

Justiça criminal e direitos indígenas: potencialidades da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional brasileiro

*Criminal justice and indigenous rights: potentialities of
CNJ Resolution 287/2019 for the reduction of indigenous
vulnerabilization in the Brazilian criminal system*

Bruno Rotta Almeida*

Universidade Federal de Pelotas, Pelotas – RS, Brasil

Bruna Hoisler Sallet**

Universidade Federal de Pelotas, Pelotas – RS, Brasil

1. Introdução

O presente estudo reflete a contribuição da Resolução nº 287 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em vigor desde setembro de 2019, enquanto instrumento redutor de vulnerabilização indígena no sistema de justiça penal brasileiro. No Brasil, habitam diversas comunidades indígenas que possuem

* Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Estágio de Pós-Doutorado em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universitat de Barcelona (UB). Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Coordenador do Libertas – Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos (FD/PPGD/UFPel). Membro da Red Cono Sur de Investigación en Cuestión Penitenciaria (RCSICP). E-mail: bruno.ralm@yahoo.com.br.

** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Pelotas, bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas, com mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Coimbra. Integrante do Libertas – Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos (FD/PPGD/UFPel). E-mail: bhsallet@gmail.com.

culturas e sistemas de justiça próprios. Entretanto, quando adentram o sistema penal e penitenciário brasileiro, enfrentam um processo de assimilação que não respeita a sua condição étnica específica. O Código Penal, o Código de Processo Penal e o Estatuto do Índio não foram atualizados com a nova perspectiva apontada pelos tratados internacionais de direitos humanos dos povos indígenas ratificados pelo Brasil e pela Constituição Federal de 1988.

Diante disso, busca-se verificar em que medida a Resolução 287 do Conselho Nacional de Justiça pode contribuir com uma política criminal humano-dignificante com relação aos povos indígenas no Brasil. Para tanto, utiliza-se de revisão bibliográfica, pesquisa documental e método dedutivo.

Na primeira seção, discorre-se sobre o contexto penal e prisional de pessoas indígenas no Brasil, especialmente no estado de Mato Grosso do Sul, que contém a maior taxa de encarceramento indígena do país. Na segunda seção, são elencados alguns dos direitos específicos destinados aos povos indígenas, tanto em âmbito nacional quanto internacional, os quais deram sustentação para a formulação das disposições da Resolução CNJ 287/2019. Por fim, na terceira seção, são analisadas as recomendações trazidas pelo documento do Conselho Nacional de Justiça, demonstrando, inclusive, a sua contribuição no incentivo de políticas adotadas no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional e também o seu potencial de colaboração com a política nacional de alternativas penais, direcionadas às pessoas indígenas.

2. Sistema penal e vulnerabilização indígena

Os povos indígenas formam um grupo diverso, compondo quase um milhão de pessoas que vivem em todo o território nacional¹, seja em área urbana ou rural. O segmento populacional é pouco favorecido do ponto de vista do acesso aos direitos fundamentais sociais, o que demanda a formulação de políticas públicas específicas, cuja implementação requer, antes de tudo, o mapeamento da realidade vivenciada por este grupo.

A questão da criminalização indígena no Brasil, que pode ser compreendida em termos amplos como “processos criminais que tem levado os índios às prisões na qualidade de ‘criminosos’ ou ‘infratores’ da lei não-indígena”², enfrenta, em termos de política criminal, grande dificuldade para análise

1 Conforme dados do IBGE em relação ao Censo 2010 (BRASIL, 2010a).

2 SILVA, 2013, p. 154.

do contexto prisional e penal, especialmente devido à ausência de dados, oficiais ou não, em relação à identificação de quantas pessoas indígenas estão presas, por quais crimes estão aprisionadas, quais os povos a que pertencem, entre outros.

Nos últimos Levantamentos Nacionais de Informações Penitenciárias (INFOPEN) do Ministério da Justiça, por exemplo, não houve menção pormenorizada acerca do perfil do indígena preso no Brasil. O relatório do INFOPEN de dezembro de 2019³ não apresentou informação detalhada, apenas indicou o número de indígenas presos, qual seja, 1.390 indígenas, sendo 1.325 homens e 65 mulheres.

Os dados do INFOPEN de dezembro de 2014⁴ indicaram 0,13% como percentual de indígenas no sistema prisional brasileiro e 0,40% na população brasileira. Os dados do INFOPEN de dezembro de 2016⁵ apontam 0,12% como percentual de indígenas no sistema prisional brasileiro. Tais informações conduzem ao raciocínio de que não há sobrerrepresentação de população indígena no contexto penitenciário brasileiro.

Entretanto, é preciso levar em conta que a informação do INFOPEN é subdimensionada pela invisibilidade étnica e legal dos indígenas na esfera jurídica⁶. Entre esses dois tipos de políticas de não reconhecimento, a “invisibilidade étnica” representa o não reconhecimento do direito indígena de ser coletivo, enquanto a “invisibilidade legal” ou “jurídica” compreende o não reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas⁷.

Não há uma adequada e padronizada coleta de informações penitenciárias entre as unidades prisionais do país, a qual considere, por exemplo, na porta de entrada do sistema carcerário, o critério da autoidentificação para individualizar a condição étnica dos indivíduos. Uma vez incorporados à categoria hegemônica de presos, os indígenas não serão mais considerados como tal, de forma que sua execução penal não será etnicamente individualizada e suas garantias legais específicas serão afastadas⁸.

3 BRASIL, 2019a.

4 BRASIL, 2014.

5 BRASIL, 2016a.

6 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA); PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR), 2008.

7 SILVA, 2013, p. 151.

8 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA); PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR), 2008.

Portanto, os dados sistematizados e disponibilizados pelo INFOPEN não espelham a totalidade dos números. Não são todas as unidades prisionais que efetivamente enviam informações completas aos sistemas⁹. Os dados coletados são cadastrados pelos gestores responsáveis pelo preenchimento do formulário de coleta, não havendo controle sobre a autodeclaração das características¹⁰.

A título exemplificativo da defasagem informacional em relação a essa população, tem-se, segundo o próprio relatório, que entre as 1.420 unidades prisionais no Brasil, 112 informaram que há indígenas presos, entretanto, apenas 46 estabelecimentos souberam informar a qual povo essas pessoas pertenciam e seu respectivo idioma¹¹.

A fim de preencher a lacuna existente sobre a situação prisional das pessoas indígenas, utiliza-se dados de pesquisa realizada por Michael Mary Nolan e Viviane Balbuglio (2020), cuja atuação está voltada à defesa de lideranças indígenas e povos tradicionais por meio do Assessoramento, Defesa e Garantia de Direitos do Instituto das Irmãs de Santa Cruz (ADDI- ISC) e da Assessoria Jurídica Criminal do Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

O levantamento de informações foi realizado com base na utilização dos mecanismos dispostos na Lei de Acesso à Informação (LAI) e enviado para todas as secretarias de segurança pública dos estados da Federação e Distrito Federal, assim como para quatro órgãos federais específicos, são eles: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Defensoria Pública da União (DPU) e Ministério Público Federal (MPF).

No levantamento geral realizado, o total de indígenas em situação de prisão contabilizados em 2017 foi de aproximadamente 698 homens e 91 mulheres, totalizando-se 769 pessoas indígenas presas. No ano de 2018, o total de indígenas em situação de prisão foi de 909 pessoas, sendo 876 homens e 34 mulheres¹².

Importante dizer que os dados não apresentam a totalidade de pessoas indígenas presas, uma vez que em 2017, os estados do Acre, Pará, Paraná, Pernambuco e Roraima não responderam aos pedidos de acesso à infor-

9 LACERDA, 2010, p. 20.

10 BRASIL, 2016b, p. 32.

11 BRASIL, 2014.

12 NOLAN; BALBUGLIO, 2020, p. 81.

mação. Em 2018, foram os estados do Acre, Maranhão e Rio de Janeiro que não responderam aos pedidos. Além disso, as pesquisadoras alertam que encontraram desafios no uso do método de levantamento de dados, como a falta de padronização entre os sistemas de acesso à informação de diferentes estados e as diferentes interpretações das instituições em relação ao artigo 31 da LAI¹³.

Dentre as mulheres presas, os três estados com as maiores taxas de encarceramento em 2017 foram: Rio Grande do Sul (26), Mato Grosso do Sul (14) e Bahia (13). Em 2018, o Mato Grosso do Sul foi o único estado que permaneceu com número expressivo de mulheres indígenas encarceradas (20).

Entre os homens, os três estados com as maiores taxas de encarceramento foram: Rio Grande do Sul (242), Mato Grosso do Sul (197) e Santa Catarina (60). Em 2018, Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul permaneceram como os estados com maiores taxas de encarceramento indígena, 306 e 202 respectivamente¹⁴.

Tais dados, quando analisados em uma perspectiva percentual, indicam uma sobrerrepresentação indígena na população prisional em alguns estados da federação. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dados referentes a 2014 apontam que, de acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para mais de 300¹⁵.

Em relação aos povos indígenas, no estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, a média da taxa encarceramento alcança 520 presos por 100 mil habitantes, isso em um cenário conservador, cuja estimativa populacional é de 50 mil integrantes dos povos indígenas Kaiowá e Guarani. Sendo assim, a taxa é, aproximadamente, o dobro da média nacional e três vezes a média mundial¹⁶.

A referida taxa de encarceramento se assemelha ao cenário australiano, onde a prisão dos aborígenes e nativos do Estreito de Torres é crescente. Dados de 2018 apontam que, apesar de representarem apenas 2% da população australiana, estão super-representados com 28% da população carcerária. A

13 NOLAN; BALBUGLIO, 2020, p. 76 ss.

14 NOLAN; BALBUGLIO, 2020, p. 81-82.

15 BRASIL, [s.d.].

16 MENDES; ALMEIDA, 2020, p. 182.

taxa de encarceramento alcança o elevadíssimo número de 2.481 detentos por 100 mil habitantes¹⁷.

Russell Hogg,¹⁸ ao analisar o encarceramento aborígine na Austrália, reflete que o índice de sua sobrerrepresentação nas penitenciárias está intimamente ligado à história dos regimes de segregação e governança racial pelos quais os povos nativos eram gerenciados, em sua maioria fora das instituições legais. O autor sustenta que o advento do alto encarceramento indígena coincide com a cessação das políticas abertamente segregacionistas, sendo ele o responsável, por trás de uma fachada de imparcialidade legal, pela perpetuação da marginalização social e privação cívica das pessoas aborígenes no país.

O alto encarceramento no contexto sul-mato-grossense, por sua vez, é produto do crescimento expressivo do encarceramento indígena nos últimos anos. O considerável aumento pode ser verificado na comparação de dados atuais com dados de 2006. De acordo com o Relatório “Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul”, com dados colhidos em 2016 pelo Centro de Trabalho Indigenista (CTI), suscitado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), 119 indígenas estavam em unidades prisionais do estado, cuja maioria (68) estava detida na unidade prisional de Dourados¹⁹.

Em março de 2020, encontravam-se 359 indígenas presos nas unidades prisionais estaduais sul-mato-grossenses, representando um crescimento de 301,68% em 14 anos. Especificamente na Penitenciária Estadual de Dourados, há 170 indígenas em regime fechado e 21 em regime semiaberto, totalizando 191 indígenas²⁰.

Naquele mesmo relatório foi traçado o percentual por tipo penal que ensejou a prisão dos indígenas: 40% por homicídio e tentativa; 16% por estupro; 11% por tráfico de drogas; 9% por roubo e furto; 4% por lesão corporal. Sobre a questão processual, verificou-se que em 78% dos casos não foi garantido o direito de intérpretes, e em apenas 1% dos casos foram levadas em consideração as formas de punir da comunidade e a prevalência

17 AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS, 2018.

18 2001, p. 355.

19 CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA, 2008, p. 11.

20 MATO GROSSO DO SUL, AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO, 2020.

de penas alternativas à prisão²¹. Sendo assim, concluiu-se que as disposições legais sobre processo e execução das penas de forma diferenciada não foram respeitadas no estado.

Diante do contexto de negação de direitos que isso representa, a equipe multidisciplinar que atua no Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Povos Indígenas e da Igualdade Racial e Étnica (NUPIIR/DPE-MS) iniciou uma análise dos processos criminais envolvendo indígenas presos na região²². Tendo em vista o número expressivo desses processos tramitando na Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (131), foram apresentadas as seguintes constatações.

Entre as violações legais, constitucionais e convencionais, verificou-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa restaram extremamente prejudicados. A pesquisa aponta que, muitas vezes, não há acompanhamento por defesa técnica. Além disso, a linguagem é um grande óbice, pois o interrogatório do acusado segue as linhas gerais norteadoras do direito positivado, tornando a linguagem um instrumento de segregação²³.

O comprometimento da fase inquisitorial também é apontado, uma vez que se deparou com as seguintes situações: nítida escassez de conteúdo probatório, com depoimentos dúbios de testemunhas que não estavam no local dos fatos ou não tiveram conhecimento do ocorrido; exames de corpo e de delito, necessários e imprescindíveis em crimes como o de roubo e furto, deixaram de ser agrupados; laudos psicológicos e psiquiátricos, ainda que em alguns casos tenham sido elaborados, não supriram o distanciamento das realidades dos réus, sob a perspectiva de comunidade, costume e hábitos²⁴.

Constatou-se, ainda, o reduzido reconhecimento pelo magistrado sobre a necessidade do laudo antropológico, mesmo havendo motivações com base em rixas internas entre lideranças, ou até mesmo questões a respeito da comunidade, da cultura e do modo de vida diferenciado entre as etnias. Complementa o estudo que muitas denúncias deveriam ter sido consideradas ineptas, tendo em vista que a narrativa fática sustentada era vaga e extremamente escassa no que tange à identificação e circunstâncias²⁵.

21 CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA, 2008, p. 11.

22 MENDES, 2020.

23 MENDES, 2020, p. 193.

24 MENDES, 2020, p. 195-196.

25 MENDES, 2020, p. 196-204.

Outra constatação depreendida da análise processual é o desconhecimento do delito (erro de tipo). Notou-se que, principalmente nos crimes de tráfico de drogas internacional, o acusado muitas vezes desconhecia a tipificação, pois possuía moradia em cidade fronteiriça sem observações ou conhecimento da linha divisória com o território estrangeiro. Nesse sentido, Neyla Ferreira Mendes²⁶ aduz:

No caso específico dos indígenas, merece relevo a análise de cada uma das excludentes da culpabilidade, quais sejam, a inimputabilidade penal, o erro de proibição e a inexigibilidade de conduta diversa, e o cotejo das referidas exculpantes com sua cultura diferenciada, para que se possa estabelecer, à luz dos valores protegidos pela Constituição Federal, onde deverá residir a eventual inculpabilidade.

Portanto, concluiu-se que há um etnocentrismo nas decisões judiciais, na audiência de instrução e julgamento e no Tribunal do Júri. O judiciário opera segundo os padrões culturais jurídicos ocidentais para funcionar em prol da população indígena. No que tange à dosimetria da pena, nas três fases da aplicação da pena, ocorreram violações nas quais não foram tomadas medidas judiciais cabíveis²⁷.

No âmbito da execução penal, o Estatuto do Índio²⁸ e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho²⁹ estabelecem regras especiais para o cumprimento de pena do sentenciado indígena. Entretanto, em Mato Grosso do Sul, os indígenas cumprem suas penas em estabelecimentos penais da mesma forma que os demais³⁰. Os dispositivos e garantias legais não são suficientes à sua concretização. O reflexo disso são os níveis recordes de encarceramento indígena.

Diante do exposto, constata-se a permanência de um processo de assimilação dos povos indígenas no Brasil, sendo este compreendido como “uma passagem de um estado ao outro, porém, cuja própria ocorrência acontece apenas como um ideal em um esquema evolucionista de integração”³¹. Dessa

26 2020, p. 206.

27 MENDES, 2020, p. 206-207.

28 BRASIL, 1973.

29 OIT, 1989.

30 MENDES, 2020, p. 209.

31 MENEZES, 2016, p. 537.

vez, o referido processo é operacionalizado pelo Estado, através dos institutos prisionais. A realidade sul-mato-grossense é um fragmento que reproduz o contexto vivenciado em estabelecimentos penais de outras unidades federativas. Essas vulnerações, que atingem de modo intensificado grupos sociais vulneráveis, incluídos também os indígenas, podem ser visualizadas a partir de continuidades de métodos e práticas, e diante da formação de uma conduta omissa do Estado com relação aos cidadãos, muitas vezes longe de uma concepção de respeito à dignidade³². Por essa razão, nota-se a importância que o processo e a execução penal sejam realizados à luz da Constituição e dos tratados e convenções internacionais.

A seguir, serão expostos os mecanismos e as previsões normativas – em nível nacional e internacional – acerca do tratamento jurídico a ser destinado às pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade. Esses instrumentos representam a base normativa em torno da Resolução CNJ 287/2019.

3. Panorama jurídico-normativo e direitos indígenas

O artigo 231, da Constituição Federal de 1988³³, reconhece aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Os artigos 215 e 216 preconizam que é dever do Estado proteger as manifestações culturais dos povos indígenas e reconhecem as formas de expressão como bens culturais de natureza imaterial. Já o parágrafo 2º, do artigo 210, assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e seus processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental regular.

Segundo Carlos Frederico Souza Filho³⁴, ao reconhecer as organizações sociais, costumes, tradições e línguas dos povos indígenas, a Constituição considerou o direito coletivo dos povos indígenas de existir e de continuar existindo como povos diferenciados que são. Os seus direitos coletivos se dividem em direitos territoriais, culturais, e de organização social própria. O de maior relevância para a temática do tratamento penal é o direito à auto-organização, refletindo as formas de poder interno, de representação

32 ALMEIDA; SALLET, 2018.

33 BRASIL, 1988.

34 2018.

e de direito, inclusive o poder do povo em conferir solução aos conflitos internos segundo seus usos, costumes e tradições³⁵.

Outra previsão constitucional relacionada à questão indígena é o inciso XI, do artigo 109, da Constituição Federal³⁶, o qual determina a competência da justiça federal para processar e julgar disputa sobre direitos indígenas. Entretanto, após muita divergência jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 140, publicada em maio de 1995, entendeu que compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que indígena figure como autor ou vítima em situação de cunho individual³⁷. Segundo a interpretação sumular, o termo “disputa sobre direitos indígenas” significa que a competência federal será aplicável somente nas hipóteses cuja disputa esteja relacionada a um conflito de caráter coletivo.

A Constituição Federal de 1988 representa o primeiro passo do direito pátrio no sentido contrário do integracionismo que regia as relações até então. A ideologia integracionista considera o indígena como algo transitório, pois, na medida em que ele conhecesse e se aproximasse da “civilização”, passaria a ser um civilizado, de forma a perder, conseqüentemente, seus direitos diferenciados³⁸. Sendo assim, a Constituição Federal não recepcionou muitas das disposições do Estatuto do Índio de 1973, tais como a classificação dos indígenas isolados, em vias de integração ou já integrados. Essa classificação estava em consonância com a lógica integracionista da Convenção 107 da OIT³⁹, editada em 1957 e ratificada pelo Brasil.

Esse cenário integracionista se alterou apenas alguns anos mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Convenção 169 da OIT, de caráter autonomista. As disposições ligadas à área penal, com a orientação plural e multicultural da política indigenista, estão no título VI, do Estatuto do Índio. Os artigos 56 e 57 são destinados aos princípios e ao indígena condenado criminalmente, e os artigos 58 e 59 destinados aos crimes contra os indígenas ou suas culturas⁴⁰.

35 SOUZA FILHO, 2009.

36 BRASIL, 1988.

37 BRASIL, 2010b.

38 MENEZES, 2016, p. 526.

39 1957.

40 BRASIL, 1973.

O artigo 56 dispõe que deverá ser atenuada a pena do indígena condenado criminalmente, bem como deverá o juiz, na sua aplicação, atender ao grau de integração desse indivíduo. O parágrafo único, por sua vez, faz referência ao cumprimento das penas de reclusão e detenção, devendo estas serem cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade e no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos indígenas mais próximo à habitação da pessoa condenada⁴¹.

O artigo 57 dispõe que será tolerada a aplicação pelas comunidades indígenas de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, conforme suas instituições, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, sendo absolutamente proibida a pena de morte⁴².

Em um contexto internacional, diversos são os documentos que tratam da situação culturalmente diferenciada das pessoas indígenas, a qual deve ser respeitada e promovida. Há disposições na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, aprovada no mesmo ano, assim como na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político, de 1966, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.

Entretanto, o principal documento internacional que defende os direitos das pessoas indígenas é a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, de 1989. Em seu texto preambular reconhece “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”⁴³.

Ela assegura, no seu artigo 9º, que, quando compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos, os tribunais, ao serem solicitados a se pronunciar sobre questões indígenas, devem levar em conta os costumes dos povos originários. O artigo 10 dispõe sobre a aplicação de legislação geral aos indígenas, referindo que, ao sancioná-los penalmente, deverão ser observadas suas características próprias, além de garantir a preferência a outros métodos de punição que não o encarceramento⁴⁴.

41 BRASIL, 1973.

42 BRASIL, 1973.

43 OIT, 1989.

44 OIT, 1989.

A Carta Democrática Interamericana, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 2001, chama a atenção, de forma geral, em seu artigo 9º, para a eliminação da discriminação de gênero, étnica e racial, além de recomendar a promoção e proteção dos direitos humanos dos povos indígenas como fortalecimento da democracia⁴⁵.

Sobre a proteção da diversidade cultural, indica-se o conteúdo da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2002, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Além disso, cita-se a Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005, a qual encoraja intercâmbios culturais mais amplos e equilibrados, em favor do respeito intercultural e de uma cultura da paz, assim como reafirma o direito soberano dos Estados de conservar, adotar e implementar políticas e medidas para a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais⁴⁶.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reforça que os indígenas têm direito a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional, inclusive o direito de determinarem sua própria identidade ou composição, sem restar prejudicada sua cidadania nos Estados onde vivem. Sendo assim, conforme o artigo 35, os povos indígenas têm o direito de promover suas instituições, procedimentos, costumes ou sistemas jurídicos, assim como de determinar a responsabilidade dos indivíduos para com suas comunidades, desde que isso não viole os direitos humanos⁴⁷.

As Regras de Bangkok, aprovadas pela ONU em 2010, as quais dispõem sobre medidas não privativas de liberdade e o tratamento de mulheres presas, tratam também da proteção das mulheres indígenas e estipulam a obrigação do Estado reconhecer a possibilidade de discriminações e dificuldades em razão de suas origens. Além disso, preveem que a construção de políticas públicas na execução penal para indígenas seja feita com a participação das próprias mulheres e de suas comunidades⁴⁸.

A Declaração Americana dos Povos Indígenas, de 2016, dispõe, em seu artigo 1º, sobre o critério fundamental da autoidentificação⁴⁹. Isso porque,

45 OEA, 2001.

46 BRASIL, 2007.

47 ONU, 2007.

48 BRASIL, 2016c.

49 OEA, 2016.

recorrentemente, não se reconhecia determinados indivíduos *sub judice* como indígenas. Essas pessoas perpassavam o sistema jurídico sem qualquer individualização da pena e, conseqüentemente, tinham suas garantias específicas afastadas. Além disso, o item 3, do artigo 22, aponta que deve ser promovida a plena representação, com dignidade e igualdade perante a lei, utilizando-se, para tanto, de intérpretes linguísticos e culturais.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), todo esse *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados, é considerado quando da análise dos casos envolvendo pessoa indígenas.

No caso *Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai*, por exemplo, a Corte IDH reconheceu que a ausência ou a demora excessiva na demarcação de terras pelo Estado tem conseqüências negativas também na garantia de outros direitos básicos, levando à comunidade à situação de vulnerabilidade sanitária e alimentar. Sendo assim, considerou apropriado utilizar não somente o artigo 21 da Convenção Americana, que é relativo à propriedade privada, mas também as disposições da Convenção nº 169 da OIT, que reconhece a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra, tida como a base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade, sobrevivência econômica e preservação. Neste mesmo caso, a Corte entendeu que os meios jurídicos existentes nas leis paraguaias não eram suficientes e adequados, sustentando que, de acordo com o artigo 2 da Convenção, devem ser instituídos procedimentos adequados no marco do sistema jurídico nacional para processar as reivindicações de terras dos povos indígenas interessados⁵⁰.

Outra importante conquista admitida pela Corte IDH é o reconhecimento da personalidade jurídica das comunidades indígenas, pois, embora possuam o apoio de instituições públicas e da sociedade civil, encontram grandes dificuldades para oficializar sua condição perante o Estado.

No caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, a Corte IDH manifestou que os indígenas permaneciam em um “limbo jurídico em que, apesar de terem nascido e morrido no Paraguai, a sua existência e identidade nunca foram reconhecidas legalmente, isto é, eles não tinham personalidade jurídica”⁵¹. O artigo 3º da Convenção prevê a garantia do reconhecimento da personalidade

50 CORTE IDH, 2005.

51 CORTE IDH, 2006.

jurídica, considerando como um direito humano, elevando o direito para além de uma formalidade burocracia estatal. Dessa forma, a Corte IDH entendeu que “o conteúdo do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica se refere ao correlativo dever geral do Estado de procurar os meios e condições jurídicas para que esse direito possa ser exercido livre e plenamente por seus titulares”⁵².

Nesse sentido, recentemente, no Brasil, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), com o apoio de mais seis partidos políticos, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, cujo objeto compreendia um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19⁵³. Na oportunidade, além de assegurar o direito dos povos indígenas de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas, conforme previsto na Constituição de 1988 e na Convenção 169 da OIT, e de determinar ao governo federal a adoção de medidas para conter o avanço da pandemia nos territórios indígenas, a decisão reconheceu a legitimidade ativa da APIB para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Tal reconhecimento representa um avanço na jurisprudência nacional, pois, de forma inédita, os povos indígenas acessaram ao STF em nome próprio e defendendo direito próprio, propondo uma ação de jurisdição constitucional.

Portanto, especialmente no contexto internacional, uma gama de direitos indígenas foi progressivamente assegurada e aprimorada. Nota-se que há um esforço em conceber o direito de uma forma mais coletiva, afastando-o do paradigma liberal-individualista e reconhecendo outras formas de justiça. No campo do direito penal, esses documentos normativos preveem a autonomia desses povos no limite do que não for contrário à legislação pátria e aos direitos humanos, determinando que o encarceramento deve ser evitado.

Diante da influência da legislação pátria e internacional, algumas políticas públicas de diversidade relacionadas à execução penal foram sendo implementadas em âmbito nacional. O documento do Departamento Penitenciário Nacional, intitulado “Modelo de Gestão para Política Prisional – 2016”, possui um item que trata especificamente da “Política de inclusão e singularização do atendimento às pessoas em privação de liberdade com foco na garantia de direitos e no reconhecimento das diferenças e diversidades”⁵⁴.

52 CORTE IDH, 2006.

53 BRASIL, 2020.

54 BRASIL, 2016d.

Nesse sentido, destaca-se a diretriz nº 23, sobre a necessidade do respeito às diversidades geracionais, étnico/raciais, de gênero, de nacionalidade e de religião, devendo tal deferência ser pressuposto de todas as políticas e serviços realizados durante a execução penal. A diretiva propõe, por exemplo, que as pessoas privadas de liberdade tenham alimentação, vestimentas e culto religioso de acordo com seus costumes.

Diante do exposto, verifica-se que a prisão e o processo penal com relação às condutas tipificadas possuem um rito estabelecido acerca das pessoas indígenas, promovendo a pluralidade cultural e o respeito à autonomia destes povos para a resolução de conflitos próprios. Entretanto, no Brasil, tais previsões encontravam-se dispersas, sem qualquer sistematização. Aliado a isso, as informações penitenciárias da realidade dessas populações são confusas e imprecisas.

A fim de suprir essa deficiência e na tentativa de tornar o sistema de justiça criminal brasileiro menos vulnerabilizador, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a Resolução 287/2019, orientada conforme os ditames constitucionais e internacionais, tratada na seção a seguir.

4. Resolução 287/2019 do CNJ: potencialidades e redução da vulnerabilização indígena

O Brasil é caracterizado pela riqueza cultural advinda de sua diversidade étnica. Tal característica reclama, do ponto de vista jurídico, o reconhecimento de especificidades de costumes e tradições. Ocorre que o Código Penal, o Código de Processo Penal e o Estatuto do Índio não foram atualizados com a nova perspectiva apontada pela Constituição Federal, de 1988, e pelos tratados internacionais de direitos humanos dos povos indígenas ratificados pelo Brasil.

A fim de preencher tal lacuna jurídica, o CNJ, recentemente, editou a Resolução 287/2019, estabelecendo a adoção de medidas no tratamento das pessoas indígenas acusadas, réus, condenadas ou privadas de liberdade, bem como diretrizes para assegurar os direitos dessa população⁵⁵.

O referido conjunto de procedimentos específicos representa significativo passo rumo a um modelo de política criminal menos estigmatizante e vulnerabilizador. Ao sistematizar os procedimentos nas ações de

55 BRASIL, 2019b.

responsabilização criminal ou de execução penal de pessoas indígenas, a Resolução CNJ 287/2019 contribui para a cientificação dos atores do sistema de justiça criminal acerca das orientações paradigmáticas de respeito aos direitos dos povos indígenas.

Em seu artigo 2º, a resolução aponta que os procedimentos serão aplicados a todas as pessoas que se identifiquem como indígenas, brasileiros ou não, falantes tanto da língua portuguesa quanto de línguas nativas, independentemente do local de moradia (em contexto urbano, acampamentos, assentamentos, áreas de retomada, terras indígenas regularizadas e em diferentes etapas de regularização fundiária)⁵⁶.

O artigo 3º assevera que o reconhecimento da pessoa como indígena se dará por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal, inclusive na audiência de custódia. Segundo o Manual Resolução 287/2019, que contém orientações a Tribunais e Magistrados para cumprimento da resolução, a pergunta “deve ser feita de forma simples e clara, esclarecendo que o reconhecimento como indígena no processo criminal assegura direitos que protegem sua condição de indígena e suas necessidades específicas”, de forma que “a autoridade judicial deve zelar para que a pessoa acusada, ré ou condenada entenda que a sua autodeclaração como indígena não gerará tratamento discriminatório, mas irá assegurar direitos”⁵⁷.

Logo após a autodeclaração, a autoridade judicial deverá indagar acerca da etnia, da(s) língua(s) falada(s) pelo acusado, réu ou condenado e do seu grau de conhecimento da língua portuguesa. As informações serão registradas nos sistemas informatizados do CNJ e deverão constar no registro de todos os atos processuais, conforme teor do artigo 4º, visando a superação da invisibilidade jurídica dos povos indígenas⁵⁸. Cumpre dizer que as garantias específicas da pessoa indígena no processo penal estão diretamente associadas ao fato de que essa pessoa tem a sua identidade reconhecida por uma comunidade indígena.

O artigo 5º dispõe sobre a presença de intérprete, que deverá ser garantida pelo juízo. O intérprete será, preferencialmente, membro da própria comunidade indígena, em todas as etapas do processo em que a pessoa

56 BRASIL, 2019b.

57 BRASIL, 2019c, p. 20.

58 BRASIL, 2019b.

indígena íntegra. Também é recomendável o estabelecimento de parcerias com universidades públicas para credenciar profissionais, especialmente a partir das Faculdades de Letras e de Ciências Sociais. A aplicação da garantia poderá ser feita mediante solicitação da defesa, da Fundação Nacional do Índio, ou a pedido de pessoa interessada. Ela deverá ser aplicada quando a língua falada não for a portuguesa, ou se houver dúvida sobre o domínio e entendimento do vernáculo, inclusive em relação ao significado dos atos⁵⁹.

O artigo 6º aponta que, ao receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, o juízo poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica. Na perícia deverá constar a qualificação, a etnia e a língua falada, as circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas, os usos, os costumes e as tradições da comunidade indígena a qual se vincula, o entendimento da comunidade indígena em relação à conduta típica imputada, bem como os mecanismos próprios de julgamento e punição adotados⁶⁰.

O laudo antropológico deverá esclarecer a correspondência entre a conduta praticada e os costumes, crenças e tradições da comunidade indígena. Isso porque, considerando que a Constituição Federal de 1988 reconhece esses valores, não pode a autoridade judicial considerar criminosa uma conduta que seja praticada de acordo com a cosmovisão indígena. Segundo o Manual Resolução 287/2019⁶¹, “essa é uma hipótese de exclusão da culpabilidade e que não se confunde com o erro sobre ilicitude, que é uma situação na qual o sujeito pratica a conduta sem sabê-la criminosa”.

Caberá ao laudo esclarecer se a conduta imputada é considerada pela própria comunidade indígena como passível de responsabilização e, em caso de resposta positiva, se existem e quais são os mecanismos próprios de justiça a serem adotados. Isso é importante porque, de acordo com o artigo 7º, deverão ser considerados os mecanismos próprios da comunidade indígena, mediante consulta prévia, por ocasião da responsabilização de pessoas indígenas⁶².

A consulta é um mecanismo que contextualiza e esclarece o sentido da conduta imputada e deve ser encarada como uma das garantias do direito

59 BRASIL, 2019b.

60 BRASIL, 2019b.

61 BRASIL, 2019c, p. 38.

62 BRASIL, 2019b.

de defesa do réu indígena. Além disso, ela é forma de efetivação do direito coletivo dos povos indígenas de se autodeterminarem. Para iniciar o processo de consulta, a autoridade judicial deve identificar interlocutores legítimos dentro da própria comunidade e informá-los sobre a existência do processo criminal, suas possíveis consequências e o direito da comunidade de se manifestar em relação àquela conduta⁶³.

Caberá à própria comunidade alcançar um entendimento, o qual será informado posteriormente à autoridade judicial. De acordo com o Manual Resolução 287/2019⁶⁴, “é importante que a consulta às comunidades indígenas sobre a forma de responsabilização do indivíduo acusado seja feita de boa-fé, oferecendo de forma clara e simples informações completas sobre a conduta imputada ao réu”, e, “de forma alguma a demora na consulta é fundamento para justificar a decretação da prisão preventiva do réu indígena”.

Identificando-se que existem mecanismos próprios da comunidade indígena para lidar com a conduta imputada, a autoridade judicial deve respeitar as práticas de justiça e de responsabilização praticadas pela comunidade originária. O parágrafo único, do artigo 7º, aponta que a autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena⁶⁵.

Importante esclarecer que uma das situações que pode legitimamente fundamentar a não aplicação dos mecanismos próprios da comunidade indígena é quando os atos se configurem atentatórios aos direitos humanos, como tratamentos cruéis e tortura. Afora isso, conforme Manual Resolução 287/2019⁶⁶, os métodos que são compatíveis com o sistema constitucional e internacional de direitos humanos devem ser respeitados pela autoridade judicial.

O artigo 8º menciona que, na imposição de qualquer medida cautelar alternativa à prisão, a autoridade judicial deverá adaptá-la às condições e aos prazos que sejam compatíveis com os costumes, local de residência e tradições da pessoa indígena. Ainda, conforme teor do artigo 9º, quando não for o caso do artigo 7º, qual seja, a homologação de práticas de resolução

63 BRASIL, 2019b.

64 BRASIL 2019c, p. 38.

65 BRASIL, 2019b.

66 BRASIL, 2019c.

de conflitos e de responsabilização, as mesmas adaptações deverão ser feitas na ocasião da definição da pena e do regime de cumprimento⁶⁷.

Verifica-se, portanto, que os procedimentos elencados, ao contemplarem ferramentas para identificar e processar especificidades no tratamento jurídico-penal, assumem a postura de reconhecimento da pluralidade étnica dos brasileiros. Trata-se de mais um passo no enfrentamento do estado de crise penal, reconhecendo seus problemas profundos e estruturantes, os quais causam impactos ainda mais graves para grupos vulneráveis, como são os povos indígenas.

Dentro desse contexto de crise penal, no que tange à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, a Resolução CNJ 287/2019 também possui grande contribuição. Isso porque, segundo o CNJ⁶⁸:

A superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional passa pela articulação de parcerias com os entes da federação e pela adoção de medidas que atentem, simultaneamente, para a porta de entrada do sistema prisional, evitando o encarceramento excessivo e penas desproporcionais, e para as condições de performance e qualidade como se desenvolve a execução penal. Esse é exatamente o sentido da Resolução nº 287/2019, que se baseia: (a) na excepcionalidade extrema do encarceramento indígena, (b) no reconhecimento da possibilidade de responsabilização por meio de medidas não estatais ou não restritivas de liberdade e (c) na previsão de garantias específicas aos indígenas em estabelecimentos penais.

Considerando que o aprisionamento se trata de medida excepcional, o artigo 10 aduz que, não havendo condições para aplicação do disposto nos artigos 7º e 9º, a autoridade judicial deverá aplicar, sempre que possível e mediante consulta à comunidade indígena, o regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), diante da condenação a penas de reclusão e de detenção⁶⁹.

A medida prevê a excepcionalidade do encarceramento indígena. Sendo assim, o CNJ⁷⁰ recomenda que autoridade judicial justifique em sua sentença “por que, primeiramente, não homologou métodos tradicionais de solução

67 BRASIL, 2019b.

68 BRASIL, 2019b, p. 7-8.

69 BRASIL, 2019b.

70 BRASIL, 2019b, p. 31-32.

de conflitos; em segundo lugar, por que não aplicou penas restritivas de direitos; e, em terceiro lugar, por que não aplicou o regime de semiliberdade”.

No que tange à determinação de prisão domiciliar, o artigo 11 discorre que deverá ser considerado como domicílio o território ou circunscrição geográfica de comunidade indígena, quando compatível e mediante consulta prévia. Se a prisão domiciliar for imposta à mulher indígena mãe, gestante, ou responsável por crianças ou pessoa com deficiência, esta será cumprida na comunidade, para fins do disposto no artigo 318-A do Código de Processo Penal, conforme preconiza o inciso I, artigo 13, da Resolução CNJ 287. O inciso II, por sua vez, trata do acompanhamento da execução das mulheres indígenas beneficiadas pela progressão de regime, nos termos dos artigos 72 e 112 da Lei de Execução Penal, devendo ser realizada em conjunto à comunidade⁷¹.

O artigo 14 versa sobre os estabelecimentos penais onde houver pessoas indígenas privadas de liberdade. O dispositivo preconiza que o juízo de execução penal, no exercício de sua competência de fiscalização, deverá zelar para que seja garantida à pessoa indígena assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme sua especificidade cultural. Em seus incisos, o artigo ainda aponta medidas especiais a serem tomadas quando da realização de visitas sociais, do fornecimento da alimentação, da assistência à saúde, da assistência religiosa, do trabalho e da educação. Tais previsões demandam a criação de políticas públicas etnicamente orientadas dentro das penitenciárias⁷².

Nesse sentido, pode-se dizer que a Resolução 287 já impulsionou a modificação de práticas dentro no sistema carcerário brasileiro. Isso porque, em dezembro de 2019, através da Nota Técnica nº 53/2019, a Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos (DIAMGE), vinculada à Coordenação-Geral da Cidadania e Alternativas Penais (CGCAP), da Diretoria de Polícias Penitenciárias (DIRPP), do DEPEN, recomendou aos órgãos estaduais de administração penitenciária a adoção de medidas necessárias e efetivas à custódia das pessoas indígenas privadas de liberdade nos estabelecimentos penais⁷³.

71 BRASIL, 2019b.

72 BRASIL, 2019b.

73 BRASIL, 2019d.

A nota técnica recomenda um protocolo de atuação, respaldando o trabalho de execução penal na atenção a toda pessoa que se reconhece e se identifica como indígena. Entre os procedimentos recomendados na porta de entrada estão:

1º perguntar o nome completo da pessoa indígena; 2º caso a pessoa não fale/ domine a língua portuguesa, demonstre incompreensão quanto aos procedimentos a que está sendo submetida ou quanto às regras de comportamento do estabelecimento prisional, deverá ser providenciada a presença de intérprete (preferencialmente membro da comunidade a que pertence a pessoa presa); 3º perguntar o nome do povo/etnia a qual pertence, a língua que fala e onde vive (aldeia/terra indígena/comunidade); 4º perguntar se a pessoa possui alguma documentação; 5º informar imediatamente à FUNAI local, ou regional mais próxima, os dados da pessoa indígena presa para conhecimento e providências; e 6º alocar a pessoa indígena em segurança.⁷⁴

Outro procedimento indicado é que, no momento do cadastro, o agente responsável cientifique o indivíduo da possibilidade de autodeclaração, e informe-o sobre as garantias decorrentes dessa circunstância. Sobre os espaços de alocação, aponta a necessidade de a administração penitenciária oferecer espaços de vivência específicos, condicionada à sua expressa manifestação de vontade⁷⁵.

Em relação à linguagem, recomenda que, para as pessoas indígenas encarceradas que não tenham pleno domínio da língua portuguesa, a administração penitenciária forneça, no âmbito administrativo, serviço de intérprete. Quanto à obrigatoriedade do corte de cabelo, não poderá a administração penitenciária invocar o princípio da higiene para realizá-lo, tendo em vista que os indígenas têm assegurado o direito de viverem conforme os seus costumes⁷⁶.

Quanto à assistência à saúde, o estabelecimento penal deverá encaminhar os indígenas para os postos de atendimento da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) mais próximo da unidade prisional ou firmar acordo para atendimentos na própria unidade. Quanto aos hábitos alimentares e religiosidade, recomenda que a unidade permita a entrada de objetos de culto

74 BRASIL, 2019d.

75 BRASIL, 2019d.

76 BRASIL, 2019d.

e comidas tradicionais, bem como garanta a expressão religiosa dentro dos estabelecimentos penais segundo as matrizes indígenas⁷⁷.

Sobre as atividades educacionais e laborais, a nota técnica⁷⁸ aponta que o estabelecimento prisional deve considerar a valorização das línguas, culturas, conhecimentos, saberes e práticas tradicionais, possibilitando, por exemplo, para fins de remição pelo trabalho, a prática do artesanato.

Em relação à documentação, esta deverá seguir o fluxo regular de todo cidadão, e quanto ao cadastro de visitantes indígenas, para além dos laços de consanguinidade, deverá ser admitida a visita de pessoas da família natural ou extensa, de pessoas da mesma comunidade e povo, bem como de outros povos indígenas. A nota técnica destaca, ainda, a importância de se ater às especificidades de gênero das mulheres indígenas presas⁷⁹.

Por fim, indica que todas as administrações prisionais estaduais que possuem população indígena presas proporcionem a capacitação e a formação continuada aos servidores, especialmente através das suas escolas penitenciárias, considerando a perspectiva dos direitos humanos e os princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero⁸⁰.

Essa última recomendação se aproxima ao elencado no artigo 16 da Resolução 287, que trata da importância do aperfeiçoamento de servidores e membros que atuam nas Varas Criminais, Juizados Especiais Criminais e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Varas de Execução Penal, notadamente nas Comarcas e Seções Judiciárias com maior população indígena⁸¹.

Diante do exposto, compreende-se que a Resolução 287 do CNJ é um potente instrumento de redução da vulnerabilização indígena no âmbito penal e penitenciário brasileiro, observando os princípios constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, e acompanhando os objetivos fundamentais da redução de desigualdades sociais e de não discriminação. Isso porque procura especialmente modificar a realidade de negação de direitos experimentada pelas pessoas indígenas sob custódia penal.

77 BRASIL, 2019d.

78 BRASIL, 2019d.

79 BRASIL, 2019d.

80 BRASIL, 2019d.

81 BRASIL, 2019b.

A Resolução 287 possui destacado fator de impacto no âmbito da criação e ampliação de alternativas penais envolvendo pessoas indígenas. Importante mencionar que, de acordo com o indicado pelas diretrizes nacionais de política criminal e penitenciária, as alternativas penais são mecanismos de intervenção em conflitos e violências, diversos do encarceramento, orientados para a restauração das relações e promoção da cultura da paz, a partir da responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade. Os respectivos eixos compreendem: a intervenção penal mínima, desencarceradora e restaurativa; dignidade, liberdade e protagonismo das pessoas em alternativas penais; e ação integrada entre entes federativos, sistema de justiça e comunidade para o desencarceramento⁸². Assim, verifica-se o relevante tensionamento da Resolução em direção à viabilização de alternativas ao encarceramento.

Ainda mais potente é o conjunto de disposições que dão sustentação para a atuação de magistrados na homologação de práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas próprios das comunidades indígenas, além de consulta prévia ao entendimento da respectiva comunidade sobre a problemática enfrentada, assim como na utilização de outros mecanismos que não sejam encarceradores. Isso sinaliza um caminho próximo ao multiculturalismo, diante da coexistência de formas culturais diferentes⁸³ no seio do aparato jurídico e o reconhecimento e inclusão do “outro”.

Junto a isso, nota-se a abertura para um pluralismo jurídico, emanando esse “outro” direito dos saberes e costumes essenciais das comunidades indígenas, conhecendo a existência de múltiplas realidades, formas de ação prática, diversidades de campos sociais e particularidades próprias.⁸⁴

A Resolução, nos termos apresentados, repensa o próprio direito, reconhecendo a impregnação da colonialidade que ainda explora, violenta e silencia as comunidades indígenas. Mesmo dentro de um contexto de sistema de justiça criminal albergado pelo Estado Democrático de Direito, percebe-se não só a gramática da negação de direitos como a compostura de violação da cultura dos povos indígenas. Nesse aspecto, a Resolução 287 do CNJ, ao buscar o seu fundamento de validade do bloco constitucional relativo aos direitos indígenas, reposiciona a justiça criminal na busca pela

82 PIMENTA, 2016.

83 SANTOS; NUNES, 2003, p. 26.

84 WOLKMER, 2001, p. 171 ss.

potencialização das respectivas realidades e singularidades (seletividade, vulnerabilidade, segregação, discriminação etc.), cujos obstáculos decorrem dos impactos do colonialismo na carga punitiva estatal.

Dessa forma, é imprescindível não só a intensificação de estratégias de luta direcionadas a um “novo direito”, mas também – e, imprescindivelmente – de resistência à própria cultura de encarceramento e à violação sistemática de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

5. Conclusão

O artigo analisou a contribuição da Resolução 287/2019 do CNJ para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional brasileiro. Na primeira seção, foi apresentado o contexto penal e penitenciário relacionado às pessoas indígenas, destacando-se o estado de Mato Grosso do Sul, em razão de possuir a maior taxa de encarceramento indígena do país. Em seguida, foram estudados os direitos indígenas positivados em normativas em âmbito nacional e internacional, os quais foram importantes para dar sustentação à elaboração da Resolução CNJ 287/2019. Já a terceira seção avaliou as recomendações trazidas pela recente Resolução do CNJ, expondo o relevante papel de incentivo a determinadas políticas criminais e penitenciárias direcionadas a pessoas indígenas.

No panorama jurídico-normativo internacional, os direitos dos povos indígenas foram progressivamente reformulados, reconhecendo-se a multiculturalidade e o respeito às particularidades desses grupos étnicos. No contexto nacional, muito embora a previsão de importantes mandamentos constitucionais de proteção ao conjunto de direitos indígenas, constata-se uma persistente composição e gramática hostil e degradante do sistema penal e penitenciário a essas comunidades. A realidade observada especificamente no estado de Mato Grosso do Sul é apenas um fragmento do quadro vivenciado nas unidades penais do país.

Reconhecendo, em certa medida, tais vulnerações e deficiências, o CNJ, com base no bloco de constitucionalidade relativo aos direitos indígenas, publicou a Resolução 287/2019, estabelecendo procedimentos de tratamento das pessoas indígenas acusadas, réus, condenadas ou privadas de liberdade, de modo a assegurar os direitos dessa população no âmbito de justiça criminal.

Entende-se que a Resolução é um vigoroso documento de redução da vulnerabilização das pessoas indígenas no sistema penal e prisional brasi-

leiro, eis que busca notadamente transformar a velha práxis de negação de direitos em uma realidade de respeito e reconhecimento aos direitos e às diversidades culturais dos povos indígenas.

Aliado a isso, relevante mencionar seu pontual caráter descarcerizador e multiculturalista, ao reconhecer e considerar formas alternativas de resolução de conflitos originadas e em conformidade com os próprios costumes e normas das comunidades indígenas. Nesse aspecto, a justiça criminal se abre para um pluralismo jurídico de deferência aos saberes, costumes, realidades e formas de sociabilidades provindos de povos indígenas.

Por tudo, a Resolução reconhece a penetração da colonialidade no aparato punitivo estatal e o constante e sistemático silenciamento dos indígenas, e apresenta estratégias para reposicionar a justiça criminal de modo a potencializar a efetivação de cotas de direitos indígenas em âmbito penal e prisional. Porém, os obstáculos, não só decorrentes do colonialismo, mas também enraizados na estrutura histórico-social e política do país, e registrados dia a dia pela sistemática violação de direitos fundamentais nas prisões, exigem uma luta verdadeiramente direcionada à cultura do encarceramento em massa e de superação da opção custodial como instrumento de sofrimento e intensificação da exclusão social.

Referências

- ALMEIDA, Bruno Rotta; SALLET, Bruna Hoisler. Realidades prisionais e vulnerabilização étnica: aspectos sobre a questão indígena no sistema penitenciário brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.13, n. 3, p. 1140-1168, 3º quadrimestre de 2018.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA); PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR). *Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil*. Edital Projeto de Pesquisa ESMPU nº 19/2006. Relatório Final. Brasília: ABA, 2008. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/Criminalizacao_2007.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.
- AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS. *Prisoners in Australia*. Canberra: Australian Bureau of Statistics, 2018. Disponível em: <https://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Lookup/by%20Subject/4517.0~2018~Main%20Features~Aboriginal%20and%20Torres%20Strait%20Islander%20prisoner%20characteristics%20~13>. Acesso em: 20 abr. 2020.

- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os indígenas no censo demográfico 2010: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Brasília: IBGE; 2010a. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2019*. Brasília, DF: DEPEN, dez. 2019a. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2ZlZWVmNzktNjRl-Zi00MjNiLWFhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectionfcb26a9505b7d89db96&pageName=ReportSection8353ed61d1ee3a4d8730>. Acesso em: 08 set. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - dezembro de 2014*. Brasília, DF: DEPEN, dez. 2014. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2016*. Brasília, DF: DEPEN, dez. 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2016-rev-12072019-0802.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Brasília, DF: DEPEN, jun. 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/Infopenjun2016.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Cidadania nos presídios*. Brasília, DF: CNJ, [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carce-rario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre o Estatuto do Índio*. Brasília, DF: Presidência da República, 19 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Súmula 140*. Terceira Seção, em 18.05.1995. Brasília, DF: RSSTJ, a. 4, n. 10, p. 191-213, julho 2010b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007. *Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005*. Brasília, DF: Presidência da República, 01 ago. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília, DF: CNJ, 2016c.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 709, Distrito Federal*. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 8 de julho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 22 set. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Modelo de Gestão para a Política Criminal*. Brasília, DF: DEPEN, 2016d. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-degestao_documento-final.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Manual Resolução 287/2019: procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade - orientações a tribunais e magistrados para cumprimento da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF: CNJ, 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução no 287 de 25/06/2019. *Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário*. Brasília, DF: CNJ, 25 jun. 2019c. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (DEPEN). *Nota Técnica n.º 53/2019/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ*. Brasília, DF: DEPEN, 06 dez. 2019d. Disponível

- em: <http://depen.gov.br/DEPEN/NotaTcnicaIndgenas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020
- CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). *Situação dos detentos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul*. 1. ed. Brasília/DF: CTI, 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*: Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Costa Rica: Corte IDH, 17 jun. 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*: Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Costa Rica: Corte IDH, 29 mar. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.
- HOGG, Russell. Penalty and Modes of Regulating Indigenous Peoples in Australia. *Punishment & Society*, London e Nova Déli, v. 3, n. 3, p. 355–379, jul. 2001.
- LACERDA, Rosane Freire. Responsabilidade penal e situação carcerária indígena no Brasil: uma realidade a ser desvelada. In: RANGEL, Lúcia Helena (Coord.). *Relatório Violências Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados 2010*. Brasília, DF: Conselho Indigenista Missionário (CIMI), 2010, p. 16-20.
- MATO GROSSO DO SUL. Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN/MS). *Relação de Indígenas Processados e Condenados pela Justiça Estadual/Federal e Estrangeiros - Referência Março/31-03-2020*. Campo Grande: AGEPEN/MS, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.agepen.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/REFMAR%C3%87O-2020-%C3%8Dn-d.e-Just.Fed-31-03-2020.-1.pdf>. Acesso em 17 abr. 2020.
- MENDES, Karla; ALMEIDA, Marco Antonio Delfino de. Super-representação dos Kaiowá e Guarani no sistema penitenciário: um pedaço da Austrália em Mato Grosso do Sul. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (Org.). *Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 158-188.
- MENDES, Neyla Ferreira. A etnofobia no sistema penal: os indígenas presos em Mato Grosso do Sul. AMADO, Luiz Henrique Eloy (Org.). *Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 189-214.

- MENEZES, Gustavo Hamilton de Sousa. O conceito de aculturação indígena na antropologia e na esfera jurídica. In: MELO, Juliana; SIMIÃO, Daniel; BAINES, Stephen (Org.). *Ensaio sobre justiça, reconhecimento e criminalidade*. 1ed. Natal: EDUFRN, 2016, p. 519-540.
- NOLAN, Michael Mary; BALBUGLIO, Viviane. “Se não há índios, tampouco há direitos”: uma análise de dados sobre pessoas indígenas em situação de prisão no Brasil a partir do uso dos mecanismos da lei de acesso à informação. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (Org.). *Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 74-92
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*. Washington, DC: Assembleia Geral da OEA, 11 set. 2001. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Declaración Americana Sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Washington, DC: Assembleia Geral da OEA, 14 jun. 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais*. Genebra: Conferência Internacional do Trabalho, 1989. Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.html. Acesso em: 18 abr. 2020.
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 107*. Genebra: Conferência Internacional do Trabalho, 1957. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf). Acesso em: 21 fev. 2021.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Nova Iorque: Assembleia Geral, 107ª Sessão Plenária, 13 set. 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.
- PIMENTA, Victor Martins (Coord.). *Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais*. Brasília: DEPEN, CNJ, PNUD, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/285/1/Postulados%2c%20Princ%3adpios%20e%20Diretrizes%20para%20a%20Pol%3adtica%20de%20Aalternativas%20Penais.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.

- SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, Introdução.
- SILVA, Crislian Teófilo da. O índio, o pardo e o invisível: primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil. *Antropolítica (UFF)*, Niterói, v. 34, p. 137-158, 2013.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal e direitos coletivos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Org.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 75-100.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Estatuto dos Povos Indígenas*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

Recebido em 25 de abril de 2020.

Aprovado em 05 de setembro de 2020.

RESUMO: O artigo estuda a potencialidade da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para a redução de vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional brasileiro. Por meio de revisão bibliográfica, pesquisa documental e método dedutivo, busca verificar em que medida a Resolução 287 do CNJ pode contribuir com uma política criminal humano-dignificante em respeito aos direitos indígenas. A primeira seção apresenta o contexto penal e prisional em relação às pessoas indígenas no país. A segunda seção mostra os direitos específicos destinados aos povos indígenas, tanto em âmbito nacional quanto internacional, os quais deram sustentação para a formulação da Resolução. Por fim, a terceira seção analisa as recomendações da Resolução e a sua contribuição na proteção de direitos e redução dos níveis de vulnerabilização indígena na conjectura penal e prisional brasileiro. Conclui que a Resolução tem, a partir do caráter descarcerizador e multiculturalista, potencialidade de transformar a velha práxis de negação de direitos em uma realidade de respeito e reconhecimento aos direitos e às diversidades culturais dos povos indígenas.

Palavras-chave: justiça criminal, indígenas, direitos, vulnerabilização, sistema penal.

ABSTRACT: The article studies the potential of Resolution 287/2019 of the National Council of Justice to reduce indigenous vulnerability in the Brazilian penal and prison system. Through bibliographic review, documentary research and deductive method, it seeks to verify to what extent Resolution 287 of the National Council of Justice can contribute to a human-dignified criminal policy with respect for indigenous rights. The first section presents the penal and prison context in relation to indigenous people in the country. The second section shows the specific rights for indigenous peoples, at national and international levels, which supported the formulation of the Resolution. Finally, the third section analyzes the recommendations of the Resolution and its contribution to the protection of rights and reduction of the levels of indigenous vulnerability in the Brazilian penal and prison context. It concludes that the Resolution has, from the decarcerizing and multiculturalist character, the potential to transform the old praxis of denial of rights into a reality of respect and recognition of the rights and cultural diversity of indigenous peoples.

Keywords: criminal justice, indigenous people, rights, vulnerability, penal system.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: ALMEIDA, Bruno Rotta; SALLET, Bruna Hoisler. Justiça criminal e direitos indígenas: potencialidades da Resolução 287/2019 do CNJ para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1461>.