

Identidade cultural como instrumento de igualdade no processo penal em diálogo com o sistema interamericano de direitos humanos

Cultural identity as an instrument for equality in criminal proceedings in dialogue with the inter-american human rights system

Identidad cultural como instrumento de igualdad en el proceso penal en diálogo con el sistema interamericano de derechos humanos

Polireda Madaly Bezerra de Medeiros¹
Universidade Federal de Pernambuco

Roberta Amanajás Monteiro²
Instituto de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Submissão: 30/11/2022
Aceite: 28/12/2022

Resumo

O artigo abordará o princípio da igualdade, no direito processual penal, sob a perspectiva da identidade cultural. Para tanto, será feita uma breve abordagem sobre a evolução do referido princípio, considerando-se quais critérios de distinção podem ser validamente eleitos no direito. Em seguida, analisar-se-á como o sistema jurídico brasileiro trata do tema, e em que medida standards do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos podem ajudar na problemática, a partir do exame de casos concretos em que o princípio da igualdade foi desenvolvido. Por fim, serão propostas soluções que podem garantir um processo penal mais igualitário, nos casos de acusados indígenas.

Palavras-chave

Princípio da Igualdade – Critério de Distinção – Processo Penal – Identidade Cultural.

Abstract

The article will address the principle of equality, in criminal procedural law, from the perspective of cultural identity. Therefore, a brief approach will be made on the evolution of this principle, considering which criteria of distinction can be validly

elected in law. Then, it will be analyzed how the Brazilian legal system deals with the subject, and to what extent standards of the Inter-American System of Protection of Human Rights can help in the problem, from the examination of concrete cases in which the principle of equality was developed. Finally, solutions will be proposed that can guarantee a more egalitarian criminal process in cases of indigenous defendants.

Keywords

Principle of Equality – Criterion of Distinction – Criminal Procedure – Culture Identity.

Resumen

El artículo abordará el principio de igualdad, en el derecho procesal penal, desde la perspectiva de la identidad cultural. Para ello, se hará un breve enfoque sobre la evolución de dicho principio, considerándose qué criterios de distinción pueden ser válidamente elegidos en el derecho. A continuación, se analizará cómo el sistema jurídico brasileño trata el tema, y en qué medida los estándares del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos pueden ayudar en la problemática, a partir del examen de casos concretos en que el principio de igualdad fue desarrollado. Finalmente, se propondrán soluciones que puedan garantizar un proceso penal más igualitario, en los casos de acusados indígenas.

Palabras clave

Principio de Igualdad – Criterio de Distinción – Proceso Penal – Identidad Cultural.

Sumário

Introdução. Igualdade e critérios de distinção. Igualdade, processo penal e paridade de armas. Identidade cultural no processo penal brasileiro. Identificação. Participação de tradutores no processo. Pluralismo jurídico. O direito à identidade cultural na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Considerações finais.

Introdução

O presente artigo analisa se é possível e necessário conferir tratamento diferenciado, em processos penais, a réus indígenas. Busca analisar também como as normas brasileiras e a jurisprudência nacional, bem como a da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vêm tratando a matéria. Para tanto, aborda o princípio da igualdade e examina quais os critérios de discriminação podem ser validamente aplicados, a fim de justificar o tratamento diferenciado, já que a proposta ora veiculada é justamente a de conferir um tratamento diferente a determinados sujeitos. Por fim, será realizada uma incursão nas normas processuais penais brasileiras atualmente vigentes, bem como no tratamento jurisprudencial conferido, pelos tribunais nacionais e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a réus pertencentes a grupos étnicos diferenciados.

Igualdade e critérios de distinção

“Quem são os iguais e quem são os desiguais?”
(MELLO, 2021, p. 11)

A noção de igualdade, como princípio fundamental dos Estados modernos, conduz aos desafios e reflexões que consideram a complexidade das relações sociais e jurídicas contemporâneas.

Nancy Fraser (2006) analisando as complexas demandas por igualdade na contemporaneidade, a que se refere como “era pós-socialista”³, afirma que as demandas por justiça podem ser feitas no âmbito econômico ou no cultural⁴, através de mecanismos, respectivamente, de reconhecimento e de redistribuição. Em cada um deles, o uso estratégico da igualdade sofre sensíveis diferenças. Nas demandas por redistribuição, por exemplo, os interessados buscam, de forma recorrente, uma “desdiferenciação”⁵ com o grupo. Ou seja, para reivindicar posições jurídicas, argumentam que merecem tratamento igualitário, invocando, portanto, o princípio da igualdade. Já nas disputas por reconhecimento, ressalta-se a peculiaridade do segmento social em relação ao todo, ou seja, invoca-se o direito a ser diferente⁶, que também é uma face do princípio da igualdade.

A complexidade, contudo, surge justamente no que a autora chama de coletividades bivalentes, ou seja, aquelas que buscam, ao mesmo tempo, reconhecimento e redistribuição, o que gera um dilema: “[...] pessoas sujeitas à injustiça cultural e à injustiça econômica necessitam de reconhecimento e redistribuição. Necessitam de ambos para reivindicar e negar sua especificidade.” (FRASER, 2006, p. 233). Por tal motivo, a filósofa desenvolveu a “concepção bidimensional da justiça”, que compreende a distribuição e o reconhecimento, por meio da “participação paritária”, ou seja, todos os membros adultos de uma sociedade precisam poder interagir uns com os outros como pares⁷.

Analisar o princípio da igualdade, portanto, demanda necessariamente uma contextualização. O princípio da igualdade, enunciado abstratamente em si mesmo⁸, nada esclarece sobre o tratamento a ser conferido às pessoas em determinado caso concreto. Na verdade, como é próprio do direito realizar distinções, discriminações⁹, “[...] a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado.” (ÁVILA, 2021, p. 197)

Isso significa que, a depender do fim a ser alcançado pela norma, determinados critérios de diferenciação ou de equiparação podem ou não ser validamente utilizados. Por exemplo, o critério capacidade econômica é legítimo para diferenciar contribuintes que a expressam em diferentes graus. Contudo, não o é para o exercício do voto. Mas, afinal, o que é conferir tratamento igual às pessoas? Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 11) propõe a mesma indagação:

[...] qual o critério legitimamente manipulável [...] que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e pessoas, sem quebra e agressão a objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?

Em termos gerais, entende-se que distinções na norma e nas interpretações desta não podem ser caprichosas, injustificadas ou arbitrárias. O fundamento do tratamento desigual a ser conferido deve ser razoável e o fim perseguido, legítimo. Contudo, afirmar que uma distinção é razoável e que seu fim é legítimo ainda padece de elevada carga de indeterminação.

Mello (2021) aponta que um mesmo critério de diferenciação pode, em determinados casos, ser legítimo e, em outros, não. Exemplifica com a baixa estatura de uma pessoa, que não pode ser critério válido para impedi-la de celebrar contratos, mas pode sê-lo para impossibilitar o acesso a determinadas funções¹⁰, tais como a de agente da guarda de honra, em cerimônias militares oficiais (*ibidem*, p. 12).

O que ofende a isonomia não é a escolha de determinado *discrímen*, porquanto “[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório.” (*ibidem*, p. 17) Contudo, o critério escolhido deve, segundo o autor, manter pertinência lógica com o tratamento desigual¹¹ e visar a promover “interesses prestigiados na Constituição” (*ibidem*, p. 18).

Para o Mello (2021), quatro são os elementos que caracterizam como lícita uma distinção. Primeiramente, ela não pode atingir apenas uma pessoa. Deve, portanto, ter caráter geral. Como segundo requisito, as pessoas a serem contempladas pela norma devem possuir, de fato, características diferenciadas em relação às demais. Em terceiro lugar, deve existir alguma pertinência lógica entre a diferença do indivíduo/grupo e a distinção estabelecida pela norma. E, por último, essa correlação lógica deve visar a proteger interesses constitucionalmente assegurados, tendo em vista o bem público.¹²

José Gomes Canotilho (2003, p. 428) parte da clássica distinção entre igualdade na aplicação do direito e na criação do direito. Da primeira resulta que a lei deve ser aplicada a todos sem qualquer distinção. Da segunda decorre que o legislador deve criar um direito igual para todos. O constitucionalista assevera que essas dimensões da igualdade não resolvem o problema de saber quem são os iguais e quem são os desiguais. Por isso, segundo ele, uma dimensão material da igualdade se faz necessária. Para o autor, a igualdade pressupõe diferenciações e designa uma relação entre pessoas e coisas. Ainda, a simples fórmula “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” não contém ainda um critério material que possa justificar eventual tratamento desigual. Por tal motivo, assevera, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português fixou um critério para a valoração da relação de igualdade, o qual consiste na proibição de distinções arbitrárias.

Questiona Canotilho (2003, p. 428-429), então: quando existirá o odioso arbítrio nas distinções? E, para tanto, responde: quando o tratamento desigual não se basear em um fundamento sério, não tiver um sentido legítimo e não possuir fundamento razoável. Contudo, a proibição do arbítrio não resolve todos os problemas, em especial os que não conduzem a uma solução arbitrária.

O estabelecimento de distinções entre as pessoas é fenômeno corriqueiro no direito, já que diversas características, residentes nas coisas e nos seres em si mesmos, podem ser erigidas à condição de *discrimen*. O que tornará o tratamento diverso odioso, conforme Canotilho (2003), será a sua finalidade, se de exclusão ou inclusão, ou seja, incremento da participação das pessoas subalternizadas nas decisões políticas essenciais de uma sociedade.

Igualdade, processo penal e paridade de armas

“A paridade de armas está ausente no processo penal.”
(COSTA, 2001, p. 97)

O princípio da igualdade no âmbito do processo penal manifesta-se em normas e entendimentos jurisprudenciais, tais como: a garantia da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal); a elaboração da Súmula Vinculante n.º 14, do Supremo Tribunal Federal¹³; o princípio da vedação a que o juiz se substitua à acusação¹⁴; a possibilidade de redução da fiança ou mesmo de sua dispensa¹⁵

(verdadeira norma de equidade); o cabimento da revisão criminal apenas em favor do réu¹⁶; a proibição da reformatio *in pejus* indireta; a possibilidade de impetração de *habeas corpus*¹⁷, exclusivamente em benefício da pessoa acusada; a possibilidade de embargos infringentes e de nulidade, também exclusivos da defesa¹⁸, etc.

Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu (2014) defende, ainda, que é uma faceta do princípio em apreço a vinculação aos precedentes. Para ele, independentemente de haver norma legal impondo a vinculação¹⁹, esta se fundamenta na necessidade de as decisões judiciais se mostrarem adequadas a questões lógico-argumentativas. Interessante que, nesta seara, a igualdade funciona como um princípio limitador do arbítrio do intérprete, que está sujeito a uma carga argumentativa maior, quando tende a se afastar do *stare decisis*. Quanto mais se distanciar dos precedentes, tratando de modo diverso situações aparentemente semelhantes, maiores serão seus ônus argumentativos.

Além dessas manifestações da igualdade, é possível vislumbrar, no processo penal, a existência de normas que conferem tratamento diferenciado a certos sujeitos, sob o argumento de proteção ao interesse público. São exemplos dessa distinção as regras relativas ao procedimento de crimes praticados por servidores públicos²⁰; as previsões de foros privilegiados por prerrogativa de função²¹; o cabimento da exceção da verdade para os crimes de calúnia e difamação²², praticados, em desfavor de servidores, no exercício da função ou em razão desta; bem como a natureza da ação penal para certos crimes, praticados contra os servidores²³, em razão das funções.

Nesse âmbito, é comum a crítica de que as ditas discriminações, na verdade, constituem um privilégio e, por isso, devem ser evitadas.²⁴ No entanto, são regras instituídas para assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos ou funções e somente podem ser aplicadas em casos de crimes cometidos por ou contra os funcionários públicos no exercício de suas funções ou em razão destas. Não subsistem, portanto, salvo hipóteses excepcionalíssimas atinentes ao Presidente da República, para atos praticados pelos servidores enquanto particulares.²⁵ Tais previsões vêm sofrendo restrições.²⁶ Exemplo desse fenômeno é a construção jurisprudencial restritiva do foro por prerrogativa de função²⁷, elaborada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 937²⁸ e pelo Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal 857²⁹. De igual modo, a jurisprudência tende a considerar como mera nulidade relativa a falta

de notificação prévia ao recebimento da denúncia ou queixa, para defesa dos servidores públicos³⁰. Logo, o tratamento diferenciado, em virtude de certas características de determinados réus no processo criminal, parece tender, cada vez mais, a sofrer atenuações.

Não obstante o senso comum, segundo o qual o processo possui mecanismos que assegurem a ocorrência da igualdade, que se manifestaria, na seara penal, pela paridade de armas³¹, há quem sustente que esta sequer existe em tal domínio (COSTA, 2001, p. 101).

Com efeito, Paula Bajer Fernandes Costa (2001), partindo do pressuposto de que a relação processual penal é desigual (já que, nela, o Estado está interessado em punir o indivíduo³²) afirma que tal assimetria pode ser corrigida pelo princípio do contraditório. Para a autora, portanto, não há, a rigor, igualdade no processo penal, que é por essência uma manifestação de desigualdade de forças, revelada pelo aparato estatal, de um lado, e pela pessoa acusada, de outro. Assim, como, nessa espécie de processo, não existem partes no sentido material, bem como também não existe propriamente uma relação jurídica subjacente, não é possível falar-se em paridade de armas. Contudo, o contraditório é o princípio possível de ser preservado e que pode, portanto, corrigir a disfunção. A autora afirma que, para sua existência, o contraditório prescinde mesmo da igualdade. Contudo, se este for observado, tem a aptidão de restaurar os efeitos deletérios da desigualdade inerente ao processo penal. Também controla a inquisitividade do juiz e contribui para a sua imparcialidade.

Gustavo Badaró (2015) menciona que, no processo penal, existe uma clara desigualdade processual, já que, de um lado, a parte é o Estado e, do outro, uma pessoa (réu), que, aliás, na fase do inquérito, não está em posição de igualdade com o investigador. Eugênio Pacelli (2018, p. 24), por seu turno, aponta que há no processo penal uma “[...] desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.”

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também se debruçou sobre o problema da igualdade no processo penal. Na OC-16/99 (Corte IDH, 1999), o México indagou se a inobservância ao direito à informação de assistência consular³³ constituiria uma violação ao artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (cláusula da igualdade e do devido processo legal), ao artigo 3º da Carta da Organização dos

Estados Americanos (princípios da OEA, entre os quais o da não discriminação) e ao artigo 2º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (igualdade e não discriminação).

Invocando a necessidade de interpretar evolutivamente as normas dos tratados de direitos humanos, considerando-se o desenvolvimento dinâmico do Direito Internacional, a Corte afirmou ser preciso, para poder falar em devido processo legal, que “[...] um indivíduo possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva em em condições de igualdade processual com quaisquer outros.”³⁴ (CORTE IDH, 1999, § 117) [tradução livre]

Mais adiante, a Corte de São José aprofunda a análise, afirmando que:

Para alcançar os seus objetivos, o processo deve reconhecer e corrigir os fatores de desigualdade real daqueles que são levados diante da justiça. É assim que se observa o princípio da igualdade perante a lei e os tribunais, bem como a correspondente proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adoção de medidas compensatórias que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impedem ou reduzem a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não existissem tais meios, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do procedimento, dificilmente se poderia dizer que aqueles que estão em condição de desvantagem gozam de um verdadeiro acesso à justiça e beneficiam de um devido processo legal em condições iguais com aqueles que não enfrentam tais desvantagens.

É por isso que se disponibiliza um tradutor para aqueles que não conhecem a língua na qual o processo se desenvolve, e também é por isso mesmo que se atribui ao estrangeiro o direito de ser informado oportunamente de que pode contar com a assistência consular. Estes são meios para que os acusados possam fazer pleno uso de outros direitos que a lei reconhece a todas as pessoas. Todos esses direitos, indissociavelmente vinculados entre si, formam o conjunto de garantias processuais e integram o devido processo legal.³⁵ (CORTE IDH, 1999, § 119-120) [tradução livre]

Portanto, se parte da premissa de que o processo penal é por natureza campo de desigualdade material indesejável, torna-se necessário adotar mecanismos que a diminuam. Com maior razão, parece intuitivo que, quando o processo penal se volta contra indivíduos imersos em padrões culturais não hegemônicos, essa desigualdade se torna um profundo fosso, que precisa ser adequadamente transposto. Que meios devem ser utilizados para tornar essa travessia menos temerária? O tópico seguinte se propõe a dar uma resposta, mesmo provisória e inacabada, a essa pergunta.

Identidade cultural no processo penal brasileiro

“Cego é quem só abre os olhos quando a si mesmo se contempla.”
(COUTO, 2016, p. 73)

Na esteira do pensamento de Fraser (2008), é possível afirmar que o processo penal, caso descure dos aspectos relativos à identidade cultural de minorias étnicas, assume características próprias de uma injustiça de não-reconhecimento.

Segundo a filósofa, o não-reconhecimento consiste “[...] em padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social.” (FRASER, 2008, p. 179) Dessa forma, negar aos réus pertencentes a grupos étnicos diferenciados e subalternizados o direito de terem sua cultura levada em conta, no decorrer do processo, nada mais é do que resvalar em uma injustiça dessa natureza. Mais ainda: desconsiderar sistematicamente elementos culturais específicos no processo voltado a responsabilizar pessoas pertencentes a minorias étnicas - em especial quando o fato praticado não for criminoso sob aquele particular ponto de vista - implica etnocídio.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende por etnia os laços socioculturais, linguísticos, espirituais, históricos e tradicionais que os membros de uma determinada comunidade mantêm entre si. Com efeito,

[...] a etnia se refere a comunidades de pessoas que compartilham, entre outras, características de natureza sociocultural, tais como afinidades culturais, linguísticas, espirituais e origens históricas e tradicionais. Dentro desta categoria se encontram os povos indígenas, a respeito dos quais a Corte reconheceu que têm características próprias que conformam sua identidade cultural, tais como seu direito consuetudinário, suas características econômicas, sociais, seus valores, usos e costumes.³⁶ (CORTE IDH, 2014a, § 204) [tradução livre]

Segundo o ponto de vista de Tédney Moreira da Silva (2015, p. 36), segundo quem “[...] a extinção dos povos indígenas não deve ser pensada somente do plano físico-biológico: não reconhecer o direito a existir como diferente engendra os mesmos efeitos.” Nesse sentido, é preciso verificar se, no direito brasileiro, há previsão de mecanismos que garantam, de algum modo, aos réus integrantes de grupos minoritários, a possibilidade de participarem efetivamente da tomada de decisões nos processos penais, em prestígio à igualdade procedimental (CRUZ, 2009; GALUPPO, 2002) ou à participação paritária (FRASER, 2008).

Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Paula Bajer Fernandes Costa (2009, p. 60), em artigo a respeito do Projeto de Lei n.º 156, de 2009, tratando do Projeto para um novo Código de Processo Penal, concluem que “[...] em nosso país a lei processual penal é aplicada a integrantes de minorias étnicas sem atenção às diferenças culturais.”³⁷

A esse respeito, Tédney Moreira da Silva (2015, p. 36) anota que todas as constituições brasileiras anteriores à de 1988, o Estatuto do Índio e, em âmbito internacional, a Convenção n.º 107 da Organização Internacional do Trabalho, adotaram, em relação aos povos indígenas, uma postura assimilacionista. Assim “[...] pressupunham a separação dos indígenas dos demais brasileiros na constituição da nação, circunstância que acabaria por selar o seu lugar no Estado, que é sempre de marginalização.”

Embora, do ano de 1941 (ano da edição do Código de Processo Penal) até o de 2021, o Poder Legislativo³⁸ não tenha aprovado qualquer norma processual versando sobre o tratamento a ser conferido a réus indígenas³⁹, inquestionavelmente ocorreram inovações positivas no âmbito da justiça criminal.

Uma delas diz respeito a uma questão prática, no sentido de, cada vez mais, o próprio Ministério Público Federal (inspirado por investigações empreendidas especialmente na área da antropologia) vir pleiteando a realização de estudos antropológicos nos inquéritos policiais e nas ações penais que tratem de crimes praticados por ou contra indígenas. Outra novidade se revela na edição da Resolução n.º 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça, que “[e]stabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réus, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário”.

A Resolução n.º 287/2019 foi declaradamente inspirada na doutrina do controle de convencionalidade⁴⁰, “[...] segundo a qual cabe aos juízes analisarem *ex officio* a compatibilidade entre as normas nacionais e as obrigações internacionais, aplicando internamente as normas e a jurisprudência que o Brasil está obrigado a cumprir de boa-fé” (CNJ, 2019, p. 10). Além disso, foi engendrado com o propósito de adequar a práxis processual doméstica aos “[...] parâmetros internacionais de proteção (aos povos indígenas) aceitos pelo Brasil”, com o objetivo de “superar as violações de

direitos humanos que historicamente estão enraizadas em diversas instituições brasileiras.” (CNJ, 2019, p. 10)

A Resolução foi resultado de diálogos mantidos com órgãos do sistema de justiça, do executivo e da sociedade civil. Ostenta uma série de regras, inclusive no âmbito das prisões e da execução penal. Estes dois últimos conjuntos de regras, porém, não serão objeto desta análise. No que tange às práticas relativas à condução dos processos penais, as orientações estatuídas podem ser categorizadas em três grupos. No primeiro deles, estão as disposições voltadas à identificação da pessoa como indígena (artigos 2º, 3º e 4º). No segundo, trata-se da participação de tradutores no processo (artigos 5º e 6º). Por fim, no terceiro grupo, aborda-se a questão do pluralismo jurídico (artigo 7º).

Identificação

Já nos primeiros artigos, a Resolução versou sobre questão outrora tormentosa na prática judiciária brasileira, consistente na identificação de uma pessoa como pertencente, ou não, a determinado grupo étnico. Um exemplo está cristalizado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 30.675, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao 1º/12/2011 (BRASIL. 2011). A ação constitucional foi manejada contra decisão, proferida em uma ação penal, indeferindo a assistência pleiteada pela FUNAI em favor do réu, já que este não ostentaria a condição de indígena, porquanto “integrado à sociedade”.

O Superior Tribunal de Justiça anulou o processo desde o recebimento da denúncia. No julgamento, asseverou o relator Gilson Dipp que:

Hoje, a designação de índios integrados, ou em vias de integração ou isolados constitui quando muito metodologia interna da instituição (FUNAI) para definição de suas políticas públicas.

Por consequência, tecnicamente, **não se fala mais em índio dessa ou daquela condição de integração, mas simplesmente em índio ou não índio.**

E para a definição da condição de índio, a antropologia e a lei dão critérios para os quais é irrelevante o grau de integração.

Recentemente, adotando normativo da Convenção OIT 169 o Estado brasileiro (Decreto n.º 5.051, DO de 20.04.2004) acolheu formalmente, como critério de identificação, a autoidentificação, de tal modo que, para fins legais, é indígena quem se sente, se comporta ou se afirma como tal, de acordo com os costumes, organização, usos, língua, crenças

e tradições indígenas da comunidade a que pertença. (BRASIL. 2011)
[grifo nosso]

É certo que nem a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, nem a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas fixou a autoidentificação. Sobre a Convenção n.º 169 da OIT, aduz James Anaya (2009, p. 29) que “[e]m vez de incluir uma definição de povos indígenas ou tribais, com implicações que exorbitariam a convenção, incluiu-se uma disposição sobre o seu âmbito de aplicação.”⁴¹ [tradução livre] E, ainda, comentando sobre a Declaração da ONU, afirma o mesmo autor que “[a] Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas não inclui uma definição a respeito do referido grupo, circunstância que foi considerada por alguns como uma falha.”⁴² (*ibidem*) [tradução livre]

Contudo, isso não impediu a Corte Africana de Direitos dos Homens e dos Povos de se aventurar na questão, no caso do Povo Ogiek (ACHPR, 2017), habitante da Floresta Mau, no Quênia. A Corte precisou enfrentar se os Ogiek eram ou não um povo indígena, já que o Estado acionado alegava ter deixado de aplicar em favor deles as normas de proteção especial ao território, em virtude de estes supostamente terem perdido sua identidade, devido a um processo de aculturação. A Corte Africana afirmou não existir um conceito internacionalmente aceito sobre “povos indígenas” e estabeleceu critérios como essenciais à caracterização de uma minoria étnica como sendo indígena: 1. a utilização de um território de forma primeva, ou seja, com prioridade temporal - “*presence of priority in time*” (ACHPR, 2017, §107); 2. a existência de diferenciação cultural em relação à sociedade em geral; 3. a autoidentificação e o reconhecimento por terceiros como sendo um grupo diferenciado; 4. a experiência de discriminação, persistente ou não. Assim, concluiu que o povo Ogiek é indígena e, por isso, merecedor de especial proteção pelas leis internacionais e domésticas (ACHPR, 2017).

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos Saramaka vs. Suriname (CORTE IDH, 2007) e Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs Paraguai ((CORTE IDH, 2010^a)⁴³, ressaltou que não lhe assiste afirmar se um determinado povo é ou não indígena: “[...] a questão de saber se alguns membros auto-identificados do povo Saramaka podem invocar certos direitos comunais em nome do povo deve ser

resolvida apenas pelos Saramaka, de acordo com os seus próprios costumes, e não pelo Estado ou por esta Corte no presente caso.”⁴⁴ (CORTE IDH, 2007, §164) [tradução livre]

No Brasil, a Lei n.º 6.001/1973 estabelece, no artigo 3º, inciso I, que “índio ou silvícola” é “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana, que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (BRASIL, 1973). A toda evidência, essa regra, concebida em um contexto histórico em que se pretendia a assimilação cultural, pressupõe tanto a incoerência de miscigenação (na referência à origem ou ascendência pré-colombiana) quanto que a cultura é estanque (características culturais distintas da sociedade nacional), o que, porém, não está em harmonia com a Constituição da República, nem com a ordem internacional (SILVA, 2015, p. 33).

Assim, vários elementos são debatidos e conjugados para que se possa afirmar ser uma pessoa indígena ou não. Contudo, independentemente dos requisitos acidentais (como, por exemplo, a necessidade de serem autóctones ou de terem uma língua própria) um requisito constante é a autoidentificação. Ou seja, cabe à pessoa e à sua comunidade formular tal juízo de pertencimento, e não a terceiro (heteroidentificação).

Participação de tradutores no processo

A Resolução n.º 287/2019 versa sobre a participação de tradutores no processo. Naturalmente, como já dispunha o Código de Processo Penal, na sua redação original, quando o interrogado não souber falar a língua nacional, seu interrogatório será feito por tradutor. Note-se que a lei estipula como obrigatória a presença do profissional para o interrogatório, nada dispondo a respeito dos demais atos do processo, como, por exemplo, a oitiva de testemunhas.

O Pacto de São José da Costa Rica, no seu artigo 8º, inciso II, alínea a, prevê que o acusado tem o direito de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete (BRASIL, 1992a). Em igual sentido, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, no seu artigo 14.3, alínea “a” e 14.3 alínea “f”, dispõe que o acusado deve responder ao processo em uma língua que compreenda (BRASIL, 1992b). Logo, promovendo uma leitura sistemática da norma doméstica com as internacionais, o intérprete deveria se fazer presente em todos os atos do processo, inclusive durante a oitiva das

testemunhas, até mesmo porque ao acusado se garante o direito de presença e de conhecimento, inclusive sobre o conteúdo das provas contra ele produzidas.

Sobre o tema, Corte Interamericana de Direitos Humanos possui uma série de precedentes, afirmando que acusados, vítimas e estrangeiros, que não entendam a língua em que se desenrola determinado processo administrativo ou judicial, têm direito a um intérprete⁴⁵. Portanto, não configura propriamente uma novidade a previsão contida no artigo 5º da Resolução n. 287/2019 do CNJ, salvo quanto ao inciso IV (“a pedido da pessoa interessada”), ao dar margem à interpretação de que o profissional será necessário independentemente de o réu conhecer ou não o português. Porém, o Superior Tribunal de Justiça, no RMS n.º 19892/CE, em 04/12/2009, decidiu que a denúncia não precisa ser convertida para a língua do réu, de onde haveria desnecessidade de os documentos escritos serem traduzidos. (BRASIL, 2021)

A Resolução prevê no artigo 6º o “tradutor cultural” e do estudo antropológico (CASTILHO e COSTA, 2009 p. 60; MOREIRA, CASTILHO, SILVA, 2020, p. 150). Até o advento desta Resolução, o direito brasileiro se ressentia de previsão ao menos recomendando a elaboração do estudo ou exame antropológico, cujo objetivo é ampliar a compreensão sobre o contexto histórico e contemporâneo da diversidade cultural⁴⁶.

Com efeito, “[...] a ausência de profissional capaz de estabelecer o diálogo intercultural faz com que o sistema judicial ignore a diversidade cultural e aplique o direito sempre do ponto de vista étnico/cultural dominante” (CASTILHO, COSTA, 2009 p. 60). Isso quer dizer que o estudo, a ser conduzido por antropólogo conhecedor da etnia, fornecerá ao juiz “[...] um quadro mais completo de todas as variáveis que compõem o mosaico da ação ou omissão humana e a responsabilidade penal eventualmente atribuída” (MOREIRA, CASTILHO, SILVA, 2020, p. 151). Ressalte-se que o exame não se voltará a informar sobre a identidade étnica do acusado, nem versará sobre sua imputabilidade penal ou mesmo o grau de adesão do indivíduo às práticas hegemônicas (o chamado “grau de aculturação” do Estatuto do Índio).

Como afirmam Castilho e Costa (2009, p. 61), a ordem normativa doméstica e internacional garantem o direito à identidade cultural das minorias étnicas, portanto há de garantir-se a compreensão e o respeito a suas formas de conhecer e de relacionar-se com o mundo.

A Resolução, contudo, apresenta falhas em facultar ao juiz a realização do estudo “sempre que possível”, abrindo espaço para que a necessidade de realização do estudo seja ignorada. Tal postura pode, portanto, reforçar a ideia, repetida na jurisprudência dos tribunais brasileiros, de que a providência é dispensável.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente considerava dispensável a elaboração do estudo antropológico, “[...] quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes”, no REsp n.º 1129637/SC, julgado em 25/02/2014 ou se estiver “[...] evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização”, no HC n.º 30.113/MA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2004 (BRASIL, 2004).

Contemporaneamente é possível antever, nas últimas decisões do órgão, um sinal de mudança. Por exemplo, no RHC n.º 141.827/MS, julgado em 13/04/2021, o Tribunal determinou a realização do estudo antropológico, embora tenha assentado que a inobservância às regras contidas na Resolução n.º 287/2019 do CNJ não enseja nulidade, ainda mais quando o réu possuir “plena integração social” (BRASIL, 2021).

No RHC n.º 86.305/RS, julgado em 01/10/2019 (BRASIL, 2019), o mesmo Tribunal considerou desnecessária a nomeação de um intérprete e a tradução dos autos para a língua indígena, mas ressaltou os estudos antropológicos como relevantes.

[A] realização do estudo antropológico se apresenta como relevante instrumento de melhor compreensão dos contornos socioculturais dos fatos analisados, bem como dos próprios indivíduos a quem são imputadas as condutas delitivas, de modo a auxiliar o Juízo de primeiro grau na imposição de eventual reprimenda, mormente diante do que prescreve o art. 56 do Estatuto do Índio. (BRASIL, 2019)

O Supremo Tribunal Federal, no RHC n.º 84.308, julgado em 15/12/2005 (BRASIL, 2005), entendeu que a perícia também constitui-se em importante mecanismo de compreensão da diversidade cultural.

[A] perícia antropológica não se restringe à análise do entendimento do acusado sobre os fatos delituosos praticados, mas também se destina a uma perspectiva multiculturalista para perfeito enquadramento do fato criminoso no contexto completo para perfeita compreensão dos julgadores [...] Não é discussão, portanto, afeta apenas ao injusto praticado pelo réu, a sua compreensão do ilícito em que incorreu e que precisa ter a resposta jurídica adequada. A defesa insiste na produção do laudo para que o julgador tenha compreensão completa do quadro no qual se deu o injusto, sobre as qualificadoras, as condições culturais

nas quais se desdobrou o quadro delituoso e se teria havido outras circunstâncias ou peculiaridades do réu a serem consideradas pelos julgadores. (BRASIL, 2005)

Assim, determinou que o estudo fosse elaborado. No RHC n.º 199360/MS, julgado em 06/04/2021 (BRASIL, 2021), considerou que a perícia antropológica tem papel relevante para a própria compreensão do fato típico para a etnia do autor e réu do fato típico.

[A] perícia antropológica não se restringe à análise do entendimento do acusado sobre os fatos delituosos praticados. Assim, considerando que o corpo de sentença do Tribunal do Júri precisa entender como os indígenas da etnia do recorrente e da vítima observam o caso, a fim de manifestarem sua convicção. (BRASIL, 2021)

Assim, observa-se que, malgrado a dicção lânguida do *caput* do artigo 6º da Resolução n.º 287/2019 do CNJ, a previsão é salutar e já gera para o Poder Judiciário os ônus de justificar a razão de, em determinado caso, não ter sido determinada a realização do estudo, não se admitindo, para tanto, a alegação vazia de sua produção ser facultativa.

Pluralismo jurídico

O pluralismo jurídico veiculado no artigo 7º da Resolução n.º 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça fundamenta-se no reconhecimento dos povos indígenas, enquanto grupo formador da identidade étnica, cultural e histórica de nossa sociedade, e no respeito aos seus direitos por parte do Estado. Logo, tem por justificativa a necessidade de preservação da cultura dos diversos grupos étnicos, o que significa, entre outros aspectos, a obrigação de o Estado conhecer e considerar efetivamente as normas produzidas no âmbito dos grupos minoritários. Segundo Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2015, p. 238),

[o]utro ponto central na esfera do pluralismo jurídico na América Latina envolve as relações entre o Direito e a Justiça dos povos indígenas (povos originários) e o Direito estatal predominante. De imediato se põe a questão da autonomia, subordinação ou convivência dos sistemas jurídicos indígenas.

A Resolução n.º 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça propõe um diálogo entre o sistema de justiça estatal e os produzidos pelas comunidades indígenas. A norma vai ao encontro de um diálogo intercultural, que implica o dever de se considerar

a cultura indígena (aí incluídas eventuais normas jurídicas e cosmovisões próprias) no deslinde dos processos penais. Ou seja, a cultura do povo a que pertence a pessoa acusada deve necessariamente dialogar com a cultura hegemônica, na busca de uma solução tolerável para ambas.

Nesse sentido, o artigo 8º.1 da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho já dispunha que, “[...] ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados em devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário” (BRASIL, 1992a).

Cabe ressaltar que o artigo 57 da Lei n.º 6.001/1973 já estabelecia que o sistema de justiça criminal poderia admitir a aplicação, pelos povos indígenas, de sanções penais ou disciplinares contra seus membros, sob determinadas condições, invocadas em nome de uma suposta observância aos direitos humanos.

A crítica que se faz à previsão é a de ter limitado, assim como o fez o Estatuto do Índio, a aplicação dos métodos próprios de solução de conflito a sanções que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. Trata-se, obviamente, de uma previsão que pode afetar sobremaneira o direito de as comunidades indígenas manterem e aplicarem sua própria cultura, o que pode redundar em uma espécie de imperialismo dos direitos humanos. É possível afirmar que as normas contidas na Resolução n.º 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça, embora não garantam, de todo, um tratamento processual efetivamente mais isonômico aos acusados indígenas, harmonizam-se inquestionavelmente com as balizas gerais contidas na jurisprudência da Corte Interamericana e na normativa internacional sobre povos indígenas.

Com efeito, ressalta-se como exemplo, o caso *Comunidade Yakyé Axa vs. Paraguai*, a Corte Interamericana considerou que, para garantir o princípio da igualdade em relação aos membros de povos indígenas, os Estados devem interpretar e aplicar suas normas internas tendo em conta as características próprias que diferenciam tais pessoas da população em geral e que conformam sua identidade cultural,

[...] para garantir efetivamente estes direitos (igualdade e obrigação de respeitar direitos), ao interpretar e aplicar a sua legislação interna, os Estados devem ter em consideração as características específicas que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que constituem a sua identidade cultural.”⁴⁷ (CORTE IDH, 2005a, §51) [tradução livre]

A preservação da identidade cultural dos povos etnicamente diferenciados reclama um juízo de adequação das normas domésticas, inclusive as de caráter penal e processual penal. E é justamente essa a trilha seguida pela Resolução n.º 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça, que já vem sendo, paulatinamente, mencionada na jurisprudência dos Tribunais Superiores e ocupando espaço no debate jurídico.

O direito à identidade cultural na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Tecidas essas considerações, importa investigar como o sistema interamericano tratou do direito de os povos tradicionais terem respeitada e preservada a sua cultura.

Quando confrontada com violações a minorias étnicas, a Corte tem repetidamente manifestado a necessidade de se protegerem as especificidades culturais destas. Essa tutela deve dar-se, seja através da garantia ao território (Yakye Axa vs. Paraguai⁴⁸) e aos recursos naturais essenciais à sua sobrevivência física e cultural (Kaliña Lokono vs. Suriname⁴⁹); seja assegurando o livre uso da língua (López Álvarez vs. Honduras⁵⁰) ou determinando a difusão da cultura e das tradições no seio da própria comunidade (Massacre Plan de Sanchez vs. Guatemala⁵¹ e Lhaka Honhat vs. Argentina (Corte IDH, 2020, §339), ou seja mesmo, por fim, através da representação política, garantindo-se a participação da minoria nas decisões que afetam toda a sociedade (Yatama vs. Nicarágua⁵²).

Em vários casos tratando de violações a direitos de comunidades indígenas e tribais, considerou-se vulnerada, entre outros aspectos, a identidade cultural, que geralmente aparece atrelada à propriedade, elemento central da jurisprudência da Corte no assunto.

Resumidamente, na jurisprudência interamericana, o fortalecimento da identidade cultural implica o controle, pelo povo, das próprias instituições, culturas, tradições e territórios, a fim de contribuir com o desenvolvimento de acordo com os seus projetos de vida e necessidades, presentes e futuras, no caso Kaliña Lokono vs. Suriname (CORTE IDH, 2015b, §272).

Um exemplo bastante ilustrativo da opinião do tribunal, quanto à necessidade de garantirem-se as práticas culturais tradicionais, está na justificativa adotada para uma das medidas de reparação determinadas na sentença do caso Bámaca Velásquez

vs. Guatemala. Trata-se de mais um caso de desaparecimento forçado. Como de costume, a Corte ordenou que o Estado localizasse e entregasse, para os familiares, os restos mortais da vítima. Contudo, uma das razões invocadas para tanto foi o especial significado que o cuidado com os restos mortais assume na cultura maia, grupo étnico a que pertencia a pessoa desaparecida (CORTE IDH, 2002, §§ 81 e 82) .

A esse respeito, é particularmente interessante o voto concorrente fundamentado do juiz Sergio García Ramírez, segundo quem a sentença em apreço demonstra como elementos culturais específicos podem influenciar o pronunciamento da Corte Interamericana, desenhando sua fundamentação, reparações e mesmo fazendo nascerem direitos específicos ou modalidades específicas de direitos já existentes.

Aprofundando seu raciocínio, o juiz lembra que esse tratamento particularizado a certos sujeitos não enfraquece a proteção aos indivíduos, mas, antes, incrementa-a. E isso porque, na transição do sujeito de direitos genérico (tal como previsto abstratamente nas normas) para o específico (presente nos casos concretos) os direitos são aperfeiçoados, como que em círculos concêntricos, sem que um exclua o outro, mas, na verdade, aperfeiçoe-o, segundo voto concorrente fundamentado do Juiz Sergio García Ramírez (CORTE IDH, 2002, item 2) .

Mas é possível afirmar que a construção efetiva do conceito ocorreu na sentença do caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, que versa sobre agressões à propriedade comunal, ao direito de consulta e à exploração indevida de recursos naturais em detrimento de 132 comunidades indígenas, cujo território era ocupado, em parte, por colonos (CORTE IDH, 2020). Nesta, a Corte de São José considerou que o Estado violou, entre outros, o direito à identidade cultural de 132 comunidades indígenas, por ter falhado em impedir atividades de extração ilegal de madeira, pastoreio e instalação de cercas no território tradicional.

Tais intervenções afetaram os bens ambientais necessários ao desenvolvimento físico e cultural dos povos, que, de maneira não consentida, viram seus modos de fazer, viver e criar alterados, o que afetou negativamente sua identidade cultural.

Pela primeira vez em um caso contencioso, o tribunal analisa os direitos ao meio ambiente equilibrado, à alimentação adequada, à água e à identidade cultural de forma

autônoma, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte afirma que a identidade cultural é apenas um dos aspectos do direito de participar da vida cultural. Remete o seu fundamento à Convenção n.º 169 da OIT; à Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas; à Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas; ao artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; ao artigo 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; aos artigos 30, 45, alínea “f”, 47 e 48 da Carta da Organização dos Estados Americanos; ao artigo 13 da Declaração Americana de Direitos Humanos; ao artigo 14.1.a do Protocolo de San Salvador e ao artigo 27.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Oportunamente, rememora que utilizou o conceito na OC-23/17 (§ 113) e na sentença do Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (CORTE IDH, 2017), bem como que o direito está assegurado nas Constituições do Brasil (artigo 215 e 231), da Argentina, da Bolívia, da Colômbia, do Equador, da Guatemala, do México, da Nicarágua, do Panamá, do Paraguai, do Peru e da Venezuela.

Ainda, define que a identidade cultural consiste no direito humano, fundamental e de natureza coletiva, de grupos sociais minoritários terem assegurado o exercício de sua própria vida cultural. Assim, em uma sociedade “multicultural, pluralista e democrática”, estão assegurados os projetos de vida de todos os grupos sociais. Especialmente após esse julgamento, pode-se afirmar que o *standard* “identidade cultural” vem sendo aprimorado e invocado, cada vez mais, no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Por outro lado, a Corte Interamericana não se deteve, ainda, sobre a interculturalidade ou o multiculturalismo, tendo, aparentemente, preferido se voltar à identidade cultural. Pesquisando pelas expressões “interculturalidade”, “intercultural”, “multiculturalismo” e “multicultural”, na jurisprudência da Corte, encontram-se poucas referências a eles.

O Tribunal Internacional atrela, em quatro oportunidades diferentes⁵³, porém sem aprofundar em nenhuma, a necessidade de serem respeitados os direitos culturais de grupos sociais minoritários a uma “sociedade multicultural, pluralista e democrática”.

Embora, em nenhuma das ocasiões, detenha-se sobre o que entende por sociedade multicultural, dá um indicativo disso no caso Kichwa de Sarayaku Vs. Equador⁵⁴. Citando o Tribunal Constitucional da Colômbia, assenta que um Estado verdadeiramente democrático é aquele que possibilita a participação das diversas forças conformadoras da sociedade nas políticas e decisões que lhes afetam⁵⁵.

Ainda no caso Kichwa de Sarayaku vs. Equador, fixa que a identidade cultural de um povo é direito fundamental e dimensão coletiva da vida cultural das comunidades e povos nativos, indígenas, tribais e minoritários. Interessante observar que, em três oportunidades⁵⁶, a Corte atrela a ideia de “sociedade multicultural, pluralista e democrática” aos direitos de livre determinação dos povos e sua consequência, a consulta prévia, livre e informada.

Além dos casos contenciosos indicados na Opinião Consultiva OC-23/17 (Corte IDH, 2017), em resposta à pergunta da Colômbia sobre a possibilidade de execução de grandes obras de infraestrutura nas proximidades de ambientes marinhos, em especial na região do Caribe, e o pleno gozo e exercício de direitos por parte de habitantes das regiões costeiras, a Corte recorda o entendimento esposado nos casos Kichwa de Sarayaku Vs. Equador e Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala⁵⁷. Assim, reitera que, em uma sociedade plural, multicultural e democrática, deve-se proteger a identidade cultural dos povos indígenas e tribais.

No mais, ainda não foi objeto de decisão do sistema interamericano a necessidade de garantir-se a identidade cultural, durante o processo penal, de réus pertencentes a minorias étnicas⁵⁸. Deste modo, como “o direito de cada grupo humano a produzir cultura e a viver conforme essa cultura, denominado direito à identidade cultural, exige o repensar de todas as intervenções estatais” (CASTILHO; COSTA, 2009, p. 59), deve-se, também, reorientar as práticas do processo penal.

Ora, é totalmente coerente com o entendimento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos defender que o processo penal também é campo no qual a identidade cultural de grupos sociais minoritários precisa ser preservada. Ou seja, no processo interpretativo das normas processuais penais, devem-se ter em mente o princípio da igualdade e da não discriminação, bem como o direito à identidade cultural do réu.

Considerações Finais

A pesquisa empreendida neste trabalho buscou resgatar, de maneira sintética e sem pretensão de esgotar o tema, a evolução do princípio da igualdade e os requisitos que devem nortear os critérios de discriminação a serem validamente instituídos em uma sociedade pluralista e democrática.

Estudando as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferidas em opiniões consultivas e casos contenciosos, foi possível deduzir o surgimento de um novo *standard*, o “direito à identidade cultural”. Genericamente invocado, em 2012, na sentença Kichwa de Sarayaku vs. Equador, foi aprofundado, em 2020, na sentença Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat vs. Argentina.

A “identidade cultural”, tal como vem sendo paulatinamente tratada na jurisprudência interamericana, pode ser invocada para justificar o tratamento diferenciado, em processos penais, a ser dispensado a réus pertencentes a minorias étnicas, tal como, por exemplo, acusados indígenas.

Nesse sentido, a Resolução n.º 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça, embora sem força de lei, é instrumento relativamente eficaz para ditar a mudança de práticas no sistema de justiça criminal nessa seara. E isso porque reforça e também introduz mecanismos que permitem a tais sujeitos exercerem, mais adequadamente, o seu direito à identidade cultural, em dimensão individual, durante o trâmite do processo penal.

No mais, a partir da edição do referido ato normativo, o Poder Judiciário (apesar da falta de apreciação, pelo Poder Legislativo, de projetos de lei que tratam da matéria) passa a ter o dever de justificar porque, eventualmente, em determinado caso, deixou de adotar os mecanismos indicados na Resolução. E esse efeito, só por si, já representa um avanço, na medida em que fomenta o debate em torno dos direitos humanos de minorias étnicas.

Notas

- ¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFP), Especialista (lato sensu) em Direitos Humanos e Tutela Coletiva pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (FESMP/RN), Procuradora da República.
- ² Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), professora do Instituto de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e pesquisadora associada dos Grupos Moitará e O Direito Achado na Rua.

- ³ “No contexto do embate entre socialismo e comunismo, os temas centrais de discussão gravitavam em torno da promoção de igualdade material e da redistribuição de riquezas. Com o fim da guerra fria, entram na agenda pública outros temas, sobretudo os que envolvem as denominadas *políticas de reconhecimento*, designação sob a qual se travam as discussões acerca de etnia, gênero e orientação sexual. Sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a enfatizar a ideia de que devem ser respeitados todos os projetos pessoais de vida e todas as identidades culturais, ainda quando não sejam majoritários.” (BARROSO, 2008, p. 677).
- ⁴ Na injustiça cultural, os sujeitos são submetidos “a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria” (FRASER, 2006, p. 232). A autora afirma que o remédio para tal injustiça é uma mudança cultural ou simbólica, que pode envolver “uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação” (FRASER, 2006, p. 232).
- ⁵ Em inglês, *de-differentiating* (FRASER, 2009, p. 219).
- ⁶ “Aqui o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito.” (FRASER, 2008, p. 167).
- ⁷ A noção de participação paritária em Nancy FRASER pressupõe a existência de uma condição objetiva e de uma intersubjetiva. A primeira consiste na ocorrência de uma distribuição de recursos que permita a todos os participantes terem voz. A segunda significa o igual respeito e oportunidade para conquista de estima social, sendo vedados “padrões culturais que depreciem sistematicamente algumas categorias de pessoas e as qualidades a elas associadas” (FRASER, 2008, p. 181).
- ⁸ No âmbito internacional, o princípio da igualdade está previsto, entre outros, nos artigos 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 2º da Declaração Americana; 2º.1, 3º, 14.1, 14.3 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; 2º e 15 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; 2º, 5º e 7º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 2º e 3º da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos; 1º, 8º.2 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; 2º.2.a), 3º.1, 4º.3, 20.1, 20.3, 24, 26 e 29 da Convenção n. 169 da OIT; 7º, 8º, 12, 14.3, 15.1, 15.2, 17.1, 18.4, 19.4, 21.2, 22.3, 27.1, 27.3.c.i, 27.3.c.iii, 27.3.c.vi e 36 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas; 2º, 8º.2.e, 9º, 14.2, 15.2, 16.1, 21.1, 22.2, 24.1, 29.1, 46.3 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.
- ⁹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas e em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes.” (MELLO, 2021, p. 13).
- ¹⁰ Álvaro Ricardo de Souza CRUZ (2009, p. 19) menciona que a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho trata da *business necessity*, cláusula que admite situações de discriminação em razão de exigências especiais do tipo de atividade ou em função de características pessoais dos sujeitos envolvidos.
- ¹¹ “[...] a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia” (MELLO, 2021, p. 39).
- ¹² “É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.” (MELLO, 2021, p. 42).
- ¹³ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (BRASIL, STF, 2009)
- ¹⁴ Artigo 3-A do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 13.964/19, atualmente suspenso por medida cautelar nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305. (BRASIL, 1941)
- ¹⁵ Artigo 325 e seguintes do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941)
- ¹⁶ Artigo 621 e seguintes do Código de Processo Penal. (BRASIL 1942)
- ¹⁷ Artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal e artigo 647 e seguintes do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941)
- ¹⁸ Artigo 609 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941)
- ¹⁹ Ora cristalizada nos artigos 489 e 926 e seguintes do Código de Processo Civil e no artigo 315, §2º, incisos V e VI do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941)

- ²⁰ Artigo 513 e seguintes do Código de Processo Penal.(BRASIL, 1941)
- ²¹ Artigo 84 e seguintes do Código de Processo Penal, bem como artigos 29, inciso X; 53, §1º; 86; 96, inciso III; 102, inciso I, alíneas “b”, “c” e “d”; 105, inciso I, alíneas “a” e “c” e 108, inciso I, alíneas “a” e “d”, todos da Constituição da República. (BRASIL, 1988)
- ²² Artigos 138, §3º, inciso II e 139, parágrafo único, ambos do Código Penal. (BRASIL, 1940)
- ²³ Artigo 145, parágrafo único do Código Penal e Súmula 714 do Supremo Tribunal Federal.(BRASIL, 1940)
- ²⁴ De fato, o estabelecimento de tratamento diferenciado a certos sujeitos, em especial através das chamadas discriminações positivas, está longe de ser tema pacífico. Dworkin menciona, por exemplo, que, no final da década de 90, na Califórnia, houve reações às políticas afirmativas raciais, consideradas um privilégio. Assim, “[...] em 1996, os eleitores da Califórnia aprovaram o Projeto 209, [...] estipulando que nenhuma instituição do estado pode ‘discriminar nem oferecer tratamento preferencial a qualquer indivíduo ou grupo com base em raça, sexo, cor, etnia ou nacionalidade no serviço, educação pública ou contratações públicas’” (DWORKIN, 2011, p. 543). Observe-se que, nos Estados Unidos, a política em tela está atualmente sendo questionada na Corte Constitucional (ver mais em <https://www.forbes.com/sites/evangerstmann/2021/07/27/why-the-supreme-court-will-probably-end-affirmative-action-in-higher-education-next-year/?sh=2c30a9456bec>).
- ²⁵ Com efeito, a Constituição da República traz uma hipótese de imunidade penal temporária ao Presidente da República, que não pode ser processado, durante o exercício do cargo, por atos estranhos ao desempenho deste (artigo 86, §4º).
- ²⁶ É bem verdade que a previsão contida no artigo 14-A do Código de Processo Penal, inserida pela Lei n. 13.964/2019, caminha por senda oposta. Contudo, é possível afirmar que se trata de uma previsão estatuida de modo ocasional, com o objetivo de prestigiar os integrantes das forças de segurança pública, que parece escapar à inclinação progressiva, mais geral, de diminuição de tratamentos diferenciados a determinados sujeitos no processo penal.
- ²⁷ “(...) com intensa gravidade, subsiste o foro privilegiado para diversas autoridades e parlamentares, que respondem a ações penais perante o Supremo Tribunal Federal.” (BARROSO; OSÓRIO, 2016, p. 209.)
- ²⁸ “(...) a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas.” (STF, 2018, p. 780).
- ²⁹ “A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre perseguição penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocada por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva.” (STJ, 2019).
- ³⁰ Neste sentido, ver os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 491426/PR, DJe 12/09/2019; HC 469387/SP, DJe 13/12/2018 e AgInt no AREsp 475098/DF, DJe 11/09/2018.
- ³¹ O contraditório é composto, em especial no processo penal, por duas dimensões: a **informação**, que consiste no direito de conhecer as provas produzidas e a **reação**, ou seja, o direito de participar efetiva e igualmente do processo (paridade de armas). Em resumo, a **paridade de armas** implica a possibilidade de a resposta ser formulada na mesma intensidade e extensão com que foi produzida a prova pelo oponente.
- ³² Paula Bajer Fernandes Costa (2001, p. 100) Sustenta, ainda, que a possibilidade de adoção de medidas cautelares no processo penal é fator de enorme desequilíbrio entre as partes. Nem mesmo por ficção, segundo ela, pode-se falar em igualdade de partes. Não existe paridade de armas quando um sujeito pode invocar a força em detrimento da outra parte. “A perseguição penal, sendo sempre e necessariamente pública, nasce por ato de autoridade” .
- ³³ Prevista no artigo 36.1,.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.
- ³⁴ No original: “*un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.*” (Corte IDH, 1999, §117).
- ³⁵ No original: “*Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia*”

y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.” (CORTE IDH, 1999, §§ 119 e 120).

- ³⁶ No original: “[...] la etnia se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales. Dentro de esta categoría se encuentran los pueblos indígenas, respecto de los cuales la Corte ha reconocido que tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres.” (CORTE IDH, 2014a, §204)
- ³⁷ “O Projeto de Código de Processo Penal poderia ter avançado mais. Poderia ter incorporado ao estatuto processual penal regras que garantissem, ao indígena acusado, intérprete em interrogatórios e audiências, regras que estabelecessem formas específicas para a prisão cautelar, como estabelece, aliás, atualmente, o Estatuto do Índio (Lei no 6001/73, arts. 56 e 57). O Projeto de Lei poderia conter regras que garantissem a obrigatoriedade de produção de estudos antropológicos que examinassem a conduta praticada sob enfoque de costumes e tradições.” (CASTILHO; COSTA, 2006, p. 58).
- ³⁸ Desde o ano de 1991, tramita Projeto de Lei (PL n. 2057/91), voltado a criar o Estatuto das Sociedades Indígenas. Neste, enunciam-se várias garantias processuais-penais aos indígenas, entre as quais a contagem de prazos em dobro, a necessidade de as intimações serem pessoais, a realização inafastável de estudo antropológico, a nomeação de intérprete, o perdão judicial em virtude da aplicação de sanção pela própria comunidade, a substituição de prisões preventivas por domiciliares, a isenção de pena ao agente que praticar o fato em função dos valores culturais de seu povo, dentre outras. Contudo, considerando que o projeto tramita há três décadas e que a última movimentação data de 26 de junho de 2012, sem qualquer avanço significativo nas discussões, não há muita expectativa na sua aprovação. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>; Acesso em: 16 jan. 2021
- ³⁹ “[...] o Código Penal, o Código de Processo Penal e até mesmo o Estatuto do Índio não foram atualizados de modo a incorporar as mudanças paradigmáticas de respeito aos direitos dos povos indígenas trazidas pela Constituição Federal de 1988, deixando diversas lacunas de procedimentos no tratamento jurídico-penal da pessoa indígena que é acusada, ré ou condenada por um crime.” (CNJ, 2019, p. 7)
- ⁴⁰ O controle de convencionalidade trata-se de uma doutrina especialmente desenvolvida e abraçada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nas palavras de Caio Paiva e de Thimotie Aragon Heemann (2020, p. 181) , “[...] embora todos os órgãos judiciais ou quase-judiciais de proteção internacional dos direitos humanos pratiquem, em menor ou maior grau, o controle de convencionalidade, trata-se de uma teoria ou de uma doutrina que foi concebida principalmente no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.” O *leading case* é o caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (CORTE IDH, 2006, § 124).
- ⁴¹ No original: “*Rather than including a definition of indigenous or tribal peoples with intended implications beyond the Convention, it includes a provision (art. 1.1) on the Convention's scope of application.*” (ANAYA, 2009, p. 29).
- ⁴² No original: “[...] *the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples does not include a definition of the subject groups, a feature that some have regarded as a flaw in the Declaration.*” (ANAYA, 2009, p. 29)
- ⁴³ Na decisão lê-se: “[...] a Corte ressalta que não cabe a este Tribunal nem ao Estado determinar a etnia ou o nome da Comunidade. [...] A identificação da Comunidade, desde seu nome até sua composição, é um fato histórico-social que faz parte de sua autonomia. [...] Assim, a Corte e o Estado devem limitar-se a respeitar as determinações que neste aspecto apresente a Comunidade, ou seja, a forma como esta se autoidentifica.” (CORTE IDH, 2010a, § 37) [tradução livre] No original: “[...] la Corte resalta que no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. [...] La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. [...] Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique.” (CORTE IDH, 2010a, § 37)

- ⁴⁴ No original: “[...] la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso.” (CORTE IDH, 2007 § 164)
- ⁴⁵ Sobre a situação de estrangeiros, ver: OC-16/99 sobre o Direito à Informação e Assistência Consular, §120; Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana, §163; Família Pacheco Tineo vs. Bolívia, § 159; Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana, §356; OC-21/14 sobre Direitos e Garantias de Crianças no Contexto de Imigração, §197. Sobre acesso à justiça pelas vítimas, ver: Tiu Tojín vs. Guatemala, §100; Fernández Ortega e Outros vs. México, §230; Rosendo Cantú vs. México, §§185 e 213; Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname, §251. Sobre a necessidade de os procedimentos de consulta prévia, livre e informada serem empreendidos por meios eficazes, inclusive com a participação de tradutor, ver: Kichwa de Sarayaku vs Equador, §201.
- ⁴⁶ “Qual a repercussão que tem o fato objeto do processo para um grupo étnico ou para seus componentes? Afeta suas crenças, tradições e costumes? Qual o seu significado religioso, cultural e social para um determinado grupo étnico? Ou para o próprio indivíduo? Há algum elemento inerente à sua cultura e à sua dinâmica cultural que possa ter causado ou contribuído para o evento? A diversidade cultural, costumes, tradições, crenças, línguas e organização social restaram afetadas nas situações descritas? Esses questionamentos, entre outros, tornam evidentemente necessária a análise da complexidade do ambiente sociocultural para ter clareza em tais respostas.” (CASTILHO, COSTA, 2009 p. 61).
- ⁴⁷ No original: “[...] para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.” (CORTE IDH, 2005a, §51)
- ⁴⁸ Trata-se de uma das decisões mais emblemáticas da Corte Interamericana sobre a propriedade comunal indígena. No caso, grandes extensões da terra tradicional do povo foram negociadas na Bolsa de Valores de Londres, no final do século XIX. Por tal razão, houve seu deslocamento para uma área próxima a uma estrada, onde não podia caçar, plantar ou praticar seus rituais sagrados. O Tribunal internacional obviamente reconheceu a violação ao direito de propriedade e afirmou que “a cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituída a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não só por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, por fim, de sua identidade cultural.” (CORTE IDH, 2005a, §135) [tradução livre] No original: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.” (CORTE IDH, 2005a, §135)
- ⁴⁹ Diz respeito a violações à propriedade comunal, decorrentes, dentre outros aspectos, da criação de três reservas naturais dentro do território tradicional, pelo Estado, que impediram o pleno acesso do povo ao local. Outrossim, outra violação decorreu da concessão de extração mineral em uma das reservas, sem consulta aos povos, circunstância que impediu as atividades tradicionais de caça e pesca. A corte determinou que o Estado adotasse mecanismos voltados a garantir a proteção ambiental em harmonia com a utilização sustentável dos recursos naturais, mantendo-se a vida digna e a identidade cultural dos povos indígenas. (CORTE IDH, 2005c, §§164, 167 e 168, 181, 197, 198, 203 e 230)
- ⁵⁰ Julgou-se a prisão indevida de um membro da comunidade garífuna. Entre outras violações, alegou-se que a vítima foi impedida de falar sua língua materna enquanto estava presa. A Corte entendeu que o Estado violou os artigos 13 (liberdade de expressão) e 24 (princípio da igualdade), ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Na oportunidade, ressaltou que a “língua é um dos mais importantes elementos de identidade cultural de um povo, precisamente porque garante a expressão, a difusão e a transmissão de sua cultura.” (CORTE IDH, IDH, 2006, §171) [tradução livre] No original: “La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.” (CORTE IDH, 2006, § 171)
- ⁵¹ O caso trata da chacina de 268 pessoas, em sua maior parte, membros do povo indígena maia, executadas pelo exército guatemalteco em 1982. Neste caso, a corte assentou que, com a morte de idosos e a violação de mulheres – que eram guardiões da cultura – o povo experimentou um vácuo cultural, o que gerou a responsabilidade estatal. Como dever de reparar, foi estabelecida, entre outras,

a necessidade de se realizar o estudo e a difusão da cultura maia nas comunidades afetadas, bem como a contratação de professores capacitados para ensino intercultural e bilíngue na educação primária, secundária e diversificada. “O caso Massacre Plan de Sanchez ilustra como a Corte incorporou a especificidade cultural, que é parte da própria identidade de um povo.” [tradução livre], BOURGORGUE-LARSEN, 2011, p. 522)[tradução livre]. No original: “The Pan de Sanchez Massacre case illustrates how the Court incorporated this cultural specificity, which is part of the very identity of a people.” (BOURGORGUE-LARSEN, 2011, p. 522).

- ⁵² Teve por objeto a vedação a que uma associação indígena participasse do processo eleitoral no ano 2000, já que a lei doméstica só permitia candidaturas através de partidos políticos. A Corte reputou que a obrigação de constituição em partido político, sendo estranha aos costumes e tradições indígenas, resvalava em discriminação odiosa e excluía o grupo social minoritário do exercício de poderes inerentes à democracia. (CORTE IDH, 2005c, §§ 218, 225).
- ⁵³ Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Fundo e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012, §159; Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012, §160; Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros Vs. Honduras. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015, §158 e Opinião Consultiva OC-23/17, §113 (Corte IDH, 2017).
- ⁵⁴ O caso diz respeito à exploração de petróleo realizada, sem consentimento prévio do povo afetado, sobre uma área reivindicada pelo povo indígena. A atividade exploratória destruiu cavernas, cachoeiras e rios subterrâneos, que eram utilizados pelos Sarayaku. A Corte assentou que “[...] a estreita relação das comunidades indígenas com seu território tem em geral um componente essencial de identificação cultural, baseado em suas próprias cosmovisões, que, como atores sociais e políticos diferenciados, em sociedades multiculturais, devem ser especialmente reconhecidos e respeitados em uma sociedade democrática. o reconhecimento do direito à consulta das comunidades e povos indígenas e tribais está cimentado, entre outros, no respeito a seus direitos à cultura própria ou identidade cultural [...] os quais devem ser garantidos, particularmente, em uma sociedade pluralista, multicultural e democrática.” (CORTE IDH, 2012a, § 159) [tradução livre] No original: “[...] la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural [...] los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.” (CORTE IDH, 2012a, § 159)
- ⁵⁵ A mesma ideia é repetida no Caso Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala, 2012b, §160 e no Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros Vs. Honduras. (CORTE IDH, 2015a, §158)
- ⁵⁶ Kichwa de Sarayaku Vs. Equador; Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala e Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros Vs. Honduras.
- ⁵⁷ “No mais, no caso específico das comunidades indígenas e tribais, este Tribunal tem reconhecido a obrigação de proteger seus territórios ancestrais devido à conexão que mantêm com sua identidade cultural, direito humano fundamental de natureza coletiva, que deve ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática.” (CORTE IDH, 2017, §113) [tradução livre] No original: “Adicionalmente, en el caso específico de las comunidades indígenas y tribales, este Tribunal se ha pronunciado sobre la obligación de proteger sus territorios ancestrales debido a la conexión que mantienen con su identidad cultural, derecho humano fundamental de naturaleza colectiva que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.” (CORTE IDH, 2017, §113)
- ⁵⁸ Foram realizadas pesquisas no repositório eletrônico da Corte (<https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/busqueda>) com as seguintes palavras-chaves: *identidad cultural*, *proceso penal*. Nenhum resultado foi obtido. Contudo, é importante destacar que, no Caso Norín Catrimán e outros vs. Chile, especialmente no voto conjunto dissidente dos juízes Manuel E. Ventura Robles e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, ressaltou-se que as reivindicações dos povos indígenas pelo seu território são vistas pelo sistema de justiça criminal de maneira preconceituosa. No caso, os juízes chamaram atenção para o fato de lideranças indígenas terem sido condenadas pelo crime de terrorismo basicamente em decorrência de sua posição de comando em uma organização indígena. (CORTE IDH, 2014a, §§ 37 e 38).

Referências

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. Igualdade pelo processo: igualdade perante o direito mediante respeito aos precedentes. **Revista de Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 4, n. 4, p. 15-39, 1 jan. 2014.

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya. 2017. Disponível em: <https://www.african-court.org/en/images/Cases/Judgment/Application%20006-2012%20-%20African%20Commission%20on%20Human%20and%20Peoples%E2%80%99%20Rights%20v.%20the%20Republic%20of%20Kenya..pdf>; Acesso em: 29 Ago 2021.

ANAYA, S. James. **International Human Rights and Indigenous Peoples**. Austin, Boston, Chicago, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. São Paulo: Editora Madamu, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daneila; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 661-693.

_____ ; OSÓRIO, Aline. "Sabe com quem está falando?": Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 07, n. 13, 2016, p. 204-232. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21094/15886> Acesso em: 22 Set 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19 Set 2021.

_____ ; **Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Estatuto do Índio. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20%C3%8Dndio.&text=Art%20harmoniosamente%2C%20%C3%A0%20comunh%C3%A3o%20nacional. Acesso em: 19 Set 2021.

_____ ; **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm; Acesso em: 19 Set 2021.

_____ ; **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em: 19 Set 2021.

_____ ; Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2057/1991**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569> ; Acesso em: 16 jan. 2021.

_____ ; **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992a. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Atos Internacionais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969. Acesso em: 16 jan. 2021.

_____ ; **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992b**. Atos Internacionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm . Acesso em: 16 jan. 2021.

_____ ; Conselho Nacional de Justiça. **Manual da Resolução n. 287/2019**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>; Acesso em: 19 Set 2021.

_____ ; Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Data de publicação: 9 fev.2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>. Acesso em: 15 dez.2022.

_____ ; Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ**. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>; Acesso em: 19 Set 2021.

_____ ; Supremo Tribunal Federal. **RECURSO DE HABEAS CORPUS n.º 84.308**. .2005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1192767479/inteiro-teor-1192767485> Acesso em: 19 Set 2021.

_____ ; Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 30.675/AM** 2011. https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902007962&dt_publicacao=01/12/2011; Acesso em: 25 Set 2021.

_____ ; Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.892/CE**.

2009. https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500630768&dt_publicacao=08/02/2010; Acesso em: 25 Set 2021.

_____ ; Superior Tribunal de Justiça. **Questão de Ordem na Ação Penal 857/DF**. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502802619&dt_publicacao=28/02/2019; Acesso em: 19 Set 2021.

_____ ; Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 30.113 - MA (2003/0154495-0)**. 2004. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/docs/jurisprudencia-1/crimes/stj/HC_30.113-MA.pdf Acesso em: 19 Set 2021.

_____ ; Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 86.305/RS**, 2019. Disponível em: <https://informativos.trilhante.com.br/julgados/stj-rhc-86305-rs>. Acesso em: 25 Set 2021.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **The Inter-American Court of Human Rights**. Case Law and Commentary. New York: Oxford University Press, 2011

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado n. 159, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 183, p. 55-66, jul/set, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194931/000871242.pdf?sequence=3&isAllowed=y>; Acesso em: 17 Jan 2018.

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

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O Direito à Identidade Cultural dos Povos Indígenas e das Minorias Nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 3, n. 5, pp.42-69, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nº 22: DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22_2021.pdf; Acesso em: 29 Ago 2021.

_____ ; CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nº 11: PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2021.pdf; Acceso em: 29 Ago 2021.

_____ ; OPINIÓN CONSULTIVA OC-16/99 DE 1 DE OCTUBRE DE 1999, SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Disponible em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_16.html; Acceso em: 26 Set 2021.

_____ ; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

_____ ; Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.

_____ ; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005a. Serie C No. 125.

_____ ; Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005b. Serie C No. 127.

_____ ; Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

_____ ; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

_____ ; Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

_____ ; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010a. Serie C No. 214.

_____ ; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010b. Serie C No. 215, Párrafo 306.

_____ ; Caso Rosendo Cantú y otras Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010c. Serie C No. 216.

_____ ; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012a. Serie C No. 245.

_____ ; Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012b. Serie C No. 250.

_____ ; Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012c. Serie C No. 251.

_____; Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

_____; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014a. Serie C No. 279.

_____; OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 DE 19 DE AGOSTO DE 2014b SOLICITADA POR LA REPÚBLICA ARGENTINA, LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

Disponível em:

https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_21.htm#OC_21_PARR281; Acesso em: 28 Set 2021.

_____; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014c. Serie C No. 282.

_____; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015a. Serie C No. 305.

_____; Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015b. Serie C No. 309.

_____; OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf; Acesso em: 29 Ago 2021.

_____; Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

COUTO, Mia. **Poemas Escolhidos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo (São Paulo - 1991)**, [S. l.], v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006. DOI: 10.11606/issn.2316-9133.v15i14-15p231-239. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>. Acesso em: 16 set. 2021.

_____; Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daneila; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167-189.

_____; Uma réplica a Iris Young. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 2. Brasília, julho-dezembro de 2009, pp. 215-221. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/231183458.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: **Igualdade, diferença e direitos humanos**. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217-243.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2021.

MOREIRA, Elaine; CASTILHO, Ela Viecko de; SILVA, Tédney Moreira da. Os direitos dos acusados indígenas no processo penal sob o paradigma da interculturalidade. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 7, n. 2, p. 141-160, jun 2020.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2018.

PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimotie. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

SILVA JÚNIOR, Hédio. O princípio da igualdade e o direito de igualdade processual. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade Metodista de São Paulo**, v. 2, n. 2, 2005, p. 101-134.

SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no direito, 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.