuto do Índio (art. 10 da Res. 287/2019), inaplicável ao caso. Assim como, em que pese o art. 10 da Convenção nº 169 da OIT, que goza de status supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, determinar que se deve dar preferência a tipos de punição outros que o não encarceramento, o que, com mais razão, levaria à conclusão de que, se o encarceramento de indígenas é extremamente excepcional, mesmo havendo sentença condenatória transitada em julgado, ainda mais rara deveria ser a aplicação da prisão como medida cautelar, também não é passível de aplicação ante as circunstâncias do caso concreto. Isso, pois, medida diversa implicaria o seu retorno para o local aonde subjaz o conflito entre os indígenas e os fazendeiros do entorno.** E o retorno à sua morada implicaria estímulo a retaliações. E aplicação de medida cautelar de afastamento seria desalojá-lo por completo de moradia e alimentação (IP nº. 5000668-96.2020.4.03.6002, Juiz Federal Rubens Petrucci Junior, 1ª Vara Federal de Dourados, julgado em 05/03/2020).

A decisão do TRF-3, que acertadamente revogou as disposições acima elencadas, no entanto, em nenhum momento apontou como fundamento os direitos inerentes à pessoa indígena, mesmo que, como já apontado, não houvesse questionamentos acerca da identidade étnica do réu. Verifica-se que nem mesmo na ementa do caso é feito referência à tratar-se de caso envolvendo réu indígena.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 121C/C ARTIGO 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDA CAUTELAR. ORDEM

CONCEDIDA. **I.** Extrai-se dos autos, que o paciente GERALDO VERA foi preso em flagrante delito em 04/03/2020, num contexto de disputas por terras entre indígenas e proprietários rurais no Município de Dourados/MS, pela suposta prática do crime previsto no artigo 121c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. **II.** A prisão em flagrante foi realizada por seguranças particulares da fazenda de propriedade de Cláudio Iguna, que se localiza nas imediações da Perimetral Norte do Município de Dourados/MS. **III.** Após manifestação do Ministério Público Federal pela decretação da prisão preventiva, o MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Dourados/MS em audiência de custódia homologou e converteu a prisão em flagrante em preventiva. **IV.** A Defensoria Pública da União argumentou que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pela inexistência dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, autorizadores da prisão preventiva, de forma que a concessão da liberdade não representará qualquer risco a garantia da ordem pública. **V.** Observo que os argumentos utilizados pelo MM. Juízo a quo não são aptos a justificar a manutenção da preventiva, uma vez que a decisão ora impugnada se serviu de meras conjecturas a respeito de que o paciente poderia voltar a delinquir ou de que a manutenção de sua custódia visaria sua própria segurança, ante o contexto de conflitos de terra. **VI.** Assim, considerando as circunstâncias do fato e as condições pessoais do paciente, vislumbro a possibilidade de adoção de medidas cautelares alternativas, as quais se mostram suficientes para assegurar a garantia da ordem pública. **VII.** Nestes autos, há comprovação de que o paciente GERALDO VERA é integrante do povo indígena Kaiowá possui residência fixa na Reserva Indígena de Dourados (Aldeia Bororó – Casa 507), e que, anteriormente à prisão em flagrante, se dedicava a atividade lícita de agricultura (venda de mandioca), conforme documentos constantes do ID 126830255 - Pág. 17/18 e ID 126308728 - Pág. 1/6, havendo, portanto, demonstração suficiente de vínculo com o distrito da culpa, o que corrobora, por conseguinte, a suficiência e adequação das medidas cautelares. **VIII.** Ordem concedida (HCCrim. nº 5005466-64.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI, 11ª Turma, julgado em 05/06/2020, DJe 09/06/2020).

Deste modo, em que pese a decisão ter sido embasada em sólidos argumentos, especialmente, em relação aos critérios que devem ensejar a manutenção excepcional de medidas de encarceramento (e, especialmente, por afastar o uso do direito penal como instrumento para penalizar duplamente um indivíduo, em razão da incapacidade estatal de fornecer paz social e a solução aos conflitos agrários que tanto assolam a região), ela, mais uma vez, invisibilizou o indígena e negou-lhe o reconhecimento de direitos específicos, tal como a referência expressa à medidas alternativas ao encarceramento (art. 8º e art. 9º da Res. nº. 287/2019) e ao regime de semiliberdade (art. 10º, da Res. nº. 287/2019). Deste modo, sendo papel do Judiciário também o fortalecimento dos direitos legalmente reconhecidos, mostra-se temerário quando ele, tendo a oportunidade, não o faz.

Por fim, apenas pontua-se que, surpreendentemente, não foram encontradas novas decisões paradigmáticas no sentido de efetivar por meio do diálogo intercultural, a prevalência

dos direitos assegurados aos indígenas, a exemplos das duas abordados no capítulo anterior. No entanto, mais um vez reforçamos que a busca pelos julgados não foi exaustiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do tratamento conferido aos indígenas quando processados na esfera penal nos permitiu verificar que, apesar dos avanços normativos referente ao tema, a *práxis*, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, revela uma realidade alheia a tal arcabouço e presa, ainda, a paradigmas já superados.

Em que pesem os direitos reconhecidos no plano internacional e no plano interno, notadamente, a partir da Constituição Federal de 1988, por meio da qual a política assimilacionista do estado brasileiro foi superada, os indígenas ainda não conseguem exercer livremente seu direito a viver de acordo com sua organização social, costumes e tradições. Ou seja, ainda lhes é negado, no plano prático, o direito de serem indígenas.

No âmbito internacional, a Convenção 169 da OIT, internalizada em nosso ordenamento, dentre outros aspectos, abarca o importante critério da autoidentificação, o qual, como pontuamos em diversas oportunidades, é essencial não apenas por ser um direito em si, mas também por ser a porta de acesso aos demais direitos aplicáveis. Afinal, como pondera Manuela Carneiro da Cunha, “se não há índios, tampouco há direitos¹³⁶”. Deste modo, as reiteradas decisões judiciais ao repetidamente negarem ao indígena a sua identidade, negam-lhe o direito de ser indígena e, por conseguinte, a outras garantias fundamentais.

A autoidentificação requer apenas que o indivíduo, ao mesmo tempo que se reconhece como indígena, seja reconhecido como tal por determinada comunidade indígena. Nesse sentido, o olhar de quem define judicialmente quem é ou não indígena e, portanto, quem tem ou não acesso aos direitos específicos, demonstra o quão distante nossa prática judicial está da efetivação de um diálogo intercultural e dos valores protegidos em nosso ordenamento jurídico. Falar português, possuir documentos e partilhar da cultura do homem branco são os indícios buscados pelos magistrados para definir quem pode ou não reivindicar a identidade indígena. Uma visão não só equivocada, mas também em nítida contradição com as determinações legais. Qualquer referência ao “grau de integração” do indígena, para fins

¹³⁶ CUNHA, 2012; p. 129.

determinar sua identidade, não demonstra uma aplicação equivocada do direito posto, mas também uma visão colonialista.

Diante de tais falhas é que podemos entender o surgimento da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça e dos procedimentos que ela busca disciplinar e pautar como de observância necessária por parte de todos os tribunais brasileiros. Longe de trazer grandes inovações jurídicas, o que a Resolução faz, na verdade, é elencar os principais direitos reconhecidos aos indígenas e que possuem implicações e aplicações diretas em casos penais. O direito à autoidentificação, à consulta, a elaboração do laudo antropológico e a presença de intérprete em todos os atos processuais, são apenas alguns exemplos.

Deste modo, a referida Resolução pode ser entendida como a tentativa de indução de uma nova postura institucional, postura esta, em consonância com nosso ordenamento jurídico. Apontou-se que este não foi o primeiro esforço do CNJ nesse sentido, havendo outros casos em que o órgão buscou atuar na uniformização de procedimentos e promoção de condutas. Entretanto, ainda não é possível afirmar que, passados um pouco mais de dois anos da publicação da referida Resolução, tenha ocorrido uma alteração substancial na fundamentação dos julgados (ou seja, que a magistratura tenha adotado uma nova postura em relação a tais casos).

Na verdade, nesses primeiros anos, percebe-se que o principal desdobramento da Resolução foi a promoção do debate acerca da temática dos direitos indígenas e, por conseguinte, de uma maior visibilidade para o problema e para os caminhos possíveis para solução. Considerando que uma das principais falhas verificadas nas decisões judiciais, diz respeito à predominância de uma postura etnocêntrica e retrógrada em sua fundamentação, torna-se importante fomentar o contato dos magistrados com outras áreas do conhecimento e perspectivas, afinal, o que falta não é necessariamente o conhecimento da leis, mas sim uma interpretação apropriada das mesmas, tarefa muitas vezes incompatível com o olhar do monismo jurídico estatal predominante em nossos tribunais e com os preconceitos que ainda imperam na sociedade brasileira (e em relação aos quais os membros da magistratura não estão isentos).

É preciso, após séculos de invisibilidade e de violações, que os povos indígenas possam usufruir dos direitos por eles conquistados, mesmo que tal gozo ainda se dê sob os limites estipulados pela jurisdição estatal, uma vez que, em nosso ordenamento, não houve o

reconhecimento explícito da jurisdição indígena, o que, no entanto, não impede a tentativa de tornar efetivo um diálogo intercultural, uma vez que vivemos em um país etnicamente diversificado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Bruno Rotta; SALLET, Bruna Hoisler. Justiça criminal e direitos indígenas: potencialidades da Resolução 287/2019 do CNJ para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal brasileiro. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, 2021, p. 1-19. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/download/1461/670>>.
- ARAÚJO JUNIOR, Júlio José. A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista? In. CUNHA, M. C. da; BARBOSA, S. R. (orgs). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 175-236.
- BANIWA, Gersem. Autonomia indígena no Brasil: desafios e possibilidades. In. DUPRAT, D. (org). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015, p. 117-138.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23ª edição, rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2017.
- CABRAL JUNIOR, Luciano Roberto Gulari; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Cidadania indígena e pluralismo jurídico: crítica ao Estatuto do Índio. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, nº. 2, p. 123-148, maio/ago. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i2.1024>>. Acesso em 02 abril 2021.
- CARVALHO, Isadora Chaves. **A culpabilidade do indígena e o erro culturalmente condicionado**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69164/a-culpabilidade-do-indigena-e-o-erro-culturalmente-condicionado>> . Acesso em 13/09/2021.
- CNJ - 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. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.
- CNJ – 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: CNJ, 2019.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direito e cidadania**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Claro Enigma, 2012.
- ITTC. **O tratamento penal dado ao indígena pelo PLS 236/12**. 2013. Disponível em: <<http://itc.org.br/wp-content/uploads/2011/07/Indigenas.pdf>>, acesso em 10/10/2020.
- JUCÁ, Felipe Pereira. **Justiça e povos indígenas: análise crítica de processos criminais aplicados em São Gabriel da Cachoeira/Amazonas**. 2019. 105 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/7153>, acesso em 10/10/2020
- JUCÁ, Felipe Pereira. **O contato entre sistema penal e indígenas em São Gabriel da Cachoeira/AM**. In. Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 132-157.

KRÜGER, Rennan Thamay Farias. FREITAS, Flávio Henrique Albuquerque de. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão limitador da atividade jurisdicional – da regulação à limitação da independência do juiz brasileiro. In. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, vol. 15, nº. 1, jan./abr. 2021. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.15_n.1.08.pdf>. Acesso em 08/10/2021

MARQUES, Pâmela Marconatto. O Direito Internacional dos Povos Indígenas: ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Vol. 12, nº98, p. 515-539, Out 2010/Jan 2011. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/187/176>>. Acesso em 07/09/2021.

MELO, Evelyne dos Santos; MATOS, Givaldo Mauro de. A criminalização e penalização de indígenas no estado do Mato Grosso do Sul. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, vol. 19, n. 38, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_atual/artigos/artigo01.php>. Acesso em 01/11/2020.

MELO, Evelyne dos Santos. **Os reflexos da Resolução nº 287 do Conselho Nacional de Justiça no contexto da criminalização e penalização de pessoas indígenas**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89046/os-reflexos-da-resolucao-n-287-do-conselho-nacional-de-justica-no-contexto-da-criminalizacao-e-penalizacao-de-pessoas-indigenas>>. Acesso em 10/07/2021.

MENDES, Neyla Ferreira. A etnofobia no sistema penal: os indígenas presos em Mato Grosso do Sul. In. **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 189-214

MENDES, Karla; ALMEIDA, Marco Antonio Delfino de Almeida. Super-representação dos Kaiowá e Guarani no sistema penitenciário: um pedaço da Austrália em Mato Grosso do Sul. In. **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 158-214.

NOLAN, Michael Mary. BALBUGLIO, Michael Mary. “Se não há índios, tampouco há direitos”: uma análise de dados sobre pessoas indígenas em situação de prisão no Brasil a partir do uso dos mecanismos da Lei de Acesso à Informação. In. AMADO, L. H. E. (org). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 237-256.

OIT. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. 5.ed. Brasília: OIT, 2011.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Panorama do tratamento penal dos povos indígenas no Brasil. In. AMADO, L. H. E. (org). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 237-256.

OLIVEIRA, Tayran Valiente Dias de., TENÓRIO, LÍlian Raquel Ricci. Encarceramento indígena no Mato Grosso do Sul: uma análise antropológica e jurídica. In. AMADO, L. H. E. (org). **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 215-236.

SANTIAGO, Brunna Rabelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. A realidade das mulheres indígenas encarceradas no Brasil: a língua não falada pela justiça criminal. In. **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 115-131.

SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Pluralismo jurídico e direito indígena no Brasil. In. WOLKMER, A. C. et al. **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263-298.

SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil**. 2015. 242 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18728>> (acesso em 25/07/2021).

SILVA, Tédney Moreira da. A necessidade de perícia antropológica de indígena do processo penal. In. **Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 9-27.

SILVEIRA, Edson Damas da.; CAMARGO, Serguei Aily Franco de Camargo. Jurisdição Indígena e o afastamento do direito de punir do Estado brasileiro: nota a respeito de um precedente amazônico. In. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 17-34, jan/mar 2017.

SOUZA FILHO, C. F. Marés de. O Direito Envergonhado (o Direito e os Índios no Brasil). **Revista IIDH**, vol. 15, 1992. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r06852-5.pdf>> (acesso em 12/09/2021).

TONET, Fernando; SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. O paradigma latino-americano da jurisdição indígena e o panorama brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v.5, nº. 1, p. 41-53, maio, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v5i1.3338>>. Acesso em 30 setembro 2020.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 111, p. 339-379, jan./dez. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>> . Acesso em 30 setembro 2020.

WAGNER, Daize Fernanda. **Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 123-147, jan./abr. 2018. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/74844>>. Acesso em 30/10/2020.

WAGNER, Daize Fernanda. **Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>>. Acesso em 25/06/2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In. WOLKMER, A. C. et al. **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37-50.

Bibliografia Levantada

FERRAZZO, Débora. e LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. In: **Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro**, Vol. 08 N. 04, 2017, p. 2629-2657. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/24649>, acesso em 30/09/2020.

HILGERT, Caroline Dias e NOLAN, Michael Mary. **Indígenas em conflito com a lei: a criminalização dos povos indígenas no Brasil através do judiciário**. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2016/08/indigenas-em-conflito-com-a-lei1.pdf>, acesso em 10/10/2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº. 48, junho, 1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF, acesso em 10/10/2020

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

REZENDE, Guilherme Madi. **Critérios para o tratamento jurídico-penal do índio**. 2005. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005

SILVEIRA, Edson Damas da.; CAMARGO, Serguei Aily Franco de Camargo. Jurisdição Indígena e o afastamento do direito de punir do Estado brasileiro: nota a respeito de um precedente amazônico. In. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 17-34, jan/mar 2017.