

DIREITO
V.9 • N.2 • 2023 - Fluxo Contínuo

ISSN Digital: 2316-381X
ISSN Impresso: 2316-3321
DOI: 10.17564/2316-381X.2023v9n2p392-412



EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL, ACESSO À JUSTIÇA E DIGNIDADE HUMANA: REFLEXÕES À LUZ DA RESOLUÇÃO CNJ Nº 287/2019

CONSTITUTIONAL EFFECTIVENESS, ACCESS TO JUSTICE AND
HUMAN DIGNITY: REFLECTIONS IN THE LIGHT OF CNJ RESOLUTION
NO. 287/2019

EFICACIA CONSTITUCIONAL, ACCESO A LA JUSTICIA Y DIGNIDAD
HUMANA: REFLEXIONES A LA LUZ DE LA RESOLUCIÓN
CNJ Nº 287/2019

Antonio Hilario Aguilera Urquiza¹
Marco Antônio Rodrigues²
Wilson Alves de Souza³

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo trazer uma reflexão acerca da Resolução CNJ nº 287/2019 e sua aplicação aos cidadãos indígenas envolvidos em processos penais, assegurando a essas pessoas o direito ao laudo antropológico. Há ocasiões em que o indígena tem dificuldade para compreender os termos jurídicos durante a audiência ou na fase de instrução, não entendendo plenamente os termos e as disposições que o levaram a sofrer medida restritiva de direitos ou de sua liberdade. Diante disso, foi editada uma resolução pelo CNJ a fim de ampliar os direitos consagrados na Constituição, possibilitando a assistência de um/a antropólogo/a e garantindo, assim, um processo mais justo quando se trata de pessoa indígena. A pesquisa permite concluir que o laudo antropológico contribui para a efetividade do art. 231 da CRFB/88. Por meio da pesquisa exploratória, buscando compreender os povos indígenas em seus múltiplos aspectos, o artigo buscará alcançar seus objetivos.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à Justiça; Constituição Federal de 1988; Laudo Antropológico; Resolução CNJ nº 287/2019.

ABSTRACT

The aim of this article is to reflect on CNJ Resolution 287/2019 and its application to indigenous citizens involved in criminal proceedings, ensuring that these people have the right to an anthropological report. There are occasions when indigenous people find it difficult to understand legal terms during the hearing or pre-trial phase, not fully understanding the terms and provisions that led them to suffer a restrictive measure of rights or their freedom. In view of this, a resolution was issued by the CNJ in order to extend the rights enshrined in the Constitution, enabling the assistance of an anthropologist and thus guaranteeing a fairer process when it comes to indigenous people. The research allows us to conclude that the anthropological report contributes to the effectiveness of Article 231 of the CRFB/88. Through exploratory research, seeking to understand indigenous peoples in their multiple aspects, the article will seek to achieve its objectives.

KEYWORDS

Access to Justice; Federal Constitution of 1988; Anthropological Report; CNJ Resolution No. 287/2019.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es reflexionar sobre la Resolución 287/2019 de la CNJ y su aplicación a los ciudadanos indígenas involucrados en procesos penales, garantizándoles el derecho a un informe antropológico. Existen ocasiones en que los indígenas encuentran dificultades para comprender los términos jurídicos durante la audiencia o la etapa de instrucción, no comprendiendo cabalmente los términos y disposiciones que los llevaron a sufrir una medida restrictiva de derechos o de su libertad. En vista de ello, el CNJ emitió una resolución para ampliar los derechos consagrados en la Constitución, permitiendo la asistencia de un antropólogo y garantizando así un proceso más justo cuando se trata de indígenas. La investigación concluye que el informe antropológico contribuye a la efectividad del artículo 231 de la Constitución. A través de una investigación exploratoria, buscando comprender a los pueblos indígenas en sus múltiples aspectos, el artículo buscará alcanzar sus objetivos.

PALABRAS CLAVE

Acceso a la Justicia; Constitución Federal de 1988; Informe Antropológico; Resolución CNJ n° 287/2019

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo trazer uma reflexão acerca da efetividade do art. 231 da Constituição Federal à luz da aplicação da Resolução Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 287/2019, voltada à garantia de direitos aos cidadãos indígenas encarcerados, ou que se encontram envolvidos em processos na esfera penal, assegurando a essas pessoas o direito à intérprete e laudo antropológico devido às suas especificidades culturais, com vistas a uma decisão mais justa e equitativa.

É importante lançar luzes sobre a relação de sentido assimétrica entre os discursos, do antropólogo e do nativo, acrescentando-se a esses o discurso do jurista. Diante desse fato, é de fundamental importância saber que o conhecimento antropológico traduz uma relação social que propõe reivindicar uma igualdade ativa, ou em direito, da legitimidade entre os discursos, dentre as relações em que ocorrem (Viveiros de Castro, 2002).

Em algumas ocasiões, o cidadão indígena se vê em dificuldade quanto ao entendimento dos termos jurídicos que lhe são trazidos durante uma audiência, inquérito ou mesmo uma simples entrevista com a autoridade policial ou judiciária, não conseguindo compreender plenamente os termos e as disposições legais que o levaram ao encarceramento ou qualquer outra medida restritiva ou limitadora de direitos. Diante desse problema, foi editada pelo Conselho Nacional de Justiça a Resolução nº 287, a fim de ampliar os direitos consagrados no art. 231 da Constituição Federal, de forma que essa população possa ser assistida por profissionais que compreendam as especificidades dos povos indígenas, garantindo um trâmite processual justo e equânime.

Se o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pode ocorrer de forma ampla e abrangente, não só a partir do acesso às instituições que integram o judiciário em uma perspectiva formal, mas além delas, por meio de uma dimensão substantiva, na qual são considerados aspectos sobre a compreensão, o pensamento e a percepção das pessoas (Lima *et al.*, 2022), seja em territórios tradicionais como em aldeias em contexto urbano, o indígena não perde sua identidade por residir em área urbana e estar interagindo com a sociedade não indígena.

Nesse contexto, põe-se o seguinte problema: nos processos criminais que envolvem indígenas, como se deve considerar juridicamente o laudo pericial antropológico à luz do art. 231, da Constituição brasileira, da Resolução CNJ nº 287/2019 e da necessidade de um processo justo?

Como justificativa e fundamentação teórica, constata-se que desde a promulgação da Constituição de 1988, estabeleceu-se um profícuo debate entre a antropologia e o direito a partir do qual toda uma literatura foi construída (Leite, 2005), com o objetivo central de gerar subsídios consistentes na defesa dos direitos constitucionais das minorias socioculturais, tanto de indivíduos como de grupos sociais. Dessa forma, a atividade pericial em antropologia tem por finalidade subsidiar, por meio da produção de conhecimento especializado, a formação da convicção dos responsáveis pela garantia do cumprimento da lei, neste caso, no âmbito judicial, de modo que a importância deste trabalho está na sua capacidade de revelar, por meio da etnografia, os fundamentos necessários à consolidação de direitos coletivos sociais, culturais e étnicos (Amorim *et al.*, 2014).

A partir do tema proposto, o presente trabalho irá analisar, na segunda seção, algumas peculiaridades relativas aos povos indígenas à luz do artigo nº 231 da Constituição Federal de 1988, da antropologia e do pluralismo jurídico.

Na terceira seção do trabalho serão abordados os aspectos constitucionais relacionados ao acesso à justiça e o princípio da dignidade humana.

Na quarta seção, o artigo irá analisar a Carta de Ponta das Canas e sua influência na Resolução CNJ nº 287/2019.

E pela metodologia de pesquisa do tipo exploratória, buscar-se-á compreender o problema pesquisado por meio de uma perspectiva multidisciplinar que permita associar sem identificar ou reduzir, dentro de um princípio dialógico entre direito e antropologia (Severino, 2007, p. 123).

2 PONDERAÇÕES JURÍDICO-ANTROPOLÓGICAS À LUZ DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Se o sistema político brasileiro não foi dotado de amplitude suficiente para agregar em torno de si todas as nuances e diferenças presentes na sociedade, inclusive as regras e costumes pertencentes a determinados estratos sociais, essas omissões passam despercebidas através da lei positivada pelo Estado.

Em outra visão, é importante compreender o fenômeno da recepção em um sentido global, que abranja os planos social, político e cultural. Nesse entendimento, a recepção de elementos culturais que um povo não produziu por si mesmo não é senão uma das muitas formas de manifestação das constantes transferências culturais em que se baseia a civilização humana em seu sentido de continuidade (Wieacker, 1967. p. 130).

No âmbito brasileiro, o sentido literal da palavra recepção acabou por sugerir um equívoco, pois se acreditava que o direito da Metrópole poderia ser adotado sem ser assimilado e, portanto, modificado e adequado aos moldes da sociedade que então se formava. E a base disso se deu na opinião simplificadora de que o direito é comparado a um objeto material que se possa tocar, transmitir e receber, à medida que se constitui em uma integração de camadas altamente emaranhadas, complexas e mutáveis, sedimentada em uma gama de processos de caráter histórico, social, intelectual e psicológico, o positivismo do século XIX entendia a ordem jurídica apenas como um mero conjunto de normas (Wieacker, 1967, p. 133).

Nessa linha, havia uma concepção romântica e nacionalista que sugeriu e alimentou na consciência geral do povo o sentido de homogeneidade, dando a entender que a sociedade brasileira havia assimilado o direito nascente com algo de seu, esquecendo-se de que a adoção de elementos culturais e jurídicos alheios por um povo acaba por aniquilar sua identidade como comunidade jurídica receptora, neste caso concebida como sujeito e não como objeto da atitude ativa ou passiva diante do panorama que se apresentava.

O direito positivo e a mentalidade jurídica nacional seguiram um modelo pautado na exclusão das massas e, dessa forma, o direito consuetudinário, baseado nas práticas e costumes milenares dos po-

vos originários, foi desconsiderado, o que corrobora o entendimento que levou a muitas informações desconstruídas, superficiais e, às vezes, preconceituosas acerca dos povos indígenas, decorrentes da relação assimétrica entre esses povos e o Estado.

Os povos indígenas apresentam várias características socioculturais comuns resultantes de uma tradição milenar, e uma delas é a territorialidade. As terras indígenas demarcadas, ou reconquistadas nos últimos 30 anos, são uma extensão de suas aldeias, geralmente próximas às fazendas⁴, apresentando alto índice de tensão em relação aos produtores rurais, registrando-se conflitos devido às tentativas de retomada de seus antigos e tradicionais *tekoha*⁵, e a cosmologia que os liga aos seus territórios mantém uma vinculação baseada na espiritualidade e em uma visão de mundo que extrapola os limites impostos pelas fronteiras demarcadas pelo Estado e pela propriedade privada.

Na concepção dos povos indígenas o território é contínuo, ou seja, sem barreiras físicas, construído a partir de regras de parentesco e de alianças políticas que permitem à família extensa a livre escolha (Mura, 2006, p. 131). Partindo dessa visão, pode-se afirmar que, na ótica dos povos indígenas, não existem as fronteiras nacionais, ou seja, é inconcebível que um território tradicional seja dividido, principalmente porque é um povo que tem em sua tradição cultural a prática do *Oguata*⁶ e, com a imposição das fronteiras pelos Estados nacionais, a sua liberdade de ir e vir dentro do seu *tekoha guasu* foi restringida, embora já existisse há centenas de anos, antes mesmo da criação da instituição Estado (Cavararo Rodrigues, 2019, p. 47).

Nessa lógica, a propriedade indígena é formada a partir das memórias desses povos, tendo como substrato a questão territorial, com o qual eles mantêm a sua vinculação resultante de fatores como as relações de parentesco e a ancestralidade, de forma similar aos nacionais de um Estado, representativos de uma coletividade (Cavararo Rodrigues, 2019, p. 77).

Diante da dificuldade gerada quando se define território em função de sua dimensão cultural e material, há que se considerar que a sua dimensão cultural estará alinhada à sua cosmografia, integrada pelo seu saber coletivo, incluindo seu regime de propriedade, os vínculos afetivos estabelecidos e a memória coletiva da história de sua ocupação, juntamente com seu uso social e suas formas de defesa (Cavalcante, 2016, p. 29).

O Direito não pode estar restrito à mera aplicação da lei positivada, mas deve ser construído com base nos fatos sociais e históricos, por meio da recepção das transformações resultantes dos anseios sociais, econômicos e políticos que caracterizam os múltiplos aspectos da sociedade contemporânea (Costa, 2013).

Se a Constituição de 1988 reconfigurou, em larga medida, a noção de indivíduo, ao recuperar, para o direito, os espaços de pertencimento (Duprat; Deborah, 2006), suas disposições e as da Declaração

4 Acerca dessa constatação, é importante destacar que os indígenas foram expulsos de suas terras tradicionais, sendo algo que se assemelha ao esbulho, por isso suas terras estão em áreas próximas às fazendas.

5 Na cosmologia dos povos indígenas, significa terra sem males, ou local para bem viver. Cabe destacar que o conceito de território é significativo para os povos originários, sendo um dos princípios nucleares de toda a sua cultura e modo de vida. Segundo Levi Marques Pereira, o *tekoha* se compõe de coletivos formados por redes de parentelas, cimentadas por casamentos e alianças políticas de seus membros.

6 Caminhada ou mobilidade dos indígenas ao longo do que consideram grande território, denominado *tekoha guasu*.

da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2008), embora formalmente assegurados, não alcançaram o necessário grau de eficácia em vista das limitações impostas pelo próprio texto legal. Conquanto pareça óbvio, o problema analisado vai muito além do que se poderia imaginar, devido à complexidade dessa questão, uma vez que o artigo 231 da Constituição Federal prevê que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União Federal demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

À luz da doutrina de formação do Estado, o estrangeiro e o *diferente* são vistos e entendidos como o *outro*, e essa percepção acaba determinando o grau de pertencimento desses grupos em relação à ordem estabelecida ou imposta, e os conceitos de liberdade, igualdade e pluralismo não se compatibilizaram com o de universalidade, porque a doutrina universalista converge necessariamente para um modelo de partido único, ou de poder soberano e centralizado, característicos da cultura estatal.

Porém, se o direito é um fato social e cultural, e a teoria antropológica é uma de suas bases fundamentais, é importante levar-se em conta em ambos os aspectos quando da elaboração da norma, sendo uma realidade que não pode ser negada sob penas de se produzir situações de exclusão, violência social e conflitos.

A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas distintas que definem, ou não, relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado (Wolkmer, 2009, p. 193.).

Muitas pesquisas já foram realizadas sobre a questão do pluralismo jurídico e das jurisdições indígenas. Mesmo assim, é possível constatar que os sistemas jurídicos desses povos permanecem desconhecidos e invisibilizados aos olhos da grande maioria. Existem ainda muitas dúvidas sobre as especificidades das jurisdições indígenas e isso acaba por dificultar sua compreensão e uma abertura para o diálogo com as culturas jurídicas ocidentais. No Brasil, são raros os estudos sobre essa temática o que reforça ainda mais uma série de preconceitos e leituras discriminatórias por parte dos juízes, advogados e sociedade em geral (Moreira *apud* Oliveira; Castilho, 2019, p. 44.).

Coube ao Estado elaborar normas e estabelecer leis e o direito a fim de regular a vida em sociedade, e o poder constituinte originário consagrou um capítulo aos indígenas na Constituição Federal, porém muitas questões subjacentes ficaram de fora do texto constitucional, gerando incertezas e insegurança, sendo de vital importância um olhar sobre todo o paradigma jurídico-normativo existente, com vistas ao bem-estar e à plena garantia de direitos dessas populações; e foi nessa lógica que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 287/2019.

O respeito aos direitos culturais encartados no caput do art. 231 da Constituição de 1988 de nada adianta se for mantida a atávica concepção do Estatuto do Índio de que a cultura dos povos indígenas deve ser integrada e incorporada à sociedade dominante (Friedrich; Leite, 2019, p. 19).

E o reconhecimento cultural se torna efetivo quando o Estado, ao desenvolver e implementar políticas públicas, leva em consideração a necessidade de proteção desses valores, e um dos óbices para que não se reconheçam os direitos dos indígenas é porque, em grande parte, estão fundamentados no costume e em regras consagradas no direito consuetudinário.

O direito positivo e a mentalidade jurídica nacional seguiram um modelo pautado na exclusão das massas e, dessa forma, o direito consuetudinário, baseado nas práticas e costumes milenares dos povos originários, foi desconsiderado, conforme ressaltam Aguilera Urquiza e Prado, levando a muitas informações desencontradas, superficiais e, às vezes, preconceituosas acerca dos povos indígenas, decorrentes da relação assimétrica entre esses povos e o Estado (Aguilera Urquiza; Prado, 2016).

As ambiguidades existentes na norma positivada, em sua essência, acabam por criar verdadeiros estados de desvalor constitucional e, em decorrência disso, é necessário analisar os fatores que contribuíram para essa situação, para se buscar maior concretude e segurança jurídica aos povos indígenas no tocante à sua cultura, historicamente construída e disposta de forma particular através da agência das gerações passadas que deram origem a esse grupo social.

Pertencer a uma comunidade significa partilhar um mesmo conjunto de memórias do passado que enfatizam as ações do ancestral fundador do grupo social, e a Constituição Federal de 1988 dispôs que os povos indígenas poderiam buscar e ressignificar seus direitos originários como cidadãos etnicamente diferenciados mostrando a possibilidade de existência de um Estado pluriétnico.

Nesse panorama, é imperioso levar informações aos indígenas acerca dos direitos a eles assegurados, por meio da presença de um intérprete em todas as etapas do processo penal, uma vez que o art. 5º garante esse direito caso haja dúvida quanto ao domínio e entendimento do *vernáculo* ou dos termos previstos na lei, podendo ser requerido pela defesa, pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) ou pela pessoa interessada, juntamente com a elaboração de laudo antropológico que possa subsidiar ao processo sobre as circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas da pessoa acusada acerca dos usos, costumes e tradições da comunidade à qual se vincula, levando-se em conta o entendimento da comunidade indígena em relação à conduta típica, além dos mecanismos próprios de julgamento e punição adotados para os seus membros.

3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Aqui, é importante estabelecer uma premissa sobre o conceito de acesso à justiça, no sentido mais amplo possível. Nesse ponto, como diz Wilson Alves de Souza, “se é indispensável a porta de entrada, igualmente é que exista a porta de saída”. Isso equivale, na realidade, à exigência de um devido processo legal, provido, vai do direito a um eficiente defensor postulante até uma decisão fundamentada, justa e eficaz, passando, no meio do caminho, por isso mesmo pelas garantias de “contraditório, ampla defesa, produção de provas obtidas por meios lícito, ciência dos atos processuais, julgamento em tempo razoável” (Souza, 2011, p. 26).

Essa premissa é, pois, fundamental para que nos contextos das provas lícitas e da ampla defesa, não há acesso ao indígena quando se verifica num processo estatal em ele envolvido não se garante, desde o início, intérprete e laudo antropológico, conforme adiante melhor será esclarecido.

A Constituição Federal de 1988 dispôs que os povos indígenas poderiam buscar e valorizar seus direitos originários como cidadãos etnicamente diferenciados, porém a letra da Constituição não garantiu de forma plena, até o momento, a inclusão em um processo de participação nas políticas públicas de desenvolvimento que permitam a essas comunidades viver com dignidade.

O conceito de interculturalidade, quando parte da premissa de que todas as culturas possuem concepções diferentes de dignidade humana, bem como de que todas elas são incompletas quanto a esse conceito, permite o estabelecimento de um diálogo entre as diferentes sociedades acerca da dignidade humana, possibilitando a formação de uma cultura mista de direitos humanos, a qual, ao invés de recorrer a falsos universalismos, se organiza em uma amplitude de sentidos locais (Calixto; Carvalho, 2017).

Nesse mister, a dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, sendo mencionada em incontáveis documentos internacionais, constituições, leis e decisões judiciais, impondo-se como o mínimo fundamental de direito que a pessoa humana possui e sendo o núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, assim como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de todo um sistema constitucional (Barroso, 2018).

Paralelamente a essa visão, a assistência judiciária aos pobres é o pontapé inicial, posto que sem o acompanhamento de um advogado não era possível compreender as leis, os procedimentos judiciais, ou mesmo ajuizar uma causa. A defensoria pública, a assistência jurídica gratuita e a nomeação de advogado dativo corroboram a necessidade de proteção ao hipossuficiente (Conpedi, 2015.).

A Constituição de 1988, ao consagrar acesso à justiça em seu artigo 5º, inciso XXXV, colocou a dignidade humana como uma síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta de direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais (Bobbio, 1992, p. 28).

Infelizmente, existem entraves à democratização do acesso à justiça no Brasil, tais como a deficiência estrutural das defensorias públicas; a variabilidade das custas judiciais; a necessidade de estruturação de assessorias jurídicas universitárias populares e de capacitação jurídica de líderes comunitários (Santos, 2011, p. 49).

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade como paradigma do Estado de Direito, tanto no plano formal quanto material. Ainda acerca da igualdade, trata-se de um princípio do Estado de Direito e de justiça social, assumindo relevo enquanto vetor isonômico de oportunidades e de condições reais de vida (Canotilho, 2003, p. 430).

Ainda nesse ponto, é preciso ter em consideração que o princípio da igualdade tem relação direta com a necessidade de tratamento jurídico discriminador positivo em favor dos povos tradicionais que sofreram e continuam a sofrer afronta e violação constante dos seus direitos, impondo-se ao sistema judicial exercer o papel que lhe cabe na proteção dos direitos dessas populações de forma efetiva, inclusiva, sem discriminações negativas. Assim, fundamental é, como apontam Wilson Alves de Souza e Daniela Vieira de Melo, aplicar o princípio da igualdade em consonância com a teoria da igual proteção, objetivando-se “garantir a eliminação das iniquidades históricas praticadas contra os grupos vulneráveis politicamente (não dominância) e que eles tenham seus direitos garantidos no seio do Estado, sobretudo através da atuação do Judiciário” (Souza, 2022, p. 49).

Por outro lado, a discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar (Santos, 2013, p. 209).

Nessa visão, aponta-se que a ideia de justiça passa a ser definida em função das inúmeras experiências das pessoas envolvidas, e o problema do acesso à justiça passa a ser analisado a partir dos processos internos das sociedades. O acesso à justiça não acontece apenas pelas instituições formais do sistema, os órgãos judiciais e procedimentos legais, mas pela ótica e experiência do jurisdicionado. A sua experiência pode ser muito mais significativa e determinante de um nível desejado de justiça do que o mais apurado, técnico e perfeito desenho de lei ou procedimento judicial (Alves da Silva, 2018, p. 71).

De fato, tal discussão gira em torno da desfiguração dos indivíduos encarcerados e como, em meio a um contexto narrativo que se nutre da indiferença, o preso é distanciado dos direitos mais básicos e da própria dignidade humana.

Além disso, há a visão estigmatizante e reducionista que a sociedade lança sobre este grupo social e pensar novos horizontes de sentido, que certos direitos são inalienáveis a todos e certas escolhas jamais serão bem-vindas, mesmo diante daqueles que tenham cometido atos ilícitos, porque a salvaguarda da vida deve colocar-se como elemento norteador também no cárcere (Acioly; Sayão, 2023).

Nesse quadrante, a situação da população carcerária no Brasil representa um déficit democrático contra a efetividade dos princípios garantidos na Constituição da República de 1988, sobretudo a dignidade da pessoa humana e a igualdade de todos perante a lei. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Brasil, 2021), referentes ao período de janeiro a junho de 2020, o número de brasileiros sob custódia nas unidades prisionais chegou à marca de 702.069 pessoas. Destas custodiadas e custodiados, 209.257 cidadãos estão presos provisoriamente, ou seja, encontram-se privados de liberdade antes que o processo penal tenha ocorrido com contraditório entre as versões das partes e direito à ampla defesa do acusado até a sentença final.

Pesquisa recente indica que esse cenário piorou, em números absolutos, pois segundo o 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, para o ano de 2022, publicado em 2023, o Brasil tem 832.295 pessoas encarceradas, sendo de cor negra 68,2% delas (Brasil, 2023, p. 309).

Seccionar os dados por classe, raça, escolaridade ou gênero revela questões não solucionadas no âmbito das políticas sociais do Estado, confirmando a tese de que “em todo mundo, hoje, a instituição da prisão serve para depositar pessoas que representam grandes problemas sociais”. Existe número desproporcional de pessoas negras nas prisões dos EUA, de aborígenes presos na Austrália e imigrantes na Europa. Grupos populacionais que deveriam ser objeto de programa de inclusão social por sua vulnerabilidade tornam-se o alvo das políticas criminais mais severas (Davis, 2018, p. 38).

Nessa perspectiva, em relação ao preso, a sociedade coloca-se diante daquele que violou uma norma penal, uma regra de convivência, mas isso não faz dele menos humano, daí que a negação da sua interioridade, da sua possibilidade de transformação, fixando nele a imagem do mal, é sim trajetória para a negação da ética (Acioly; Sayão, 2023, p. 5).

Não existe ética que seja aplicável apenas a um grupo da sociedade, assim como não existe sociedade ética que exclua um grupo, como os presos, da possibilidade do “ser humano”. Na temática da segurança pública, determinados elementos, como o medo e a violência, nos roubam da possibilidade de pensar com ponderação e, assim, a justiça e o amor podem ser contrariados pelo desejo de vingança ou punição e pela própria necessidade de se eliminar o outro. De uma perspectiva ética, contudo, devemos nos insurgir contra essa indiferença em relação às mulheres e aos homens encarcerados.

Nessa vertente, a observância da justiça e dos direitos humanos não se contrapõem, mas antes se complementam. Embora a justiça e os direitos humanos envolvam determinado grau de violência institucional sobre a liberdade de quem praticou o ato ilícito, essa violência precisa estar limitada pela lei.

A estigmatização de grupos vulneráveis, como os negros, pobres ou imigrantes, é um exemplo claro disso. Enquadrados a priori como potencialmente tendentes ao crime, eles são perseguidos, submetidos ao descaso e à invisibilidade relativa aos seus direitos constitucionalmente garantidos.

Vítimas de todo um contexto valorativo e simbólico, os integrantes de tais grupos sentem sobre seus ombros o peso da negação de direitos, que se faz acompanhar de violência e opressão. Seja na microsfera das relações cotidianas de desrespeito ou nas macroestruturas que os impedem de acessar determinados serviços do próprio Estado, percebe-se a força do campo simbólico no qual os preconceitos se nutrem.

Assevera-se que no âmbito judicial ocorre algo semelhante. Tais elementos valorativos, segregadores e preconceituosos estão presentes, muitas vezes, também na decisão do magistrado, pois o sistema jurídico não se separa do tecido social maior que ele compõe. Já que não há como ser neutro no sentido forte do termo, a solução do problema passa justamente por dar visibilidade ao processo de enquadramento, questionando-o, opondo-se pública e politicamente à seletividade penal, para desse modo buscar novos caminhos e possibilidades (Acioly; Sayão, 2023, p. 9).

O Direito Penal e o Direito Processual Penal respondem a demandas por igualdade formal e à pretensão abstrata de inclusão, nas quais a forma do Estado de Direito assume o esquema representativo da autonomia da vontade abstrata e neutra, justificando a inclusão de todos por referência. Nesse sentido, embora se configurem entes fictícios no sistema geral de equivalência meramente formal, os presos estão também entre os sujeitos da injustiça social real, que resulta de intensas desigualdades econômicas, invisibilidades sociais e políticas. Essas injustiças passam ao largo do formalismo do processo, sem alcançar a adequada consideração⁷.

Entre as subjetividades não representadas adequadamente nas práticas argumentativas de matriz neokantianas, os moradores da periferia, das grandes favelas, os indivíduos marginalizados dos movimentos sociais, os mortos em confronto com a polícia, moradores de rua, imigrantes ilegais, todos vulneráveis ainda na perspectiva de classe, gênero e raça que os compõe. Essas pessoas são os poten-

7 Nessa linha, Squeff e Freitas sugerem que a interculturalidade é um caminho adequado na interpretação e aplicação do art. 57 do Estatuto do Índio, que estabelece ser 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. Em outras palavras, estando as sanções aplicadas de acordo com a organização social, costumes, crenças e tradições indígenas, não caberia ao Estado intervir na sanção aplicada, mesmo que em confronto com a lógica de responsabilização da legislação penal ou civil nacional.

ciais investigados, réus, culpados e, finalmente, presos, transitando entre os diversos ambientes de opacidade social, em que a cidadania pode ser apenas um sopro de palavras sem conteúdo (Assy, 2016).

Embora ainda esteja em vigor, o atual Estatuto do Índio (Brasil, 1973) está obsoleto e não é de forma alguma uníssono ao espírito da Constituição Federal de 1988. Alguns conceitos que permeiam a Lei 6.001/73 ainda estão mal esclarecidos, trazendo sérios prejuízos, em especial para o operador do direito, para que este possa aplicá-lo satisfatoriamente em benefício dos indígenas. Para exemplificar, destaca-se o artigo 4º, a Lei 6.001/73 que trata dos povos indígenas sob categorias de: índios isolados, em vias de integração e integrados.

Por certo, essa classificação advém do conceito de integração que tinham os legisladores da época, e que por meio de um imaginário próprio e essencialista viam os indígenas, como o “índio puro”, “legítimo”, sob a óptica do Indianismo Romântico alencariano do século XIX que se baseava na crença infundada de que, em se apropriando de qualquer traço da cultura material (artefatos) ou da cultura imaterial (linguagem, valores, comportamentos) do mundo dos não indígenas, estes indígenas deixariam de ser o que eram.

Nesse sentido, aponta-se a questão da identidade indígena como um fator essencial a ser considerado pelos operadores do direito. Ser indígena é, antes de tudo, ser considerado indígena por si mesmo e pela própria comunidade em que está inserido (Pacheco, 2011, p. 475).

Nessa inteligência, a Resolução CNJ nº 287/2019 representou um importante passo na incorporação pelo Poder Judiciário dos ditames da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho e da Declaração da Organização das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, ao propor a superação da invisibilidade dos povos indígenas no processo penal por meio do registro da informação nos sistemas do Conselho Nacional de Justiça de que há um indígena envolvido no processo em curso. O Poder Judiciário brasileiro assumiu o protagonismo na garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, resgatando parte da dívida histórica para com a população indígena.

O Estado de Mato Grosso do Sul possui a terceira maior população indígena do país, estimada em mais de 110 mil pessoas conforme o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de 2023, na qual se destacam os Guarani Kaiowá (Ñandeva e Mbya), os Terena, os Kadiwéu, os Guató, os Ofaié, os Atikum e os Kinikinau, sendo que os Guarani Kaiowá e os Terena se apresentam com o maior contingente populacional.

Assim, a Resolução CNJ nº 287/2019 reafirma direitos já estabelecidos no Estatuto do Índio e na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, além de preencher lacunas até então existentes no ordenamento jurídico de modo a dar concretude aos direitos e garantias cujos destinatários são os indígenas.

Durante quase 500 anos o Estado brasileiro tratou o indígena como um *sujeito transitório*, ou seja, como alguém que estava fadado a desaparecer ou inserir-se na cultura regional, tornando-se caboclo (ou bugre, ou tantos outros nomes populares). No entanto, desde a Constituição de 1988, este mesmo Estado brasileiro reconhece os direitos deste “outro” que detém formas de compreensão e critérios de comportamento e julgamento diferenciados da imagem monocultural hegemônica que até então se consolidara como modelo para o reconhecimento do sujeito de direitos. Sabe-se, por sua vez, que

esse princípio pluralista, no entanto, só adquire efetividade se, na prática, o sistema jurídico (legislativo, administrativo e judicial) se tornar, ele próprio, intercultural – aberto à compreensão da ampla gama de sentidos conferidos à realidade pelas pessoas que compõem a diversidade sociocultural que nos é constitutiva enquanto nação.

Um dos recursos que tem sido utilizados para a concretização desses avanços no ordenamento jurídico é, justamente, a realização da perícia antropológica em processos que envolvem a afirmação de direitos socioculturais.

O objetivo da Resolução CNJ nº 287/2019 é trazer para o bojo das ações do Estado perspectivas não hegemônicas, diferentes das comumente adotadas, na tentativa de arejar e dilatar o alcance das decisões do poder público em favor da consolidação de direitos diferenciados. Pode-se acrescentar que é na tentativa, também, de evitar que decisões relativas às vidas de pessoas e grupos étnicos e sociais minoritários ocorram baseadas em uma visão etnocêntrica, que toma apenas as suas próprias categorias de compreensão do mundo como parâmetro de consideração e julgamento.

Apesar de a Resolução CNJ nº 287 estar vigente desde 2019, notadamente no Estado de Mato Grosso do Sul a magistratura a vem aplicando em seus julgados, com mais ênfase, somente a partir de 2022, e, mesmo assim, de forma esporádica. E quando ocorre o fato de um profissional antropólogo chegar em uma comunidade indígena para falar com a liderança local, geralmente poucas dessas lideranças possuem conhecimento do direito por parte de pessoas indígenas acusadas em processos na esfera penal, quando lhes são garantidos direitos, como um intérprete e um laudo antropológico, evidenciando suas especificidades e peculiaridades por ser indígena.

Um dos aspectos principais de integração e inclusão social e acesso à justiça diz respeito, primeiramente, à cultura e aos costumes, que irão determinar a organização dos grupos sociais e sua dinâmica de vida, estabelecendo sua posição em face da política estatal.

Nessa reflexão, a relação de pertencimento dos povos indígenas e grupos vulneráveis em relação ao Estado pode estar pautada em fatores como cultura e modo de ser que os torna diferentes, tendendo a serem vistos de maneira distante, não surpreendendo imaginar que a relação de exclusão dos indígenas do aparato jurídico estatal deve-se a fatores culturais intrínsecos e complexos, cuja análise pormenorizada extrapolaria o objetivo deste trabalho.

De todo modo, por isso mesmo, estando o indígena envolvido num processo estatal, na condição de vulnerável, deve-se respeitar a igualdade, proporcionando a ele maior proteção, pois tratar igualmente os desiguais é agredir a isonomia. Contudo, no particular, o que se constata, lastimavelmente, é a falta frequente desse direito. Como percebido por Wilson Alves de Souza e Liliana Gastron (2022, p. 23),

[] en la actualidad, si es cierto que los vulnerables por el derecho material (incluso los pobres), solamente por esta condición, también son procesalmente vulnerables, la puerta de la justicia, en la realidad, mismo en los sistemas de valoración jurídicas de las diferencias, no raro, no está abierta para ellos.

4 O PLURALISMO JURÍDICO E A RESOLUÇÃO CNJ Nº 287/2019

A integração e a inclusão social estão relacionadas aos aspectos culturais e aos costumes, que irão determinar a organização dos grupos sociais e sua dinâmica de vida, tendo reflexos em sua organização familiar, estrutural, política e jurídica.

De acordo com a doutrina de formação do Estado, o estrangeiro e o diferente serão vistos e entendidos como o outro, e essa visão poderá assumir diferentes conotações, determinantes quanto ao grau de pertencimento desses grupos em relação à ordem estabelecida ou imposta.

Nessa visão, a relação de pertencimento poderá delinear a reciprocidade entre *nós e eles*. Nesse ponto, cabe destacar que essa relação poderá ser harmônica ou conflituosa, haja vista estar determinada por fatores fundados no descrédito, na desvalorização e na exclusão de uns em relação a outros.

Ao se abordar essas questões, cabe refletir sobre a relação de pertencimento dos povos originários em relação ao Estado. Se essa relação é conflituosa, pressupõe-se estar pautada em fatores como cultura e modo de ser que os torna diferentes.

Registra-se, no caso brasileiro, a consolidação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem da sociedade como um todo. Alheia à manifestação e à vontade da população, a Metrôpole instaurou extensões de seu poder real na Colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores de escravos e proprietários de terras (Wolkmer, 2003, p. 38).

Se a contribuição dos indígenas foi relevante para a construção de nossa cultura, igualmente não se pode dizer quanto à origem do Direito nacional, pois os nativos não conseguiram impor seus “mores”⁸ e suas leis, participando mais “na humilde condição de objeto do direito real”, ou seja, objetos de proteção jurídica.

Igualmente, o negro, para aqui trazido e escravizado, se sua presença é mais visível e assimilável no contexto cultural brasileiro, a sua própria condição servil e a desintegração cultural que lhe impeliu a imigração forçada a que se via sujeito, não lhe permitiu também pudesse competir com o luso na elaboração do Direito brasileiro (Wolkmer, 2003, p. 45).

Nessa perspectiva, comunidades indígenas são aquelas que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-colombianas, consideram-se distintas da sociedade nacional. Quanto às questões de identidade, **Índio é quem pertence a uma dessas comunidades indígenas e é por ela reconhecido. Dessa forma, é direito soberano da sociedade indígena decidir quem lhe pertence, não cabendo ao Estado interferir nesse processo** (Cunha, 2017, p. 253).

A participação, ou interferência, historicamente marcante do Estado sobre as sociedades indígenas dá-se por meio da tutela ou custódia em face das terras indígenas, e a aparente proteção histórica do Estado não se deve à ignorância desses povos acerca dos usos e costumes da sociedade, mas em decorrência de uma grande dívida histórica (Cunha, p. 261).

⁸ Termo utilizado para designar “reciprocidade” na língua Boe/Bororo;

Nesse viés, a Carta de Ponta das Canas resultou de um diálogo entre antropólogos de várias áreas, que trabalhavam com sociedades indígenas, comunidades negras e questões ambientais – ou seja, os colocou diante do desafio de estabelecer um denominador comum capaz de fazerem convergir os aspectos mais recorrentes na prática profissional. Foi na questão das terras indígenas que os peritos em antropologia acumularam mais experiência, mas naquele momento novas questões apontavam para um tratamento amplo, uma verdadeira oportunidade de unir uma antropologia fragmentada por seus próprios “objetos” e abordagens teóricas e temáticas.

Os profissionais de antropologia se uniram não apenas em torno de assuntos pontuais ou de casos específicos, mas de temas gerais apontados pelo próprio roteiro da Oficina: conceitos, métodos, princípios éticos e regularização da prática profissional. De certa forma, a Oficina de Laudos sinalizou também um foco de tensão no relacionamento entre Antropologia e Direito, já que questões de ordem interpretativa produziam impactos do ponto de vista da aplicação das leis e das situações vividas pelos povos indígenas (Leite, p. 47).

A Carta de Ponta das Canas foi o principal documento norteador da Resolução CNJ nº 287/2019, e a partir destes Estatutos os conflitos criminais exigem uma atenção redobrada, devendo o magistrado atentar-se para a existência da diversidade de valores, toda vez que membros de sociedades tradicionais figurarem nos processos judiciais, especialmente de natureza criminal.

Esse exercício de relativização torna ainda mais complexa a tarefa de julgar, não só devido à deficiência de formação antropológica nas graduações dos cursos de Direito do Brasil, como também ao fato de que certos valores indígenas muitas vezes só se tornam compreendidos por aqueles que tenham estudado e convivido com determinada etnia por um período razoável (Becker, 2013).

Justamente por isso, esta análise de “imputabilidade” deve ser obtida com auxílio de uma perícia antropológica, para o fim de dar atenção à particularidade de cada caso, ou seja, de cada sujeito indígena e de cada etnia. Em suma, o simples fato de o indivíduo ser indígena não o exime de responder penalmente pelos seus atos perante a Justiça brasileira. Mas o ser indígena é o que basta para propiciar-lhe um laudo antropológico, eis que a garantia de um julgamento em conformidade com a sua cultura é uma exigência do sistema constitucional (Pontes, 2010).

Acerca das contribuições antropológicas no âmbito do judiciário, é importante ressaltar que, para além de quaisquer justificativas produzidas pela antropologia, há aquelas jurídicas/legais voltadas à necessidade de perícias antropológicas em processos criminais. Não se trata de empatia (*per se*) pelas causas indígenas, pois no Brasil a discussão já superou essa fase com a Constituição de 1988, mas trata-se de efetivar a garantia disposta no artigo 231, da citada Carta Política (Becker, 2013, p. 103).

Tem-se, ressaltando-se a importância da produção do laudo antropológico, que alguns crimes previstos no Código Penal brasileiro não são considerados atos reprováveis no contexto de certas culturas indígenas.

Para ilustrar o que até aqui foi dito, elenca-se o seguinte caso a partir do qual o laudo antropológico foi o elemento norteador do processo, revelando particularidades até então desconhecidas, as quais alteraram o rumo da decisão judicial.

O fato exemplificado é o de Basílio Alves Salomão, membro da etnia macuxi da comunidade indígena do Maturacá, que matou Valdenísio Silva, indígena da mesma etnia, em 1986. Nessa época, Basílio era *tuxaua* de sua comunidade e por essa razão sofreu a condenação dos indígenas da etnia

macuxi, que se reuniram aplicando-lhe a seguinte pena: cavar a cova de sua vítima e submeter-se ao desterro, longe da comunidade e de sua família (BECKER, 2013, p. 105).

Nessa visão, a despeito da condenação imposta pela sociedade macuxi, houve a instauração posterior do processo criminal identificado sob o n.º 92.0001334-1, que tramitou na 2.ª Vara da Justiça Federal de Roraima. Em 1995, o MPF requereu a realização de perícia antropológica, a qual foi realizada pela antropóloga Alessandra Albert. O caso só foi a julgamento no Tribunal do Júri em 2000.

Estella Libardi de Souza (2008, on-line) **é quem melhor comenta os aspectos que foram analisados pela antropóloga nessa perícia:**

Quanto ao ‘grau de imputabilidade’, o laudo argumentou que não se pode basear num suposto ‘grau de aculturação’, por este revelar o etnocentrismo da sociedade nacional, que toma a si própria como parâmetro de comparação. Por fim, o laudo destacou a vigência de um sistema penal aplicado pela comunidade, que, como demonstrou o caso de Basílio, consiste no julgamento por um conselho de Tuxauas, que analisa os fatos e ouve o réu, aplicando pena de acordo com as tradições e com o acordo da família do ofendido e do restante da comunidade, devendo o cumprimento da pena ser fiscalizado pelo Tuxaua. No caso de Basílio o laudo informa que este ainda se encontrava cumprindo a pena – de início, mais rigorosa, depois, mais flexível – e que contava, no momento de elaboração do laudo (junho de 1995), com quase 10 anos.

Uma particularidade interessante do caso Basílio é que o juiz considerou que ele “era um tanto quanto aculturado e integrado à cultura brasileira predominante” e, ainda, que não era “alienado da vida civilizada”. Contudo, ao ser levado ao júri popular, Basílio foi absolvido por unanimidade pelos jurados, os quais reconheceram que o fato de ele já ter sido punido em sua comunidade era suficiente para isentá-lo de pena perante a Justiça brasileira.

Este caso foi eleito porque compreende as diversas situações que corriqueiramente chegam até o judiciário, pois envolvem indígenas considerados *em vias de integração e integrados* à sociedade brasileira e que conforme reiteram julgamentos das cortes superiores – o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – dispensariam a perícia, apesar das exceções de praxe.⁹ Entretanto, ainda assim, o laudo antropológico foi realizado, tendo o fundamental papel de revelar particularidades até então desconhecidas pelo órgão julgador, as quais tiveram o condão de modificar o teor da decisão, enaltecendo o que se entende como pluralismo jurídico (Becker, 2013, p. 105).

Dessa forma, é importante destacar que todos os procedimentos científicos que devem fundamentar a perícia antropológica situam-se no campo das Ciências Sociais, sobretudo na área da Antropologia Social, sendo aplicados de forma interdisciplinar, com imparcialidade, buscando responder aos quesitos citados através da utilização do trabalho de campo (prática etnográfica e de procedimentos

9 BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Processo Número: 0008483-08.2010.4.01.3200. Ver, aqui, por exemplo, o voto revisor vencido do Desembargador Wilson Alves de Souza, em preliminar suscitada de ofício, no sentido de rejeitar a denúncia apresentada pelo Ministério Federal contra o indígena Junior Tenharin, por falta de laudo pericial antropológico na investigação preliminar, e, subsequentemente, pela absolvição, por falta de prova, inclusive de laudo pericial judicial do mesmo tipo.

da *história oral*, *história de vida* e entrevistas diversas), além da leitura e análise de documentos contidos nos autos, garantindo-se um processo justo e equitativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da concepção universalista de Estado, os conceitos de liberdade, igualdade e pluralismo não poderiam se compatibilizar com o de universalidade, porque a doutrina universalista converge necessariamente para um modelo de partido único, ou de poder soberano e centralizado, característicos da cultura estatal. Considerando o problema das lacunas e antinomias no Direito, elas podem ocorrer quando o magistrado não encontra norma aplicável ao caso concreto, não sendo possível subsumir o fato a nenhum preceito, sendo geradas em virtude da falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de certo comportamento, um defeito do sistema, uma ausência de norma ou uma disposição legal injusta ou em desuso.

Não se pode ignorar que o fator cultural subsidia o direito, que poderá ser posto pelo Estado, considerado direito positivo, ou um direito baseado nos costumes e na tradição, denominado direito consuetudinário.

A cultura, numa perspectiva geral, e como fato social que é, envolve e influencia o direito, sem embargo de que este, em si mesmo também é um fenômeno cultural. Se o aspecto cultural for adaptado ou mesmo mitigado para integrar a norma devido ao grau de discricionariedade do legislador, o Estado, em vista de sua supremacia, eventualmente poderá vetar essa norma, desconsiderando a sua origem, o seu conteúdo e apelo social, excluindo os anseios legítimos de determinados segmentos sociais.

Nesse panorama, promover a dignidade da pessoa e o acesso à justiça significa reconhecer que as pessoas possuem direitos inalienáveis, os quais **não podem ser suprimidos arbitrariamente, sob pena de serem convertidos em uma fonte de conflitos e violência**; e no caso dos grupos vulneráveis, não se pode deixar de levar em conta a sua visão de mundo, os seus costumes e paradigmas.

Dessa forma, o trabalho permite concluir que o direito a um laudo antropológico, além de caracterizar uma das ferramentas previstas na Resolução CNJ nº 287/2019, contribui para a efetividade do art. 231 da Constituição Federal de 1988, bem como o direito a um processo justo, pois permite esclarecer se o cidadão envolvido em processos penais é realmente indígena e, em caso afirmativo, até que ponto vai o seu envolvimento com a aldeia de origem e com a sociedade regional e nacional e se esse sujeito tem, ou não, consciência da ilicitude dos próprios atos, e se a sua conduta é aceita no meio em que vive, bem como se é cabível, no caso de ser pertencente a um grupo étnico específico, formas alternativas de pena, conforme já previsto no ordenamento jurídico nacional e internacional.

REFERÊNCIAS

ACIOLY, Dimitri Alexandre Bezerra; SAYÃO, Sandro Cozza. Encarceramento, justiça e amor: pensar além da indiferença a partir de Lèvinas. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Unijuí, Ano 11, n. 21, pp. 1-13, jan./jun. 2023.

AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilario; PRADO, José Henrique. **Diversidade cultural, relações interétnicas e os povos indígenas.** Antropologia e História dos Povos Indígenas no Mato Grosso do Sul. Antonio Hilario Aguilera Urquiza (org.). Campo Grande/MS: UFMS, 2016. 299 p.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro.** 2018. 290 f. Tese (Livre-docência - Departamento de Direito Privado e Processo Civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018.

AMORIM, Elaine *et al.* **A Ética na pesquisa antropológica no campo social.** Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/artigo_A_etica_na_pesquisa_antropologica_no_campo%20pericial.pdf. Acesso em: 10 jul. 2014.

ASSY, B. de A. Subjetivação e ontologia da ação política diante da injustiça. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 3, p. 777-797, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BECKER, Simone *et al.* A prevalência da lógica integracionista: negações à perícia antropológica em processos criminais do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia**, v. 17, n. 1. 2013. Disponível em: <https://journals.openedition.org/etnografica/2580?lang=fr>. p. 97-120. Acesso em: 5 jun. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ano 17. São Paulo: FBSP, 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Embargos de Declaração Criminal nº 0008483-08.2010.4.01.3200.** Julgamento: 28/07/2023. Disponível em <https://pje2g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 287.** Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília, DF, 25 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição de República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei nº 6.001**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF, 19 de dezembro de 1973.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra. o papel da alteridade no âmbito da teoria do transconstitucionalismo: o respeito à identidade cultural como forma de estabelecimento de uma cooperação em matéria de direitos humanos. **Revista Argumentum – RA**, Marília, SP, v. 18, n. 2, p. 363-385, maio/ago. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **Colonialismo, território e territorialidade**: a luta pela terra dos guarani e kaiowa em Mato Grosso do Sul. Jundiá: Paco Editorial, 2016.

CAVARARO RODRIGUES, Andréa Lúcia. **Kaiowá-Paĩ Tavyterã**: onde estamos e aonde vamos? Um estudo antropológico do Oguata na fronteira Brasil/Paraguai. 2019. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande, MS, 2019.

CONPEDI. **Acesso à justiça** [on-line]. CONPEDI/UFS (org.). TAVARES NETO, José Querino; ÁVILA, Flávia; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio (coord.). Florianópolis, 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre direito e política. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Unifor, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2448/0>. Acesso em: 20 set 2022.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas e demais ensaios**. São Paulo: Ubu, 2017.

DAVIS, A. Y. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo: Boitempo, 2018

DUPRAT, Deborah. Demarcação de terras indígenas. O papel do judiciário. **Revista Povos Indígenas no Brasil**, Instituto Socioambiental, 2001/2005. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/Demarcacao_de_Terras_Indigenas.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. LEITE, Rafael Soares. **Entre compromissos constitucionais e vazios normativos**: uma análise da incorporação da convenção nº 169 da oit no direito brasileiro e a proteção dos povos indígenas e tribais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b5d62aa6024ab6a6>. Acesso em: 21 out. 2019.

LEITE, Ilka Boaventura (org.) **Laudos periciais antropológicos em debate**. Florianópolis: Coedição NUER-ABA, 2005. 288 p.

LEITE, Ilka Boaventura. **Debatendo a carta de ponta das canas**. Disponível em: <http://www.aba.abant.org.br/files/CAP-000001061607.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2022.

LIMA, Íngrid de Queiroz; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. A construção de uma análise sobre as percepções de acesso à justiça. Seminário de Pesquisa “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, 3, 2021. **Anais[...], São Carlos: Pedro & João Editores, 2022**

MOREIRA, Erika Macedo; ZEMA, Ana Catarina. Proteção constitucional da jurisdição indígena no Brasil. *In*: OLIVEIRA; Assis da Costa; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de (org.). **Lei do índio ou lei do branco - quem decide? Sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 368 p.

MURA, Fabio. **À procura do “bom viver”**: território, tradição de conhecimento e ecologia doméstica entre os Kaiowa. 2006. Tese 9Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Museu Nacional – UFRJ/PPGAS, Rio de Janeiro, RJ, 2006.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro, 2008.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/292>. Acesso em: 23 abr. 2015.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos *et al.* População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do Município de Dourados, MS. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 7, 2. ed., p. 469-500, jul./dez. 2011.

PEREIRA, Levi Marques. **Os kaiowá em Mato Grosso do Sul**: módulos organizacionais e humanização do espaço habitado. Dourados, MS: UFGD, 2016. 127 p.

PONTES, Bruno César Luz. O índio e a justiça criminal brasileira. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (org.). **Direito penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 167-223.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SOUZA, Estella Libardi de. **Povos indígenas e o direito à diferença**: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. Trabalho apresentado no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 20 a 22 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo74.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

SOUZA, Wilson Alves de; GASTRON Liliana. El acceso a la justicia de personas vulnerables. *In*: SOUZA, Wilson Alves de; MELO, Daniela Vieira (coord.) **Estudos de tutela constitucional do processo**: vulnerabilidade, acesso à justiça e o Código de Processo Civil. Riachão do Jacuípe: Dois de Julho, 2022.

SOUZA, Wilson Alves de; MELO, Daniela Viera de. Grupos vulneráveis, minorias e vulnerabilidade: o acesso à justiça das populações tradicionais. *In*: SOUZA, Wilson Alves de; MELO, Daniela Vieira (coord.) **Estudos de tutela constitucional do processo**: vulnerabilidade, acesso à justiça e o Código de Processo Civil. Riachão do Jacuípe: Dois de Julho, 2022.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; FREITAS, Felipe Simor de. Respeito ao Direito Sancionatório Indígena: Processos Deliberativos Interculturais na Aplicação do Art. 57 do Estatuto do Índio. **Revista Videre**, UFGD. Dourados, MS, v. 14, n. 30, maio/ago. 2022. p. 269-286.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. O nativo relativo. **Mana**, v. 8, n. 1, p. 113-148, abr. 2002.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 1967.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

1 Possui graduação em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Lorena (1984); graduação em Pedagogia pela Universidade de Cuiabá (1994); especialização em Antropologia (teoria e métodos - 1999) e mestrado em Educação (Educação Indígena) pela Universidade Federal de Mato Grosso (1999); master em educação (tecnologias de la educación - 2001) e doutorado em Antropologia pela Universidade de Salamanca-Espanha (2006). Coordena desde 2012 o Programa Rede de Saberes. Faz parte do Comitê de Laudos da ABA e do Comitê Editorial. Representa a ABA na Comissão Nacional de Educação Escolar Indígena (CNEEI). Professor Associado da UFMS; professor e coordenador da Pós-graduação em ANTROPOLOGIA SOCIAL (PPGAS/UFMS), assim como professor da Pós-graduação em Direitos Humanos (FADIR/UFMS). Professor colaborador do Programa de Pós-graduação em Educação da UCDB. Pós-doutorado no Programa de Estudios Posdoctorales - UNTREF (Argentina). Membro da Cátedra Unesco Educação Superior e Povos Indígenas e Afrodescendentes na América Latina coordenada por Daniel Mato. Pesquisador do CNPq. E-mail: hilarioaguilera@gmail.com

2 Mestre em Direito pela UFMS (2019). Especialista em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017). Licenciado em Física pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002). Foi voluntário PIBIC CNPq 2014/15 e 2015/16. Integrante do Grupo de Pesquisa Científica do CNPq intitulado Antropologia, Direitos Humanos e Povos Tradicionais e do Grupo de Pesquisa Científica intitulado Fluxos Migratórios Internacionais. Pesquisador da FUNDECT (Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Pesquisa e Tecnologia no Estado de Mato Grosso do Sul). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0858-2183> ID Lattes: 2029829101808747 E-mail: marcorod.adv@gmail.com.

3 Professor Titular da Universidade Federal da Bahia (Faculdade de Direito). Professor Convidado da Universidade de Buenos Aires (Cursos Válidos para o Doutorado Intensivo em Direito). Professor Convidado da Universidade de Girona (Máster em Cultura Jurídica). Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires - Área de Direito Processual. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidade del Museo Social Argentino. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Desembargador do Tribunal Federal da 1ª Região. E-mail: wilson.alvesdesouza1@gmail.com

Recebido em: 26 de Setembro de 2023

Avaliado em: 12 de Dezembro de 2023

Aceito em: 18 de Dezembro de 2023



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

Copyright (c) 2023 Revista Interfaces Científicas - Direito



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

