

dossiê

O paradigma da interculturalidade no Estado brasileiro e a aplicação da pena ao réu indígena: o critério da autoidentificação como definidor do direito à atenuante da pena e ao regime especial de semiliberdade previstos no artigo 56 do Estatuto do Índio

The paradigm of interculturality in the Brazilian State and the application of the sentence to the indigenous defendant: the criterion of self-identification as defining factor of the right to mitigating the sentence and to the special regime of semi-freedom defined in article 56 of the Statute of the Indigenous People

Anna Carolina Tavares Assunção¹

¹ Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito, Uberlândia, Minas Gerais, Brasil. E-mail: annatassuncao@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9495-2413>.

Submetido em 15/20/2022.

Aceito em 21/12/2022.

Como citar este trabalho

TAVARES ASSUNÇÃO, Anna Carolina. O paradigma da interculturalidade no Estado brasileiro e a aplicação da pena ao réu indígena: o critério da autoidentificação como definidor do direito à atenuante da pena e ao regime especial de semiliberdade previstos no artigo 56 do Estatuto do Índio. *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*, v. 9, n. 1, jan./jun. 2023, Brasília, p. 429-452.

insurgência

InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais | v. 9 | n. 1 | jan./jun. 2023 | Brasília | PPGDH/UnB | IPDMS
ISSN 2447-6684



Este trabalho está licenciado com uma Licença Creative Commons 4.0.
Este trabajo es licenciado bajo una Licencia Creative Commons 4.0.
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0.

O paradigma da interculturalidade no Estado brasileiro e a aplicação da pena ao réu indígena: o critério da autoidentificação como definidor do direito à atenuante da pena e ao regime especial de semiliberdade previstos no artigo 56 do Estatuto do Índio

Resumo

O objetivo do presente artigo é demonstrar como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a aplicação do artigo 56 do Estatuto do Índio se restringe aos réus indígenas não integrados socialmente, contraria a ordem constitucional vigente e as disposições vinculantes no âmbito do Judiciário Nacional. A metodologia do trabalho consiste em pesquisa bibliográfica e levantamento jurisprudencial mediante consulta virtual no portal do Superior Tribunal de Justiça, considerando o marco da Resolução nº 287 do Conselho Nacional de Justiça. Com base no referencial teórico adotado, privilegia-se, ao final, a leitura dos direitos do artigo 56 do Estatuto do Índio como direitos subjetivos do réu indígena, cuja condição no processo penal deve se ater ao critério da autoidentificação.

Palavras-chave

Direito Penal. Indígena. Direito indigenista. Cumprimento de pena.

Abstract

This article has the purpose of demonstrating how the understanding of the Brazilian Superior Court of Justice - according to which the application of article 56 of the Statute of the Indigenous People is restricted to indigenous defendants who are not socially integrated - goes against the current constitutional order and the binding provisions within the scope of the Brazilian Judiciary system. The methodology of the work consists of bibliographical research and jurisprudential survey through virtual consultation on the Superior Court of Justice's website, considering the framework of Resolution No. 287 of the National Council of Justice. Based on the theoretical framework adopted, in the end the understanding of the rights of article 56 of the Statute of the Indigenous People is preferred as subjective rights of the indigenous defendant, whose condition in the criminal process must adhere to the criterion of self-identification.

Keywords

Criminal law. Indigenous. Indigenous rights. Criminal sentences.

Introdução

A luta dos povos indígenas, travada desde quando os primeiros colonizadores aqui adentraram, graças à resistência de seus componentes tem avançado rumo ao reconhecimento pelo Estado brasileiro dos distintos modos de organização social que aqui coexistem. O Censo IBGE realizado no ano de 2010, aponta que no Brasil existem cerca de 305 (trezentos e cinco) povos indígenas, representados por

896.917 (oitocentas e noventa e seis mil, novecentas e dezessete) pessoas (IBGE, 2012). Considerando que há 522 (quinhentos e vinte e dois) anos atrás eram esses os únicos habitantes dessa terra, o que para uns pode parecer um número expressivo, em termos percentuais ínfimos de apenas 0,47% da população brasileira, reflete a resistência dos povos originários pelo direito de existir.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 (art. 231, CF/88) ter abandonado a perspectiva (até então vigente nas Constituições anteriores) que encarava o indígena como um status a ser superado, em recentes decisões, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que a atenuante da pena e o regime especial de semiliberdade, previstos no art. 56 do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, somente devem ser aplicados aos réus indígenas considerados não integrados socialmente ou em fase de aculturação.

O presente estudo objetiva-se assim, a demonstrar como a consideração sobre graus de integração do indígena (integrados, não integrados, em vias de integração, ditado pelo artigo 4º do Estatuto do Índio), adere-se à óptica integracionista, na variante da assimilação, sobre a qual os povos originários foram encarados antes do advento da Constituição Federal de 1988. Sob o aparato da bibliografia dedicada ao direito indigenista expõem-se os conceitos antropológicos propulsores da superação do referido paradigma, cujo marco é o advento da Constituição Federal de 1988.

A visão do indígena, como um entrave ao processo civilizatório nacional a ser superado através do processo de integração à sociedade envolvente permeou a legislação imperial da nação brasileira e foi retomado com força no período ditatorial. Nesse período, denúncias em torno do SPI, órgão responsável pela tutela indígena e pelos estabelecimentos prisionais correccionais, revelaram a política etnocida do Estado Brasileiro e a desídia com o tratamento jurídico penal do réu indígena. Essas considerações históricas sobre a legislação dedicada ao réu indígena e o contexto ditatorial que permeia a edição do Estatuto do Índio, marcado pelo ideal civilizatório da nação, fomentam o aporte argumentativo para consideração da inconstitucionalidade do artigo 4º do Estatuto do Índio.

A metodologia do trabalho consiste em pesquisa bibliográfica e documental, essa última realizada a partir de consulta à jurisprudência disponível no portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. O levantamento das decisões considerou o marco da Resolução nº 287 do Conselho Nacional de Justiça, de 25 de junho de 2009, que vincula a atuação judiciária, incluindo do STJ, acerca da tratativa a ser dispensada ao réu indígena.

Desse modo, foram selecionadas as decisões proferidas a partir de outubro de 2019, data em que a referida Resolução entrou em vigência. No campo de buscas avançadas foram preenchidas as chaves de busca 'legislação' e 'artigo' com os

termos ‘Estatuto do Índio’ e ‘56’, respectivamente. Foram localizados 07 acórdãos proferidos de outubro de 2019 a dezembro de 2022, sendo em 05 deles aplicado o entendimento debatido. Para a presente pesquisa não foram consideradas as decisões monocráticas.

Ao final, a partir da leitura dos direitos assegurados no artigo 231 da Constituição Federal como direitos humanos, conclui-se que pelo caráter subjetivo, inerente à condição da autodeclaração indígena, como critério para aplicação do regime especial de semiliberdade e da redução da pena previstos no artigo 56 da legislação indigenista.

1 A superação da óptica integracionista pelo marco Constitucional de 1988

O contato interétnico que resultou na atual formação da população brasileira, desde o início foi travado com insucesso. A incapacidade do colonizador de enxergar nos que aqui estavam um modo de vida e saberes distintos, mas em suas próprias cosmovisões tão valorosos quanto os dominados pela sociedade Europeia, reduziu a riqueza da diversidade sob a denominação “índio” e, assim se instaurou no inconsciente coletivo a imagem do bom selvagem.

Foi nesse cenário que se iniciou no Brasil a construção de um direito indigenista que, tecnicamente, diz respeito ao ramo do direito positivo que se dedica à regulamentação da convivência e relações entre povos indígenas e a sociedade envolvente (HEEMANN, 2017). É digno de nota que a legislação indigenista no Brasil, em termos históricos, foi atravessada pelas indagações quanto ao reconhecimento da soberania dos indígenas sobre seus territórios e sobre si mesmos, essa última, sobretudo a partir do século XIX.

No século XVI, o projeto colonial do Estado português, através do chamado Padroado Real, tinha como objetivo, por meio de campanhas missionárias, adequar a população indígena às necessidades político-econômicas da empresa colonizadora portuguesa (CUNHA, 1987, p. 103). Por outro lado, os colonos dos territórios tinham interesse na escravização pura e simples dos indígenas. Assim, a escravização dos indígenas no Brasil caminhava ao lado do projeto de cunho estratégico catequético de angariar uma mão de obra domesticada e eficaz para a constituição de uma sociedade colonial.

No período do Brasil Colônia a Carta Régia de 1655 reconhecia certa soberania às nações dos povos indígenas, como senhores de suas terras, ao mesmo tempo em que legitimava o aprisionamento dos indígenas tomados em guerras justas, em guerra defensiva. Essa legislação, sedimentava assim, o paradoxo de utilizar do

fundamento da soberania para legitimar a escravização dos indígenas (CUNHA, 1987, p.60-61).

Já em 1741 uma breve papal denominada *Immensa Pastorum Principis*, de autoria do Papa Bento XIV que proibia, sob pena de deserção, a escravização indígena, impulsionou as reformas pombalinas, implementadas, sobretudo, a partir da segunda metade do século XVIII. Na transição da escravidão para o trabalho assalariado surge o instituto da tutela e a política integracionista que marcou o ordenamento brasileiro até o ano de 1988.

A Lei 06 de julho de 1755 restaurou a liberdade dos índios, em seus bens, pessoas e comércio, já estabelecendo a incorporação dos índios aldeados à nação (CUNHA, 1987, p. 110/111). No ano de 1808 duas cartas régias estabeleciam que os índios, quando tomados como prisioneiros em guerra, poderiam servir com mão de obra gratuita aos senhores como pagamento para se educarem e gozarem dos benefícios de uma sociedade pacífica (FILHO, 1992, p. 155).

A Carta de Lei de 1831 decretou o fim da escravização indígena, em um reconhecimento formal de que, embora já proibida, existia a escravização legal (FILHO, 1992, p. 155). Todavia, com a liberdade a preocupação do Estado para garantia da mão de obra indígena foi solucionada pela concessão do “direito aos indígenas” de usufruírem dos direitos da nação civilizada, na medida em que fossem se adequando socialmente.

A citada Lei de 27 de outubro de 1831, ao mesmo tempo em que liberou os indígenas, os colocou sob a tutela do Juiz de órfãos, ou seja, os índios “até então em servidão”, escravizados nas guerras justas contra eles declaradas (CUNHA, 1987, p. 111), estavam libertos, mas enquanto não integrados à sociedade pelo trabalho, estavam submetidos à tutela estatal em relação a seus bens e pessoa. Souza Filho (1992, p. 154) resume bem o tratamento dispensado aos indígenas pela legislação oitocentista:

Ao contrário de tentar esconder a existência de índios no Brasil, como fazia a envergonhada legislação escravagista, a legislação indigenista apregoava a integração pela razão, pelo medo ou pela força, não omitia a existência de índios, apenas não reconhecia a diferença e propugnava a sua integração, demagógica e mentirosa.

A chamada “orfandade”, aplicada ao direito indigenista, pautou a edição do Código Civil de 1916 que, em seu art. 6º previa a incapacidade relativa dos “silvícolas”. O parágrafo único do mesmo dispositivo previa que tal incapacidade cessaria na medida em que os indígenas fossem adaptando-se à civilização do país. (BRASIL, 1916).

A primeira Constituição brasileira a mencionar os indígenas foi a Constituição de 1934, desde logo atribuindo à União competência para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (art. 5º, XIX, “m”) (BARRETO, 2014, p. 97). Os textos constitucionais subsequentes, cite-se, a Constituição de 1946 (art. 5º), a Constituição de 1967 (art. 8º) e 1969 (art. 8º) reproduziram a perspectiva de que os índios deveriam ser incorporados à comunhão nacional.

Nas palavras de Manuela Carneiro da Cunha

Essa “incorporação” cuja variante era “integração”, era entendida pelos órgãos oficiais como assimilação. Ou seja, o intuito da política indigenista republicana e, explicitamente, a partir de 1946, era a destruição das tradições indígenas, tornando os índios “cidadãos comuns” [...]. Em poucas palavras, o programa era o etnocídio, a destruição das sociedades indígenas (CUNHA, 2018, p. 441).

Segundo Barreto (2014, p. 35) a óptica debruçada sobre as comunidades indígenas pautava-se na visão evolucionista, que pressupunha um desenvolvimento unilinear das culturas, sendo possível aferir-se um “grau hierárquico-evolutivo, dentro de uma escalada mais ou menos uniforme”. A partir dessa perspectiva, construiu-se a visão das comunidades indígenas e dos indígenas como um estágio iniciático da caminhada evolutiva. Como crianças, portanto, a ideia latente era que os indígenas deveriam ser tutelados até que completassem a integração à sociedade envolvente.

Por meio do Decreto de nº 5484/28, a tutela indígena passou a ser exercida pelo Estado através do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), órgão do Poder Executivo, autofiscalizador. O SPI foi fechado em 1977, depois de seguidas denúncias sobre abusos e corrupção, e substituído pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que atualmente exerce as funções de tutoria atribuídas ao Estado (CUNHA, 1987, p. 117).

Interessante observar, assim como fez Souza Filho (2012), a omissão da legislação criminal quanto à questão dos indígenas. De início, o direito indigenista não se ocupou das questões relativas ao tratamento do indígena no processo penal, porquanto, esse ou era considerado escravo e inseria-se nas disposições respectivas, ou era entendido como integrado à sociedade, que não merecia dedicação especial distinta das demais gentes.

A primeira legislação a tratar expressamente da aplicação das penas aos índios foi o Decreto nº 5.484 de junho de 1928. Esse Decreto estabelecia que os índios com menos de 05 anos de integração cumpriram as penas em colônias correccionais ou estabelecimentos industriais disciplinares. Caso o indígena já estivesse integrado há mais de cinco anos, as penas seriam reduzidas pela metade e cumpridas em estabelecimentos penais criados especialmente para os índios (FILHO, 1992).

Contudo, esses estabelecimentos prisionais, então criados para a aplicação das penas aos indígenas, transformaram-se em instrumentos de opressão da causa indígena, a exemplo do Reformatório Krenak localizado em Minas Gerais. Geridos e controlados pelo citado SPI, foram palco para a criminalização dos indígenas e de graves afrontas a seus direitos. O SPI, como órgão do Poder Executivo e não do Poder Judiciário “passou a exercer a judicatura, apenando segundo o critério do inspetor e procedendo a fiscalização do cumprimento da pena, isto é, fiscalizando a si mesmo” (FILHO, 1992, p. 15).

Foi também sob o prisma da orfandade, estatuído pelo Código Civil que se deu a edição do atual Código Penal, no ano de 1940. A priori, essa legislação pareceu ignorar em seus 361 (trezentos e sessenta e um) dispositivos a questão do réu indígena. Todavia, como alerta Souza Filho (2012), ardilosa a omissão da Legislação Penal, eis que proposital para fazer omitir, em termos literais, a questão do réu indígena. À luz da exposição de motivos que antecede o Código Penal, o autor recorda a preocupação do legislador ordinário em assegurar aos olhos internacionais que o Brasil não estaria dominado “por essas gentes”. Sobre a redação do art. 22 (pós-reforma de 1984 art. 26 do Código Penal), que trata da inimputabilidade, ressaltou-se:

No seio da Comissão foi proposto que se falasse de modo genérico, em perturbação mental; mas a 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, congênicas 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, 2012, p. 110).

Para parcela da doutrina brasileira, como Nelson Hungria, Aníbal Bruno, César da Silveira, os indígenas “não adaptados”, chamados de silvícolas (sinônimo de selvagem) estão compreendidos na cláusula de desenvolvimento mental incompleto (REZENDE, 2010). O critério da inimputabilidade reforça a visão assimilacionista e preconceituosa em relação ao indígena, como seres não ajustados, primitivos, atrasados.

Está implícita na conceituação de que o índio tem desenvolvimento mental incompleto, a ideia assimilacionista de que a tendência do índio é a de se integrar à sociedade não-índia, assimilando seus valores, sua cultura, seu modo de compreender o mundo, etc. Ou seja: à medida que o índio vai se integrando à sociedade não índia, vai completando o seu desenvolvimento mental (REZENDE, 2009, p. 74).

Segundo Hilgert e Nolan (2018), durante a ditadura militar, entre 1970 e 1974, com Bandeira de Mello como presidente FUNAI, houve controle e repressão total dos indígenas, sendo que o lema era integrar os indígenas rapidamente à sociedade nacional. Do mesmo modo, Cunha (2018) aponta para a sombriedade da década de 70 para a luta dos povos originários. Sob o discurso da emancipação, a política indigenista da época visava o esvaziamento da condição de índio para apropriação dos direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas (CUNHA, 2018).

Submetidos então ao sistema punitivista a cargo do Poder Executivo, distantes de qualquer fiscalização, tutelados civilmente pelo órgão que tentavam combater (SPI), incapacitados civilmente de pleitearem seus direitos, foram os povos originários continuamente alvo de políticas genocidas adotadas sob o véu do Estado. Assassínatos de lideranças, retomada de terras, destruição de aldeias e cercamento de fronteiras. Esse cenário foi o panorama da situação dos povos indígenas no Brasil, agravada durante o período ditatorial, cujas condições tornam a pulverizar no cenário nacional demandando forte preocupação.

Nesse ponto, não se pode olvidar, portanto, do histórico processo de criminalização dos indígenas através do encarceramento de lideranças e encaminhamento dos indígenas às colônias penais correcionais, atrelado às lutas travadas pelo direito originário às terras que tradicionalmente ocupam e o desvio da função executiva no retardamento do processo de demarcação em prol de interesses econômicos. Esse é o contexto histórico que permeou a edição do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, promulgada no ano de 1973.

Nesse mesmo período, as recorrentes denúncias sobre o genocídio dos povos indígenas que culminaram no desfazimento do SPI, viraram os olhos de outros setores da sociedade civil e da comunidade científica para a causa indígena. Na década de 70, a antropologia se debruçou sobre o estudo da identidade étnica e suas contribuições foram fundamentais para a superação da perspectiva assimilacionista da condição de indígena.

Os estudos de Frederick Barth acerca das definições e paralelos entre cultura e identidade étnica contribuíram para as redefinições do que se compreende como ser indígena. Segundo o antropólogo, as diferenças culturais resistem ao contato interétnico e à interdependência entre culturas. Os traços culturais, como língua, crenças, valores e símbolos, são tratados mais como uma implicação ou resultado, do que como uma característica primária e definicional do grupo étnico, ou seja, a cultura é antes derivada do grupo étnico e não um pressuposto para sua definição (WAGNER, 2018, p. 132-135), de tal modo que a cultura não é pressuposto para definição de grupo étnico.

Sob o critério antropológico encabeçado por Barth, abriram-se caminhos para a compreensão de que mesmo que os sinais diacríticos possam se modificar, o traço

fundamental dos grupos étnicos é a atribuição e o pertencimento (WAGNER, 2018, p. 135). Portanto, segundo tal critério, índio é aquele que se considera pertencente a uma das comunidades indígenas e por ela são identificados como tais.

Nessa definição, como leciona Manuela Carneiro da Cunha (1987) é fundamental perquirir, em primeiro lugar, o conceito de comunidades indígenas. Para a autora, “comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional, em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas” (CUNHA, 1987, p. 26).

Contribuindo em igual monta, Levi Strauss, na obra *Raça e História* (1952), investigou a hierarquizações entre culturas. O falso evolucionismo é, segundo o antropólogo, uma maneira de suprimir a diversidade cultural fingindo reconhecê-la. Em apertada síntese, Strauss defende que a histórica acumulativa, ou seja, as contribuições entre culturas, foi o que permitiu o “progresso civilizacional” da sociedade, que, de todo modo, é uma definição que varia em função da perspectiva do observador (CASTRO, 2016).

Com efeito, a luta e resistência dos povos indígenas, somadas às compreensões com respaldo de cientificidade, encontraram eco para se fazerem ressoar no cercado campo do Direito Positivo. Com o fim da ditadura, em 1985, essa articulação entre a resistência indígena e os acadêmicos antropólogos, surtiu efeito no processo constituinte contribuindo para a superação do ideal integracionista pela ordem constitucional.

Sob o trabalho da Comissão Afonso Arinos, junto às organizações indígenas e indigenistas nacionais constituídas nessa época, como a União das Nações Indígenas (UNI) e a Comissão Pró-índio de São Paulo, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em significativo marco, reconheceu os direitos originários dos índios às terras e às suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições. A redação do artigo 231 da CF/88 marcou, nesses termos, o fim do assimilacionismo na variante da integração, e reconheceu o caráter pluriétnico e multicultural do Estado nacional (DUPRAT, 2012). Em resumo

[...] o reconhecimento da organização social e cultural dos povos indígenas é o centro da mudança de paradigmas estabelecida pela Constituição de 1988, porque o que está disposto contraria a ordem anterior que tinha um caráter provisório, até que houvesse a integração na comunhão nacional. Este dispositivo não trata de integração, nem a restringindo, nem a compelindo, o que significa que as organizações sociais indígenas podem e até devem, para preservar a cultura, manter-se vigente para as presentes e futuras gerações (SOUZA FILHO, 2013, p. 19)

No mesmo sentido, conforme leciona Roberto Lemos dos Santos Filho (2008, p. 46), “a Constituição de 1988 tornou explícita a multietnicidade e multiculturalidade brasileiras [...] reconhecendo aos índios o direito à diferença, ou seja, de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente”. Paulo Antunes de Bessa, citado por Porttela (2017) e por Santos Filho (2008), também desenvolve a ideia da consagração do direito à diferença pela Constituição de 1988.

A CF/88 - que reconhece o índio como ‘diferente’, sem que essa diferença possa ser confundida com ‘incapacidade’ e que reconhece a ‘capacidade’ do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos, sem depender da intermediação [...]. Portanto, esta ‘proteção constitucional’ está protegida de ataques pela via do processo legislativo ordinário (BESSA, apud SANTOS FILHO, 2018, p. 47).

Seguindo o cenário da época, no direito internacional, no ano de 1989, foi adotada a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho, que entrou em vigência no plano internacional em 05 de setembro de 1991. A Convenção 169 foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional através do Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004.

A Convenção 169 representa um dos mais relevantes instrumentos normativos internacionais para a defesa da causa indígena. O artigo 10 da Convenção 169 trata em especial das sanções penais, estabelecendo que na imposição de pena aos povos indígenas deverão ser levadas em conta suas características econômicas sociais e culturais e ainda, privilegiar outros tipos de punição que não o encarceramento. Além disso, a Convenção 169 consagra o direito à autodeterminação, o reconhecimento da especificidade desses povos, o direito de exercício de autorregulação de suas instituições, seu desenvolvimento econômico, suas formas de vida cultural e espiritual, dentro do Estado em que vivem, visando estabelecer uma relação harmônica entre essas sociedades permanentes e os Estados, baseada no reconhecimento da pluralidade étnico cultural. (DREMISKI, LINI, 2013, p. 77).

Além da Convenção 169, merecem destaque a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, também integrante do ordenamento jurídico interno (DUPRAT, 2012) e a Declaração Universal sobre Direito dos Povos Indígenas. Esta última, aprovada após um longo percurso (DOS SANTOS, 2013) sedimenta no campo internacional a leitura dos direitos dos povos indígenas dotado de um sentido coletivo e como um direito humano. É de se notar que nos termos do artigo 8.2 desta Declaração, os Estados deverão estabelecer mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de toda forma de assimilação ou integração.

Nesse sentido, há que se falar que os direitos dos povos indígenas gozam de envergadura constitucional e devem ser lidos como direitos humanos fundados no direito à diferença, em outros termos, na diversidade consagrada não apenas no artigo 231 da Constituição Federal, como também no dispositivo que estabelece como objetivo da sociedade brasileira o fim da discriminação (artigo 3º, IV) e o pluralismo político como fundamento da República (art. 1º, V) (JUNIOR, 2018), além do dever do Estado de proteger as manifestações culturais indígenas (art. 215, §1º, CF/88).

Outrossim, atrelam-se em especial a noção do direito positivo vigente, de direitos humanos e dignidade da pessoa humana, sob, contudo, a óptica da diversidade. O mais importante na crescente preocupação pelos direitos humanos dos povos indígenas é a gradual mudança de ênfase dos direitos universais individuais para os “direitos coletivos”. [...] A essência idealista de um princípio da dignidade da pessoa humana tende a eliminar todo ente heterogêneo, de sorte a transformar o “somos iguais, somos diferentes” em “devemos ser um só povo”. [...] O postulado dos povos indígenas, entretanto, se encontra exatamente no campo oposto, o do respeito à diversidade. Ainda assim, é possível construir a dignidade humana de forma concreta, do mesmo modo em que os homens desde sempre se humanizam: pela percepção do Outro. (DOS SANTOS, 2013, p. 47)

Assim, a Constituição Federal de 1988 e os instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro – além da Convenção 169, a Declaração Universal sobre Direito dos Povos Indígenas – apontam para a superação da perspectiva integracionista da condição do indígena, em benefício do reconhecimento da pluriétnicidade do estado brasileiro.

Em construções mais recentes, alguns autores como Julio José Araujo Junior (2018), com base no referencial teórico descolonial tem perquirido um sentido intercultural para o texto constitucional que vai além da ideia do multiculturalismo, típica das políticas liberais de acomodação da diferença que marcaram as teorias da diversidade do final do século XX. Nesse sentido, a interculturalidade crítica, desenvolvida sobretudo através dos estudos de Catherine Walsh (2007, 2005), pressupõe a consideração da colonialidade do poder, ou seja, da continuidade dos padrões de poder estabelecidos na colônia com base em uma hierarquia racial e de formação e distribuição de identidades sociais (WALSH, 2005).

Compreende-se assim, que a modernidade instaurou um sistema de poder capitalista/mundial/moderno que tem na racialização seu principal eixo estruturante. Nesse compasso, os saberes e modos de ser dos povos indígenas foram reduzidos à diferenças culturais e étnicas. A interculturalidade apresenta-se então como projeto político e epistêmico que busca ressituar os saberes indígenas sem olvidar da diferença colonial (WALSH, 2005). Nessa proposta, a

interculturalidade questiona as disciplinas e estruturas dominantes e busca a transformação e a construção de estruturas, instituições, relações, mas também modo e condicionantes de pensar diferente (WALSH, 2005). Nesse sentido, a interculturalidade não se reduz à considerações essencializadas acerca da cultura ou de diferenças culturais, mas sim

[...] do problema “estrutural-colonial-racial” e sua conexão com o capitalismo, questionando profundamente a lógica irracional e instrumental capitalista, bem como apontando para a construção de diferentes ordenamentos sociais (AMADO; VIEIRA, 2021, p. 10).

Julio José Araujo Junior (2018) considera que apesar de se inserir na sua literalidade aos anseios do multiculturalismo liberal, e de não inserir as cosmovisões indígenas ou sistemas de Poder próprios das comunidades indígenas em seu bojo, a Constituição Federal de 1988 estabelece um caminho sem retorno de superação do ideal integracionista que pode nos conduzir na busca por romper com as hierarquias entre seres e saberes. Isso não significa engessar a interpretação constitucional, mas apenas sedimentar com afinco que os povos indígenas não devem ser reduzidos às percepções que nós brancos impregnamos sobre eles.

É nesse mesmo arcabouço teórico que Luiz Henrique Eloy Amado e Victor Hugo Streit Vieira (2021) compreendem que a Resolução nº 287 do Conselho Nacional de Justiça traz prenúncios de abertura à interculturalidade no cenário político-criminal brasileiro. A Resolução nº 287, aprovada em 25 de junho de 2019, estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Para tanto, considera a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos povos indígenas (art. 5º e 34) e a excepcionalidade do encarceramento indígena nos termos da Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais (BRASIL, 2019).

Essa resolução estabelece o critério da autodeclaração como modo de reconhecimento da pessoa como indígena (art. 3º) que obrigatoriamente deverá constar em todos os atos processuais, junto à sua etnia e língua falada (art. 4º). Além disso, a Resolução nº 287 preconiza a abertura a outros modos de punição de delito mediante consulta prévia à comunidade indígena da pessoa acusada (art. 7º). Esse importante marco, que vincula a atuação do Poder Judiciário em todas as instâncias (AMADO; VIEIRA, 2021) traz ainda a garantia de utilização de intérprete e a possibilidade de determinação da realização de perícia antropológica para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada.

Ademais, o paradigma da interculturalidade ganha novo fôlego no ordenamento nacional através da Resolução 454, de 22 de abril de 2022, também do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece diretrizes e procedimentos para efetivar a

garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e povos indígenas (BRASIL, 2022). Este recente texto rege-se expressamente pelo princípio do diálogo interétnico e intercultural e pela autodeterminação dos povos indígenas (art. 2º, II e IV). Tal como a Resolução nº 287, reforça o direito à autoidentificação como definidor da condição de indígena na via processual (art. 3º, I e art. 4º).

Esse novo cenário demanda, por certo, uma nova leitura a ser debruçada sobre o Estatuto do Índio, eis que o legislador pátrio omitiu-se mais uma vez em relação à causa indígena, quedando-se inerte na promulgação de nova legislação infraconstitucional sobre os direitos dos povos indígenas que acompanhe os mandamentos constitucionais. Enquanto vigente, o regramento do Estatuto do Índio exige interpretação conforme a constituição e à nova ordem alçada.

2 A nova ordem constitucional e o art. 56 do Estatuto do Índio

O marco da pluriétnicidade inaugurado pelo constituinte de 1988 não foi acompanhado pela legislação ordinária referente aos direitos indígenas. Ainda hoje continua vigente o Estatuto do Índio que, como visto, foi editado no período ditatorial em plena vigência da perspectiva integracionista¹.

Sob a ótica da integração subsistia a ideia de que na medida em que se articulavam com a sociedade envolvente, os indígenas deixavam de dispor de traços culturais definidores de sua identidade étnica. Por conseguinte, seguindo essa visão, na medida em que iam falando língua portuguesa, portavam documentos e vestiam-se de acordo com os códigos da época, os indígenas deixavam de ser índios. Nesse sentido, o artigo 4º do Estatuto do Índio traz a previsão de três graus escalonados de medida de integração à sociedade envolvente. Em seus termos os indígenas são divididos em: não integrados, em vias de integração e integrados. Como integrados são entendidos os indígenas incorporados à comunhão nacional e reconhecido no pleno exercício de seus direitos civis, ainda que conservem usos e tradições de sua cultura (BRASIL, 1973).

Em relação à aplicação da pena e ao cumprimento das sanções penais, o Estatuto do Índio traz, expressamente, dois dispositivos: o artigo 56 que trata da aplicação da pena e do cumprimento em regime especial de semiliberdade e o artigo 57 que

¹ Desde o ano de 1991, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.057/91 para criação do Estatuto das Sociedades Indígenas. O Projeto prevê o critério antropológico para identificação do indígena (PORTTELA, 2017). Mas, José Aparecido dos Santos (2013, p. 50) ressalva que “[...] todas as propostas e suas emendas ainda tratam os povos indígenas de forma inadequada, seja por serem denominados como “sociedades”, seja por manterem um prisma, na essência, individualista para o tratamento das principais questões”. Todavia, o texto segue sem sinais de aprovação.

prevê a possibilidade de aplicação das sanções penais próprias das comunidades indígenas. O primeiro, *in verbis*:

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. (BRASIL, 1973)

Em decorrência da parte final do caput do artigo 56, a distinção entre índios integrados e não integrados expressa no art. 4º do Estatuto do Índio, vem sendo utilizada como definidora do parâmetro para análise dos critérios de aplicação da atenuante e do regime especial de semiliberdade previstos no art. 56 do mesmo Estatuto. Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado reiteradamente o entendimento segundo o qual o artigo 56 do Estatuto do Índio somente se aplica aos indígenas considerados “não integrados” socialmente ou em fase de aculturação. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. OMISSÃO INEXISTENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. NÃO CABIMENTO. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. EXAME DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. 1. "Nos termos do art. 619, do Código de Processo Penal, os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado, não se prestando para manifestar mero inconformismo da parte sucumbente com a decisão embargada, nem para viabilizar a análise de inovações argumentativas realizadas tardiamente" (EDcl no AgRg no REsp 1.854.892/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022). 2. Assentado pelo Tribunal de origem que o pedido de prisão domiciliar não pode ser acolhido tendo em vista que o regime especial pretendido somente se aplica para os casos em que o indígena não pode ser considerado integrado, o que não é o caso dos autos, que demonstram que **o apenado, embora de origem indígena, encontra-se totalmente integrado à sociedade**, a pretendida revisão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar reexame do material cognitivo produzido nos autos. 3. **"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.** Precedentes. 2. A alteração das premissas fáticas do acórdão - de que o réu estaria integrado ao convívio social fora da aldeia indígena - demanda necessário revolvimento das provas dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ (AgRg no AREsp 1467017/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 09/09/2019). 4. Não é cabível a manifestação desta Corte acerca de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.970.494/MS, relator

Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.) (grifo nosso)

Mesmo após mais de 30 (trinta) anos de império da Constituição de 1988 que abandonou a perspectiva integracionista e ainda que diante da vigência da Resolução nº 287 do Conselho Nacional de Justiça, que é clara ao prever o critério da autoidentificação (art. 3º), o Superior Tribunal de Justiça assim tem decidido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 6.001/1973. INAPLICABILIDADE. INDÍGENA INTEGRADO SOCIALMENTE. VERIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. ENTENDIMENTO DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. É inadmissível habeas corpus em substituição ao recurso próprio, também à revisão criminal, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo se verificada flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado apta a ensejar a concessão da ordem de ofício. 2. **"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 n. 1.467.017/MT). 3. Não cabe ao STJ modificar o entendimento das instâncias de origem de que o apenado enquadra-se na posição de integrado à sociedade e, por conseguinte, não faz jus ao regime de semiliberdade, por demandar reexame fático-probatório, o que é incompatível com a estreita via do habeas corpus. 4. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 621.553/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.) (grifo nosso)

Em consulta à jurisprudência disponível no site do Superior Tribunal de Justiça, mediante preenchimento dos campos de legislação - Estatuto do Índio e artigo 56, respectivamente, foram localizados 07 acórdãos datados entre outubro de 2019, data de vigência da Resolução 287 e dezembro de 2022. Além dos acima citados, foram listados os seguintes acórdãos que também aplicam o entendimento segundo o qual a aplicação do artigo 56 do Estatuto do Índio se atém aos graus de integração do réu indígena à sociedade envolvente. São eles: AgRg no Aresp 1916005/MS julgado em 08/02/2022; AgRg no HC 575814/PR julgado no dia 09/11/2021; AgRg no AgRg no RHC 115094/MS do dia 28/04/2020. Ou seja, dos 07 acórdãos resultantes da busca avançada com os termos "Estatuto do Índio" e "artigo 56", 05 deles consideram o critério já superado pela Constituição e que contraria a Resolução nº 287 do CNJ. Ressalte-se ainda, que o RHC 141827/MS de 13 de abril de 2021, que também apareceu no resultado das buscas, apesar de não aplicar tal entendimento traz considerações de ordem integracionista. Nas remissões jurisprudenciais foi localizado ainda, o RHC 122923/PR julgado no dia

26 de maio de 2020, o que permite inferir a possibilidade de outros acórdãos no mesmo sentido e temporalidade, não terem sido contemplados pelos termos de busca.

Tal entendimento contraria frontalmente a Constituição Federal, assim como as determinações vinculantes do Sistema Nacional de Justiça. O art. 4º do Estatuto do Índio, que trata dos níveis de integração, assim como os demais dispositivos do Estatuto do Índio, pautados na perspectiva integracionista, em sua variante da assimilação, sobretudo aqueles que retiram dos povos indígenas o direito de serem etnicamente diferenciados, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 (PORTTELA, 2017, p. 86).

A consagração constitucional do direito à diversidade, de viverem de acordo com seus próprios modos de vida, não comporta argumentos de ordem integracionista que tratam da condição de indígena como algo passageiro, cuja evidência de transição pode ser vislumbrada em graus, e se materializa em determinadas condições da vida material. Essa visão supõe uma superioridade na capacidade de definir o que é ser indígena, a qual o Estado ainda deve se propor a entender e, também, reduz à uma identidade forjada por essa mesma dominação a complexidade de viver a partir de uma cosmovisão própria de sua comunidade.

Para Rezende (2009, p. 105), o artigo 56 do Estatuto do Índio é comando imperativo vinculado à condição de indígena. Os parâmetros de definição de indígena, para o autor, estão no artigo 3º do Estatuto do índio, que considera como índio o indivíduo que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional (BRASIL, 1973). Em seus dizeres:

Esta atenuante, no entanto, independe de qualquer outra situação além do fato de o condenado ser índio, na conceituação que lhe dá o art. 3º do Estatuto do índio. Ou seja, basta ser índio e terá a sua pena atenuada. Além da atenuação, é importante que se diga, também o só fato de ser índio, lhe garante o direito de cumprir a pena, seja de reclusão, seja de detenção, em regime especial de semiliberdade, conforme previsão do parágrafo único do art. 56 do Estatuto do índio e também do art 10 §2º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Assim, o direito de ter a pena atenuada e cumprida em regime especial de semi-liberdade, o índio, por ser índio, já tem (REZENDE, 2009, p. 105).

No mesmo diapasão, Lima (2011, p. 256) defende que a aplicação da atenuante prevista no artigo 56 do Estatuto do Índio é obrigatória, e nesse processo, “a única preocupação do operador deve residir na análise da influência dos costumes e dos direitos indígenas na prática do delito”.

Segundo Wagner (2018), a par da hermenêutica constitucional, a própria interpretação gramatical remete ao parâmetro diferenciador almejado pelo legislador infraconstitucional. Isso porque, em sua literalidade o artigo 56, no que tange à atenuação da pena, utiliza a expressão “deverá ser atenuada”, seguida da conjunção aditiva “também” em referência aos graus de integração (WAGNER, 2018, p. 141). Destarte, as decisões que negam ao indígena o direito à atenuação da pena e ao regime de semiliberdade, sob a justificativa de portar documentos e falar português, consubstancia grave reprodução da visão integracionista pautada na visão da condição de indígena como uma situação transitória, vinculada a manutenção de determinados traços externos, que uma vez assimilados pela sociedade envolvente, retiram-lhe a condição de índio.

Com base no critério antropológico não há que se falar da perda da condição de indígena associada ao fato de portar documentos, falar português, “fazer bicos”. Essas condições não retiram do agente a definição de indígena, tampouco são suficientes para suprimir sua identificação com uma comunidade cuja formação e existência são anteriores ao próprio Estado. Nesse sentido, é importante considerar o processo histórico da colonização e da submissão forçada desses povos ao processo “civilizatório” de integração ao Estado nacional.

Seja a partir da manutenção de seus modos originários e tradicionais, seja a partir da articulação com a sociedade envolvente e mudança de seus próprios traços culturais, o indígena tem o direito de ser tratado como tal com base no critério da autoidentificação, por si mesmo e pela comunidade ao qual pertence. Esse é o critério definidor da condição de indígena decorrente do marco constitucional vigente. As Resoluções nº 287 de 2019 e nº 454 de 2022 que vinculam o Poder Judiciário, inclusive o Superior Tribunal de Justiça o estabelecem expressamente.

Além disso, a Resolução nº 287 prevê que diante da impossibilidade de aplicação de penas diversas da prisão, a autoridade judicial deverá aplicar, sempre que possível, e mediante consulta à comunidade indígena, o regime especial de semiliberdade previsto no artigo 56 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) (art. 10).

Como alerta Souza Filho,

Os Tribunais superiores igualmente, julgam como se a lei dissesse o que não diz e, invariavelmente analisam o grau de integração do índio quando o que deve ser analisado, para a correta aplicação daquela norma penal, seria tão somente se existe o grupo indígena ao qual aquele indivíduo diz pertencer, e se o grupo o reconhece e o identifica. [...] A leitura simples e direta do dispositivo legal nos remete à vontade do legislador em dar aos índios um tratamento diferenciado no julgamento da ação ou omissão criminosa dos índios, que, pelo só fato de sê-lo, deverão ter a pena atenuada. (SOUZA FILHO, 2012, p. 116).

De tal sorte, uma vez que o réu se identifique como índio e seja reconhecido por sua comunidade como tal, deve ter assegurado o direito a atenuante da pena e o regime especial de semiliberdade previstos no art. 56 do Estatuto do Índio. Na perspectiva penal não se pode olvidar das condições do cárcere e do colapso do modelo vigente para punição do delito. O encarceramento indígena causa a supressão dos elementos da identidade étnica e retira deste o direito a ser julgado de acordo com os mecanismos e visões que lapidam seu próprio modo de vida.

A previsão excepcional aos indígenas pauta-se no direito constitucionalmente assegurado a ser diferente, a existir de acordo com suas próprias organizações sociais. É no seio destas que se deve procurar a solução para o delito. Como leciona Villares:

[...] o reconhecimento das formas distintas de organização social, dos costumes e tradições, dos valores e da moral indígenas é imprescindível para a garantia de um tratamento justo a ser dispensado aos índios (agressores ou agredidos), seus familiares e suas comunidades, diante de um processo criminal (VILLARES, 2010, p. 22)

Para tanto, é preciso que se desenvolva um aparato Estatal hábil para lidar com a causa indígena. Na condução do processo e inquéritos policiais deve haver espaço para o exercício da autoidentificação, do direito ao uso da língua materna e de intérprete, caso necessário. No decorrer do processo criminal a confecção do laudo antropológico é imprescindível para tratativa adequada dos direitos subjetivos do réu preso. Sua importância se atrela também à averiguação da dimensão do dano na comunidade e para verificação de perspectivas de fortalecimento de mecanismos de resolução de conflito internamente, ou seja, à dimensão coletiva dos direitos dos povos indígenas e o direito à julgamento de acordo com seus próprios sistemas.

Como ressalta Roberto Lemes dos Santos Filho (2007), o contato interétnico por si só, já é uma situação traumática, e, na maioria dos casos, a prática delito direta ou indiretamente dele decorre. Desse modo, a realização de perícia antropológica é meio indispensável para a garantia dos direitos subjetivos do réu indígena.

A exigência desta prova não se dá necessariamente para constatar apenas a capacidade mental do acusado indígena (sua imputabilidade), mas para contextualizar sua ação no bojo das práticas culturais por ele assumidas em sua identidade étnica *sui generis*, bem como para eventualmente justificá-la no confronto por disputas indígenas, estejam estas vinculadas à posse da terra ou não. (FILHO, 2020, p. 22)

Só assim o Direito Penal poderá livrar-se de carregar o fardo de perpetuar os fatores históricos de criminalização e tentativa movida pelos modelos de política e governo atuantes no Estado brasileiro, de fazer desaparecer os povos originários.

Considerações finais

O direito indigenista nacional estatuiu-se, até 1988, sob a visão integracionista colonizadora, que propagou o ideal do índio genérico, como uma condição transitória, a ser superada na medida em que se completasse o avanço civilizacional. O Estatuto do Índio, única legislação atual que trata expressamente da questão indígena no processo penal, foi editado e aprovado sob tal ideologia, no ano de 1973, durante o governo ditatorial, época em que se acirraram as lutas dos povos indígenas e os processos de criminalização atrelados à luta pela terra.

Sem embargos, com o retorno da democracia e a promulgação da Constituição Federal de 1988, a luta dos povos indígenas e movimentos atuantes na causa indigenista, alcançou respaldo no texto constitucional. O art. 231 da CF/88 reconheceu o direito dos povos originários a viverem de acordo com suas próprias organizações sociais e, assim, marcou o fim da visão integracionista, subjacente ao Estatuto do Índio.

As definições antropológicas, recepcionadas pelo regramento constitucional, endossado pela Convenção 169 da OIT e pela Resolução nº 287 do CNJ, consagram o critério da autoidentificação e do pertencimento, como parâmetros para a definição de indígena. Com base em tal critério, um indígena que esteja habituado às condições ordinárias vigentes, não deixa de gozar dos direitos conferidos aos povos indígenas, eis que tais garantias são anteriores a ele, e inserem-se em um contexto de preservação histórico e coletivo, de responsabilidade também do Estado.

Portanto, o art. 4º do Estatuto do Índio, que trata dos variados níveis de integração do indígena, não encontra correspondente na ordem constitucional vigente e, portanto, não deve ser utilizado como critério para análise do direito à atenuante e ao regime especial de cumprimento de pena previstos no art. 56 do mesmo Estatuto. Sob a hermenêutica constitucional, constata-se tratar de direito subjetivo do Réu indígena.

O afastamento do art. 56 do Estatuto do Índio, sob a consideração de estar diante de um réu indígena integrado à comunhão nacional afronta os direitos humanos na medida em que contraria a consagração do direito à diversidade, acepção intrínseca ao conceito de dignidade da pessoa humana, postulado basilar do Estado democrático de Direito. Nesse viés, o dispositivo ordinário (art. 4º do Estatuto do Índio) não deve ser levado a efeito para se restringir o alcance da garantia

constitucional (art. 231, CF/88) reconhecida aos indígenas, de manterem-se integrados às suas culturas e identidades étnicas inclusive e, talvez principalmente, no decorrer do processo penal e no cumprimento da pena.

À vista disso é importante que o aparato Estatal se dedique a conferir os direitos básicos dos indígenas na condução do processo penal. Sugere-se, assim, o desenvolvimento de mecanismos, sobretudo o fomento à realização do laudo antropológico e demais medidas que assegurem aos indígenas a manutenção de seus traços étnicos e culturais, o direito de se expressarem de acordo com sua própria língua, e de buscarem, no seio de suas próprias organizações sociais, a legitimidade para a punição do delito.

Referências

AMADO, Luiz Henrique Eloy; VIEIRA Victor Hugo Streit. O tratamento jurídico-penal reservado aos indígenas sob a ótica intercultural e decolonial. *Boletim IBCCRIM Descolonizar as ciências criminais e os direitos humanos*, ano 29, n. 339, p. 09-12, fev. 2021. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/738/2>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas – Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019*. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 454, de 22 de abril de 2022*. Estabelece diretrizes e procedimentos para efetivar a garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e povos indígenas. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original174053202205036271692534e99.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, seção 1, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL, *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União, seção 1, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *Agravo Regimental no Recurso Especial 1.970.494/MS*. Relator Ministro Olindo Menezes. Brasília,

DF, 09 de agosto de 2022. Dje, 15 de agosto de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202102065790. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 621.553/PR*. Relator Ministro João Otávio de Noronha, DF, 19 de abril de 2022. DJe, 25 de abril de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002823160. Acesso em: 19 dez. 2022.

CASTRO, Alexandre de. Fundamentos para uma crítica do Estatuto do Índio. *Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 11, n. 1, p. 275-303, 2016. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viewFile/20970/pdf_1. Acesso em: 31 mar. 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos do Índio, ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. *Dossiê 30 anos da Constituição Brasileira, Novos Estudos, CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 429-443, set./dez., 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/nec/v37n3/1980-5403-nec-37-03-429.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. A convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, In: FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza, BERGOLD Raul Cezar, (orgs). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. In: RAMOS, Alcida Rita (org.). *Constituições nacionais e povos indígenas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 228-237.

DOS SANTOS, José Aparecido. A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD Raul Cezar, (orgs). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 35-49.

FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira. Panorama do Tratamento Penal dos Povos Indígenas no Brasil. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). *Justiça Criminal e Povos indígenas do Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 237-256.

HEEMAN, Thimotie Aragon. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: do integracionismo ao interculturalismo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, v. 53, n. 1, p. 05-18, jul./dez., 2017. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/164>. Acesso em: 21 mar. 2020.

HILGERT, Caroline Dias; NOLAN, Michael Mary. Indígenas em conflito com a lei: a criminalização dos povos indígenas no Brasil através do judiciário. *RELAJU/CONPEDI*, Universidade de Brasília, Brasília, [2015]. Disponível em: <http://ittc.org.br/indigenas-em-conflito-com-a-lei/>. Acesso em: 30 mar. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA – IBGE. *Os indígenas no Censo Demográfico 2010*: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Diretoria de Pesquisas, 2012. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/indigenas/estudos/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 21 mar. 2020.

JUNIOR, Julio José Araújo. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural. 2018. 332 f. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Estatuto do Índio*. Salvador: JusPodivim, 2011.

PORTTELA, Alessandra Matos. Multiculturalismo, monismo jurídico e a questão do reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas. *Inter Faces Científicas, Direito*, Aracaju, v. 5, n. 3, p. 81-94, jun., 2017. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/4638>. Acesso em: 30 mar. 2020.

REZENDE, Guilherme Madi. *Índio – tratamento jurídico-penal*. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS FILHO, Roberto Lemes. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; BERGOLD Raul Cezar (orgs.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 13-34.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito envergonhado - O Direito e os índios no Brasil. *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, v. 15, p. 145-164, 1992. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r06852-5.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

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

WALSH, Catherine. Interculturalidad, conocimientos y decolonialidad. *Signo y Pensamiento*, Bogotá, v. 24, n. 46, p. 39-50, jan./jun., 2005.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón (comp.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 47-62.

Sobre a autora

Anna Carolina Tavares Assunção

Mestranda bolsista no programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, com fomento da agência FAPEMIG, pós-graduada em Direitos Humanos e Ressocialização e em Direito Penal e Processo Penal (UCAM), graduada em Direito (UFU). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos e Decolonialidade (GEPDHD), vinculado ao Laboratório de Estudos Decolônias da Universidade Federal de Uberlândia (LAED/UFU/Cnpq).